

UNIVERSIDADE DO CONTESTADO – UnC
PROGRAMA DE MESTRADO EM DESENVOLVIMENTO REGIONAL

LUIZ EDUARDO CANI

**A (SUSPENSÃO DA) PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UM ESTUDO DO ESTADO
DE EXCEÇÃO NOS ACERTAMENTOS DOS CASOS PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

CANOINHAS

2019

LUIZ EDUARDO CANI

**A (SUSPENSÃO DA) PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UM ESTUDO DO ESTADO
DE EXCEÇÃO NOS ACERTAMENTOS DOS CASOS CRIMINAIS PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Desenvolvimento Regional da Universidade do Contestado como requisito para a obtenção do título de Mestre em Desenvolvimento Regional.

Área de concentração: Desenvolvimento Regional.

Linha de pesquisa: Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional.

Orientador: Sandro Luiz Bazzanella.
Coorientador: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

Financiamento: Programa de Bolsas Universitárias de Santa Catarina – UNIEDU.

CANOINHAS

2019

Catálogo na fonte – Biblioteca Universitária Universidade do Contestado (UnC)

C183s
2019

Cani, Luiz Eduardo

A (suspensão da) presunção de inocência: um estudo do estado de exceção nos acertos dos casos criminais pelo Supremo Tribunal Federal / Luiz Eduardo Cani ; orientador: Sandro Luiz Bazzanella ; Coorientador: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. – 2019.
348 f. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional) –
Universidade do Contestado, Canoinhas, 2019.
Bibliografia: f. 320-348

1. Culpa. 2. Presunções. 3. Prova. 4. Erro judiciário. I. Bazzanella, Sandro Luiz. II. Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda. III. Universidade do Contestado. Programa de Mestrado em Desenvolvimento Regional. III. Título.

CDD 21. ed. 338.9

Elaboração: Josiane Liebl Miranda (CRB-14: 1023)

A (SUSPENSÃO DA) PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UM ESTUDO DO ESTADO DE EXCEÇÃO NOS ACERTAMENTOS DOS CASOS CRIMINAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

LUIZ EDUARDO CANI

Esta dissertação foi submetida ao processo de avaliação pela Banca Examinadora para obtenção do Título de:

Mestre em Desenvolvimento Regional

E aprovada na versão final em 27 de fevereiro de 2019, atendendo às normas da legislação vigente na Universidade do Contestado e da Coordenação do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Regional.

Professor Doutor Argos Gumbowsky
Coordenador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Regional

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Sandro Luiz Bazzanella
(Orientador)

Professor Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
(Coorientador)

Professor Doutor Alexandre Assis Tomporoski
(Avaliador)

Professor Doutor Alexandre Moraes da Rosa
(Avaliador)

Professor Doutor Márcio Soares Berclaz
(Avaliador)

“L’amico è [...] un altro sé, un heteros autos [...] non è un altro io, ma una alterità immanente nella stessità, un divenir altro dello stesso. Nel punto in cui io percepisco la mia esistenza come dolce, la mia sensazione è attraversata da un con-sentire che la disloca e deporta verso l’amico, verso l’altro stesso. L’amicizia è questa desoggettivazione nel cuore stesso della sensazione più intima di sé.”

(AGAMBEN, Giorgio. **L’amico**. Roma: Nottetempo, 2007, p. 16-17)

Dedico esta dissertação aos amigos que tornaram suportáveis as tristezas, desencantos e fracassos, que não são poucos, bem como ajudaram, e ainda ajudam, a buscar um sentido para a vida. A resistência à opressão, bem como a contemplação do belo só fazem sentido ao lado dos amigos. Talvez seja esse o sentido da vida.

Dedico também às vítimas do estado de exceção, o que faço em nome de Junior Luiz (1985-2019), denunciado pela participação em um roubo, com base na delação de um corréu, e morto na prisão.

Ainda, ao Professor Lédio Rosa de Andrade (1958-2019), jurista engajado na construção de um direito menos violento.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe, Sabina Zermiani Cani, ao meu pai, Luiz Cani, e à minha segunda mãe, Nilma Otília Ferreira Paladino, por todo o amor, carinho e apoio ao longo da caminhada da vida e, principalmente, tolerância com as ausências, irritações, esquecimentos e desatenções ao longo dos últimos dois anos. Sem o suporte familiar, cada obstáculo seria intransponível. Sem vocês nada seria possível, sequer existir.

À Elcemara Aparecida Zielinski, amada Maroca, companheira com quem compartilhei muitas tristezas e frustrações, mas também algumas felicidades que marcaram muito mais do que os percalços. Em ti descobri meu ponto de equilíbrio. Muito obrigado pela tolerância e paciência com toda a minha loucura e ausência. Não fosse por ti, principalmente por ti, eu provavelmente teria desistido de tentar ser professor muito antes de conseguir dar a primeira aula.

À segunda família, Teresinha Zielinski, Luis Zielinski, Isona Zielinski e Elton José Zielinski, e à terceira família que a vida me trouxe, João Alcantara Nunes, Sarah Bernadette de Carvalho Alcantara e Marcos Marion de Freitas Nunes, por todo o apoio, amizade e carinho. Foi muito importante conviver com vocês para que o trabalho pudesse ficar pronto. Agradeço especialmente ao João pelo auxílio na análise dos julgados. Sem isso provavelmente esta dissertação não seria concluída tempestivamente.

Ao Professor Sandro Luiz Bazzanella por tudo aquilo que me falta linguagem para dizer, mas que, diante da insuficiência da linguagem, tentarei apontar. Pela acolhida, em 2016, de um garoto desconhecido, com todas as dificuldades decorrentes de uma tentativa de formação intelectual que não atingiu qualidade suficiente. Pelos diálogos, ainda que com as nossas limitações de tempo e com as minhas limitações de conhecimento. Pela paciência e pelo projeto político estabelecido desde os primeiros contatos.

À Professora Margarete Pisa Bazzanella pelas renúncias à convivência com o Professor Sandro para que ele pudesse contribuir com meus estudos, bem como por tolerar minhas visitas nos dias e horários mais inusitados e impertinentes. Agradecimento que estendo à Sandra e à Vitória.

Ao Professor Alexandre Morais da Rosa por todos os questionamentos do Direito, com os quais me despertou para outras chaves de leitura, sem absolutismos e sem ingenuidades, bem como pela amizade e atenção com as quais sempre me atendeu.

Ao Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, a quem tive a felicidade de conhecer depois de descobrir ter sido o orientador do Professor Alexandre Morais da Rosa no doutorado, pelos ensinamentos, pelas correções sempre diretas, pelas exigências, pelas acolhidas e pela amizade.

À Professora Aldacy Rachid Coutinho por sempre ter me recebido de braços abertos, pelos livros trocados, pela companhia, por se dispor a fazer a abertura da Semana de Estudos Jurídicos da UnC mesmo com tantas coisas por fazer, bem como por tolerar as ausências do Professor Jacinto para que possa ensinar a todos nós.

Ao Professor Márcio Soares Berclaz a quem admiro desde que conheci, em 2012, numa Semana de Estudos Jurídicos na FURB na qual o grande amigo, Promotor de Justiça e, à época mestrando em Direito na UFPR, renunciou a uma manhã para nos provocar sobre a crise no ensino do Direito. De lá para cá pudemos intensificar a relação e manter contato com maior frequência. Sou muito grato pela amizade e pelas muitas coisas que pude aprender.

A todos os professores com quem tive o prazer de conviver no Programa de Mestrado, o que faço em nome do Professor Alexandre Assis Tomporoski e do Professor Jairo Marchesan pelos ensinamentos e amizade que construímos nos últimos dois anos.

Aos amigos Luiz Fernando Cortelini Meister, Paulo Silas Taporosky Filho e Guilherme Zorzi Rosa, irmãos de coração que tive a oportunidade de conhecer durante o mestrado e cujas amizades foram portos seguros que me possibilitaram concluir mais essa etapa da vida.

Aos integrantes da Turma XII do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Regional, Argeu Luis Lazzarotti, Camila Leonardo Nandi de Albuquerque, Cinthia Wambier Adimari, Edson Luis Skorka, Fernanda Vandresen, Giselle Caroline Fuchs e Rafaela Hort, pelo compartilhamento de todo o cansaço, de cada sofrimento, dos

temores, bem como dos quase esquecidos, mas sempre presentes, sorrisos das sextas-feiras e sábados em que nos reunimos ao longo de todo o ano 2017.

Aos amigos da disciplina Direito Processual Penal Contemporâneo, cursada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná em 2017/2: Paulo Silas Taporosky Filho, Shalom Moreira Baltazar, Stefano Volpi, Angela dos Prazeres, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco Lamy, Emmanuela Denora, Jeffrey Chiquini, Lucas Cavini Leonardi, Giovani Frazão Della Villa, Camilin Marcie de Poli, Caio Fernando Ponczek do Prado, Professor Marco Aurélio Nunes da Silveira e Professor Leonardo Costa de Paula.

A William Carlos Pereira, amigo que, no primeiro dia de aula na graduação em Direito, sentou-se ao meu lado e conversou comigo por algum tempo até que, interpelado se nos conhecíamos, se apresentou. Desde então está sempre por perto, apesar dos poucos encontros desde a conclusão do curso, no inverno de 2013. Estendo o agradecimento à família Pereira: Vitório (*in memoriam*), Ana, Wendel e Viviana.

À Andressa Carla Metzger, amiga e secretária extremamente competente do Programa de Mestrado, sem a qual muitas coisas seriam mais difíceis.

À Marceli Mengarda pela criteriosa revisão do texto.

Sem o contato com cada um de vocês, eu jamais teria me tornado quem sou. Antes de tudo, portanto, devo a todos vocês o meu ser. Sou o resultado de todas as coisas boas que aprendi com vocês e de tudo de ruim que dependi de vocês para superar.

Ao Programa de Bolsas Universitárias de Santa Catarina – UNIEDU, pelo auxílio financeiro.

RESUMO

O tema desta dissertação é a suspensão da presunção de inocência. O marco teórico é constituído pelo projeto *homo sacer*, de Giorgio Agamben, pela obra de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho sobre sistemas processuais criminais e pelo livro de Maurício Zanoide de Moraes sobre presunção de inocência. O objeto da dissertação é a suspensão da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal. O problema de pesquisa é: A suspensão da presunção de inocência é um dos aspectos constitutivos da técnica do estado de exceção utilizado pelo poder soberano para controlar, vigiar e administrar os corpos biológicos de indivíduos e populações no paradigma do campo de concentração? Os objetivos específicos são três. Primeiro, compreender os aspectos constitutivos do estado de exceção. Segundo, analisar os sentidos da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro. Terceiro, explicitar as suspensões da presunção de inocência nos acertamentos dos casos pelo Supremo Tribunal Federal como aspectos constitutivos do estado de exceção. A hipótese é que as frequentes suspensões à presunção de inocência, justificadas por argumentos retóricos e emergenciais, constituem uma das manifestações do estado de exceção nos casos de presunção de culpa do imputado, a pretextos vários. O método é o paradigmático, utilizado para realizar analogias entre paradigmas. Dentre os resultados, foram encontradas poucas discussões, muitos monólogos com abundantes unanimidades. A doutrina e a jurisprudência citadas nos acórdãos desconsideram a presunção constitucional de inocência. Também houve casos em que a presunção de inocência foi aplicada; esses foram estudados, mas não tomados como objeto de análise nesta dissertação. As exceções à presunção de inocência, como presunções de culpa, foram aplicadas mais do que a presunção de inocência. Isso, dentre outros motivos explicados em todo o texto, possibilita a conclusão de que a hipótese se confirmou parcialmente, na medida em que a resposta é mais complexa do que pareceu no início da pesquisa.

Palavras-chave: Culpa. Presunções. Prova. Erro judiciário.

ABSTRACT

The theme of this dissertation is the suspension of innocence presumption. The theoretical framework is constituted by Giorgio Agamben's *homo sacer* project, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho's work about criminal procedural systems and by Maurício Zanoide de Moraes' book about presumption of innocence. The object of the dissertation is the suspension of innocence presumption by the Supreme Court. The research problem consists in: Is the suspension of innocence presumption one of the constitutive aspects of the state of exception technique, used by the sovereign power to control and monitor biological bodies in the concentration camp paradigm? There are three specific goals. First, to understand the constitutive aspects of the state of exception. Second, to analyze the meanings of innocence presumption in the Brazilian legal system. Third, to expose presumption of innocence suspensions in Supreme Court cases settling as constitutive aspects of the state of exception. The hypothesis is that the frequent suspensions to the presumption of innocence, justified by rhetorical and emergency arguments, constitute one of the expressions of the state of exception in cases of presumption of guilt of the accused, under various pretexts. The method is the paradigmatic, used to make analogies between paradigms. Among the results were found few discussions, many monologues with abundant unanimity. The doctrine and jurisprudence cited in the judgments disregard the constitutional presumption of innocence. There were also cases in which the presumption of innocence was applied, these were studied, but not taken as object of analysis in this dissertation. Exceptions to the presumption of innocence, as presumptions of guilt, were applied more than the presumption of innocence. This, among other reasons explained throughout the text, makes it possible to conclude that the hypothesis was partially confirmed, insofar as the answer is more complex than it seemed at the beginning of the research.

Keywords: Guilt. Presumptions. Proof. Judicial error.

RIASSUNTO

Il tema di questa dissertazione è la sospensione della presunzione di innocenza. Il quadro teorico è costituito dal progetto *homo sacer* di Giorgio Agamben, dal lavoro di Jacinto Nelson de Miranda Coutinho sui sistemi procedurali criminali e dal libro di Maurício Zanoide de Moraes sulla presunzione di innocenza. L'oggetto della dissertazione è la sospensione della presunzione di innocenza da parte della Corte Suprema Federal brasiliana. Il problema di ricerca è: la sospensione della presunzione di innocenza è uno degli aspetti costitutivi della tecnica di stato di eccezione utilizzata dal potere sovrano per controllare, vegliare e amministrare i corpi biologici di individui e popolazioni nel paradigma del campo di concentramento? Gli obiettivi specifici sono tre. Il primo, comprendere gli aspetti costitutivi dello stato di eccezione. Il secondo, analizzare i significati della presunzione di innocenza nell'ordinamento giuridico brasiliano. Il terzo, esplicitare le sospensioni della presunzione di innocenza nel caso di accertamento da parte della Corte Suprema Federal brasiliana come aspetti costitutivi dello stato di eccezione. L'ipotesi è che le frequenti sospensioni alla presunzione di innocenza, giustificate da argomenti retorici e di emergenza, costituiscano una delle manifestazioni dello stato di eccezione nei casi di presunzione di colpa dell'imputato, a diversi pretesti. Il metodo è il paradigmatico, usato per fare analogie tra i paradigmi. Tra i risultati, sono state trovate poche discussioni, molti monologhi con abbondante unanimità. La dottrina e la giurisprudenza citati nelle sentenze trascurano la presunzione costituzionale di innocenza. Ci sono stati anche casi in cui è stata applicata la presunzione di innocenza, questi sono stati studiati, ma non presi come oggetto di analisi in questa tesi. Le eccezioni alla presunzione di innocenza, come presunzioni di colpa, sono state applicate più della presunzione di innocenza. Questo, tra gli altri motivi spiegati in tutto il testo, consente di concludere che l'ipotesi è stata parzialmente confermata, nella misura in cui la risposta è più complessa di quanto non sembrasse all'inizio della ricerca.

Parole chiave: Colpa. Presunzioni. Prova. Errore giudiziario.

RESUMEN

El tema de esta disertación es la suspensión de la presunción de inocencia. El marco teórico está constituido por el proyecto *homo sacer*, de Giorgio Agamben, por la obra de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho sobre sistemas procesales criminales y por el libro de Mauricio Zanoide de Moraes sobre presunción de inocencia. El objeto de la disertación es la suspensión de la presunción de inocencia por el Supremo Tribunal Federal brasileño. El problema de investigación es: ¿La suspensión de la presunción de inocencia es uno de los aspectos constitutivos de la técnica del estado de excepción utilizado por el poder soberano para controlar, vigilar y administrar los cuerpos biológicos de individuos y poblaciones en el paradigma del campo de concentración? Los objetivos específicos son tres. Primer, comprender los aspectos constitutivos del estado de excepción. Segundo, analizar los sentidos de la presunción de inocencia en el ordenamiento jurídico brasileño. Tercero, explicitar las suspensiones de la presunción de inocencia en los acertamientos de los casos por el Supremo Tribunal Federal brasileño como aspectos constitutivos del estado de excepción. La hipótesis es que las frecuentes suspensiones a la presunción de inocencia, justificadas por argumentos retóricos y emergentes, constituyen una de las manifestaciones del estado de excepción en los casos de presunción de culpa del imputado, a pretextos varios. El método es el paradigmático, utilizado para realizar analogías entre paradigmas. Entre los resultados, se encontraron pocas discusiones, muchos monólogos con abundantes unanimidades. La doctrina y la jurisprudencia citadas en las sentencias desconsideran la presunción constitucional de inocencia. También hubo casos en que la presunción de inocencia fue aplicada, esos fueron estudiados, pero no tomados como objeto de análisis en esta disertación. Las excepciones a la presunción de inocencia, como presunciones de culpa, se aplicaron más que la presunción de inocencia. Esto, entre otros motivos explicados en todo el texto, posibilita la conclusión de que la hipótesis se ha confirmado parcialmente, en la medida en que la respuesta es más compleja de lo que pareció al inicio de la investigación.

Palabras clave: Culpa. Presunciones. Prueba. Error judicial.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	ASPECTOS CONSTITUTIVOS DO ESTADO DE EXCEÇÃO	26
2.1	A biopolítica contemporânea: estatização da vida biológica	34
2.2	O poder soberano opera em estado de exceção permanente	56
2.3	Campo de concentração, o paradigma de produção da vida nua nas democracias contemporâneas	90
3	ARQUEOGENEALOGIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: DAS DISCUSSÕES CIVILIZATÓRIAS ÀS DESVENTURAS EM TERRAS TUPINIQUINS	121
3.1	De modelos de processo a sistemas processuais, as matrizes das presunções	137
3.2	Da presunção de culpa à presunção de inocência	180
3.3	A importação brasileira da presunção de inocência	213
4	A SUSPENSÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NOS CASOS CRIMINAIS ACERTADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A FORÇA DE COISA JULGADA QUE APLICA À REGRA EXCEPCIONAL POR DESAPLICAÇÃO DA REGRA GERAL	242
4.1	Os casos analisados	256
4.2	As justificativas das suspensões da presunção de inocência	258
4.3	O estado de exceção manifestado nas suspensões da presunção de inocência	268
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	298
	REFERÊNCIAS	320

1 INTRODUÇÃO

“o termo *sacer* [...] designa aquilo que, através do ato solene da *sacratio* ou da *devotio* (com que o comandante consagra a sua vida aos deuses do inferno para assegurar a vitória), foi entregue aos deuses, pertence exclusivamente a eles.”
(**Giorgio Agamben**)

Circunscreveu-se o objeto de pesquisa desta dissertação à suspensão da presunção de inocência nos casos criminais acertados pelo Supremo Tribunal Federal enquanto manifestação do estado de exceção. Decorrente da conformação do objeto, o tema se apresenta como o estado de exceção manifestado nas decisões do Supremo Tribunal Federal. O período de pesquisa abrangido está situado entre 1952 e 2018, a partir da análise de casos paradigmáticos sobre o tema.

O fenômeno da supressão de direitos fundamentais a canetadas de funcionários públicos do executivo, legislativo e/ou judiciário é abordada por diversos pesquisadores. Giorgio Agamben chama de estado de exceção, Ronald Dworkin chamava de perda do *common ground*, Norberto Bobbio de novos despotismos, Luigi Ferrajoli de poder desconstituente ou poderes selvagens, Boaventura de Sousa Santos de democracia de baixa intensidade, David Runciman de fim do estado democrático, Lenio Luiz Streck, inspirado em Carl Schmitt, de decisionismo e Rubens Roberto Rebello Casara de pós-democracia.

Parte-se do pressuposto de que a suspensão da presunção de inocência como um dos aspectos constitutivos do estado de exceção, manifestado por meio do exercício da função judiciária. Para tanto, considera-se o estado de exceção, objeto de estudo do jurista e filósofo italiano Giorgio Agamben na obra **Homo sacer**, como uma das técnicas de governo biopolíticas, chamadas por Agamben de dispositivos, utilizadas pelo poder soberano, ou seja, por quem decide sobre o estado de exceção, para controlar, vigiar e administrar a vida biológica de indivíduos e populações em determinado território, a partir de ações e atividades similares àquelas realizadas nos aproximadamente cem campos de concentração espalhados pela região de Auschwitz.

A referência a estudo, remonta à explicação de Agamben sobre a diferença entre pesquisar e estudar. Enquanto pesquisar seria andar em círculos sem ter encontrado o próprio objeto (*circare*), estudar significaria o grau extremo de um desejo (*studium*) que sempre já encontrou o objeto. Nas ciências humanas a pesquisa seria apenas uma fase preliminar do estudo, que cessaria com a descoberta do objeto. O estudo, pelo contrário, seria uma condição permanente. Por isso, estudo seria um desejo de conhecimento que atinge a máxima intensidade e se torna uma forma de vida, a vida do estudioso. Ao contrário da referência acadêmica, em que o estudante é um grau mais baixo que o pesquisador, o estudo é um paradigma cognoscitivo hierarquicamente superior à pesquisa no sentido de que a pesquisa não pode atingir um objetivo se não for animada por um desejo e, uma vez atingido, precisa ser transformada em estudo.

A biopolítica consiste na inclusão da vida biológica nos cálculos da razão de estado. É um modo de exercício do biopoder caracterizado como um poder de decidir sobre a vida e a morte, a partir de um conjunto de técnicas do poder disseminadas de forma espetacularizada, a partir da noção de crise, a gerar insegurança, medo e, sobretudo, formas de subjetivação situadas na obediência. É diante desse contexto que o poder soberano propõe a defesa da democracia pela instauração e conversão do estado de exceção em condição permanente.

O estado de exceção é, para Agamben, a condição de existência das normas, a condição de normalidade que se intensifica, dentre outras hipóteses, nas situações de anomia e nas de indecibilidade, sobretudo entre as funções executiva, legislativa e judiciária do estado. Nesses momentos, o estado de exceção operado pela inclusão de indivíduos e populações excluídas de todas as outras possibilidades, uma inclusão exclusiva, se torna regra.

Essa operação se dá por exclusão-inclusiva; a norma é aplicada por desaplicação, pela suspensão da aplicabilidade. Dito de outro modo, a exceção é incluída na norma pela exclusão do direito, ao mesmo tempo em que o direito é excluído da norma pela inclusão da exceção.

A presunção de inocência é o direito fundamental mais relevante dos acusados em processos criminais. Usa-se o adjetivo criminal em detrimento de penal na medida em que a pena é acessória ao crime (*nulla poena sine crimine*). Não

obstante essa importância, há um aspecto psíquico relevante, notado pelo jurista brasileiro Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: presumir a inocência de um acusado é, para o juiz, uma batalha interna, uma negação ao desejo de punir a quem parece culpado. Essa talvez seja a principal causa da frequente suspensão desse direito, somada também ao estado de exceção.

Esta temática foi escolhida em razão da experiência profissional e acadêmica do autor, que envolvem estudos multidisciplinares sobre o crime desde o início do curso de graduação. Ademais, o fenômeno que mais causa desconforto ao autor é o tratamento desigual aos integrantes de grupos sociais diversos. Indivíduos de todas as classes sociais praticam crimes diuturnamente, mas há uma notória desproporcionalidade na população carcerária, quase exclusivamente oriunda das classes marginalizadas.

A desigualdade, dentre outras variáveis, reside no fato de somente haver ações persecutórias criminais a pessoas integrantes de determinados grupos sociais, circunstância que foi transformada durante o caso Lava Jato para atingir grupos de inimigos políticos, sem alteração efetiva da seletividade do sistema criminal. Pelo contrário, isso indica apenas uma alteração no inimigo eleito para justificar as emergências, afinal, o estado de necessidade aparece como justificativa do estado de exceção.

Apesar da desigualdade constante, há um ponto de cruzamento e de indistinção entre liberdade e igualdade que talvez torne impossível qualquer ideal de igualdade. Por um lado, para que as pessoas sejam iguais, é necessário que estejam livres de hierarquias sociais. Por outro lado, para que sejam livres de hierarquias sociais é necessário que tenham condição de igualdade. Nesse ponto de convergência entre liberdade e igualdade exsurge a interdependência entre esses conceitos.

Ao iniciar a atuação na advocacia, percebeu-se a dificuldade de assegurar aos acusados o direito fundamental à presunção de inocência, circunstância agravada em relação aos acusados integrantes de grupos sociais espoliados. A descoberta da temática do estado de exceção somou-se ao incômodo com a não presunção de inocência dos acusados. Essa foi a motivação do projeto de pesquisa que culminou neste texto dissertativo.

O estado de exceção se apresenta como suspensão do direito para preservar o direito, uma manifestação de violência a pretexto de conservar o ordenamento jurídico. Essa suspensão do direito é uma das técnicas do poder, utilizadas para governar indivíduos e populações, cujo corpo, na biologicidade, pertence ao estado no exercício do poder soberano de fazer viver ou deixar morrer.

O titular do poder de suspender o direito e declarar o que está dentro e o que está fora do ordenamento jurídico, bem como de afirmar que não existe dentro ou fora, é o poder soberano, produtor de vida e provedor do campo de concentração como paradigma contemporâneo de governo. Essa técnica de governo pode partir de qualquer instituição que compõe o estado.

As suspensões de direitos promovidas pelo judiciário são classificadas como ativismo judicial. Nesse sentido, a suspensão da presunção de inocência nos accertamentos dos casos criminais parece ser uma das manifestações do estado de exceção promovida pelo judiciário no bojo da judicialização.

Quais são os aspectos constitutivos do estado de exceção? Quais os sentidos da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro? As suspensões da presunção de inocência nos accertamentos dos casos pelo Supremo Tribunal Federal se relacionam aos aspectos constitutivos do estado de exceção?

Essas perguntas são preparatórias do problema de pesquisa desta dissertação: A suspensão da presunção de inocência é um dos aspectos constitutivos da instauração e manutenção permanente do estado de exceção utilizado pelo poder soberano para controlar, vigiar e administrar os corpos biológicos de indivíduos e populações no paradigma do campo de concentração?

Para responder a essa pergunta pressupõe-se que, com o intuito de manter a ordem, o poder soberano age em estado de exceção, suspendendo o direito vigente, ato justificado a pretexto de preservar o ordenamento jurídico. Implícita na justificação da suspensão está a existência de um mecanismo de liberação de pressão interna, uma válvula que impede a implosão do direito como condição de manutenção da ordem que não pode ser aplicada na totalidade a todo momento e em todo lugar.

As técnicas de controle e vigilância dos corpos biológicos de indivíduos e de populações, dentre as quais está o estado de exceção, são de uso recorrente. A

exceção se torna regra diante da indecibilidade criada no ponto de cruzamento entre inclusão e exclusão dos corpos ao alcance do direito, bem como do cruzamento entre as funções legislativa, executiva e judiciária do estado. Isso quer dizer que o estado de exceção não é uma técnica de uso exclusivo de alguma instituição do estado, mas de todo o poder soberano que atua a partir do estado, articulando as funções executiva, legislativa e judiciária.

No caso brasileiro, desde a promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, as funções judiciárias foram ampliadas e potencializadas por meio do reconhecimento de novos direitos e da ampliação das hipóteses de judicialização das relações sociais, por meio de ação popular, ação civil pública, arguição de descumprimento de preceito fundamental, mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Essas inovações deram ao judiciário um novo papel institucional.

Nessa direção, assume-se como hipótese que as frequentes suspensões à presunção de inocência, justificadas por argumentos retóricos, de emergência, constituem um dos aspectos do estado de exceção nos casos de presunção de culpa estabelecida a partir de indícios; presunção de risco nos atos criminalizados; inversão da carga probatória para determinar que o imputado prove que é inocente; presunção de que o imputado mente; preponderância dos indícios contra o imputado em detrimento dos indícios favoráveis a ele; submissão do acusado a constrangimento público sob o pretexto de necessidade de publicidade do processo; prisão provisória do acusado como regra, inclusive prisão automática; início do cumprimento da pena sem trânsito em julgado de decisão condenatória, para os despossuídos desde o momento da prisão em flagrante, ou do início do processo e, para os possuídos após condenação em segundo grau; presunção de confissão do acusado que não comparecer em juízo, sem reconhecimento expresso nas decisões pois ilegal na medida em que viola o direito ao silêncio, previsto no art. 186 do Código de processo penal, especialmente à audiência de instrução e julgamento, na qual a força de coisa julgada, identificada por Agamben, se apresenta como finalidade última do direito; maior chance de condenação nas acusações de crimes graves; preponderância da vida do acusado sobre o fato, inclusive com maior chance de condenação se estiver respondendo processo criminal ou registrar

anteriores, ainda que meramente policiais; e uso de recursos retóricos sobre necessidade de combate à criminalidade e à impunidade para contornar nulidades do processo, ou seja, as ilegalidades de atos processuais (unidades que somadas às demais unidades formam o processo) que devem ser excluídas do processo.

Responder ao problema formulado nesta dissertação é relevante no contexto atual de crise da economia global financeirizada, caracterizada pela mudança no regime de acumulação do capital, pela bolha imobiliária desencadeada nos Estados Unidos da América a partir de 2008, bem como pela transformação das categorias políticas. A bolha é fruto da substituição do financiamento pela financeirização, inerente ao paradigma econômico neoliberal. Financiar é emprestar, mediante remuneração, valores necessários ao crescimento, uma medida de fomento. Financeirizar é explorar a expectativa da remuneração dos valores emprestados, por meio da venda de ações incluídas nas bolsas de valores e de títulos que poderão ser remunerados em percentual superior às cadernetas de poupança, desde que os empréstimos sejam pagos pelos devedores. Exemplificando, A empresta crédito do banco B que deverá ser devolvido em parcelas mensais no prazo de X meses. Ao final, A pagará aproximadamente o dobro do valor emprestado. Durante o período de pagamento, o banco B venderá para o cliente C a expectativa de recebimento do valor, por aproximadamente 150% do valor do empréstimo, com o nome de título da dívida imobiliária ou de outra modalidade. Esse valor será comercializado diversas vezes, para pessoas distintas, mas, se não for pago pelo devedor A, somente a instituição financeira não terá prejuízos. Esse processo resultou na bolha imobiliária.

Dentre os efeitos dessa crise no Brasil estão o esgotamento das políticas econômicas de abertura de crédito e de incentivos estatais para fomento da economia, bem como as dificuldades para conferir sustentabilidade às ações do estado de bem-estar social esboçado na Constituição da República de 1988. Nos meses de junho e de julho de 2013, eclodiu no Brasil uma onda de manifestações populares que ficou conhecida como “Jornadas de 2013”. Como outros movimentos sociais realizados no país, esses protestos não foram produzidos por segmentos sociais organizados politicamente, mas movimentos de massa, alheia à condição política da ação comum e unida em prol de uma sociedade de pleno consumo. Um dos eventos que sinalizam nessa direção foi o estopim das manifestações, o

reajuste do valor das passagens de ônibus em diversas cidades do país. Todavia, rapidamente foram incluídas na pauta de reivindicações diversos pleitos desprovidos de um fio condutor, como o cumprimento de promessas de campanha, a implementação de políticas públicas, a redução da carga tributária, o *impeachment* da presidente Dilma Rousseff, o combate à corrupção dos Outros etc. Essas manifestações estão inseridas no contexto biopolítico ocidental.

A crise que perpassa o Brasil, de cunho global, especialmente na faceta política, econômica e institucional exsurge como fundamento de uma onda de exceções, dentre as quais são as mais importantes para o direito: o executivo e o legislativo têm se mantido inertes em temas espinhosos; o judiciário tem assumido uma posição soberana para suprir essa inércia; o judiciário tem avançado além da inércia, utilizando-a como pretexto. Em suma, uma indecibilidade entre as funções do estado e os limites das respectivas atribuições. Desse modo, o judiciário torna regra as atividades excepcionais, chamadas atividades atípicas, distintas daquelas pensadas por Charles-Louis de Secondat para cada um dos poderes, de administrar e produzir normas, criando, modificando, suspendendo e extinguindo direitos e obrigações.

Nesse contexto, é possível destacar como exemplos da exceção as decisões sobre questões polêmicas, dentre as quais a união homoafetiva, o aborto de fetos anencéfalos e a posse de drogas para consumo pessoal. Em 2016 o Supremo Tribunal Federal usurpou função privativa da Câmara dos Deputados ao afastar o presidente do órgão, Eduardo Cunha, em caráter provisório e sob o argumento da urgência, que serve de fundamento legal para que o Judiciário determine medidas de conservação do processo, chamadas de medidas cautelares. No mesmo ano, o presidente do Senado Federal, Renan Calheiros, foi afastado através de medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal sob o argumento de que os acusados em processos criminais ficam impossibilitados de ocupar cargos que os colocam na linha sucessória do cargo de Presidente da República. Esses casos são alguns dos aspectos do estado de exceção decorrentes da usurpação das atividades do legislativo e do executivo pelo judiciário.

Escolheu-se esta temática interdisciplinar porque se pretende produzir uma pesquisa diferenciada com potencial explicativo das cotidianas violações aos

direitos. Nesse sentido, o projeto *Homo sacer* nos parece ser o referencial mais adequado ao objetivo pretendido nesta pesquisa, na medida em que ultrapassa o conteúdo do direito com chaves de leitura da teologia, política, direito, *oikonomia* etc.

Portanto, o que se pretende é tomar um objeto mais restrito e perscrutá-lo em seus fundamentos teóricos e conceituais no campo da filosofia política para compreender os fenômenos em torno do direito fundamental à presunção de inocência por meio da análise de decisões do Supremo Tribunal Federal.

Pretendeu-se com esta dissertação desvelar o funcionamento autoritário do judiciário, possibilitar a compreensão do estado de exceção e da respectiva operacionalização nas decisões judiciais como condição de possibilidade para a resistência, sobretudo manifestado pela suspensão da presunção de inocência, e produzir uma crítica contundente à violência do direito com o aval da opinião publicada na sociedade do espetáculo (Guy Debord).

O debate sobre o desenvolvimento, área de concentração do programa de mestrado, perpassa toda a discussão circunscrita neste projeto por dois motivos. Primeiro, porque o desenvolvimento está implícito em todo conhecimento produzido, na condição de desenvolvimento científico, o que parece suficiente para justificar a vinculação de qualquer pesquisa que vise o aprimoramento da ciência no país. Segundo, porque, como Giorgio Agamben observou, o economicismo dominou a política moderna e, com isso, recebeu conotação biopolítica. Isso ocorreu em razão da obsessão pelo desenvolvimento, derivada da coincidência entre desenvolvimento e o projeto biopolítico de produzir um povo sem fratura.

Nessa direção, os projetos de desenvolvimento, orientados pela lógica judaico-cristã assentada numa perspectiva histórica linear ascendente, que tem como conclusão a salvação, são eficazes na contemporaneidade porque coincidem com o projeto biopolítico de produzir um povo sem fraturas. Isso só é possível se for produzida uma cisão radical entre o povo e os excluídos, como os nazistas tentaram por meio do extermínio dos judeus, povo que, de acordo com os nazistas, se recusou a integrar o corpo político nacional na Alemanha.

O objetivo geral neste trabalho foi compreender se a suspensão da presunção de inocência é um dos aspectos constitutivos da técnica do estado de exceção

utilizado pelo poder soberano para controlar e vigiar os corpos biológicos no paradigma do campo de concentração.

A dissertação, resultado de um estudo interdisciplinar entre direito processual criminal e filosofia político-jurídica, foi dividida em três capítulos, cada um correspondente a um dos objetivos específicos. No primeiro capítulo, abordou-se os aspectos constitutivos do estado de exceção a fim de compreendê-los. No segundo, analisou-se os sentidos da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro. No terceiro, explicitou-se as suspensões da presunção de inocência nos accertamentos dos casos pelo Supremo Tribunal Federal como aspectos constitutivos do estado de exceção.

No âmbito do direito, em específico do direito processual criminal, estudou-se o direito fundamental à presunção de inocência. A partir da filosofia política e da filosofia jurídica, estudamos a teoria do estado de exceção para compreender os motivos pelos quais, em determinados contextos políticos, econômicos e sociais, há uma suspensão do ordenamento jurídico permitindo violações à presunção de inocência decorrentes da suspensão desse direito. No que concerne ao recorte necessário à execução da pesquisa, investigamos as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal acerca da presunção de inocência.

O estudo foi bibliográfico e documental, com consulta a fontes secundárias como livros, artigos científicos, teses, dissertações e decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal. Na fase de tratamento dos dados realizou-se uma análise qualitativa das decisões buscando identificar o sentido da prática decisória para compreender se a suspensão da presunção de inocência é um dos aspectos do estado de exceção.

O quadro referencial teórico é o pós-estruturalismo, cujo marco teórico central será a obra de Giorgio Agamben. O prefixo pós que compõe a palavra pós-estruturalismo indica uma compreensão prévia do estruturalismo e uma relação de continuidade dos estudos realizados pelos teóricos daquela escola. Apesar da definição dessa linha de pensamento como pós-estruturalista, é importante advertir que os respectivos teóricos recusam à classificação.

As características centrais do estruturalismo são a anulação da importância da história nas análises estruturais sincrônicas, com ênfase na ontologia. Por outro

lado, no pós-estruturalismo há uma renovação do interesse por uma história crítica analisada diacronicamente com foco na mutação, na transformação e na descontinuidade das estruturas, na repetição em série, na arqueologia e na substituição da ontologia pela genealogia como uma ontologia do presente, historicizada. No caso de Giorgio Agamben, o foco não está nas rupturas com o passado, mas nas transformações operadas no sentido de apresentar uma continuidade, algo que Giuseppe Tomasi di Lampedusa sintetizou numa frase dita pela personagem Tancredi Falconeri, no romance *O Leopardo (Il Gattopardo)*: “Se queremos que tudo fique como está é preciso que tudo mude.”.

O método de abordagem será o paradigmático, a tomar como ponto de partida um paradigma, um objeto singular, semelhante a outros da mesma classe, que possibilita compreender o todo, do qual faz parte e que constitui. Enfim, algo que pode ser percebido através dos sentidos (*exemplar*) e também permite reunir os enunciados e as práticas discursivas em um novo conjunto inteligível, um novo contexto problemático (*exemplum*).

O raciocínio realizado em relação ao paradigma foi explicado por Aristóteles, nos **Analíticos anteriores** (*Analytica priora*), livro terceiro do **Organon** (*ὄργανον*). O paradigma não funciona como uma parte em relação ao todo (*ἡσὺς μέρους πρὸς ἡόλον*), nem como o todo em relação a uma parte (*ἡσὺς ἡόλον πρὸς μέρος*), mas é um exemplo, uma parte em relação a outra parte (*ἡσὺς μέρους πρὸς μέρος*). Portanto não há um raciocínio indutivo e nem dedutivo, mas analógico, do particular para o particular. A analogia intervém nas dicotomias, nesse caso entre universal e particular, como uma terceira opção (*tertium comparationis*) que se abre com o abandono da dicotomia geral-particular.

Pela anulação, abandono da relação geral-particular, resta um exemplo, uma alegoria a comparar com outros eventos singulares que formam um conjunto de eventos semelhantes. Para exhibir o paradigma é necessário suspender o funcionamento normal de um fenômeno. Agamben usa o exemplo do juramento para facilitar a compreensão. Dizer “eu faço um juramento” não é o mesmo que fazer um juramento. A função normal do paradigma seria a realização do juramento e não o uso de um exemplo. Essa suspensão do funcionamento normal é necessária para expor a singularidade que constitui o paradigma. Nesse sentido, o exemplo é o

inverso simétrico da exceção, pois a exceção é incluída pela exclusão da regra, já o exemplo é excluído pela exibição da singularidade que o inclui num conjunto de fenômenos semelhantes.

O método de abordagem paradigmático é utilizado por meio da neutralização da dicotomia geral-particular, para substituí-la por um modelo analógico bipolar, que impossibilita a separação entre exemplificação e singularidade. O conjunto paradigmático, formado pelos elementos contidos no paradigma, não é pressuposto, mas imanente aos paradigmas. Não há no paradigma uma origem; todo fenômeno é a origem. A historicidade do paradigma não está na sincronia e nem na diacronia, mas no cruzamento entre sincronia e diacronia.

Questionado novamente acerca do que é a arqueologia, Giorgio Agamben explicou que a *arché* não é situada numa cronologia, é uma força que continua a agir no presente, da mesma maneira como o *big bang*, segundo os astrofísicos, originou o universo e continua a expandi-lo até a atualidade. Agamben utiliza o exemplo da antropogênese, a força que supomos ter transformado animais em humanos, mas não deixou de existir.

A arqueologia possibilita, por meio de uma fratura, decifrar o código inscrito em um signo, a assinatura de um evento, deslocando o sentido de um conceito para outro, sem modificá-lo. A assinatura não é apenas relação que une campos distintos, mas o que torna o mundo inteligível. A arqueologia é o estudo da indeterminação entre princípio (*ἀρχή*) e fim (*τέλος*) que tem por objeto a assinatura.

A arqueologia pressupõe uma crítica da separação, algo que, para Cuauhtémoc Nattahí Hernández Martínez, é um dos aspectos centrais do projeto *homo sacer*, apesar de pouco percebida. Desde o início da obra, a separação ocupa lugar essencial na argumentação em pelo menos três dimensões. Primeiro, a separação é parte do processo de nudificação, de despolitização da vida. Segundo, a separação coincide com o *locus* em que estão o soberano e o *homo sacer* no ordenamento político-jurídico. Terceiro, a separação define a estrutura jurídico-política do campo.

Todavia não existe uma distinção clara, por parte de Giorgio Agamben, acerca do método. Por vezes declara trabalhar com o método paradigmático e arqueológico, como ficou evidenciado anteriormente. Em outras vezes, afirma

expressamente trabalhar no método paradigmático e genealógico, como fica evidenciado nos subtítulos de alguns textos que compõem o projeto *homo sacer*, como ocorreu nas pesquisas que resultaram nos livros **Estado de exceção** e **O reino e a glória**.

Essa referência a ambos os métodos, arqueologia e genealogia, leva a crer que, nas investigações do autor, cada um desses métodos desempenha uma função distinta, complementando-se num projeto arqueogenealógico que consiste em interrogar a constituição do presente a partir do passado e articular os eventos pelas assinaturas deixadas na transposição de conceitos entre um campo e outro. Tentou-se seguir essas pistas deixadas pelo filósofo romano na execução de uma arqueogenealogia da suspensão da presunção de inocência, ao menos nos moldes trabalhados por Giorgio Agamben e nos limites de uma dissertação. Utilizou-se três técnicas de pesquisa: o fichamento, a categoria e o conceito operacional.

2 ASPECTOS CONSTITUTIVOS DO ESTADO DE EXCEÇÃO

“A expressão ‘por razões de segurança’ funciona como um argumento de autoridade que, cortando qualquer discussão pela raiz, permite impor perspectivas e medidas inaceitáveis sem ela.”
(Giorgio Agamben)

1. Escreveu-se este capítulo a partir do projeto *homo sacer*, um aspecto relevante da obra de Giorgio Agamben (1942...), jurista e filósofo italiano estudado entre a década de 1990 e meados da década de 2010, colocada em relação com alguns dos principais autores com os quais dialogou. A análise da obra de Agamben pavimentou o caminho destas discussões acerca do estado de exceção no judiciário. A entrada do caminho para a análise do estado de exceção no judiciário foi aberta no projeto *homo sacer* na medida em que analisa o estado de exceção como condição estrutural dos estados ocidentais¹. Tentou-se nesta dissertação seguir o caminho trilhado por Agamben² para estudar uma das manifestações do estado de

¹ “*Coloro che hanno letto e compreso le parti precedenti di quest’opera sapranno che non devono aspettarsi né un nuovo inizio né tanto meno una conclusione. Ocorre, infatti, revocare decisamente in questione il luogo comune secondo cui è buona regola che una ricerca cominci con una pars destruens e si concluda con una pars construens, ma questa coincide in ogni punto senza residui con la prima. Una teoria che, nella misura del possibile, ha sgombrato il campo dagli errori ha, con ciò, esaurito la sua ragione d’essere e non può pretendere di sussistere in quanto separata dalla prassi. L’arché che l’archeologia porta alla luce non è omogenea ai presupposti che ha neutralizzato: essa si dà integralmente soltanto nel loro cadere. La sua opera è la loro inoperosità. Il lettore troverà qui pertanto delle riflessioni su alcuni concetti – uso, esigenza, modo, forma-di-vida, inoperosità, potenza destituente – che hanno fin dall’inizio orientato una ricerca, che, come ogni opera di poesia e di pensiero, non può essere conclusa, ma solo abbandonata (e, eventualmente, continuata da altri).*” Aqueles que leram e compreenderam as partes precedentes desta obra saberão que não devem esperar nem um novo início tampouco uma conclusão. Ocorre, de fato, colocar definitivamente em questão o lugar-comum segundo o qual é boa regra que uma pesquisa começa com uma desconstrução e se conclua com uma construção, mas essa coincide em cada ponto sem resíduos com a primeira. Uma teoria que, na medida do possível, eliminou o campo dos erros, com isso, exauriu sua razão de ser e não pode pretender subsistir enquanto separada da prática. A *arché* que a arqueologia traz à luz não é homogênea aos pressupostos que neutralizou: essa se dá integralmente apenas em sua decadência. A sua obra é a sua inoperosidade. O leitor encontrará aqui portanto reflexões sobre alguns conceitos – uso, exigência, modo, forma-de-vida, inoperosidade, potência destituente – que têm desde o início orientado uma pesquisa que, como toda obra de poesia e de pensamento, não pode ser concluída, mas só abandonada (e, eventualmente, continuada por outros) (AGAMBEN, 2014a, p. 9, tradução livre).

² “De início, seria necessário precisar quem são os ‘outros’. Eles certamente não são a posteridade. Os outros, pelo contrário, eu os concebo num futuro anterior, quer dizer, como um passado no futuro ou um futuro no passado. Eles são, para retornar à sua questão, aqueles que serão tornados possíveis quando o trabalho arqueológico do pensamento tiver sido abandonado e não acabado. E esse passado futuro é o único presente que nós podemos alcançar, se é verdade –

exceção nas decisões do judiciário brasileiro, especificamente do Supremo Tribunal Federal³.

Agamben graduou-se em *Giurisprudenza* na *Università degli Studi di Roma – La Sapienza*, em 1965, com uma tese doutoral sobre o pensamento político de Simone Weil. Entre 1966 e 1968, enquanto realizava estudos pós-doutorais em Freiburg, foi aluno de Martin Heidegger no curso sobre o pensamento de Heráclito, na cidade de Le Thor, em França. Estudou linguística e cultura medieval em Paris e em Londres.

Posteriormente, foi diretor de programa no *Collège International de Philosophie*, em Paris. Além disso, foi professor de estética na Universidade de Macerata, entre 1988 e 1992, na Universidade de Verona, entre 1993 e 2003, e no *Istituto Universitario di Architettura di Venezia*, entre 2003 e 2009. Em 2003, foi *Distinguished Professor* na *New York University*, cargo do qual se demitiu em protesto contra a política de segurança do governo de George W. Bush (ASSMANN, 2007, p. 95).

2. A obra de Giorgio Agamben é marcada tanto pela extensão, quanto pela diversidade das chaves de leitura utilizadas para formular um significativo diagnóstico do pensamento político contemporâneo, “andando sinuosamente entre uma miríade de autores antigos (como Aristóteles), medievais, modernos e contemporâneos, e em vários campos de saber, da filologia ao direito, da filosofia (filosofia política, ética, estética e metafísica) à literatura e à teologia”.

Essa diversidade rende ao pensador um conjunto de definições: “continuador de Walter Benjamin e de Martin Heidegger, ou de Michel Foucault, Jacques Derrida, Émile Benveniste e de Guy Debord, ou como alternativa ao pensamento anglo-saxônico de Richard Rorty” (AGAMBEN, 2007b, p. 6).

O projeto *homo sacer* é composto por nove livros que integram uma mesma obra, desprovida de organização cronológica progressiva: **Homo sacer. O poder**

como é verdade – que toda história é sempre história contemporânea. Nesse sentido, os outros já estão aí, eles estão sempre a acontecer, mesmo se eles aí não estão e se aí jamais estiverem. Para dizer de outro modo, os ‘outros’ não provêm de uma necessidade – eles são da ordem daquilo que eu chamo uma exigência, eles são o que o pensamento exige, independentemente de sua existência factual. E a exigência é para mim a categoria filosófica por excelência. É em uma exigência desse gênero que deveria pensar Averróis quando dizia que a espécie humana exige que sempre haja um filósofo para se unir ao único intelecto separado” (BOUCHERON, 2017).

³ Nessa direção, priorizou-se os diálogos estabelecidos por Agamben com outros autores, daí porque há pouca referência às pesquisas sobre o projeto *homo sacer*.

soberano e a vida nua (I. *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*), Estado de exceção (II.1. *Iustitium. Stato di eccezione*), Stasis. A guerra civil como paradigma político⁴ (II.2. *Stasis. La guerra civile come paradigma politico*), O sacramento da linguagem. Arqueologia do juramento (II.3. *Horkos. Il sacramento del linguaggio Archeologia del giuramento*), O reino e a glória. Por uma genealogia teológica da economia e do governo (II.4. *Oikonomia. Il Regno e la Gloria Per una genealogia teologica dell'economia e del governo*), *Opus Dei*. Arqueologia do ofício (II.5. *Opus Dei. Archeologia dell'ufficio*), O que resta de Auschwitz. O arquivo e a testemunha (III. *Auschwitz. L'archivio e il testimone*), Altíssima pobreza: regras monásticas e formas de vida (IV.1. *Altissima povertà. Regole monastiche e forma di vita*) e O uso dos corpos (IV.2. *L'uso dei corpi*), publicados originalmente em 1995, 2003, 2015, 2008, 2009, 2012, 1998, 2011 e 2014, respectivamente.

Além desses livros, muitos outros textos orbitam o projeto, dentre os quais: Meios sem fim: notas sobre a política (*Mezzi senza fine. Note sulla politica*), Profanações (*Profanazioni*), Infância e história (*Infanzia e storia*), A linguagem e a morte: um seminário sobre o lugar da negatividade (*Il linguaggio e la morte. Un seminario sul luogo della negatività*), O aberto: o homem e o animal (*L'aperto. L'uomo e l'animale*), Bartleby, ou da contingência (*Bartleby o della contingenza*), A comunidade que vem (*La comunità che viene*) e *Signatura rerum. Sobre o método*⁵ (*Signatura rerum. Sul metodo*), por um conjunto de artigos, bem como por diversas entrevistas nas quais o filósofo esclarece aspectos pontuais de difícil compreensão⁶.

3. Dentre esses textos, serão objetos de análise os textos *Homo sacer*, Estado de exceção, *Stasis*, O que resta de Auschwitz, Meios sem fim, *Signatura rerum*, Altíssima pobreza e O uso dos corpos por estarem mais diretamente vinculados à proposta desta dissertação, além de algumas entrevistas.

⁴ Não traduzido.

⁵ Com tradução para o espanhol.

⁶ “Compreender não significa negar nos fatos o chocante, eliminar deles o inaudito, ou, ao explicar fenômenos, utilizar-se de analogias e generalidades que diminuam o impacto da realidade e o choque da experiência. Significa, antes de mais nada, examinar e suportar conscientemente o fardo que o nosso século [XX] colocou sobre nós – sem negar sua existência, nem vergar humildemente ao seu peso. Compreender significa, em suma, encarar a realidade sem preconceitos e com atenção, e resistir a ela – qualquer que seja” (ARENDDT, 1989, p. 12).

Os textos **O sacramento da linguagem, Infância e história, A linguagem e a morte, O aberto, Bartleby, ou da contingência** estão vinculados a um aspecto mais linguístico do projeto *homo sacer*. Esse aspecto linguístico tem como pressuposto a relação ato-potência no pensamento de Aristóteles, passando pelo apreender-o-Isto/Este, o apreender-o-*Diese* (*das Diese nehmen*), do filósofo alemão Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), bem como pelo ser-Aí, o ser-o-*Da* (*Dasein*), de Martin Heidegger. A predominância, contudo, é do pensamento Aristotélico, vinculado à dimensão político-jurídica conformante da *pólis* e do cidadão.

Ou, dito de outro modo, o aspecto central dessa parte do projeto discute a potência de sim e de não, a negatividade inerente à linguagem de converter a potência em ato sem, com isso, esgotar a potência. Essa potencialidade é explicada pelo autor a partir da metáfora do pianista que pode, ou não, tocar piano. Ao tocar, passando da potência ao ato, não esgota a potência, tendo em vista que sempre pode decidir tocar ou não tocar o piano.

Essa relação ato-potência está pressuposta nas técnicas de governo como potencialidade de controle e vigilância dos corpos que pode não se tornar ato, mas, sobretudo, em nossa potencialidade de não nos submetermos às técnicas de governo, à potência do não como possível alternativa à biopolítica contemporânea na construção da comunidade que vem por meio da política que vem.

A política que vem está relacionada à proposta agambeniana de desativar o direito, de paralisar a máquina jurídica para que a comunidade que vem possa, pela política que vem, tentar estabelecer novas relações sociais, bem como profanar o direito e a economia (BAZZANELLA; CANI, 2018a), ou seja, restituí-los do uso divino para o uso dos homens a fim de que possam voltar a ser puros meios sem fim⁷ e não mais fins em si mesmos⁸.

⁷ “Uma finalidade sem meios é tão alienante quanto uma medialidade que só tem sentido em relação a um fim. [...] *O gesto é a exibição de uma medialidade, o tornar visível um meio como tal*. Ele faz aparecer o ser-em-um-meio do homem e, desse modo, abre-lhe a dimensão ética. [...] gestos voltados aos fins mais familiares são exibidos como tais e, por isso, mantidos em suspensão ‘*entre le désir et l’accomplissement, la perpétration et son souvenir* [entre o desejo e a satisfação, a perpetração e sua memória]’, naquilo que Mallarmé chama um *milieu pur* [meio puro], assim, no gesto, é a esfera não de um fim em si, mas de uma medialidade pura e sem fim que se comunica aos homens. [...] Somente desse modo a obscura expressão kantiana ‘finalidade sem fim’ adquire um significado concreto. Ela é, em um meio, aquela potência do gesto que o interrompe no seu próprio ser-meio e apenas assim o exhibe, faz de uma *res* uma *res gesta*. Do mesmo modo, caso se entenda

Já os livros **Profanações** e **A comunidade que vem** tratam de uma provocação para uma política que vem. Por fim, o livro **Opus Dei** não foi utilizado na escrita e **O reino e a glória**⁹ foi pouco usado em razão dos temas específicos que abrangem. Apesar da relevância da proposta como um todo, o objeto desta dissertação é menos amplo e não abrange uma análise diretamente vinculada à *oikonomia*. Muito pelo contrário, o que se propõe é formular um diagnóstico restrito à suspensão da presunção de inocência a partir do amplo diagnóstico agambeniano sobre o estado de exceção. Uma proposição alternativa, até mesmo não constituída como estratégia composta por várias táticas, várias ações, é relevante, mas fugiria ao objeto deste estudo dissertativo¹⁰, razão pela qual não será esboçada nesta dissertação.

4. Não há uma descontinuidade nos textos, mas uma complementaridade. Ainda que existam textos nos quais a estética e a poesia tenham mais espaço, sobretudo publicados nas décadas de 1970 e 1980, todos são partes em relação a outras partes, formam um conjunto (*insieme*) de textos por ele escritos que se entrecruzam, na medida em que, para Agamben, filosofia e poesia não são

por palavra o meio da comunicação, mostrar uma palavra não significa dispor de um plano mais elevado (uma metalinguagem, ela mesma incomunicável no interior do primeiro nível), a partir do qual se faz dela objeto de comunicação, mas expô-la sem nenhuma transcendência em sua própria medialidade, em seu próprio ser meio. O gesto é, nesse sentido, comunicação de uma comunicabilidade. Ele não tem especificamente nada a dizer, porque aquilo que mostra é o ser-na-linguagem do homem como pura medialidade” (AGAMBEN, 2015a, p. 59-60).

⁸ “Como os juristas sabem muito bem, acontece que o direito não tende, em última análise, ao estabelecimento da justiça. Nem sequer ao da verdade. Busca unicamente o julgamento. Isso fica provado para além de toda dúvida pela *força da coisa julgada*, que diz respeito também a uma sentença injusta. A produção da *res judicata* – com a qual a sentença substitui o verdadeiro e o justo, vale como verdadeira a despeito da sua falsidade e injustiça – é o fim último do direito. Nessa criatura híbrida, a respeito da qual não é possível dizer se é fato ou norma, o direito encontra a paz; além disso ele não consegue ir” (AGAMBEN, 2008a, p. 28).

⁹ Uma análise aprofundada de uma economia política de governo, como a elaborada neste livro, não é possível enquanto objeto desta dissertação, pois pressuporia a concentração de esforços na economia política das decisões. Ainda que não seja possível separar o estado de exceção da economia política, pois a economia política está pressuposta no uso do estado de exceção como técnica de governo, a investigação da economia política exigiria análises para além das decisões judiciais. Isso fica claro com a síntese do livro elaborada pelo filósofo espanhol Castor Bartolomé Ruiz: “Na obra publicada em 2007, *Il regno e la gloria*. Per una genealogia teológica dell’ economia e del governo, inicia afirmando que sua investigação se propõe mostrar que dois grandes paradigmas modernos, conexos e antinômicos ao mesmo tempo: o da filosofia política da soberania e a economia política do governo, derivam-se da teologia cristã. As teorias da soberania modernas derivam de uma teologia política que secularizou o poder soberano de Deus e o transferiu para a figura do Estado mantendo intacto o paradigma da transcendência, o que torna a soberania moderna uma teologia política” (BARTOLOMÉ RUIZ, 2013)

¹⁰ Sobre o assunto, dentre outros: Agamben (2007b) e Marquezan (2014).

substâncias separadas, mas intensidades opostas que se cruzam no campo da linguagem¹¹.

A partir de 1980, Agamben passou a abordar mais diretamente a filosofia política, passando pela ontologia, pela metafísica e pela ética, sem, contudo, abandonar os textos anteriores acerca da estética e da poesia. No percurso analítico, o autor abordou a filosofia, o direito, a teologia, a filologia, a economia e a literatura, pelo menos.

O livro *Homo sacer* foi publicado originalmente em 1995, período a partir do qual Agamben se dedicou com mais profundidade aos estudos de alguns paradigmas que se entrecruzam em diversos campos do saber, sobretudo o *homo sacer*, o campo de concentração, o estado de exceção, a vida nua e a guerra civil.

5. No método paradigmático, os paradigmas não são apenas hipóteses para explicar a modernidade como causa ou origem histórica, mas paradigmas utilizados para tornar inteligíveis os fenômenos que escapam ou podem escapar ao olhar do historiador¹². Em 2006 Agamben concedeu uma entrevista para, dentre outras coisas, esclarecer o método paradigmático e arqueológico. Reconheceu uma proximidade à arqueologia foucaultiana¹³, mas não a coincidência. A partir de dicotomias estruturais da cultura ocidental contemporânea, explicou que pretende ir além das exceções que as produzem, não para buscar “um estado cronologicamente originário”, mas para compreender “a situação na qual nos

¹¹ ***“Un antidoto allo scadere nella pratica burocratica può essere la poesia. Tu hai spesso ribadito il legame tra filosofia e poesia. Che lo stesso Heidegger pose al centro della sua riflessione. In cosa consiste questo legame? Ho sempre pensato che filosofia e poesia non siano due sostanze separate, ma due intensità che tendono l'unico campo del linguaggio in due direzioni opposte: il puro senso e il puro suono. Non c'è poesia senza pensiero, così come non c'è pensiero senza un momento poetico. In questo senso, Hölderlin e Caproni sono filosofi, così come certe prose di Platone o di Benjamin sono pura poesia. Se si dividono drasticamente i due campi, io stesso non saprei da che parte mettermi”.*** (GNOLI, 2016)

¹² “[paradigmi] non sono ipotesi attraverso le quali intendessi spiegare la modernità, riconducendola a qualcosa come una causa o un'origine storica. Al contrario, come la loro stessa molteplicità avrebbe potuto intendere, si trattava ogni volta di paradigmi, il cui scopo era di rendere intellegibile una serie di fenomeni, la cui parentela era sfuggita o poteva sfuggire allo sguardo dello storico” [paradigmas] não são hipóteses através das quais eu pretendi explicar a modernidade, reconduzindo-a a qualquer coisa como uma causa ou uma origem histórica. Pelo contrário, como a sua mesma multiplicidade poderia pretender, tratava-se toda vez de paradigmas, cujo escopo era de fazer inteligível uma série de fenômenos, cujo parentesco fugiu ao olhar do historiador. (AGAMBEN, 2008b, p. 33, tradução livre).

¹³ “a arqueologia, procurando estabelecer a constituição dos saberes privilegiando as interrelações discursivas e sua articulação com as instituições, respondia a como os saberes apareciam e se transformavam” (MACHADO, 1979, p. X).

encontramos”. Nessa direção, a arqueologia seria “a única via de acesso ao presente” (COSTA, 2006, p. 132-133).

Superar a lógica binária das dicotomias, para Agamben, é fruto da capacidade de transformar as dicotomias em bipolaridades, oposições substanciais em campo de forças percorrido por tensões polares presentes em cada ponto diante da impossibilidade de traçar linhas claras de demarcação. Uma lógica do campo, contrária à lógica da substância, significa a existência de um terceiro elemento entre A e A que não pode ser um elemento novo homogêneo e similar a A. Esse elemento é a neutralização e transformação dos outros dois, dicotômicos, para neutralizar a falsa dicotomia entre universal e particular. Um paradigma, cuja etimologia grega significa “exemplo”, é um fenômeno particular que vale por todos os casos do mesmo gênero e permite construir um conjunto problemático mais amplo, como Foucault e Kantorowicz fizeram com o panótico e o duplo corpo do rei, respectivamente. Assim também Agamben fez com o *homo sacer* para compreender a biopolítica contemporânea, com o muçulmano em Auschwitz e com o estado de exceção (COSTA, 2006, p. 132-133). Em 2014, após novos questionamentos sobre a arqueologia, Agamben concedeu outra entrevista significativa para a compreensão do método:

É uma pesquisa sobre a *arché*, que em grego significa ‘início’ e ‘mandamento’. Em nossa tradição, o início é tanto o que dá origem a algo como também é o que comanda sua história. Mas essa origem não pode ser datada ou cronologicamente situada: é uma força que continua a agir no presente, assim como a infância que, de acordo com a psicanálise, determina a atividade mental do adulto, ou como a forma com que o big bang, de acordo com os astrofísicos, deu origem ao Universo e continua em expansão até hoje. O exemplo que tipifica esse método seria a transformação do animal para o humano (antropogênese), ou seja, um evento que se imagina, necessariamente, deve ter ocorrido, mas não terminou de uma vez por todas: o homem é sempre tornar-se humano, e, portanto, também continua a ser inumano, animal. A filosofia não é uma disciplina acadêmica, mas uma forma de medir-se em direção a este evento, que nunca deixa de ter lugar e que determina a humanidade e a desumanidade da humanidade: perguntas muito importantes, na minha opinião (CERF, 2014).

6. Nessa complexa obra, alguns temas centrais são encontrados nos textos do autor, o que se reflete no verbete **Giorgio Agamben**, publicado na *Internet Encyclopedia of Philosophy*, no qual são indicados cinco temas centrais no pensamento do filósofo, embora não sejam os únicos. O primeiro, acerca da linguagem e da metafísica, é esboçado nos livros **Infância e história, A linguagem**

e a morte e O aberto¹⁴, com a discussão acerca de uma experiência linguística em que a linguagem é experimentada em si mesma para que os limites da linguagem apareçam não em relação a algo exterior, mas na autorreferência a si mesma. O segundo trata da estética a partir da análise paralela entre filosofia e poesia. O terceiro, acerca da política, sobretudo com o projeto *homo sacer*, mas não somente. O quarto, acerca da ética¹⁵, no livro **O que resta de Auschwitz**, também vinculado ao projeto *homo sacer*, no qual expressou o fracasso da maioria dos princípios éticos da modernidade diante dos campos de concentração¹⁶. O quinto, o messianismo que perpassa as concepções de política e de ética que convergem para a forma de vida¹⁷ (MILLS, 2018).

¹⁴ Cabe acrescentar aqui **O sacramento da linguagem e O que resta de Auschwitz**, que, apesar de fazerem parte do projeto *homo sacer*, são perpassados pela discussão acerca da linguagem.

¹⁵ “Ética não é a vida que simplesmente se submete à lei moral, mas a que aceita, irrevogavelmente e sem reservas, pôr-se em jogo nos seus gestos. Mesmo correndo o risco de que, dessa maneira, venham a ser decididas, de uma vez por todas, a sua felicidade e a sua infelicidade” (AGAMBEN, 2007b, p. 54).

¹⁶ “quase nenhum dos princípios éticos que o nosso tempo acreditou poder reconhecer como válidos resistiu à prova decisiva, a de uma *Ethica more Auschwitz demonstrata*” (AGAMBEN, 2008a, p. 21).

¹⁷ “*Col termine forma-di-vita, intendiamo [...] una vita che non può mai essere separata dalla sua forma, una vita in cui non è mai possibile isolare e mantenere disgiunta qualcosa come una nuda vita. [...] Una vita, che non può essere separata dalla sua forma, è una vita per la quale, nel suo modo di vivere, ne va del vivere stesso e, nel suo vivere, ne va innanzitutto del suo modo di vivere. [...] Essa [espressione] definisce una vita – la vita umana – in cui i singoli modi, atti e processi del vivere non sono mai semplicemente fatti, ma sempre e innanzitutto possibilità di vita, sempre e innanzitutto potenza. E la potenza, in quanto non è altro che l'essenza o la natura di ciascun essere, può essere sospesa e contemplata, ma mai assolutamente divisa dall'atto. L'abito di una potenza è l'uso abituale di essa e la forma-di-vita è quest'uso. La forma del vivere umano non è mai prescritta da una specifica vocazione biologica né assegnata da una qualsiasi necessità, ma, per quanto consueta, ripetuta e socialmente obbligatoria, conserva sempre il carattere di una possibilità reale, mette, cioè, sempre in gioco il vivere stesso. Non vi è, cioè, un soggetto a cui compete una potenza, che egli può decidere a suo arbitrio di mettere in atto: la forma-di-vita è un essere di potenza non solo o non tanto perché può fare o non fare, riuscire o fallire, perdersi o trovarsi, ma innanzitutto perché è la sua potenza e coincide con essa. Per questo l'uomo è l'único essere nel cui vivere ne va sempre della felicità, la cui vita è irremediabilmente e dolorosamente assegnata alla felicità. Ma questo costituisce immediatamente la forma-di-vita come vita politica.*” Com o termo forma-de-vida, entendemos [...] uma vida que nunca pode ser separada da sua forma, uma vida em que nunca é possível isolar e manter separado algo como uma vida nua. [...] Uma vida, que não pode ser separada da sua forma, é uma vida pela qual, no seu modo de viver, vai do viver mesmo e, no seu viver, vai antes de tudo do seu modo de viver. [...] Essa [expressão] define uma vida – a vida humana – em que os singulares modos, atos e processos do viver são sempre simplesmente fatos, mas sempre e antes de tudo possibilidade de vida, sempre e antes de tudo potência. E a potência, enquanto não é outra coisa que a essência ou a natureza de cada ser, pode ser suspensa e contemplada, mas nunca absolutamente separada do ato. O hábito de uma potência é o uso habitual dessa e a forma-de-vida é esse uso. A forma do viver humano não é nunca prescrita por uma específica vocação biológica nem atribuída por uma necessidade qualquer, mas, porquanto habitual, repetida e socialmente obrigatória, conserva sempre o caráter de uma possibilidade real, põe, isto é, sempre em jogo o viver mesmo. Não há, isto é, um sujeito ao qual compete uma potência, que ele pode decidir ao seu arbitrio meter em ato: a forma-de-

Como já se esclareceu, abordou-se nesta dissertação temas que se entrecruzam na obra de Agamben. Todavia concentrou-se os esforços analíticos e interpretativos nos aspectos metafísicos, éticos, jurídicos e políticos do projeto *homo sacer*, ainda que, para Agamben, como já se disse, não exista uma separação entre as linhas analíticas. Pretendeu-se incorporar as análises sobre a biopolítica, o poder soberano, o estado de exceção, a vida nua, o campo de concentração e a democracia.

2.1 A biopolítica contemporânea: estatização da vida biológica

“Somente porque em nosso tempo a política se tornou integralmente biopolítica, ela pôde constituir-se em uma proporção antes desconhecida como política totalitária.

[...]

A dimensão na qual o extermínio [dos hebreus, o holocausto] teve lugar não é nem a religião nem o direito, mas a biopolítica”.

(Giorgio Agamben)

7. Neste item analisou-se o processo de estatização da vida biológica. Dito de outro modo, a apropriação da vida biológica de indivíduos e de populações, chamada de biopolítica, desde a construção desse conceito por Michel Foucault até a continuidade às pesquisas por parte de Giorgio Agamben, que toma esse conceito como premissa para investigar as assinaturas biopolíticas inscritas no paradigma do campo de concentração.

O filósofo Sandro Luiz Bazzanella (1967...) analisou três enfoques do conceito de biopolítica, cujos vestígios são encontrados entre o fim do século XIX, as primeiras décadas do século XX e, com maior intensidade, no período posterior à segunda guerra. Isso não significa que o conceito de biopolítica foi cunhado naquele

vida é um ser de potência não só ou não tanto porque pode fazer ou não fazer, suceder ou falhar, perder-se ou encontrar-se, mas antes de tudo porque é a sua potência e coincide com essa. Por isso o homem é o único ser no qual viver vai sempre para a felicidade, cuja vida é irremediavelmente e dolorosamente atribuída à felicidade. Mas isso constitui imediatamente a forma-de-vida como vida política (AGAMBEN, 2014a, p. 264-265).

momento, mas que os vestígios desse conceito estavam presentes em obras daquela época.

O primeiro enfoque, biologicista, surgido entre o fim do século XIX e o início do século XX, é encontrado na concepção vitalista de estado, desenvolvida na Alemanha, cuja origem do estado é pensada como o resultado da integração corporal e espiritual dos indivíduos, daí porque o estado seria um corpo vivo articulado a partir de diversos órgãos. Esse enfoque teve influência direta das ciências naturais, cujas explicações estavam vinculadas à relação causa-efeito, de modo que as disfunções eram consideradas corpos estranhos que precisavam ser extirpados do estado (BAZZANELLA, 2010, p. 122-123), como ocorreu, mais tarde, com os judeus.

O segundo enfoque, ontológico-político, surgido a partir da década de 1960, na França, parte do pressuposto de que política e vida se fundem, fusão essa cuja compreensão é condição de possibilidade para compreender o humano nas dimensões individual e global. Com isso, passa a ser necessário reformular a concepção de biopolítica. Esse enfoque fornece pistas de que a biopolítica seria uma ciência das condutas dos estados e das coletividades humanas, tomando em consideração as leis¹⁸, os ambientes e os fatos que regem a vida humana, bem como determinam nossas atividades (BAZZANELLA, 2010, p. 123).

O terceiro enfoque, histórico, surgido a partir de 1973, no Canadá, com a criação de uma linha de investigação sobre biologia e política na *International Political Science Association*, parte de pressupostos do evolucionismo darwiniano, na dimensão da natureza, e do darwinismo social, na dimensão social. Esses pressupostos tinham por objeto os aspectos determinantes da natureza cujo conhecimento era pressuposto para os desafios existenciais e da vida em sociedade (BAZZANELLA, 2010, p. 123-124).

8. Contudo, Michel Foucault sedimentou o conceito e, a partir dele, a noção de biopolítica foi difundida. A compreensão da biopolítica contemporânea pressupõe

¹⁸ “A regra, cujo modelo é o Evangelho, não pode [...] ter a forma da lei, e é provável que a própria escolha do termo *regula* implicasse uma contraposição à esfera do mandamento legal. É nesse sentido que uma passagem de Tertuliano parece opor o termo ‘regra’ à ‘forma da lei’ mosaica: ‘Dissolvida a forma da velha lei [*veteris legis forma soluta*], os apóstolos, pela autoridade do Espírito Santo, deram essa lei aos gentios que começaram a ser admitidos na Igreja católica’. A *nova lex* não pode ter a forma da lei, mas, como *regula*, aproxima-se da própria forma da vida, que guia o orienta [*sic*] (*‘regula dicta quod recte ducit’*, diz uma etimologia de Isidoro)” (AGAMBEN, 2014b, p. 57).

a reconstituição parcial de um percurso iniciado pelo filósofo francês Michel Foucault (1926-1984), que utilizou esse termo pela primeira vez na conferência **O nascimento da medicina social** (*La naissance de la médecine sociale*), proferida no Brasil, em 1974, incluída no livro **Microfísica do poder** (*Microphysique du pouvoir*):

Minha hipótese é que com o capitalismo não se deu a passagem de uma medicina coletiva para uma medicina privada, mas justamente o contrário; que o capitalismo, desenvolvendo-se em fins do século XVIII e início do século XIX, socializou um primeiro objeto que foi o corpo enquanto força de produção, força de trabalho. O controle da sociedade sobre os indivíduos não se opera simplesmente pela consciência ou pela ideologia, mas começa no corpo, com o corpo. Foi no biológico, no somático, no corporal que, antes de tudo, investiu a sociedade capitalista. O corpo é uma realidade bio-política. A medicina é uma estratégia bio-política. [...] É verdade que o corpo foi investido política e socialmente como força de trabalho. Mas, o que parece característico da evolução da medicina social, isto é, da própria medicina, no Ocidente, é que não foi a princípio como força de produção que o corpo foi atingido pelo poder médico. Não foi o corpo que trabalha, o corpo do proletário que primeiramente foi assumido pela medicina. Foi somente em último lugar, na 2ª metade do século XIX, que se colocou o problema do corpo da saúde e do nível da força produtiva dos indivíduos (FOUCAULT, 1979, p. 80).

Portanto, o biopoder pode ser definido como ação de governo, uma ação de controle e vigilância de indivíduos e de populações, por meio da qual é promovida a vida dos corpos biológicos. A biopolítica é a apropriação, a estatização dos corpos em uma relação de dominação. A partir do arranjo assentado na apropriação dos corpos, surgem as diversas políticas públicas, dentre as quais as políticas de saúde e de educação que visam primeiro à docilização e depois ao controle e vigilância dos corpos.

A biopolítica instrumentaliza o biopoder, um poder sobre a vida e a morte, por um conjunto de medidas, cuja finalidade é ampliar as relações de produção e consumo de indivíduos e de populações e, em última análise, incrementa as forças do estado. Esse acréscimo de forças é a razão de ser do surgimento do estado, o que se abordou a seguir.

9. Foucault utilizou o termo biopolítica pela última vez nas conferências que deram origem ao livro **Nascimento da biopolítica** (*Naissance de la biopolitique*), em 1979, no *Collège de France*. As causas do abandono repentino desse termo são discutíveis. Duas linhas interpretativas se abrem a partir do evento. A primeira é a de que Foucault superou o termo, por algum motivo que pode variar desde a perda do

sentido diante do uso excessivo até o cumprimento da finalidade a que se destinava o termo no projeto filosófico do autor. A segunda é que o filósofo reconheceu algum equívoco no pensamento que o fez renunciar ao conceito.

Independentemente do motivo, o fato é que diversos pensadores utilizaram, e muitos outros continuam utilizando o termo como ferramenta conceitual a partir da qual é possível melhor interpretar os fenômenos político-jurídicos contemporâneos. Dentre esses pensadores legatários de Foucault estão Giorgio Agamben, Antonio Negri, Maurizio Lazzarato, Roberto Esposito, Gilles Deleuze, Félix Guattari e Michael Hardt.

Além deles, Hannah Arendt, apesar de não utilizar o termo biopolítica, se refere frequentemente a uma política de apropriação dos corpos, sobretudo nos livros **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal** (*Eichmann in Jerusalem: a report on the banality of evil*), **Origens do totalitarismo** (*Origins of totalitarianism*) e **A condição humana** (*The human condition*). Um dos eixos centrais da obra de Arendt é a produção, em larga escala, de cadáveres¹⁹ nas fábricas da morte projetadas para exterminar toda uma raça, o povo judeu, considerada indesejável pelos nazistas.

10. Esclarecidos alguns dos aspectos que culminaram na elaboração do termo, se retomará as discussões acerca da biopolítica, inicialmente com Michel Foucault e, posteriormente, com Giorgio Agamben, a fim de demonstrar as divergências interpretativas dos autores, bem como de apontar os respectivos desdobramentos de cada uma dessas concepções.

¹⁹ “a expressão ‘fabricação de cadáveres’ implica que aqui já não se possa propriamente falar de morte, que não era morte aquela dos campos, mas algo infinitamente mais ultrajante que a morte. Em Auschwitz não se morria: produziam-se cadáveres. Cadáveres sem morte, não-homens cujo falecimento foi rebaixado à produção em série. É precisamente a degradação da morte que constituiria, segundo uma possível e difundida interpretação, a ofensa específica de Auschwitz, o nome próprio do seu horror. [...] Não se pode, porém, dar por descontado que o aviltamento da morte constitua o problema específico de Auschwitz. Provam-no as contradições em que continuam presos os que abordam Auschwitz sob esta perspectiva. [...] Contudo, é singular que, excluído o recurso de uma obsessiva *imagerie* de parto e de aborto (‘parimos abortos mortos da nossa morte’), e de frutos azedos e maduros (‘a morte, verde e sem suco, continua dentro/como um fruto não maduro’), a morte própria não se distingue da outra, a não ser pelos mais abstratos e formais predicados: a oposição propriedade/impropriedade e interno/externo. Frente à expropriação da morte efetuada pela modernidade, o poeta reage segundo o esquema do luto freudiano: interiorizando o objeto perdido. Ou então, como acontece no caso análogo da melancolia, fazendo que apareça como expropriado um objeto – a morte – para o qual falar de próprio ou de impróprio simplesmente não tem sentido” (AGAMBEN, 2008a, p. 78-79).

No livro **Nascimento da biopolítica**, escrito a partir do curso ministrado no *Collège de France* em 1979, Foucault (2008a) deu continuidade ao curso de 1978 que resultou na composição da obra **Segurança, território, população** (*Sécurité, territoire, population*) (2008b), resultado de um conjunto de 13 aulas no *Collège de France*. No primeiro curso, abordou o aparecimento de racionalização na prática governamental, a razão de estado, por volta do século XVI. No segundo curso, aprofundou a análise sobre o tipo de cálculo que permite uma autolimitação da razão de estado, chamado de economia política.

11. A razão de estado surge entre 1580 e 1660 a partir da discussão sobre o governo. Nessa época foi estabelecida uma distinção entre governo e soberania. Governo era mais que soberania, era um suplemento dessa, uma alteridade em relação ao pastorado²⁰. Contudo, o governo era próprio do soberano, inerente ao exercício da soberania em relação aos súditos (FOUCAULT, 2008b, p. 316).

O Estado é uma firme dominação sobre os povos [...] [A razão de estado] é o conhecimento dos meios adequados para fundar, conservar e ampliar essa dominação. [...] abraça muito mais a conservação do Estado do que a sua fundação ou a sua extensão, e muito mais a sua extensão do que a sua fundação propriamente dita [...] temos aí, enfim constituídos ou enfim separados, os dois grandes referenciais dos saberes e das técnicas dados ao homem ocidental moderno (FOUCAULT, 2008b, p. 317-318).

Uma razão de estado é, nesse sentido, um conhecimento que permite aperfeiçoar os atos de governo. A estrutura da razão de estado é composta, portanto, por um motivo (soberania), por uma teleologia (aumentar as forças do estado) e por uma ação que têm como pressuposto um governo (atos de governo). O motivo, a soberania, é constante; o soberano é variável de acordo com os interesses em disputa em limites espaço-temporais variáveis mas parece ter como

²⁰ “o caráter do pastorado eclesiástico, sobre o qual Foucault focalizou sua atenção, deriva diretamente da doutrina da providência, do duplo caráter da providência, que é sempre geral e particular. [...] Alexandre de Afrodísias [...] equipara a atividade providencial dos deuses à atividade do dono de uma casa. O dono de uma casa não se ocupa diretamente de alimentar os camundongos, as formigas e os vermes que vivem nela. Porém, na medida em que se ocupa de sua boa administração, contribui de maneira indireta e acidental para nutrir também esses animaizinhos. Assim, a providência geral de Deus funciona exatamente como no paradigma liberal, como se o plano geral de Deus tivesse consequências sobre os particulares. [...] entretanto, o essencial é entender que a providência pode funcionar somente se os dois níveis, o geral e o particular, estão conectados. O governo é precisamente o que resulta da coordenação e da articulação entre a providência geral e a providência particular”. (AGAMBEN, 2014c, p. 34-35).

constantes os jogos de poder orientados, em última análise, pela vontade de poder (*wille zur macht*)²¹.

12. A construção dessa razão de estado, dessa racionalização das práticas de governo produziu uma mudança dos objetivos do governo que, com isso, deixou de ser um governo pastoral. O governante não mais precisava ser um espelho de virtude para os súditos. Tampouco precisava estabelecer uma relação paterna, com extensão de benevolência sobre os súditos (FOUCAULT, 2008a, p. 6-7).

A razão de estado produziu, para Foucault, uma ruptura com essas funções dos governantes da antiguidade e da idade média de condução dos súditos rumo à salvação, concedendo ao rebanho tudo o que fosse necessário:

[o pastorado cristão] a relação pastor-rebanho, para designar a relação seja de Deus com os homens, da divindade com os homens, seja do soberano com seus súditos [...] havia sido [...] um tema presente, frequente, na literatura, egípcia faraônica, na literatura assíria também, [...] entre os hebreus e que, em compensação, não [...] havia tido alguma importância para os gregos. [...] inclusive [...] a relação pastor-rebanho não é para os gregos um bom modelo político (FOUCAULT, 2008b, p. 181-182).

13. O filósofo encontrou três séries de textos acerca da relação pastor-rebanho. Primeiro, em Homero, na **Íliada** (*Ἰλιάς*) e na **Odisseia** (*Ὀδύσσεια*), há referências ao rei como pastor dos povos (*poimén laôn*), uma denominação ritual do soberano como o pastor dos povos, concepção que permeou a literatura indo-europeia. Segundo, na tradição de Pitágoras de Samos (571 a.e.c.-495 a.e.c.), tanto

²¹ “Sabeis vós também o que é para mim ‘o mundo’? [...] uma imensidão de força, sem começo, sem fim, uma firme, brônzea grandeza de força, que não se torna nem maior, não se torna menor, não se consome, só se transforma e, como um todo, é de imutável grandeza, um orçamento doméstico sem gastos e sem perdas, mas, do mesmo modo, sem crescimento, sem ganhos, encerrado pelo ‘nada’ como por seu limite, nada que se desvaneça, nada desperdiçado, nada imediatamente extenso, mas sim, como força determinada, posto em um determinado espaço, não em um lugar que fosse algures ‘vazio’, antes como força em toda parte, como jogo de forças e ondas de força, ao mesmo tempo uno e vário, acumulando-se aqui e ao mesmo tempo diminuindo acolá, um mar em forças tempestuosas e afluentes em si mesmas, sempre se modificando, sempre refluindo, com anos imensos de retorno, com vazante e montante de suas configurações, expelindo das mais simples às mais complexas, do mais calmo, mais inteiriçado, mais frio ao mais incandescente, mais selvagem, para o que mais contradiz a si mesmo e depois, de novo, da plenitude voltando ao lardo mais simples, a partir do jogo das contradições de volta até o prazer da harmonia, afirmando a si mesmo ainda nessa igualdade de suas vias e anos, abençoando a si mesmo como aquilo que há de voltar eternamente, como um devir que não conhece nenhum tornar-se satisfeito, nenhum fastio, nenhum cansaço –: este meu mundo *dionisíaco* do criar eternamente a si mesmo, do destruir eternamente a si mesmo, este mundo misterioso da dupla volúpia, este meu ‘além de bem e mal’, sem fim, se não há um fim na felicidade do círculo, sem vontade, se não há boa vontade no anel que torna a si mesmo – vós quereis um *nome* para este mundo? Uma *solução* para todos os seus enigmas? Uma *luz* também para vós, ó mais esconsos, mais fortes, mais desassombrados, mais ínsitos à meia-noite? *Este mundo é a vontade de poder – e nada além disso!* E também vós mesmos sois essa vontade de poder – e nada além disso!” (NIETZSCHE, 2008, p. 512-513).

com a etimologia da palavra lei (*nómos*²²) que remeteria ao pastor (*nomeús*), por isso o pastor seria aquele que faz a lei enquanto distribui os alimentos e dirige o rebanho, quanto com a concepção de magistrado não como aquele que tem o poder de decidir, mas como aquele que aplica a lei aos administrados com o zelo de um pastor. Terceiro, de Platão (427 a.e.c.-347 a.e.c.), em **A República** (*πολιτεία*), na discussão com Trasímaco acerca das características de bom pastor que deveria ter o magistrado ou da arte política correspondente ao magistrado (FOUCAULT, 2008b, p. 181-187).

Após a análise do conjunto de textos, Foucault arrematou com uma ontologia do pastor: “em primeiro lugar, ser o único a ser pastor num rebanho [...] por outro lado, [...] é alguém que deve fazer uma porção de coisas. [...] deve ser único, [...] só pode haver um magistrado ou, em todo caso, um rei” (FOUCAULT, 2008b, p. 190-191).²³

Contudo, a amplitude dessa definição, aliada ao conjunto de divisões de tarefas possíveis nas espécies animais, possibilita uma pluralidade de atribuições que podem ser relacionadas à atividade do pastor. Desse modo, outras figuras rivais ao rei, como o agricultor e o médico, também podem ser pastores, Em razão disso, o político desapareceu.

A recuperação da essência do político, para Foucault, passa pela intervenção do mito²⁴ do político, pela ideia de que o mundo gira em torno de si, rumo à felicidade, na era de *Krónos*. Como mito que é, alguém precisa sustentar o político,

²² Expressão grega que designa um meio de limitar o poder da autoridade. Na Grécia antiga esse meio podia ser um costume ou uma lei. O *nómos* possibilitava a criação da liberdade política que consistia em somente obedecer à lei. (GILISSEN, 1995, p. 75-76)

²³ Em seguida esclareceu que existem outras figuras, rivais ao rei, que também podem ser pastores, como o agricultor e o médico. Com isso, adverte que o político desapareceu, o que ensejou a retomada do problema da política por ele, que não será analisada aqui por fugir ao objeto da dissertação (FOUCAULT, 2008b, p. 191-194).

²⁴ O “mito [...] [abre] um campo de discussão que não pode ser olvidado [...]. as palavras não expressam; não conseguem dizer, isto é, há sempre um *antes do primeiro momento*; um lugar que é, mas do qual nada se sabe, a não ser depois, quando a linguagem começa a fazer sentido. Nesta parca dimensão, o mito pode ser tomado como a palavra que é dita, para dar sentido no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito. [...] seja na ciência, seja na teoria, no *principium* está um mito; sempre! Só isso, por sinal, já seria suficiente para retirar, dos impertinentes legalistas, a muleta com a qual querem, em geral, sustentar, a qualquer preço, a *segurança jurídica*, só possível no imaginário, por elementar o lugar do logro, do engano, como disse Lacan; e aí está o direito. [...] Por outro lado – e para nós isso é fundamental –, depois do *mito* há que se pensar, necessariamente, no rito. Já se passa para outra dimensão, de vital importância, mormente quando em jogo estão questões referentes ao Direito Processual e, em especial, aquele Processual penal”. (COUTINHO, 1998, p. 164-165).

os homens precisam fazer algo para alimentar o imaginário e tentar torná-lo real. A partir desse momento, a pastoral de almas chega ao fim.

14. A passagem da pastoral das almas, iniciada no século II ou III e concluída por volta do século XVIII, do exercício do poder pastoral sobre o rebanho para o governo político dos homens teria ocorrido num contexto específico. Um dos fatores que motivou essa transformação foi um conjunto de revoltas pastorais ocorridas nos séculos XV e XVI que foram processos políticos e sociais de subversão, de insurreição contra esse poder pastoral. Os principais processos, as principais revoltas, foram a Reforma Protestante e a Contrarreforma católica (FOUCAULT, 2008b, p. 305-307).

Talvez influenciadas pelo mito político, essas reformas operaram uma transformação nas relações sociais e de poder e se somaram a um conjunto de eventos que convergiram a partir da, ou para a modernidade²⁵. Um pressuposto implícito a essa passagem foi descrito por Foucault:

Há toda uma série de espécies animais, e cada uma delas se apresenta como um rebanho. E à frente desse rebanho está [...] um pastor. [...] A divindade em pessoa é o pastor do rebanho humano no período da humanidade que não pertence à atual Constituição do mundo. [...] A política vai começar [...] precisamente quando termina esse primeiro tempo feliz, em que o mundo gira no sentido certo [...] a divindade se retira, a dificuldade dos tempos começa. Os deuses, é claro, não abandonam totalmente os homens, mas só os ajudam de maneira indireta [...]. Os deuses se retiram e os homens são obrigados a se dirigir uns aos outros, isto é, necessitam de política e de homens políticos. Mas [...] esses homens [...] não estão acima do rebanho [...]. Fazem parte do rebanho, logo não se pode considerá-los pastores. [...] como a política, o político, os homens da política só intervêm quando a antiga Constituição da humanidade desaparece, isto é, quando a era da divindade-pastor termina, como vai se definir o papel do homem político [...] para substituir o modelo do pastor, vai-se propor um modelo, celeberrimo na literatura política, que é o modelo da tecelagem. O homem político é um tecelão [...] com certa precisão, utilizando esse modelo da tecelagem vai se poder fazer uma análise coerente do que são as diferentes modalidades da ação política no interior da cidade. [O modelo do pastor] [...] leva necessariamente ou ao estado anterior da humanidade, ou à multidão de pessoas que podem reivindicar ser pastores da humanidade, [...] [já no modelo do tecelão há] um esquema analítico das próprias operações que se desenrolam no interior da cidade, no que concerne ao fato de comandar os homens. [...] De fato, a arte da política é como a arte do tecelão, não uma coisa que se ocupa globalmente de tudo, como o pastor deveria se ocupar de todo o rebanho [...] só pode se desenvolver a partir e com ajuda de certo número de ações adjuvantes ou preparatórias (FOUCAULT, 2008b, p. 191-194).

²⁵ Existem diversas concepções acerca do início da modernidade que variam desde o século XV até o século XVIII, passando pelo surgimento do mercado, pela colonização das Américas, pelas revoluções burguesas etc.

Assim, o pastorado cristão deu lugar a uma arte de conduzir, dirigir, guiar, controlar, manipular, empurrar os homens, individual e coletivamente, durante toda a existência humana, chamada de governamentalidade que, de acordo com Michel Foucault, não pode ser confundida com uma política, nem com uma pedagogia, nem com uma retórica. Isso inaugura uma nova arte real, cujas prescrições não podem ser definidas a partir do pastorado que é muito “miúdo” para convir a um rei. Por isso, o rei não é, e nem pode ser, um pastor (FOUCAULT, 2008b, p. 195).

15. Essa arte real é a arte de governar, surgiu como o problema do governo a partir da passagem do pastorado para a política, em uma série de tratados com conselhos ao príncipe, publicados do meado do século XVI ao fim do século XVIII. Os problemas do governo eram característicos do século XVI, no ponto de cruzamento entre a concentração estatal e a dissidência religiosa: Como se governar? Como ser governado? Como governar os outros? Por quem devemos aceitar ser governados? Como fazer para ser o melhor governador possível? (FOUCAULT, 2008b, p. 195).

Michel Foucault compreendia o estado como uma realidade específica e descontínua que só existe para si e em relação a si, na medida em que não precisa se submeter ou se fundir a uma estrutura imperial. Essa especificidade do estado se constituiu a partir de três maneiras de governar associadas a instituições correlatas.

A primeira maneira de governar era o mercantilismo, uma organização da produção e comercialização das riquezas orientada por três princípios: enriquecimento do estado, crescimento e fortalecimento da população e concorrência com as potências estrangeiras. A segunda maneira de governar era a gestão interna para regulamentação indefinida do país com o objetivo de estabelecer uma organização urbana densa. A instituição responsável por essa maneira de governar era a polícia. A terceira maneira de governar era a organização de um aparelho diplomático-militar com o objetivo de manter a soberania e o equilíbrio entre os estados. Essas três maneiras de governar tinham um objetivo, manter a balança europeia (FOUCAULT, 2008a, p. 7-8).

16. No período compreendido entre a Paz de Vestfália, tratado celebrado em 24 de outubro de 1648, e a Guerra dos Sete Anos (1756-1763), a política diplomático-militar era orientada pela autolimitação do estado, pela concorrência

necessária e suficiente entre os estados. Naquela época, o exercício do governo conforme a razão de estado tinha objetivos ilimitados, apesar de haver mecanismos de compensação, de limitação da razão de estado, dentre os quais estão a teologia, mas, também e principalmente, o direito (FOUCAULT, 2008a, p. 10-11).

Durante toda a idade média o crescimento do poder real foi obtido, dentre outras coisas, por meio de um sistema jurídico acompanhado de um exército utilizado para limitar e reduzir os complexos jogos feudais²⁶ de poder. A partir dos séculos XVI e XVII, com o desenvolvimento da racionalização das práticas de governo, a razão de estado, o direito foi convertido de instrumento de aumento do poder real em instrumento de contenção, de limitação da extensão indefinida da razão de estado. Ou seja, houve uma mudança de sinais, a finalidade do direito passou da multiplicação do poder real para a subtração desse poder (FOUCAULT, 2008a, p. 11).

17. Na pedagogia do príncipe e na polícia, Foucault percebeu um elemento central, comum a ambas, o governo da família, cujos conhecimentos seriam pressupostos para saber governar o Estado. A meta essencial do governo seria, desse modo, introduzir a economia no exercício político, o que ocorreu entre os séculos XVI e XVIII. Portanto, governar um Estado é aplicar uma economia em todo o Estado, exercer “em relação aos habitantes, às riquezas, a conduta de todos e de cada um uma forma de vigilância, de controle, não menos atenta do que a do pai de família sobre a casa e seus bens” (FOUCAULT, 2008b, p. 125-127).

Com a introdução da economia no Estado surgiu a governamentalidade, uma arte de governar os homens, que conformaria a arte da política, ocorrida entre o fim do século XVI e os séculos XVII e XVIII, com o nascimento do estado moderno. O

²⁶ O sistema feudal era simultaneamente econômico, político e ideológico, criado no apagar das luzes da antiguidade tardia. A economia do sistema feudal era baseada na posse da terra e no direito à cobrança de taxas, o que gerava uma hierarquia social e de poderes. A base da hierarquia era composta pelos leigos, que correspondiam a 90% dos camponeses, dentre os quais ainda estavam os escravos e servos. Acima dos leigos estavam os senhores, que eram proprietários, exploradores e beneficiários das terras e dos produtos. Ao lado e acima foi estruturada uma hierarquia política basicamente com dois tipos de governo: governos urbanos e governos que, entre os séculos XI e XII, assumiram aspecto estatal e geraram monarquias. Os clérigos formavam a igreja católica, o principal poder dominante à época, controlando e garantindo o domínio de deus sobre os leigos. Acima de todos estava o imperador do Sacro Império Romano-Germânico, império que sucedeu ao Império Romano. O imperador teoricamente era superior a todos os demais e dispunha de relações especiais com deus. Deus era o senhor por excelência, na linguagem dos clérigos, o Senhor Deus (*Dominus Deus*) (LE GOFF, 2007, p. 65-68).

estado moderno teria sido criado quando a governamentalidade se tornou uma prática política efetivamente calculada e refletida (FOUCAULT, 2008b, p. 218-219).

Michel Foucault buscou a origem da racionalidade liberal de governo num ensaio do marquês d'Argenson, escrito em 1751, no qual, tomando um diálogo entre o comerciante Le Gendre e Colbert, afirma que o princípio que todo governo deve respeitar e seguir em matéria econômica é o “deixai-nos fazer”, pressuposto básico do liberalismo, em quatro aspectos distintos.

Primeiro, uma limitação do governo para além de um direito externo. Segundo, uma prática de limitação do governo e de cálculo dos efeitos dessa limitação. Terceiro, a solução de limitar ao máximo as formas e domínios da ação de governo. Quarto, a organização dos métodos de transação que definem as limitações das práticas de governo, dentre as quais a Constituição, o parlamento, a imprensa, o inquérito, as comissões etc. O liberalismo, para Foucault, é o quadro geral, o ponto de partida da linha de organização da biopolítica. A compreensão da biopolítica, por isso, pressuporia a compreensão do regime geral da razão governamental que é o liberalismo (FOUCAULT, 2008a, p. 28-30).

Ainda no século XVIII, o economista francês François Quesnay (1694-1774), vinculado à escola dos fisiocratas, contribuiu com dois verbetes para ***Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers***, um sobre os fazendeiros (*fermiers*) e outro sobre os grãos (*grains*), em 1757. Foucault retoma o verbete *grains* para explicar o que é governar: “a arte de exercer o poder na forma e segundo o modelo da economia [...] a própria essência desse governo, isto é, da arte de exercer o poder na forma da economia, vai ter por objeto principal o que agora chamamos de economia” (FOUCAULT, 2008b, p. 127).

Nesse verbete, diante da escassez francesa de alimentos, Quesnay propôs uma política de governo inversa à tradicional. À época, a medida oficial visava à prevenção da falta de alimentos mediante limitações de estocagem em celeiros públicos e de proibição da exportação. O economista propôs o fim das medidas preventivas, pois, liberando o comércio exterior e interior, a fome aconteceria e, depois, seria governada. Ainda nessa direção, Quesnay retomou a etimologia da palavra governar a partir da metáfora do piloto de barco: o piloto não pode evitar a

tempestade, então, quando ocorrer, deve ser capaz de dirigir o barco (AGAMBEN, 2014d).

[Governar um barco é] encarregar-se dos marinheiros, mas é também encarregar-se do navio, da carga; governar um barco também é levar em conta os ventos, os escolhos, as tempestades, as intempéries. [...] é o estabelecimento dessa relação que caracteriza o governo de um barco. [...] O essencial, portanto, é esse complexo de homens e de coisas, é isso que é o elemento principal, o território – a propriedade, de certo modo, é apenas uma variável. O governo tem portanto uma finalidade, ele dispõe das coisas, no sentido em que acabo de dizer, e dispõe das coisas [tendo em vista um fim]. E, nisso também, creio que o governo se opõe muito claramente à soberania (FOUCAULT, 2008b, p. 129-130).

18. Conseqüentemente, o biopoder e as práticas de governo expressadas a partir dessa nova concepção de poder estariam associados ao liberalismo, não ao neoliberalismo, embora a biopolítica continue sendo um paradigma de governamentalidade em períodos neoliberais na medida em que o neoliberalismo se apresenta pela retomada dos fundamentos liberais e associação aos interesses e impactos da economia financeirizada do pós-segunda guerra mundial.

O paradigma biopolítico é composto por um conjunto de técnicas de governo, orientadas teleologicamente para o controle e vigilância, que recai sobre indivíduos e populações, ou seja, a vida biológica é tomada como objeto por excelência da política. A política é convertida em arte de controlar e vigiar corpos biológicos. Por causa disso, para Foucault, há uma inversão na concepção e operacionalização da soberania.

Até então, de acordo com Michel Foucault, o povo era deixado viver e, se desobedecesse uma ordem considerada relevante, era morto. Com a instauração do paradigma biopolítico, a população é deixada viver para que possa aumentar as forças do estado e é abandonada para morrer quando não dá cabo dessa missão²⁷.

²⁷ “Apesar de Agamben dar continuidade as pesquisas de Foucault em certas temáticas que lhe interessam isto não significa uma linha de continuidade, senão também de divergências analíticas, como no caso do conceito de biopolítica em que se evidenciam diferenças entre os dois filósofos. Para Michel Foucault, a biopolítica é um fenômeno moderno. Num primeiro momento se manifesta na condição de um biopoder incidindo de forma disciplinar e normatizadora sobre os corpos dos indivíduos, entre os séculos XVI, XVII e XVIII e, num segundo se caracteriza na captura da vida da população pela racionalidade política estatal, manifestando-se a partir das redefinições nas estratégias de saber e poder, entre o século XIX e XX, como forma de superação do poder soberano, o qual tinha no direito de matar e/ou deixar viver a condição do exercício da soberania. Para Agamben a política se manifesta como biopolítica desde os primórdios do humano no Ocidente, evidenciado em sua virulência na modernidade. Desde seus primórdios civilizatórios, o poder soberano se manifesta através do permanente estado de exceção, cuja característica é a indistinção entre a legalidade e a ilegalidade, perpetuando por meio da legalidade a ilegalidade, incluindo a vida

19. Para Foucault, essa nova arte de governar que consiste em governar o menos possível, em limitar as práticas de governo, tem como pano de fundo o liberalismo, mas não é algo distinto da razão de estado. É um princípio de organização, uma razão do governo mínimo de matriz liberal que tem o objetivo de conservar e desenvolver a razão de estado. A nova arte de governar é a arte de estabelecer um governo frugal, parcimonioso, sóbrio, moderado, em outros termos, liberal (FOUCAULT, 2008a, p. 40-41).

A substituição de sinais, da multiplicação do poder real para a subtração do poder pelo estado foi acompanhada de uma alteração do problema fundamental do direito público que antes era estabelecer as condições de legitimidade do soberano e que passou a ser, entre os séculos XVII e XVIII, o de estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder pelo soberano. Entre o fim do século XVIII e o início do século XIX foram criadas duas formas de limitação do exercício do poder. A primeira, uma forma jurídica²⁸, inspirada na Revolução Francesa para limitar o soberano. A segunda, uma forma estabelecida a partir das práticas²⁹ governamentais, tomando em conta os objetos sobre os quais recaía a governamentalidade (recursos, população, economia etc.), chamada de utilitarismo (FOUCAULT, 2008a, p. 53-56).

20. O cálculo da racionalização das práticas de governo é objeto da economia política que, dentre outras finalidades, se destina a analisar os efeitos das práticas de governo e a questionar os efeitos negativos dessas práticas. Ao questionar esse cálculo da racionalização, é possível descobrir a natureza da ação governamental. Essa natureza corresponde aos aspectos ocultos, encobertos pelas práticas governamentais.

A fim de estudar a gestão da vida da população com base em dados estatísticos, Adolphe Lambert Jaques Quetelet (1796-1874), considerado o verdadeiro pai da sociologia, desenvolveu estudos corporais na área chamada de

humana num aparato de direitos, mas, ao mesmo tempo, transformando-a em vida nua, destituída de direitos, e, portanto, matável” (BAZZANELLA, 2010, p. 79-80).

²⁸ Formas jurídicas são formas de poder-saber (dois lados da mesma moeda), estabelecidas no direito para produzir verdade e subjetividade. Dentre as formas jurídicas estão as práticas judiciárias: “a maneira pela qual, entre os homens, se arbitram os danos e as responsabilidades, [...] se definiu [...] como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido [...] me parecem uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade” (FOUCAULT, 2002, p. 9).

²⁹ As práticas sociais engendram “domínios de saber que [...] fazem aparecer novos objetos, novos conceitos, novas técnicas, mas também fazem nascer novas formas totalmente novas de sujeitos e de sujeitos do conhecimento” (FOUCAULT, 2002, p. 8).

antropometria, sobretudo em **Sobre o homem e o desenvolvimento de suas faculdades, ou Ensaio de física social** (*Sur l'homme et le développement de ses facultés, ou Essai de physique sociale*), publicada em Bruxelas no ano 1835. Pretendeu conhecer o homem médio nas dimensões física, intelectual e moral, a partir de estudos de várias medições de casos representativos da população (PICH, 2013, p. 851-852).

Com esses estudos, Quetelet contribuiu para a compreensão e potencialização da biopolítica a partir da implementação dos conhecimentos obtidos pela estatística a fim de facilitar a tomada de decisões, pelo soberano, que incidem sobre a vida biológica de indivíduos e populações:

À diferença do poder disciplinar (embora não lhe seja oposto, mas complementar), nesse caso não é o corpo individual que conta, mas o ser humano enquanto espécie, enquanto população. Assim sendo, os fenômenos que constituem o campo da biopolítica são as taxas de natalidade e morbimortalidade, a expectativa de vida, a procriação, bem como a definição do que seja vida digna de ser vivida (e, em última instância, sobre a própria definição de vida humana). O governo dos homens é, nesse horizonte, tarefa política central. A estatística será uma das ciências mais importantes (junto com a medicina social e a demografia) na implementação das tecnologias biopolíticas, uma vez que permite quantificar e qualificar a riqueza do Estado, em particular, a quantidade e a qualidade da vida biológica da população, no sentido de subsidiar a implementação de políticas de Estado que permitam sua correta administração, seu *management* (PICH, 2013, p. 851).

É assim que, ao tomar como objeto o conhecimento obtido por meio da estatística, são produzidas decisões de economia política que produzem uma nova *ratio* governamental, limitada pela natureza estudada. Ignorar essa natureza pode produzir consequências negativas, chamadas de fracasso. A partir da economia política, então, o estudo da legitimidade ou ilegitimidade das práticas de governo foi substituído pelo estudo do sucesso ou do fracasso dessas práticas.

Os excessos e abusos por parte dos governantes passaram a ser atribuídos ao desconhecimento da natureza das práticas de governo e, assim, a economia política possibilitou a introdução de uma autolimitação das práticas de governo, bem como da questão da verdade na arte de governar (FOUCAULT, 2008a, p. 20-23).

21. Essa crença na racionalidade e na possibilidade de racionalizar as práticas de governo por meio do conhecimento da natureza abrem uma clareira para o desvelamento das influências da ciência moderna na biopolítica, impulsionada pelo filósofo francês René Descartes (1596-1650) com a conhecida fórmula: penso, logo

existo (*cogito ergo sum*), mas também pelo filósofo inglês Francis Bacon (1561-1626) com a aposta na racionalidade científica como caminho para edificar uma sociedade humana adequada, constituída a partir do momento em que a economia for dominada pelos humanos.

Nem poderia ser diferente, considerando a projeção das discussões científicas ocorridas entre os séculos XVIII e XIX. Dito de outro modo, a pretensão de racionalizar o conhecimento, desprestigiando as modalidades não validadas pelo método científico, como a experiência, o mito e o místico, inspirou as práticas de governo biopolíticas que passaram a incorporar os discursos científicos, mormente o positivismo e o darwinismo, a fim de produzir um crescimento econômico ilimitado.

A tentativa de atingir um grau ilimitado de crescimento econômico se deu em diversas frentes, dentre as quais a exploração dos continentes americano e asiático, de modo a garantir a balança europeia, o equilíbrio entre os países da Europa ocidental que disputavam entre si a posição central na economia.

As inspirações científicas também resultaram no cruzamento entre política e medicina. Esse campo do saber passou a servir para o controle e a regulação da saúde da população. Se o objetivo do estado era aumentar as próprias forças, quase automaticamente a saúde da população passou a ser objeto por excelência da biopolítica, na medida em que doentes não produzem e, se não produzem, não têm condições financeiras suficientes para consumir. Daí porque a medicina passou a ser, por excelência, uma atividade do estado (BAZZANELLA, 2010, p. 131).

Esse percurso resultou na biopolítica moderna, uma manifestação da política cujas relações de poder estão centralizadas na vida biológica de indivíduos e populações. Essa concepção marcaria uma inversão das políticas pautadas no poder soberano de tradição judaico-cristã e instituído por um poder pastoral. Essa inversão, uma passagem do poder pastoral de matriz judaico-cristã para a biopolítica moderna, teria como ênfase os cuidados com a vida biológica e as demandas do trabalho e do labor.

Dentre as características centrais da obra de Foucault está a substituição da abordagem tradicional do poder, centrada no aparato jurídico-institucional, pela análise dos modos de penetração do poder no corpo do sujeito e nas respectivas formas de vida. Essa abordagem peculiar estava orientada por duas diretrizes. A

primeira, no estudo das técnicas políticas, dentre as quais a ciência do policiamento, usadas pelo estado a fim de assumir e cuidar da vida natural dos indivíduos. A segunda, no estudo das tecnologias do eu, de produção e reprodução de subjetividade³⁰ que atribuem ao sujeito uma identidade, uma consciência e o capturam por um poder externo. Ambas se cruzam e se integram e foi esse cruzamento e essa integração que interessaram ao filósofo francês (AGAMBEN, 2007a, p. 13).

22. Giorgio Agamben, em continuidade aos estudos de Michel Foucault em torno da biopolítica, discorda da constatação do filósofo francês sobre a gênese da biopolítica. Para o filósofo italiano, a biopolítica não é um fenômeno marcadamente moderno, mas um fenômeno característico e originário da civilização ocidental, cuja estrutura política e jurídica se apresenta desde a antiguidade, na Grécia e em Roma (BAZZANELLA, 2010, p. 139).

Essa concepção implica em reconhecer a centralidade da vida na política ocidental, em busca do bem viver. Nessa visão está implícito um distanciamento entre os pensamentos de Foucault e de Agamben. Enquanto para o francês a história é o fruto de rupturas, de descontinuidades, para o italiano a história é fruto de continuidades, de mudanças que visam à conservação. De todo modo, o fato é que, na investigação das assinaturas, Agamben consegue identificar continuidades estruturais e funcionais a partir da análise das transformações dos eventos e da epistemologia espalhada por diversos campos do conhecimento. A perspicácia analítica possibilita ao filósofo romano identificar e compreender o ponto em que as assinaturas cruzam os limites dos campos de conhecimento para se tornarem indecidíveis, de modo que não conseguimos saber se estamos falando de fato ou de direito³¹, de regra³² ou de exceção, de um poder de fazer viver ou de fazer morrer.

³⁰ Sujeito tem origens no latim, *subjetu*, ou seja, aquele que está abaixo de algo. Para Agamben, existem três grandes classes. Primeiro, os seres vivos, chamados por ele de substâncias. Segundo, os dispositivos, aquilo que captura os seres vivos. Terceiro, entre os seres vivos e os dispositivos, os sujeitos. Sujeito, para Agamben é o resultado da relação entre os vivos e os dispositivos. Substâncias e sujeitos se sobrepõem, mas apenas parcialmente (AGAMBEN, 2005, p. 13).

³¹ “O direito tem caráter normativo, é “norma” (no sentido próprio de “esquadro”) não porque comanda e prescreve, mas enquanto deve, antes de mais nada, criar o âmbito da própria referência na vida real, *normalizá-la*. Por isto – enquanto, digamos, estabelece as condições desta referência e, simultaneamente, a pressupõe – a estrutura originária da norma é sempre do tipo: Se (caso real, *p. ex.: si membrum rupsit*), então (consequência jurídica, *p. ex.: talio esto*), onde um fato é incluído na ordem jurídica através da sua exclusão e a transgressão parece preceder e determinar o caso lícito.

Especificamente em relação à biopolítica, Agamben adverte que a inclusão da vida nua (zoé) na cidade (pólis) é antiquíssima, assim como não é nova a apropriação da vida como objeto de cálculos e decisões pelo estado. Portanto, nenhuma dessas características pode ser exclusivamente moderna. Por outro lado, o espaço da vida nua estava situado originariamente à margem do ordenamento jurídico-político, mas, na modernidade, passou a coincidir com o espaço político.

os ordenamentos são compostos por uma infinidade de normas, que, como as estrelas no céu, jamais alguém consegue contar. [...] A dificuldade de rastrear todas as normas que constituem um ordenamento depende do fato de geralmente essas normas não derivarem de uma única fonte. Podemos distinguir os ordenamentos jurídicos em simples e complexos, conforme as normas que os compõem derivem de uma só fonte ou de mais de uma. Os ordenamentos jurídicos, que constituem a nossa experiência de historiadores e de juristas, são complexos. A imagem de um ordenamento, composto somente por dois personagens, o legislador que coloca as normas e os súditos que as recebem, é puramente escolástica. O legislador é um personagem imaginário que esconde uma realidade mais complexa. Também um ordenamento restrito, pouco institucionalizado, que recobre um grupo social de poucos membros, como a família, é geralmente um

Que a lei tenha inicialmente a forma de uma *lex talionis* (*talio*, talvez de *talis*, quer dizer: a mesma coisa), significa que a ordem jurídica não se apresenta em sua origem simplesmente como sanção de um fato transgressivo, mas constitui-se, sobretudo, através do repetir-se do mesmo ato sem sanção alguma, ou seja, como caso de exceção. Este não é uma punição do primeiro, mas representa a sua inclusão na ordem jurídica, a violência como fato jurídico primordial (*permittit enim lex parem vindictam*: Festo, 496, 15). Neste sentido, a exceção é a forma originária do direito” (AGAMBEN, 2007, p. 33-34).

³² “*Chi ha familiarità con la storia degli ordini monastici sa che, almeno nei primi secoli, è difficile comprendere lo statuto di ciò che i documenti chiamano «regola». Nelle attestazioni più antiche, regola significa semplicemente conversatio fratrum, il modo di vita dei monaci di un determinato monastero. Essa si identifica spesso col modo di vita del fondatore, considerato come forma vitae, cioè come esempio da seguire; e la vita del fondatore è a sua volta la sequela della vita di Gesù come è narrata nei Vangeli. Con il progressivo sviluppo degli ordini monastici e la crescente necessità di un controllo da parte della Curia romana, il termine regula assume sempre più il significato di un testo scritto, che si conserva nel monastero e deve essere preventivamente letto a colui che, abbracciando la vita monastica, accetta di sottomettersi alle prescrizioni e ai divieti che esso contiene. Ma, almeno fino a san Benedetto, la regola non è una norma generale, ma soltanto la comunità di vita (il «cenóbio», *koinòs bíos*) che risulta da un esempio e in cui la vita di ciascun monaco tende al limite a diventare paradigmatica, a costituirsi come forma vitae.*” Quem tem familiaridade com a história das ordens monásticas sabe que, ao menos nos primeiros séculos, é difícil entender o estatuto do que os documentos chamam de «regola». Em atestados mais antigos, regra significa simplesmente *conversatio fratrum*, o modo de vida dos monges de um determinado monastério. Essa se identifica frequentemente com o modo de vida do fundador, considerado como *forma vitae* [forma de vida], isto é, como exemplo a seguir; e a vida do fundador é, por sua vez, a sequela da vida de Jesus, como é narrada nos Evangelhos. Com o progressivo desenvolvimento das ordens monásticas e a crescente necessidade de um controle por parte da Cúria romana, o termo *regula* [regra] assume sempre mais o significado de um texto escrito, que se conserva no monastério e deve ser previamente lido àquele que, abraçando a vida monástica, aceita submeter-se às prescrições e às proibições que esse contém. Mas, ao menos até São Benedito, a regra não é uma norma geral, mas apenas a comunidade de vida (o «cenóbio» [colônia de organismos formada por seres unicelulares], *koinòs bíos*) que resulta de um exemplo e na qual a vida de cada monge tende no limite a se tornar paradigmática, a constituir-se como forma de vida (AGAMBEN, 2008b, p. 23-24, tradução livre).

ordenamento complexo: nem sempre a única fonte das regras de conduta dos membros do grupo é a autoridade paterna; às vezes o pai recebe regras já formuladas pelos antepassados, pela tradição familiar ou pela recorrência a outros grupos familiares; às vezes delega uma parte (maior ou menor conforme as várias civilizações) do poder normativo à esposa, ou ao filho mais velho. Nem mesmo em uma concepção teológica do universo as leis que regem o cosmos são derivadas todas de Deus, ou seja, são leis divinas; em alguns casos Deus delegou aos homens produzir leis para regular a sua conduta, quer através dos ditames da razão (Direito natural), quer através da vontade dos superiores (Direito positivo) (BOBBIO, 1995, p. 37-38).

Essa ruptura do espaço da vida nua que consiste no redimensionamento para ser integrado ao espaço político contém também uma continuidade, na medida em que o espaço da vida nua não é extinto, mas transformado para ser preservado. Concomitantemente a essa transformação ocorre o processo de conversão da exceção em regra, em todos os lugares. A mesma continuidade pode ser percebida em relação à exceção que, em vez de abolida, é integrada, é transformada em regra e talvez se possa dizer que, nesse momento, regra e exceção invertem os papéis, mas ambas são conservadas.

Em outros termos, isso significa que a estrutura originária da política ocidental consiste em uma exclusão inclusiva da vida humana na forma da vida nua: a vida não é em si mesmo política, por isso deve ser excluída da cidade, e, todavia, é a exceção, a exclusão inclusiva desse elemento impolítico que funda o espaço da política³³.

Perscrutando as fontes de Giorgio Agamben, localizou-se a estrutura de exceção no terceiro tomo de **O espírito do direito romano nas diversas fases do seu desenvolvimento** (*Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*) do jurista alemão Rudolf von Jhering (1818-1892):

A usucapião é consumada desde o começo do último dia do prazo – eis a regra; – a prescrição não é adquirida antes do final desse dia, – eis uma outra regra; – todas as duas diferem inteiramente, em aparência; não são no entanto, na realidade, mais que consequências de uma única e mesma ideia. A tarefa seria mais árdua ainda se o legislador tivesse em parte observado o princípio, e por outra parte tivesse se desviado. Impossível distinguir antes de tudo. É necessário então começar por empreender a tentativa frustrada de trazer de volta toda a matéria a um único princípio. Admitamos que depois de longos esforços nós constatamos a impossibilidade da coisa, que nós reconhecemos que nos encontramos

³³ “*La struttura originaria della politica occidentale consiste in una ex-ceptio, in una esclusione inclusiva della vita umana nella forma della nuda vita. Si rifletta sulla particolarità di questa operazione: la vita non è in se stessa politica – per questo essa deve essere esclusa dalla città – e, tuttavia, è proprio l'exemptio, l'esclusione-inclusione di questo Impolitico che fonda lo spazio della politica*” (AGAMBEN, 2014a, p. 333).

mais na presença de duas ideias que se cruzam, das quais uma contém a regra, e a outra forma a exceção, em qual procuraremos a regra, qual nos representará a exceção? Podemos mesmo novamente em geral pensar em uma regra única, e o todo, em seu princípio mesmo, não deveria parecer-nos como uma assembléia de elementos heterogêneos? O caso contrário é possível igualmente. Uma disposição pode falsamente se apresentar como uma exceção sem ser uma na realidade, e é suficiente, para ser convencido disso, para compreender mais exatamente o princípio. Não é raro mesmo que historicamente, isto é que em relação ao direito antigo, uma disposição pode ser uma verdadeira exceção, enquanto no fundo ela não contém outra coisa que uma simples modificação ao princípio antigo, se bem que ele seria suficiente para dar a este [princípio] aqui uma outra fórmula para fazer desaparecer toda ideia de exceção. Assim, o reconhecimento da posse de crianças, loucos e pessoas jurídicas, pela jurisprudência romana, sob a forma de uma exceção aparente a uma das primeiras regras da posse [apenas coisas (*res*) podem ser possuídas], não contém na realidade, aos meus olhos, uma irrupção da noção verdadeira e completa de posse. A exceção não é geralmente a forma sob a qual a regra se alarga e se torna completa. Em caso paralelo, a história mesma nos induz em erro. Das ideias que na realidade estavam regidas por um único e mesmo princípio supremo, foram consideradas durante séculos algumas como regras, as outras como exceções. O empréstimo, na origem, exigia que o devedor adquirisse imediatamente a propriedade do credor. Quando a prática tinha abandonado em muitos pontos essa ideia, esse desvio da regra antiga apareceu em relação a isso como uma exceção, e foi assim que a consideraram os juriconsultos romanos posteriores. A exceção não escondeu contudo uma extensão da noção ou do princípio do empréstimo, a saber: que o empréstimo não supõe mais a transferência da propriedade de uma pessoa a outra, mas a transferência de um patrimônio a outro (diminuição de um e aumento do outro quanto ao valor), transferência que poderia se fazer também mediamente, isto é por meio de uma transferência de propriedade por um terceiro. Um outro exemplo nos é fornecido pela capacidade de ter filhos sob a *patria potestas*. Historicamente é uma exceção; o primeiro caso (*peculum castrense*) continha uma lacuna sem outro exemplo do direito existente. Na lei de Justiniano contudo, a exceção se tornou a regra, e a regra forma a exceção [*l'exception est devenue la règle, et la règle forme l'exception*]. O resultado dogmático dessa transformação pode ser resumido neste princípio: as crianças podem ter um patrimônio, e elas podem adquirir em relação a todas as pessoas, exceto em relação ao pai³⁴.

³⁴ “*L'usucapion est accomplie dès le commencement du dernier jour du délai, — voilà la règle; — la prescription n'est acquise qu'à la fin seulement de ce jour, — voilà une autre règle; — toutes deux diffèrent entièrement, en apparence; ce ne sont pourtant, en réalité, que des conséquences d'une seule et même idée. La tâche serait plus ardue encore si le législateur avait en partie observé le principe, et s'en était écarté pour une autre partie. Impossible de le distinguer tout d'abord. Il faut alors commencer par entreprendre l'essai infructueux de ramener toute la matière à un principe unique. Admettons qu'après de longs efforts nous constatons l'impossibilité de la chose, que nous reconnaissons que nous nous trouvons plutôt en présence de deux idées qui se croisent, dont l'une renferme la règle, dont l'autre forme l'exception, dans laquelle chercherons-nous la règle, laquelle nous représentera l'exception? Pourrons-nous même encore en général songer à une règle unique, et le tout, dans son principe même, ne devra-t-il pas nous apparaître comme un assemblage d'éléments hétérogènes? Le cas contraire est possible également. Une disposition peut faussement se présenter comme une exception sans en être une en réalité, et il suffit, pour s'en convaincre, de comprendre plus exactement le principe. Il n'est pas rare même qu'historiquement, c'est-à-dire vis-à-vis du droit ancien, une disposition soit une véritable exception, tandis qu'au fond elle ne contient autre chose qu'une simple modification au principe ancien, si bien qu'il suffirait de donner à celui-ci une autre*

Os dois movimentos, a coincidência entre o espaço da vida nua e o espaço político, bem como a conversão da exceção em regra, são, para Agamben, as características centrais da modernidade:

O estado de exceção, no qual a vida nua era, ao mesmo tempo, excluída e capturada pelo ordenamento, constituía, na verdade, em seu apartamento, o funcionamento oculto sobre o qual repousava o inteiro sistema político; quando as suas fronteiras se esfumam e se indeterminam, a vida nua que o habitava libera-se na cidade e torna-se simultaneamente o sujeito e o objeto do ordenamento político e de seus conflitos, o ponto comum tanto da organização do poder estatal quanto da emancipação dele. Tudo ocorre como se, no mesmo passo do processo disciplinar através do qual o poder estatal faz do homem enquanto vivente o próprio objeto específico, entrasse em movimento um outro processo, que coincide grosso modo com o nascimento da democracia moderna, no qual o homem como vivente se apresenta não mais como *objeto*, mas como *sujeito* do poder político. Estes processos, sob muitos aspectos opostos e (ao menos em aparência) em conflito acerbo entre eles, convergem, porém, no fato de que em ambos o que está em questão é a vida nua do cidadão, o novo corpo biopolítico da humanidade (AGAMBEN, 2007a, p. 16-17).

23. Em suma, enquanto para Michel Foucault a biopolítica seria um fenômeno articulado e contemporâneo ao estado moderno, cuja gestão, produção e consumo exigiriam um conjunto de práticas destinadas à disciplina, normalização e domesticação dos corpos, para Giorgio Agamben, a biopolítica reside na origem da civilização ocidental e vida, no projeto político moderno, foi reduzida à vida nua, às funções bio-fisiológicas de sobrevivência (BAZZANELLA, 2010, p. 140).

formule pour faire disparaître toute idée d'exception. Ainsi, la reconnaissance de la possession dans le chef d'enfants, de fous et de personnes juridiques, de la part de la jurisprudence romaine, sous la forme d'une exception apparente à l'une des premières règles de la possession, ne contient en réalité, à mes yeux, que l'irruption de la notion vraie et complète de la possession. L'exception n'est souvent que la forme sous laquelle la règle s'élargit et se complète. En pareil cas, l'histoire elle-même nous induit en erreur. Des idées qui en réalité étaient régies par un seul et même principe suprême, ont été considérées pendant des siècles les unes comme règles, les autres comme exceptions. Le prêt, à l'origine, exigeait que le débiteur acquit immédiatement la propriété du créancier. Lorsque la pratique eut en une foule de points abandonné cette idée, cette déviation de l'ancienne règle apparut vis-à-vis de celle-ci comme une exception, et ce fut comme telle que la considèrent les jurisconsultes romains postérieurs. L'exception ne cachait cependant qu'une extension de la notion ou du principe du prêt, à savoir: que le prêt ne suppose plus le transfert de la propriété d'une personne à une autre, mais la translation d'un patrimoine à un autre (diminution de l'un et augmentation de l'autre quant à la valeur), translation qui pouvait se faire aussi médiatement c'est-à-dire au moyen d'un transfert de propriété de la part d'un tiers. Un autre exemple nous est fourni par la capacité de posséder des fils de famille sous la patria potestas. Historiquement c'est une exception; le premier cas (peculum castrense) contenait un écart sans autre exemple du droit existant. Dans le droit de Justinien cependant, l'exception est devenue la règle, et la règle forme l'exception. Le résultat dogmatique de cette transformation peut être résumé dans ce principe: les enfants peuvent avoir un i-atrimoine, et ils peuvent acquérir vis-à-vis de toutes personnes, sauf vis-à-vis du père" (JHERING, 1880a, p. 46-48, tradução livre).

Nessa direção, Agamben constatou um fenômeno político contemporâneo que ultrapassa o desencanto e a desconfiança recíproca entre cidadãos, um fenômeno global que transformou radicalmente os conceitos tradicionais da política. Uma nova ordem do poder mundial, fundada em um modelo de governamentalidade autoproclamada democracia, mas não relacionada ao termo ateniense antigo de democracia³⁵. É um poder mais econômico e funcional, na medida em que foi adotado também em regimes anteriormente ditatoriais. Essa mudança radical reconfigurou as práticas de poder; a manipulação das opiniões é mais simples pelo uso dos meios de comunicação do que pela imposição violenta. Isso resultou no esgotamento das formas políticas tradicionais, como estado nacional, soberania, participação democrática, partidos políticos e direito internacional. As formas continuam existindo, mas apenas como formas, vazias de conteúdo. A política, assim, adquiriu a forma de uma “economia”, um governo das coisas e dos seres humanos (SALVÀ, 2012).

Para entendermos o que está acontecendo, é preciso tomar ao pé da letra a ideia de Walter Benjamin, segundo o qual o capitalismo é, realmente, uma religião, e a mais feroz, implacável e irracional religião que jamais existiu, porque não conhece nem redenção nem trégua. Ela celebra um culto ininterrupto cuja liturgia é o trabalho e cujo objeto é o dinheiro. Deus não morreu, ele se tornou Dinheiro. O Banco – com os seus cinzentos funcionários e especialistas – assumiu o lugar da Igreja católica e dos seus padres e, governando o crédito (até mesmo o crédito dos Estados, que docilmente abdicaram de sua soberania), manipula e gere a fé – a escassa, incerta confiança – que o nosso tempo ainda traz consigo. Além disso, o fato de o capitalismo ser hoje uma religião, nada o mostra melhor do que o título de um grande jornal nacional (italiano) de alguns dias atrás: ‘salvar o euro a qualquer preço’. Isso mesmo, ‘salvar’ é um termo religioso, mas o que significa ‘a qualquer preço’? Até ao preço de ‘sacrificar’ vidas humanas? Só numa perspectiva religiosa (ou melhor, pseudo-religiosa) podem ser feitas afirmações tão evidentemente absurdas e desumana (SALVÀ, 2012).

Com isso, além de ter sido possível um novo uso para os corpos, foi possível reduzir as democracias ocidentais a sociedades espetacularizadas, nas quais o

³⁵ “Diria que a democracia é menos um conceito genérico do que ambíguo. Usamos esse conceito como se fosse a mesma coisa na Atenas do século V e nas democracias contemporâneas. Como se estivesse em todos os lugares e sempre bem claro de que se trata. A democracia é uma ideia incerta, porque significa, em primeiro lugar, a Constituição de um corpo político, mas significa também e simplesmente a tecnologia da administração – o que temos hoje em dia. Atualmente, a democracia é uma técnica do poder – uma entre outras. Não quero dizer que a democracia é ruim. Mas façamos esta distinção entre democracia real como Constituição do corpo político e democracia como mera técnica de administração que se baseia em pesquisas de opinião, nas eleições, na manipulação da opinião pública, na gestão dos meios de comunicação de massa etc. A segunda versão, aquela que os governantes chamam democracia, não se assemelha em nada com aquela que existia no século V a.C. Se a democracia for isso, simplesmente não me interessa” (BURNAZOS, 2014).

aspecto glorioso, ritualístico, do poder se tornou indiscernível com relação à *oikonomia*^{36,37}, a redução das relações sociais à gestão econômica da vida, e ao governo (AGAMBEN, 2011, p. 10). Reduzidos à condição de partícipes das sociedades do espetáculo³⁸, os indivíduos foram excluídos da esfera pública, da *pólis*, e inverteram os *locus* dos debates: o debate sobre o bem comum passou a ser formulado no seio familiar e em grupos seletos, enquanto na esfera pública nos reduzimos às discussões das necessidades biológicas, bem como do consumo de bens supérfluos³⁹.

³⁶ *Oikos* é traduzido como casa ou família, mas abrange a casa, a relação entre senhores e escravos, bem como a empresa familiar (AGAMBEN, 2014c, p. 29). *Nómos* significa lei.

³⁷ “a *tekne oikonomike* se distingue da política como a casa, *oikos*, se distingue da cidade, *polis*. A diferença se confirma na política, em que o político e o rei, que pertencem à esfera da *polis*, são contrapostos qualitativamente ao *oikonomos* e ao *despotas*, que se referem à esfera da casa e da família. [...] A economia não é uma ciência, é uma atividade que não está vinculada a um sistema de normas nem constitui uma ciência em sentido próprio, mas um determinado modo de atuar e de ser que compreende decisões e disposições para enfrentar problemas específicos concernentes à ordem funcional da parte do *oikos*. Portanto, a *oikonomia* se apresenta como uma organização funcional, uma atividade de gestão que não está vinculada a outras regras mais que ao ordenado funcionamento da casa ou da empresa em questão. O termo moderno que talvez corresponda melhor à esfera de sentido do grego *oikonomia* é *management*” (AGAMBEN, 2014c, p. 29).

³⁸ “*le spectacle n'est rien d'autre que le sens de la pratique totale d'une formation économique-sociale, son emploi du temps. C'est le moment historique qui nous contient. [...] Le spectacle se présente comme une énorme positivité indiscutable et inaccessible. Il ne dit rien de plus que «ce qui apparaît est bon, ce qui est bon apparaît». L'attitude qu'il exige par principe est cette acceptation passive qu'il a déjà en fait obtenue par sa manière d'apparaître sans réplique, par son monopole de l'apparence. [...] Le caractère fondamentalement tautologique du spectacle découle du simple fait que ses moyens sont en même temps son but. Il est le soleil qui ne se couche jamais sur l'empire de la passivité moderne. Il recouvre toute la surface du monde et baigne indéfiniment dans sa propre gloire. [...] La société qui repose sur l'industrie moderne n'est pas fortuitement ou superficiellement spectaculaire, elle est fondamentalement spectaclariste. Dans le spectacle, image de l'économie régnante, le but n'est rien, le développement est tout. Le spectacle ne veut en venir à rien d'autre qu'à lui-même. [...] Le spectacle se soumet les hommes vivants dans la mesure où l'économie les a totalement soumis. Il n'est rien que l'économie se développant pour elle-même. Il est le reflet fidèle de la production des choses, et l'objectivation infidèle des producteurs.*” o espetáculo não é outra coisa que o *sentido* da prática total da formação econômico-social, o seu *emprego do tempo*. Isto é o momento histórico que nos contém. [...] O espetáculo se apresenta como uma enorme positividade indiscutível e inacessível. Ele não diz nada além de «o que aparece é bom, o que é bom aparece». A atitude que ele exige por princípio é aquela aceitação passiva que já obteve por sua maneira de aparecer sem réplica, por seu monopólio da aparência. [...] O caráter fundamentalmente tautológico do espetáculo deriva do simples fato de que seus meios são ao mesmo tempo seu propósito. Ele é o sol que não se põe jamais sobre o império da passividade moderna. Ele cobre toda a superfície do mundo e se banha indefinidamente em sua própria glória. [...] A sociedade que repousa sobre a indústria moderna não é fortuitamente ou superficialmente espetacular, ela é fundamentalmente *espetaculista*. No espetáculo, imagem da economia reinante, o objetivo não é nada, o desenvolvimento é tudo. O espetáculo não quer chegar a nada além de si mesmo. [...] O espetáculo submete os homens viventes na medida em que a economia os submeteu totalmente. Não é nada além da economia se desenvolvendo por ela mesma. É um reflexo fiel da produção das coisas, e da objetivação infiel dos produtores (DEBORD, 1992, p. 11-12, tradução livre).

³⁹ Com outros termos, mas analisando esse fenômeno: (ARENDRT, 2007).

2.2 O poder soberano opera em estado de exceção permanente

“A tradição dos oprimidos nos ensina que o ‘estado de exceção’ em que vivemos é na verdade a regra geral.”
(Walter Benjamin)

24. A concepção tradicional de soberania advém da tradição jusnaturalista, influenciada pelos filósofos ingleses Thomas Hobbes (1588-1679), autor de **Leviatã ou matéria, palavra e poder de um governo eclesiástico e civil** (*Leviathan or the matter, forme and power of a common-wealth ecclesiasticall and civil*), e John Locke (1632-1704), autor de **Dois tratados sobre o governo** (*Two treatises of government*), bem como pelo filósofo francês Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), autor do livro **Do contrato social** (*Du contrat social ou principes du droit politique*).

Embora cada um tenha concepções antropológicas distintas e análises diversas acerca de temas centrais às respectivas obras, como acerca do estado e da soberania, os três comungavam da mesma concepção de soberania como resultado de um contrato social originário da sociedade civil e instituidor de um soberano, bem como do mesmo objetivo: criar uma racionalidade ética, distinta da teologia, que possibilitasse universalizar os princípios da conduta humana. “Essa universalidade fundou o paradoxo da modernidade. A igualdade moderna ‘unificou’ pensamento ocidental, e ‘eliminou’ todas as diferenças” (GAUER, 2009, p. 45-46).

A atribuição da origem do estado e da soberania à celebração de um contrato social, embora não seja a única, nem a melhor, é a explicação mais aceita, ao menos entre os juristas, e, a partir de nós, a mais difundida. Para além de todas as críticas que podemos formular, a força da explicação dos contratualistas talvez seja fruto da simplicidade explicativa⁴⁰, mas certamente decorre da justificação para manter inalteradas as relações de poder, preservar o *status quo*. Giorgio Agamben refuta os contratualistas⁴¹ e abre um novo percurso interpretativo da soberania:

⁴⁰ “o governo foi concebido de modo simples demais, como em Rousseau, com um poder executivo que tem sentido somente em relação com a lei, ou como *management*, atividade prática secundária que não se pode teorizar” (AGAMBEN, 2014c, p. 39).

⁴¹ “estou convencido de que a doutrina democrática convencional, a de Jean-Jacques Rousseau, por exemplo, que compreende o governo simplesmente como poder executivo (*puissance exécutive*), e o subordina ao poder legislativo, que permanece como o verdadeiro problema político, é falsa e tem que ser revista ou abandonada. Como quase todas as categorias de Rousseau, a

É preciso dispensar sem reservas todas as representações do ato político originário como um contrato ou uma convenção, que assinalaria de modo pontual e definido a passagem da natureza ao Estado. Existe aqui, ao invés, uma bem mais complexa zona de indiscernibilidade entre *nómos* [poder soberano] e *phýsis* [vida nua], na qual o liame estatal, tendo a forma do *bando* é também desde sempre não-estatalidade e pseudonatureza, e a natureza apresenta-se desde sempre como *nómos* e estado de exceção. Este mal entendido do mitologema hobbesiano em termos de *contrato* em vez de *bando* condenou a democracia à impotência toda vez que se tratava de enfrentar o problema do poder soberano e, ao mesmo tempo, tornou-a constitutivamente incapaz de pensar verdadeiramente, na modernidade, uma política não-estatal (AGAMBEN, 2007a, p. 115-116).

25. Em *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*, Agamben inicia a introdução do livro explicando que, no idioma grego, diferente do latim, existem dois termos para exprimir o que chamamos de vida: *zoé* e *bíos*. *Zoé* é a simples vida em comum dos seres vivos, o mero fato de viver dos animais, homens e deuses. *Bíos* é uma maneira própria de viver de um grupo de indivíduos ou de um grupo, uma vida qualificada, politizada. Porque a *zoé* não tem o sentido de uma vida politizada, não teria sentido que Aristóteles, na **Ética a Nicômaco** (*Ἠθικὰ Νικομάχεια*), tivesse se referido a uma *zoé politiké* (AGAMBEN, 2007a, p. 9).

No mundo clássico, especialmente na Grécia antiga, a simples vida natural era excluída da esfera pública, da *pólis*, e confinada ao âmbito familiar, a *oikos*, como mera vida reprodutiva, mera vida biológica encerrada na alimentação, nos cuidados, na reprodução etc. Na **Política** (*Πολιτικά*), Aristóteles define o homem como animal político (*politikòn zôon*). O atributo político é utilizado pelo filósofo grego para demarcar a distinção entre o homem e os demais viventes (AGAMBEN, 2007a, p. 10).

Na epígrafe de ***Homo sacer: o poder soberano e a vida nua***, Flávio D'Urso afirma estar inscrito o interesse de Agamben no modo como a vida é enxergada pela lei a partir de uma citação do jurista alemão Friedrich Carl von Savigny (1779-1861): “A lei não existe em si mesma; sua essência é, ao invés disto, as vidas dos indivíduos – vistas de um certo lado” (D'URSO, 2014, p. 123). Mais do que a forma como a lei enxerga a vida, algo impossível na medida em que leis não são seres

distinção entre a soberania que faz a lei e o governo que a executa tem origem teológica na doutrina da providência” (AGAMBEN, 2014c, p. 38).

animados, parece que Savigny constatou a apropriação da vida por meio da lei ou talvez reconheceu que a vida é capturada pelo dispositivo⁴² que chamamos de lei.

Isso significa, em outros termos, que o fundamento da soberania não é o contrato social anunciado pelos jusnaturalistas. Há, em vez disso, um fundamento oculto da soberania, a vida nua⁴³. Dito de outro modo, a soberania é fundada na inclusão da *zoé*, da vida biológica, despolitizada, na esfera da política, nos cálculos que envolvem os negócios da *pólis*.

[Há um] [...] oculto ponto de interseção entre o modelo jurídico-institucional e o modelo biopolítico do poder. [...] as duas análises não podem ser separadas e [...] a implicação da vida nua na esfera política constitui o núcleo originário – ainda que encoberto – do poder soberano. *Pode-se dizer, aliás, que a produção de um corpo biopolítico seja a contribuição original do poder soberano.* A biopolítica é, nesse sentido, pelo menos tão antiga quanta a exceção soberana. Colocando a vida biológica no centro de seus cálculos, o Estado moderno não faz mais, portanto, do que reconduzir à luz o vínculo secreto que une o poder à vida nua, restando assim (segundo uma tenaz correspondência entre moderno e arcaico que nos é dado verificar nos âmbitos mais diversos) com o mais imemorial dos *arcana imperii* (AGAMBEN, 2007a, p. 14).

A distinção aristotélica foi assumida como pressuposto por Foucault para apontar a inclusão do simples corpo vivente nas estratégias políticas como o limiar da modernidade biológica, o que teria produzido uma passagem de um estado territorial para um estado populacional e incluído a importância da vida biológica e da saúde da população nos interesses do poder soberano que se tornou, aos poucos, um governo dos homens. Antes de Foucault, Hannah Arendt, em **A**

⁴² Dispositivo é “aquilo que dispõe de”, uma técnica, um objeto que captura os humanos e de nós dispõem enquanto imaginamos dispor desses objetos ou dessas técnicas, ou seja, “qualquer coisa que tenha de algum modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres viventes. Não somente, portanto, as prisões, os manicômios, o panóptico, as escolas, as confissões, as fábricas, as disciplinas, as medidas jurídicas etc, cuja conexão com o poder é em um certo sentido evidente, mas também a caneta, a escritura, a literatura, a filosofia, a agricultura, o cigarro, a navegação, os computadores, os telefones celulares e – porque não – a linguagem mesma, que é talvez o mais antigo dos dispositivos, em que há milhares e milhares de anos um primata – provavelmente sem dar-se conta das consequências que se seguiriam – teve a inconsciência de se deixar captura (AGAMBEN, 2005, p. 13).

⁴³ “Minhas investigações mostraram que o poder soberano se fundamenta, desde a sua origem, na separação entre vida nua (a vida biológica, que, na Grécia, encontrava seu lugar na casa) e vida politicamente qualificada (que tinha seu lugar na cidade). A vida nua foi excluída da política e, ao mesmo tempo, foi incluída e capturada através da sua exclusão. Neste sentido, a vida nua é o fundamento negativo do poder. Tal separação atinge sua forma extrema na biopolítica moderna, na qual o cuidado e a decisão sobre a vida nua se tornam aquilo que está em jogo na política. O que aconteceu nos estados totalitários do século XX reside no fato de que é o poder (também na forma da ciência) que decide, em última análise, sobre o que é uma vida humana e sobre o que ela não é. Contra isso, se trata de pensar numa política das formas de vida, a saber, de uma vida que nunca seja separável da sua forma, que jamais seja vida nua” (SALVÀ, 2012).

condição humana (*The human condition*), analisou o processo de centralização do *animal laborans* e da vida biológica, enquanto tal, na política moderna. Arendt pensava que o primado da vida natural sobre a ação política era a causa tanto da transformação, quanto da decadência do espaço público na sociedade contemporânea (AGAMBEN, 2007a, p. 11).

26. A análise agambeniana acerca do poder soberano está situada entre os pensamentos do jurista austríaco Hans Kelsen (1881-1973), de origem hebraica, e do jurista alemão Carl Schmitt (1888-1985), vinculado ao regime nazista. Contudo, Agamben não se vincula aos pensamentos de nenhum dos dois, somente coloca em discussão os pressupostos dos quais tais autores partem, sobretudo a obra de Schmitt: “do mesmo modo como para Kelsen uma compreensão jurídica, isto é, essencialmente normativa, do conceito de soberania constitui um dos pressupostos fundamentais de uma ciência do direito – para Agamben o mesmo se passa com o conceito de exceção” (GIACOIA JUNIOR, 2006, p. 94).

Kelsen e Schmitt divergiram principalmente quanto aos limites da decisão judicial. O primeiro, pensando o direito numa perspectiva lógico-matemática, negava a existência de lacunas no ordenamento jurídico, pois os aspectos sociológicos não regulamentados seriam preenchidos pelos juízes em estrito cumprimento das leis. O segundo, partindo da concepção do direito como decisão (decisionismo), afirmava que o direito é lacunoso e, para preencher as lacunas do ordenamento jurídico, os juízes decidem sem limitações normativas. Essas decisões, para Schmitt, seriam políticas porque não limitadas ao direito, mas também jurídicas porque criariam regras (BARSALINI, 2011, p. 37).

Carl Schmitt inicia o livro **Teologia política** (*Politische theologie*) com uma reflexão acerca da soberania: “Soberano é quem decide sobre o estado de exceção.” Para ele, essa condição evidencia que soberania é um conceito limítrofe, não confuso, mas extremo. Já o estado de exceção é um conceito geral da teoria do estado, não vinculado à necessidade⁴⁴ ou ao estado de sítio (SCHMITT, 2006, p. 7), que contemporaneamente se converteu em técnica normal de governo⁴⁵.

⁴⁴ “Segundo alguns autores, no estado de necessidade ‘o juiz elabora um direito positivo de crise, assim como, em tempos normais, preenche as lacunas do direito’ (Mathiot, 1956, p. 424). Desse modo, o problema do estado de exceção é relacionado a um problema particularmente interessante na teoria jurídica, o das lacunas do direito. Pelo menos a partir do art. 4 do Código Napoleão (‘O juiz que se recusar a julgar, sob pretexto de silêncio, sentido obscuro ou insuficiência da

O governo é precisamente o que resulta da coordenação e da articulação entre a providência geral e a providência particular [...] Há governo somente se há uma relação entre dois níveis da atividade do poder: o geral e o particular. Na tradição da política ocidental, há uma expressão que define de maneira exemplar a distinção e a relação entre esses dois níveis do poder: é a locução *le roi règne, mais il ne gouverne pas* (o rei reina, mas não governa). Uma versão latina desta frase se encontra, já no século XVII, na polêmica contra o rei da Polônia, Segismundo III: *rex regna sed non gubernat*. Se reino e governo não estão separados com uma dicotomia absoluta, nenhum governo é possível. De um lado, teremos um rei impotente, uma soberania impotente, e do outro, uma série incoerente e caótica de atos particulares de governo. Porém, creio que se pode afirmar que a oposição entre reino e governo não é aparente: na verdade o reino serve para fundar e legitimar o governo. Assim, algo como um governo é possível apenas se o reino está relacionado com ele em uma máquina bipolar. A impotência do soberano funda e autoriza o governo. Esta máquina bipolar é o governo: é a forma que o poder adotou no Ocidente. [...] cada ato de governo se dirige para um fim primário e mais geral, mas terá necessariamente efeitos colaterais, que os estrategistas estadunidenses chamam de *collateral damages* e que podem significar a morte de muitos homens e a destruição de uma cidade inteira. [...] na perspectiva cristã, o governo do mundo, de todo o mundo, tem que ser um governo que permanece estrangeiro. O governo divino do mundo é um governo que passa a ser estrangeiro ao mundo que governa, e o mundo governado permanece estrangeiro ao governo. Poder-se-ia dizer também que, na racionalidade governamental moderna, todo governo é estrangeiro em relação àquilo que deve governar. Eis aqui o paradigma da política estadunidense do governo do mundo (AGAMBEN, 2014c, p. 35-37).

A adequação lógico-jurídica entre estado de exceção e a definição jurídica de soberania é fruto da articulação entre esses conceitos. A decisão sobre a exceção é uma decisão: “uma norma geral, como é apresentada pelo princípio jurídico normalmente válido, jamais pode compreender uma exceção absoluta e, por isso, também, não pode fundamentar, de forma completa, a decisão de [...] um caso real, excepcional” (SCHMITT, 2006, p. 7). Contudo, há uma distinção entre a exceção medieval e a exceção moderna:

lei, poderá ser perseguido como culpado de denegação de justiça’), na maior parte dos sistemas jurídicos modernos o juiz tem obrigação de pronunciar um julgamento, mesmo diante de uma lacuna na lei. Em analogia ao princípio de que a lei pode ter lacunas, mas o direito não as admite, o estado de necessidade é então interpretado como uma lacuna no direito público, a qual o poder executivo é obrigado a remediar. Um princípio que diz respeito ao poder judiciário estende-se, assim, ao poder executivo. [...] Ela [a lacuna] não se refere [...] a uma carência no texto legislativo que deve ser reparada pelo juiz; refere-se, antes, a uma *suspensão* do ordenamento vigente para garantir-lhe a existência. [...] o estado de exceção apresenta-se como a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal. A lacuna não é interna à lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade, à possibilidade mesma de sua aplicação. É como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção [...] criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei [...] permanece em vigor” (AGAMBEN, 2004, p. 48-49).

⁴⁵ “Uma das teses do meu livro, talvez a mais óbvia, era que o estado de exceção, concebido no passado como uma medida essencialmente temporal, converteu-se hoje em uma técnica normal de governo” (AGAMBEN, 2014c, p. 25).

A exceção medieval representa, nesse sentido, uma abertura do sistema jurídico a um fato externo, uma espécie de *fictio legis* pela qual, no caso, se age como se a escolha do bispo tivesse sido legítima. O estado de exceção moderno é, ao contrário, uma tentativa de incluir na ordem jurídica a própria exceção, criando uma zona de indiferenciação em que fato e direito coincidem. [...] A idéia de que uma suspensão do direito pode ser necessária ao bem comum é estranha ao mundo medieval. [...] Somente com os modernos é que o estado de necessidade tende a ser incluído na ordem jurídica e a apresentar-se como verdadeiro 'estado' da lei. O princípio de que a necessidade define uma situação particular em que a lei perde sua *vis obligandi* (esse é o sentido do adágio *necessitas legem non habet*) transforma-se naquele em que a necessidade constitui, por assim dizer, o fundamento último e a própria fonte da lei (AGAMBEN, 2004, p. 42-43).

Ocorre que a soberania, conforme célebre lição de Carl Schmitt, está assentada num paradoxo, o soberano está fora do ordenamento jurídico, mas decide sobre a suspensão desse ordenamento:

Não se submetendo a ação a nenhum controle, não há, de nenhuma forma, a divisão, como ocorre na prática da Constituição jurídico-estatal, em diversas instâncias que se equilibram e se obstruem reciprocamente, de modo que fica claro quem é o soberano. Ele decide tanto sobre a ocorrência do estado de necessidade extremo, bem como sobre o que se deve fazer para saná-lo. O soberano se coloca fora da ordem jurídica normalmente vigentes, porém a ela pertence, pois ele é competente para a decisão sobre se a Constituição pode ser suspensa *in toto*. Nesse sentido, todas as tendências do desenvolvimento jurídico-estatal moderno conduzem à eliminação do soberano (SCHMITT, 2006, p. 8).

Consequentemente, o filósofo e jurista brasileiro Daniel Arruda Nascimento explica que a decisão soberana que cria o estado de exceção também delimita “o espaço no qual a ordem jurídica e política pode ter ou não ter valor. E a exceção mostra novamente o seu caráter de fundamento da ordem – parece que o ordenamento só pode ser criado se houver congênito a ele o poder de suspendê-lo” (NASCIMENTO, 2010, p. 93).

27. Na concepção schmittiana de soberania está implícito um pressuposto hobbesiano: o soberano seria fruto da celebração do contrato social pelo qual cada indivíduo cederia o direito de governar-se a si mesmo. Antes da celebração do contrato social, as pessoas viveriam naturalmente, sem poder e sem organização, providas de liberdade de decisão⁴⁶. No estado de natureza, um estado de guerra em que os homens se imaginariam poderosos, perseguidos e traídos, não haveria uma

⁴⁶ Para Hobbes, a liberdade é a ausência de oposição existente tanto para criaturas racionais e animadas quanto para criaturas irracionais e inanimadas. A liberdade dos indivíduos, após firmar o contrato social, é a de não dever mais obediência ao soberano que recebeu poderes para instaurar a paz e proteger as vidas, mas não cumpriu esses deveres (HOBBS, 2003, p. 179-190).

igualdade absoluta, mas os homens seriam tão iguais que nenhum triunfaria totalmente sobre o outro (RIBEIRO, 2001, p. 53-59).

No exercício dessa liberdade, optariam por renunciar parcialmente à liberdade a fim de garantir uma convivência pacífica e de receber proteção do soberano⁴⁷. Isso seria feito através da constituição de um estado, governado por um soberano dotado das armas. O soberano estabelecido, após a celebração do contrato social⁴⁸, não teria feito parte do pacto, pois, ainda que a pessoa incumbida da soberania tenha feito parte, não era dotada de soberania naquele momento. Desse modo, o soberano seria resultado do contrato social, faria parte do ordenamento jurídico-político criado, mas estaria fora porque não se vincularia a esse ordenamento⁴⁹.

A aquisição do poder soberano pode se dar, de acordo com Hobbes, de dois modos distintos. Pela força natural ou pelo consenso. A força natural é a força de submissão dos filhos à autoridade dos pais ou dos inimigos de guerra derrotados ao vitorioso, o que formaria uma república por aquisição. O consenso seria estabelecido

⁴⁷ “*uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por todos como autora, de modo que ela pode usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comuns. Àquele que é portador dessa pessoa chama-se soberano, e dele se diz que possui poder soberano. Todos os demais são súditos*” (HOBBS, 2003, p. 148).

⁴⁸ “ninguém é suficientemente tolo para dizer, por exemplo, que o povo de Roma fez um pacto com os romanos para deter a soberania sob tais e tais condições, as quais, quando não cumpridas, dariam aos romanos o direito de depor o povo de Roma. [...] Aquele que voluntariamente ingressou na congregação dos que constituíam a assembleia declarou suficientemente com esse ato a sua vontade (e portanto tacitamente fez um pacto) de se conformar ao que a maioria decidir. Portanto, se depois se recusar a aceitar ou protestar contra qualquer dos seus decretos, age contrariamente ao pacto, isto é, age injustamente. E quer faça parte da congregação, quer não faça, e quer o seu consentimento seja pedido, quer não seja, ou terá que se submeter aos seus decretos ou será deixado na condição de guerra em que antes se encontrava, e na qual pode, sem injustiça, ser destruído por qualquer um” (HOBBS, 2003, p. 151).

⁴⁹ “como o direito de portar a pessoa de todos é conferido ao que é tornado soberano mediante um pacto celebrado apenas entre cada um e cada um, e não entre o soberano e cada um dos outros, não pode haver quebra do pacto da parte do soberano; conseqüentemente nenhum dos súditos pode libertar-se da sujeição, sob qualquer pretexto de que o soberano transgrediu seus direitos. É evidente que quem é tornado soberano não faz antecipadamente nenhum pacto com os seus súditos, porque teria ou que o celebrar com toda a multidão, na qualidade de parte do pacto, ou que celebrar diversos pactos, um com cada um deles. Com o todo, na qualidade de parte, é impossível, porque nesse momento eles ainda não constituem uma pessoa. E se fizer tantos pactos quantos forem os homens, depois de ele receber a soberania esses pactos serão nulos, pois qualquer ato que um deles possa alegar como rompimento do pacto será um ato praticado tanto por ele mesmo como por todos os outros, porque será um ato praticado na pessoa e pelo direito de cada um deles em particular. Além disso, se algum ou mais de um deles alegar que houve rompimento do pacto feito pelo soberano quando da sua instituição, e outros ou um só dos seus súditos, ou mesmo apenas ele próprio, alegar que não houve tal rompimento, não haverá nesse caso nenhum juiz capaz de decidir a controvérsia. Há portanto um retorno à guerra, e cada um recupera o direito de se defender com sua própria força, contrariamente à intenção que o levara àquela instituição. Portanto, é inútil conferir a soberania à guisa de um pacto anterior” (HOBBS, 2003, p. 150).

pelo acordo entre os homens para que se submetam a um homem ou a uma assembleia de homens, o que resultaria numa república política ou por instituição (HOBBS, 2003, p. 148).

28. Agamben retoma o raciocínio de Carl Schmitt no capítulo 1 de ***Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*** para refletir o paradoxo da soberania, decorrente do raciocínio de Thomas Hobbes sobre a ausência de participação do soberano no contrato social: o soberano permanece, simultaneamente, fora do ordenamento político-jurídico, mas pertence a esse ordenamento enquanto detentor do poder de suspender as normas que o compõem⁵⁰. Para Agamben, isso não é trivial. O poder de suspender a validade da lei faz com que o soberano possa, legalmente, se colocar fora da lei. Portanto, o paradoxo poderia ser formulado de dois outros modos: “a lei está fora dela mesma” ou “eu, o soberano, que estou fora da lei, declaro que não há um fora da lei” (AGAMBEN, 2007a, p. 23).

Em seguida propõe uma análise topológica da soberania para compreender os limites, o início e o fim, do ordenamento jurídico. Para tanto, retorna ao pensamento de Carl Schmitt acerca da estrutura da exceção (*ausnahme*) como aquilo que é subtraído da hipótese legal e, ao mesmo tempo, evidencia um elemento jurídico: a decisão. A exceção é verificada no momento em que deve ser criada a situação na qual as normas jurídicas têm eficácia, uma estruturação normal das relações sociais, uma situação média homogênea. Essa normalidade diz respeito à eficácia imanente às normas (AGAMBEN, 2007a, p. 23-24).

Dito de outro modo, as normas não são aplicáveis ao caos, mas a uma ordem da qual o caos faça parte, na qual esteja incluído⁵¹. Isso significa que as normas pressupõem uma ordem estabelecida a partir da qual um ordenamento tem sentido⁵². Depois de criada a situação de normalidade, também chamada de

⁵⁰ A capa original do *Leviatã* apresenta elementos que nos permitem compreender melhor a estrutura da soberania. O corpo do soberano é formado pelo corpo de todos os indivíduos que compõem a população (HOBBS, 1651). Isso significa, dentre outras coisas, que a captura política dos corpos biológicos é anterior ao reconhecimento dos direitos dos cidadãos na origem da política moderna (BARTOLOMÉ RUIZ, 2011). Ademais, o *Leviatã* empunha em uma de suas mãos a espada anunciando o direito ao uso da violência como condição exclusiva de preservação de sua condição de soberano.

⁵¹ “Dado que ‘não existe nenhuma norma que seja aplicável ao caos’, este deve ser primeiro incluído no ordenamento através da criação de uma zona de indiferença entre externo e interno, caos e situação normal: o estado de exceção” (AGAMBEN, 2007 p. 27).

⁵² Aliás, a etimologia da palavra ordenamento remete à junção de duas palavras: ordem e movimento. Portanto, um ordenamento é um movimento de ordenar.

ordenamento, o soberano é encarregado de decidir se a normalidade será preservada. O direito é aplicável nas hipóteses preestabelecidas (AGAMBEN, 2007a, p. 24), daí porque usamos termos técnicos como “hipótese de incidência” no direito tributário e “tipicidade” no direito criminal: a hipótese abstratamente descrita em uma lei torna aplicável a norma⁵³ ao fato adequado a essa hipótese, ou seja, ao fato que se amolda à hipótese de incidência da norma.

Como o soberano cria e garante a situação na qual o direito é aplicável, tem o monopólio da decisão última. Por isso, a essência da soberania estatal não consiste no monopólio da sanção ou do poder, mas no monopólio da decisão (AGAMBEN, 2007a, p. 24). O objeto dessa decisão é a exceção. A decisão não é a mera expressão da vontade de um sujeito detentor de uma hierarquia superior aos demais, na verdade representa a inscrição no corpo da lei (*nómos*) da exterioridade que dá vida e sentido ao soberano. Não é uma decisão entre lícito e ilícito, uma decisão exclusivamente jurídica, algo que os juristas costumam definir como antagônico à decisão política, mas uma decisão política⁵⁴ como qualquer outra decisão.

Toda decisão tem um caráter eminentemente político, ainda que seja uma decisão jurídica. Um exemplo disso é a decisão sobre aplicar uma norma a um determinado caso. De acordo com a leitura tradicional dos juristas, essa seria uma decisão jurídica, também chamada de decisão por princípios. Contudo uma decisão precedeu a decisão que reiterou a validade da norma no caso concreto, uma decisão política de reafirmar a norma.

O filósofo mexicano Cuauhtémoc Nattahí Hernández Martínez (1981...) esclareceu que a situação de exceção na qual se encontra o soberano, incluído e excluído do ordenamento político-jurídico, é a condição de validade da norma, porquanto a validade do ordenamento jurídico depende da possibilidade de o

⁵³ Parte-se do pressuposto de Lenio Luiz Streck, resultado da aplicação da diferença ôntico-ontológica de Martin Heidegger ao direito: a norma (ser) é a norma de um texto (ente) e o texto (ente) só é na sua norma (ser). (STRECK, 2011, p. 243-244). Noutras palavras, a norma é o resultado da interpretação do texto, portanto diversa da lei. Faz-se isso porque Agamben deu continuidade, ao menos parcialmente, à obra de Heidegger, razão pela qual, embora Agamben não trate dessa distinção, parece em conformidade com a leitura que faz da linguagem. Apesar dessa abordagem, há críticas no sentido de que tanto texto, quanto norma, são entes.

⁵⁴ Sobre decisões por princípios e decisões por política, vide: (STRECK, 2015).

soberano decidir sobre a suspensão desse ordenamento (HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, 2018, p. 9).

Entende-se que, então, restam-nos somente duas classificações para as decisões. Primeiro, as decisões exclusivamente políticas, nas quais as normas não são aplicadas sem um fundamento jurídico para tanto, ou seja, sem que isso seja feito em sede de controle de constitucionalidade. Segundo, as decisões político-jurídicas, nas quais as normas são aplicadas por uma decisão política de conservação do ordenamento político-jurídico.

29. Ao aprofundar a análise acerca desse paradoxo, Agamben aborda a relação entre poder constituinte e poder constituído. Uma tese recorrente acerca da localização desses poderes toma como aspecto central os planos em que se encontram. O poder constituído é situado no plano interior do estado, somente existe no estado. Já o poder constituinte é situado no plano exterior ao estado, existe fora do estado. Outra tese, democrático-revolucionária, atribui ao poder constituinte uma transcendência soberana a toda ordem constituída (AGAMBEN, 2007a, p. 47-48).

Retomando a abordagem de Aristóteles, na **Metafísica (Μεταφυσική)**, acerca da relação ato e potência⁵⁵, Agamben afirma que não existe na obra uma clareza acerca do aspecto preponderante na relação entre ato e potência, mas isso não seria uma indecisão ou uma contradição no pensamento daquele filósofo. Na verdade, potência e ato seriam dois aspectos do processo de autofundação soberana do ser. A soberania é dúplice, portanto existe quando o ser se suspende, como potência, colocando-se em situação de abandono em relação ao *bando*, abandonando-se consigo mesmo, para realizar-se como ato, para agir em relação ao bando. No limite entre pura potência e puro ato surge uma zona de indistinção, a soberania (AGAMBEN, 2007a, p. 54).

O paradigma da soberania, para Agamben, foi descrito por Aristóteles na descrição da natureza da potência. A estrutura da potência é mantida em relação com o ato na medida em que a potência pode não ser, da mesma forma que a exceção é aplicada pela desaplicação. A potência, nas duas facetas (*potência de e*

⁵⁵ “Algo é em potência se o traduzir-se em ato daquilo de que se diz ser ele em potência não implica nenhuma impossibilidade. Dou um exemplo: se alguém tem potência para sentar-se e pode sentar-se, não terá nenhuma impossibilidade de fazê-lo quando tiver de se sentar. E de modo semelhante quando se tratar de potência de ser movido ou de mover, de estar parado ou de parar, de ser ou de vir a ser, de não ser ou de não advir” (ARISTÓTELES, 2002, p. 403).

potência de não) é o modo de fundação soberana, precedida somente do próprio poder de ser ou de não ser (potência). Assim, o soberano se funda no momento em que se retira da *potência de não*, simplesmente se deixando ser (AGAMBEN, 2007a, p. 54).

30. Partindo da relação entre ato e potência para estudar o poder constituinte, Agamben afirma que o problema fundamental não é conceber um poder constituinte cuja potência não se esgote no ato de criar um poder constituído, mas distinguir poder constituinte de poder soberano. Tanto o poder constituinte quanto o poder soberano não podem ser situados totalmente dentro ou totalmente fora do ordenamento constituído (AGAMBEN, 2007a, p. 48-50).

Pensar uma Constituição da potência integralmente emancipada do princípio da soberania e um poder constituinte que rompa com o bando que o liga ao poder constituído e não se esgote no bando é árduo porque seria preciso pensar numa potência sem nenhuma relação com o ser em ato, o que implicaria em pensar toda a ontologia e toda a política além de toda figura da relação, inclusive do bando soberano (AGAMBEN, 2007a, p. 54-55).

O perfil exemplar do bando soberano, para Agamben, foi representado pelo escritor e jurista austro-húngaro Franz Kafka (1883-1924), no conto **Diante da lei** (*Vor dem gesetz*), narrado pela personagem de nome desconhecido, que se apresenta como capelão da prisão, no livro **O processo** (*Der prozess*)⁵⁶. De acordo

⁵⁶ “Diante da lei está um porteiro. Um homem do campo dirige-se a este porteiro e pede para entrar na lei. Mas o porteiro diz que agora não pode permitir-lhe a entrada. O homem do campo reflete e depois pergunta se então não pode entrar mais tarde. ‘É possível’, diz o porteiro, ‘mas agora não’. Uma vez que a porta da lei continua como sempre aberta, e o porteiro se posta ao lado, o homem se inclina para olhar o interior através da porta. Quando nota isso, o porteiro ri e diz: ‘Se o atraindo tanto, tente entrar apesar da minha proibição. Mas veja bem: eu sou poderoso. E sou apenas o último dos porteiros. De sala para sala, porém, existem porteiros cada um mais poderoso que o outro. Nem mesmo eu posso suportar a visão do terceiro’. O homem do campo não esperava tais dificuldades: a lei deve ser acessível a todos e a qualquer hora, pensa ele; agora, no entanto, ao examinar mais de perto o porteiro, com o seu casaco de pele, o grande nariz pontudo e a longa barba tártara, rala e preta, ele decide que é melhor aguardar até receber a permissão de entrada. O porteiro lhe dá um banquinho e deixa-o sentar-se ao lado da porta. Ali fica sentado dias e anos. Ele faz muitas tentativas para ser admitido, e cansa o porteiro com os seus pedidos. Muitas vezes o porteiro submete o homem a pequenos interrogatórios pergunta-lhe a respeito da sua terra e de muitas outras coisas, mas são perguntas indiferentes, como as que costumam fazer os grandes senhores, e no final repete-lhe sempre que ainda não pode deixá-lo entrar. O homem, que se havia equipado bem para a viagem, lança mão de tudo, por mais valioso que seja, para subornar o porteiro. Este aceita tudo, mas sempre dizendo: ‘Eu só aceito para você não achar que deixou de fazer alguma coisa’. Durante todos esses anos, o homem observa o porteiro quase sem interrupção. Esquece os outros porteiros e este primeiro parece-lhe o único obstáculo para a entrada na lei. Nos primeiros anos, amaldiçoa em voz alta o acaso infeliz; mais tarde, quando envelhece, apenas resmungo consigo mesmo. Torna-se

com Agamben, apenas dois fatos impediram o camponês de adentrar à lei. Primeiro o fato de a porta estar sempre aberta, o que contrariava a negativa do guardião. Segundo o fato de a lei não prescrever nada (AGAMBEN, 2007a, p. 57).

O mito kafkiano, interpretado a partir da impossibilidade de entrar no que está aberto, expõe a forma pura da lei: a afirmação com mais força no ponto em que nada prescreve, no puro bando. A potência da lei decorre da ausência de exigência de algum comportamento do camponês. O camponês é entregue à potência da lei porque a lei só impõe a ele a própria abertura. Da mesma forma que a exceção soberana⁵⁷, a lei é aplicada por desaplicação, mantém o camponês no bando ao “abandoná-lo fora de si”. A porta aberta o inclui na lei na medida em que o exclui da possibilidade de entrar nela, porque está sempre aberta, está desde sempre nela, e o exclui da lei incluindo-o no conjunto de pessoas que não podem entrar no que está aberto porque ali estão desde sempre. Por isso, assim como a linguagem, o bando soberano é irrelato, não pode entrar ou sair de relação porque pressupõe a si mesmo como forma mesma da relação (AGAMBEN, 2007a, p. 57-58).

Em suma, a estrutura do bando soberano é a de uma lei que vigora, mas não significa. Na atualidade, os homens vivem sob o bando de uma lei que os inclui em uma pura relação de abandono. Agamben entende que há uma crise⁵⁸ de

infantil, e uma vez que, por estudar o porteiro anos a fio, ficou conhecendo até as pulgas da sua gola de pele, pede a estas que o ajudem a fazê-lo mudar de opinião. Finalmente, sua vista enfraquece e ele não sabe se de fato está escurecendo em volta ou se apenas os olhos o enganam. Contudo, agora reconhece no escuro um brilho que irrompe inextinguível da porta da lei. Mas já não tem mais muito tempo de vida. Antes de morrer, todas as experiências daquele tempo convergem na sua cabeça para uma pergunta que até então não havia feito ao porteiro. Faz-lhe um aceno para que se aproxime, pois não pode mais endireitar o corpo enrijecido. O porteiro precisa curvar-se profundamente até ele, já que a diferença de altura mudou muito em detrimento do homem. ‘O que é que você ainda quer saber?’, pergunta o porteiro, ‘você é insaciável’. ‘Todos aspiram à lei’ diz o homem, ‘como se explica que, em tantos anos, ninguém além de mim pediu para entrar?’ O porteiro percebe que o homem já está no fim, e para ainda alcançar sua audição em declínio, ele berra: ‘Aqui ninguém mais podia ser admitido, pois esta entrada estava destinada só a você. Agora eu vou embora e fecho-a’” (KAFKA, 2005, p. 183-185).

⁵⁷ “A exceção soberana (como zona de indiferença entre natureza e direito) é a pressuposição da referência jurídica na forma de sua suspensão. Em toda norma que comanda ou veta alguma coisa (por exemplo, na norma que veta o homicídio) está inscrita como exceção pressuposta, a figura pura e insancionável do caso jurídico que, no caso normal, efetiva a sua transgressão (no exemplo, a morte de um homem não como violência natural, mas como violência soberana no estado de exceção)” (AGAMBEN, 2007a, p. 28).

⁵⁸ “‘Crise’ e ‘economia’ atualmente não são usadas como conceitos, mas como palavras de ordem, que servem para impor e para fazer com que se aceitem medidas e restrições que as pessoas não têm motivo algum para aceitar. ‘Crise’ hoje em dia significa simplesmente ‘você deve obedecer!’. Creio que seja evidente para todos que a chamada ‘crise’ já dura decênios e nada mais é senão o

legitimidade generalizada, “em todas as sociedades e todas as culturas”, causada pela ausência de sentido da lei, qualquer texto com caráter regulador da vida, que vigora como puro “nada da Revelação”. Essa seria a estrutura original da relação soberana e a causa do niilismo contemporâneo (AGAMBEN, 2007a, p. 58-59).

31. Retomando a diferença ôntico-ontológica entre ser e ente, cunhada por Martin Heidegger, Agamben afirma que a soberania é “a lei além da lei à qual somos abandonados”, um poder autopressuponente do *nómos*. Para sair do paradoxo da soberania precisaríamos pensar o ser do bando além de toda ideia de lei, uma pura forma de lei, vazia de relação. Essa forma vazia de lei não é lei, mas uma zona de indecibilidade entre lei e vida, um estado de exceção. Esse é o mesmo problema que Heidegger analisou nas **Contribuições à Filosofia** (*Beiträge zur philosophie*) ao tratar do abandono do ente pelo ser (AGAMBEN, 2007a, p. 66).

De acordo com Agamben (2007a, p. 67), a questão central enfrentada por Heidegger ao tratar do abandono não é que o ser deixe o ente ir, o abandone, mas que o ser é o ser abandonado e remetido ao si mesmo do ente. Em outros termos, o ser é o bando do ente na condição de ser abandonado. Se o ser é o ser abandonado do ente, a estrutura ontológica da soberania desnuda o paradoxo.

Compreender a vigência da lei sem significado como o ser abandonado “a” e “por” uma lei que só prescreve a si mesma significa não levar ao extremo a experiência do abandono, pois o abandono só é experimentado como abandono se a experiência do abandono for desatada de toda ideia de lei e de destino. A consequência disso é que precisamos tentar pensar o fato político-social sem a forma de um relacionamento (AGAMBEN, 2007a, p. 67), livre da relação entre ser e ente.

32. Na sequência, Agamben retoma o texto *Zur kritik der gewalt*, do filósofo alemão, de origem hebraica, Walter Benedix Schönflies Benjamin (1892-1940), traduzido para o português como **Crítica da violência – Crítica do poder**, por Willi Bolle, e publicado num livro composto por uma coletânea de textos intitulada Documentos de cultura, documentos de barbárie, em 1986⁵⁹.

modo normal como funciona o capitalismo em nosso tempo. E se trata de um funcionamento que nada tem de racional” (SALVÀ, 2012).

⁵⁹ Willi Bolle anotou a ambivalência do termo *gewalt* que remete tanto ao poder quanto à violência. No início do ensaio, Benjamin advertiu que uma crítica do poder, ou da violência, passa pela apresentação das relações entre direito e justiça. A relação elementar do ordenamento jurídico

Agamben descreve a oscilação dialética entre a violência que institui e a violência que conserva o direito para considerar a necessidade de um terceiro elemento que rompa com a dialética circular entre a violência da instituição e a violência da conservação, a violência que Benjamin chama de violência divina. A violência divina não põe e nem conserva o direito, mas o de-põe (*entsetzt*), é responsável pelo enfraquecimento da violência conservadora por meio da repressão de forças hostis que perduram até que novas forças, ou forças oprimidas pela ordem estabelecida, tomem a dianteira e instituem um novo direito (AGAMBEN, 2007a, p. 71).

A má interpretação dessa violência divina resulta nos equívocos mais perigosos, cuja prova é a forma com a qual o filósofo franco-argelino Jacques Derrida (1930-2004) interpretou esse ensaio, equiparando-a à “solução final” nazista, ou seja, ao extermínio dos judeus como solução final para a existência de uma divisão do povo alemão entre alemães e “alemães judeus” (AGAMBEN, 2007a, p. 71-72).

O fato de que Benjamin não lera a **Teologia política** de Carl Schmitt enquanto escrevia o ensaio não o possibilitou analisar a relação entre violência soberana e estado de exceção, fato que dificulta relacionar esses elementos à violência que põe e à violência que conserva o direito. Por isso, Agamben busca a raiz da violência divina nesse vácuo, pois a violência do estado de exceção não é uma simples violência que institui o direito, mas uma violência que o conserva e o institui excetuando-se do direito, colocando-se fora do ordenamento.

33. Assim como a violência divina, a violência soberana não é reduzida à instituição e nem à conservação do direito. Todavia, violência soberana e violência

seria uma relação de meios e fins, de modo que a violência pode ser buscada tanto nos meios do ordenamento (direito positivo) quanto nos fins (direito natural). Apesar disso, a violência é questionada somente no momento da aplicação do direito, fato que exclui o questionamento da violência como princípio do direito. Mesmo assim, violência e direito se entrecruzam e se relacionam na medida em que o direito pode ser compreendido, dentre outras formas, como conjunto de normas que reconhecem direitos, criam deveres e estabelecem os limites dos direitos e dos deveres. Violência e poder se fundem com o direito em dois momentos distintos. Primeiro, na instituição do direito, com o reconhecimento ou positivação de determinadas normas. Segundo, como conservação do direito, no momento da aplicação. Benjamin vê na violência a origem, o princípio do direito, pressuposto do qual parte para afirmar que, por exemplo, uma crítica à pena de morte é, em última análise, também uma crítica ao direito enquanto inscrição do poder sobre a vida e a morte no ordenamento jurídico. Nessa direção, um contrato jurídico jamais pode ser fruto de uma solução não violenta de conflitos, pois garante aos contratantes o direito a reivindicar alguma forma violenta de cumprimento das cláusulas contratuais (BENJAMIN, 1986, p. 160-175).

divina não são sinônimos. Para diferenciá-las, Agamben coloca a violência divina em relação com o estado de exceção: apesar de o soberano ser quem pode decidir sobre o estado de exceção, a violência soberana cria uma zona de indistinção entre lei e natureza, externo e interno, violência e direito. No estado de exceção, o nexo entre direito e violência é mantido enquanto o estado de exceção se distingue do caso normal, porquanto a decisão soberana aparecerá simplesmente como meio de passagem entre a violência que põe e a violência que conserva o direito (AGAMBEN, 2007a, p. 72).

A violência definida como divina por Benjamin, por outro lado, está situada numa zona de indistinção em que regra e exceção se tornam indiscerníveis. Não é, portanto, outra espécie de violência que se situaria entre a violência instituidora e a violência conservadora, mas a dissolução do nexo entre direito e violência. A violência divina mostra a conexão entre as outras duas espécies de violência como o conteúdo real do direito (AGAMBEN, 2007a, p. 73).

Em vez de definir a violência divina, Benjamin concentra-se no portador da violência divina, chamada por ele de vida nua⁶⁰ (*bloß Leben*). Há um nexo essencial entre a vida nua e a violência jurídica, tendo em vista que o domínio do direito sobre o vivente é também o domínio sobre a vida nua, mas cessa quando a vida qualificada é transformada em vida nua, do mesmo modo que a dissolução da violência jurídica que entrega o vivente à pena, que o pune (AGAMBEN, 2007a, p. 73).

34. Para compreender melhor a relação entre direito e violência é necessário esclarecer o pensamento de Agamben acerca do direito e, posteriormente, analisar o estado de exceção. O direito tem por objeto as normas, no sentido etimológico de esquadros, cuja finalidade é normalizar a vida, criar o âmbito de referência para a vida, os limites do agir lícito, fora dos quais tudo é ilícito. Ao mesmo tempo em que, por meio das normas, são estabelecidas as condições das referências para a vida, a referência é pressuposta. Isso porque a estrutura da norma é formada por preceito, uma hipótese de comportamento descrita ou prescrita, e consequência jurídica, um direito ou uma sanção assinada à conduta inscrita no preceito. “Se (caso real, *p. ex.: si membrum rupsit*), então (consequência jurídica, *p. ex.: talio esto*), onde um fato é

⁶⁰ Esse paradigma foi abordado no item 2.3, em conjunto com o paradigma do campo de concentração por ser esse o *locus* por excelência da produção de vida nua.

incluído na ordem jurídica através de sua exclusão e a transgressão parece preceder e determinar o caso lícito” (AGAMBEN, 2007a, p. 33).

Nesse caso Agamben tratou de uma norma criminal, especificamente de um tipo legal composto por preceito e consequência jurídica de sanção. A hipótese de comportamento descrita no tipo legal é um comportamento proibido através da existência do respectivo tipo legal, cujo descumprimento é punível com a sanção cominada.

Desse modo, ao proscrever a conduta de matar alguém, chamada de homicídio, o homicídio é incluído na ordem jurídica através da exclusão, passa a integrar o ordenamento jurídico somente com a finalidade de servir de referência para a vida, uma referência de banimento: não matarás. A transgressão precede e determina o caso, na visão de Agamben, porque o descumprimento é um pressuposto do tipo legal, o tipo de homicídio, p. ex., existe para tentar impedir homicídios futuros. Não fosse o ilícito um pressuposto, não existiriam tipos legais.

A determinação do caso lícito pela transgressão é estabelecida por contraste. No preceito da norma é inscrita a hipótese lícita ou ilícita de comportamento, com maior ênfase para as ilícitas. Ao definir um comportamento permitido ou proibido, são estabelecidas as condições de referência para a vida real. Nos limites do esquadro, podemos ou não agir de determinados modos. Se for ilícita a conduta inscrita na norma, podemos fazer tudo o que não exceda à hipótese criminalizada. Se for lícita a conduta inscrita, só podemos agir conforme a hipótese lícita⁶¹.

35. Tudo isso resulta na possível constatação de que o fundamento ontológico do direito é a violência originária que o constitui (BAZZANELLA; CANI, 2018b). A violência que constitui a lei é a violência da decisão soberana que pode suspender, ou não, a validade da lei: o estado de exceção. Em última análise, ou

⁶¹ Explicou-se desse modo para desdobrar o pensamento de Agamben, complexo nesse aspecto porque muito distinto dos manuais de teoria do direito de uso frequente pelos juristas. Todavia, no conjunto das normas que compõem o ordenamento jurídico, o fato é que lícito e ilícito são determinados em diversas normas. Enquanto uma norma pode proscrever uma ação, outra norma pode proscrever outra muito próxima. Em suma, não basta a observância de uma única norma para compreender a dinâmica lícito-ilícito. Pelo contrário, existem sobreposições, cruzamentos, revogações e zonas de indistinção intermináveis que se entende como algumas das condições de possibilidade para que o estado de exceção se torne regra, na medida em que não conseguimos estabelecer consensos acerca da norma aplicável e, conseqüentemente, muito menos acerca do lícito e do ilícito.

melhor, o fundamento último de todo o ordenamento jurídico é o estado de exceção, a possibilidade de subtrair a regra da aplicação⁶².

No estado de exceção, a decisão é distinta da norma jurídica e a autoridade demonstra que prescindir do direito para criar o direito (AGAMBEN, 2007a, p. 24), como não poderia deixar de ser, tendo em vista que o direito não nos é legado por uma autoridade divina, mesmo considerando que um dos fundamentos reside na matriz judaico-cristã que se fundiu com a matriz greco-romana. Assim como na perspectiva monoteísta e no exercício do poder soberano divino, a exceção se encontra no fundamento do projeto de criação, também o direito é violentamente instituído por um poder que pode alterá-lo, suprimi-lo ou suspendê-lo.

A premissa da qual partiram os teóricos que elaboraram a teoria constitucional clássica é a de que um poder constituinte originário funda um estado de direito ao instituir, outorgando ou promulgando, uma Constituição, e de que um poder constituinte derivado, ou poder constituído, pode criar ou modificar esse direito, mas somente um novo poder constituinte originário pode extinguir a Constituição⁶³. Contudo, partindo das pesquisas de Agamben, a violência que institui e a violência que conserva o direito são atos de violência distintos, exercidos pelo poder soberano.

36. A estrutura da soberania é definida por uma “complexa exceção”. Aquilo que está fora não é simplesmente incluído por uma interdição ou internamento, mas pela suspensão da validade do ordenamento, de modo a impedir que o ordenamento se retire, abandone a exceção. A exceção não é subtraída da regra. A regra, ao ser suspensa, dá lugar a exceção e se constitui como regra na medida em que permanece em relação com a exceção. O “vigor” da lei decorre da relação com a exterioridade. Essa forma extrema da relação que somente inclui algo na medida em que o exclui é a “relação de exceção” (AGAMBEN, 2007a, p. 26).

⁶² “A decisão soberana sobre a exceção é [...] a estrutura político-jurídica originária, a partir da qual somente aquilo que é incluído no ordenamento e aquilo que é excluído dele adquirem seu sentido. Na sua forma arquetípica, o estado de exceção é [...] o princípio de toda localização jurídica, posto que somente ele abre o espaço em que a fixação de um certo ordenamento e de um determinado território se torna pela primeira vez possível” (AGAMBEN, 2007a, p. 27).

⁶³ “O poder constituinte é manifestação da soberania. É um poder histórico, de fato, não limitado pelo direito. Como tem caráter originário e imediato, o poder constituinte não pode ser reduzido juridicamente. Não pode ser limitado, embora não seja arbitrário, pois tem ‘vontade de Constituição’” (BERCOVICI, 2013, p. 306).

A exceção cria uma situação que não é nem de fato, nem de direito, mas uma situação paradoxal inserida no limiar de indiferença entre situação de fato e situação de direito. Não é fato e nem direito porque decorre somente da suspensão da norma. Apesar disso, condiciona a validade da lei. Esse é o sentido da dispensabilidade do direito para criar o direito, pois na exceção soberana é criado e definido o espaço no qual o ordenamento jurídico tem valor (AGAMBEN, 2007a, p. 26).

Por isso, o ordenamento jurídico é a localização (*Ortung*) fundamental que tanto distingue o que está dentro, a situação normal, do que está fora, o caos, quanto traça um limiar entre interior e exterior, o estado de exceção, a partir do qual o interior e o exterior se relacionam topológica⁶⁴ e complexamente para tornar possível a validade do ordenamento. Nessa direção, o “ordenamento do espaço” não é somente a tomada do território (*Landnahme*) pela instituição de um ordenamento jurídico (*Ordnung*) e territorial (*Ortung*), mas tomada do que está fora, da exceção (*Ausnahme*) (AGAMBEN, 2007a, p. 26-27).

Contudo, a validade de uma norma não coincide com a respectiva aplicação a um caso particular, seja um processo ou um ato executivo. Por ser geral, vale independente do caso particular. Nesse sentido, o direito mostra uma proximidade essencial com a linguagem. Do mesmo modo que uma palavra pode denotar em um discurso, um ato, somente na medida em que tem sentido também ao não denotar, também a norma se refere ao caso particular somente porque vigora como pura potência na exceção soberana que a suspende de toda referência e a inclui no caso particular ao excluí-la da aplicação ou aplicá-la por desaplicação (AGAMBEN, 2007a, p. 28).

37. A abertura dos limites entre interno e externo somente exsurge com a decisão soberana por meio da qual determinadas normas são atribuíveis a determinados territórios, do mesmo modo que a língua como pura potência de significado pode vir a significar, retirando-se de todo discurso e dividindo os âmbitos

⁶⁴ “*Estar fora e, ao mesmo tempo, pertencer*: tal é a estrutura topológica do estado de exceção, e apenas porque o soberano que decide sobre a exceção é, na realidade, logicamente definido por ela em seu ser, é que ele pode também ser definido pelo oxímoro *êxtase-pertencimento*” (AGAMBEN, 2007, p. 57).

linguístico e não linguístico, o que permite abrir âmbitos de discurso significativa (AGAMBEN, 2007a, p. 29).

Eis o motivo pelo qual a linguagem é o soberano que, ao agir em estado de exceção permanente⁶⁵, declara que não existe um fora da língua porquanto a língua está sempre além de si mesma. Essa estrutura pressuponente da linguagem humana fundamenta o direito enquanto exprime o vínculo de exclusão inclusiva que sujeita as coisas encontradas na linguagem. Por isso, dizer é sempre dizer o direito (*ius dicere*) (AGAMBEN, 2007a, p. 29).

Simetricamente ao lado do exemplo está a exceção, formando um sistema constituído por aqueles dois modos de tentar manter a própria coerência, a exceção e o exemplo. Contudo, a exceção, ao contrário do exemplo, é uma exclusão que inclui, uma exclusão inclusiva. Já o exemplo inclui por exclusão. O exemplo evidencia o pertencimento a uma classe e, ao mesmo tempo, escapa dessa classe. A regra só é aplicável ao exemplo como caso normal, não como exemplo. O exemplo é excluído do caso normal porque exhibe o pertencimento a esse caso. A exceção, por outro lado, é incluída no caso normal porque não o integra. Isso quer dizer que, enquanto o pertencimento de um exemplo a uma classe só pode ser auferido fora dessa classe, o não pertencimento da exceção a uma classe só pode ser auferido no interior dessa classe (AGAMBEN, 2007a, p. 29-30).

Dito de outro modo, para verificar se um exemplo integra uma classe é necessário abstraí-lo da classe, suspendê-lo, para raciocinar analogicamente com os demais paradigmas que compõem a respectiva classe. Já para auferir se uma exceção não integra uma classe é necessário incluí-la, aplicá-la à classe, raciocinar analogicamente com os demais paradigmas daquela classe. No exemplo, buscamos semelhanças. Na exceção, buscamos diferenças.

38. Agamben inicia o livro **Estado de exceção** esclarecendo que inexistente uma teoria do estado de exceção no direito público, problema considerado muito mais como uma questão de fato do que um problema jurídico. A legitimidade de uma teoria com esse conteúdo é negada por autores que entendem que o estado de necessidade, no qual se baseia a exceção, não pode ter forma jurídica. Mas, além

⁶⁵ Sobre o estado de exceção permanente no Brasil: (BAZZANELLA, 2018, p. 137-159).

da refutação da legitimidade dessa teoria, definir o termo é difícil por estar situado no limite entre o direito e a política (AGAMBEN, 2004, p. 11).

O espaço no qual o estado de exceção está situado resulta num paradoxo: se os limites entre política e direito resultaram de períodos de crise política e, por isso, devem ser compreendidos na esfera política, as medidas excepcionais são medidas jurídicas incompreensíveis na esfera jurídica. Dito de outro modo, o estado de exceção é algo que não pode ter forma jurídica, mas que assume uma forma legal (AGAMBEN, 2004, p. 11).

De outra banda, se a exceção é um dispositivo original por meio do qual o direito se refere à vida e inclui a vida biológica em si pela suspensão do direito, a formulação de uma teoria do estado de exceção é condição de possibilidade para definir a relação que, simultaneamente, inclui e exclui o vivente no direito, ligando-o e o abandonando (AGAMBEN, 2004, p. 11-12). Contudo, adverte que essa teoria não pode ser um fim ou um objetivo em si mesma, mas deve ser inscrita na compreensão do conjunto de técnicas de governo (AGAMBEN, 2005, p. 25).

39. A dificuldade para definir o estado de exceção deriva da estreita relação com a guerra civil, a insurreição e a resistência⁶⁶. A guerra civil, situada numa zona de indecibilidade acerca do estado de exceção, é o oposto do estado normal. Essa zona é a resposta estatal a conflitos internos extremos. No decurso do século XX exsurgiu um fenômeno chamado de guerra civil legal, ao qual Agamben chama de paradoxal e exemplifica com o caso do estado nazista (AGAMBEN, 2004, p. 12).

Em 28 de fevereiro de 1933, um dia após um incêndio no parlamento alemão (*Reichstag*), o austro-húngaro Adolf Hitler (1889-1945), na condição de chanceler alemão, editou o Decreto para a proteção do povo e do estado

⁶⁶ “O problema do estado de exceção apresenta analogias evidentes com o do direito de resistência. Discutiu-se muito, em especial nas assembleias constituintes, sobre a oportunidade de se inserir o direito de resistência no texto da Constituição. Assim, no projeto da atual Constituição italiana, introduziram-se um artigo que estabelecia: ‘Quando os poderes públicos violam as liberdades fundamentais e os direitos garantidos pela Constituição, a resistência à opressão é um direito e um dever do cidadão’. [...] Ao longo do debate, prevaleceu a opinião de que era impossível regular juridicamente alguma coisa que, por sua natureza, escapava à esfera do direito positivo e o artigo foi rejeitado. [...] Em todo caso, é certo que, se a resistência se tornasse direito ou terminantemente um dever (cujo não cumprimento pudesse ser punido), não só a Constituição acabaria por se colocar como um valor absolutamente intangível e totalizante, mas também as escolhas políticas dos cidadãos acabariam sendo juridicamente normalizadas. De fato, tanto no direito de resistência quanto no estado de exceção, o que está em jogo é o problema do significado jurídico de uma esfera de ação em si extrajurídica” (AGAMBEN, 2004, p. 24).

(*Reichstagsbrandverordnung*), cujo texto determinou a suspensão das liberdades civis individuais previstas na Constituição de Weimar. Considerando que esse decreto nunca foi revogado, Agamben afirma que todo o Terceiro *Reich* pode ser considerado um estado de exceção que durou 12 anos (AGAMBEN, 2004, p. 12-13).

Partindo dessa constatação, Agamben afirma que o totalitarismo moderno é definível como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal para eliminar fisicamente tanto adversários políticos quanto grupos inteiros de cidadãos (p. ex. ateus, membros da comunidade LGBT e negros) por qualquer situação ou indivíduo que aparentemente leve à conclusão de que não podem ser integrados ao sistema político. Contemporaneamente isso levou à criação voluntária de estados de emergência permanentes, inclusive nos chamados estados democráticos (AGAMBEN, 2004, p. 13).

O avanço daquilo que é chamado de guerra civil mundial levou a uma intensificação do estado de exceção que passou a se apresentar paulatinamente como paradigma de governo dominante nas estruturas político-jurídicas contemporâneas. A conversão dessa medida excepcional e provisória em técnica permanente de governo pode transformar radicalmente a estrutura e o sentido da distinção entre os tipos de Constituição. Nesse sentido, o estado de exceção se apresenta como indeterminação entre democracia e absolutismo (AGAMBEN, 2004, p. 13).

40. A centralidade da técnica no projeto agambeniano tem como pressuposto **A questão da técnica (*Die frage nach der technik*)**, uma conferência proferida pelo filósofo alemão Martin Heidegger (1889-1976), em 18 de novembro de 1953, no *Auditorium Maximum* da Escola Superior Técnica de Munique (*Technische Universität München*), cujo texto foi traduzido para o português por Marco Aurélio Werle e publicado na revista *Scientiae studia*.

Técnica é uma palavra de etimologia grega, *tékhne*, é sinônimo de arte ou ofício. Questionar a técnica, advertiu Heidegger, é constituir um caminho que passa pela linguagem de modo mais ou menos perceptível. Ao questioná-la, pretendeu estabelecer uma relação livre para com a técnica, abrindo a existência (*Dasein*) à essência da técnica. Se correspondesse à técnica, Heidegger acreditava ser possível experimentar o técnico da técnica (*das Technische*) na delimitação.

Inicialmente, propôs uma distinção entre técnica e essência da técnica, pois a essência da técnica não é algo técnico, assim como a da árvore não é uma árvore. As duas concepções tradicionais de técnica são: um meio para atingir fins e um fazer do homem. Essas duas concepções estão correlacionadas na medida em que estabelecer um meio que atinja fins é também arranjar e empregar meios que constituem um fazer humano.

O conjunto de instrumentos, aparelhos e máquinas é a técnica, uma instalação, palavra que deriva do termo latino *instrumentum*. Por isso, a concepção tradicional de técnica é uma concepção instrumental e antropológica. Ainda na concepção moderna a técnica permanece um meio para fins, razão pela qual a condução do homem a uma correta relação com a técnica é determinada pela concepção instrumental.

A pretensão humana é de dominar a técnica e se torna mais iminente conforme a técnica ameaça escapar do domínio humano. Porém, apesar de correta a concepção instrumental da técnica, o correto é distinto do verdadeiro, e somente o verdadeiro poderia levar-nos a uma livre relação com a técnica que nos permitiria tocar a essência da técnica. Para chegar à essência da técnica seria necessário passar pelo que é correto para tentar chegar ao verdadeiro, questionando o que é o instrumento e onde estão situados meio e fim, porquanto tanto meio quanto fim são causas.

Passando pela análise das quatro causas, a causa material, a causa formal, a causa final e a causa eficiente, Heidegger chega à *alétheia* (*αλήθεια*), palavra que os romanos traduziram para verdade (*veritas*) e os alemães traduziram para desabrigar (*Entbergen*). No desabrigar se fundamenta todo produzir, que reúne em si os quatro modos de ocasionar, as quatro causas, e os perpassa dominando-os. Ao âmbito do desabrigar pertencem os meios e os fins, o instrumental, o traço fundamental da técnica.

Ao questionar a técnica como meio, na dimensão instrumental, chegaríamos ao desabrigamento. Por isso, a técnica não seria um simples meio, mas um modo de desabrigar que está inserido no âmbito da verdade. A palavra técnica vem do grego *technikón* (*Τεχνικόν*) que significa aquilo que pertence à *téchni* (*Τέχνη*), ou seja, à arte. A *Τέχνη* designa tanto o fazer manual quanto as artes superiores e, por isso,

pertence ao produzir, ao poiético (*ποίησις*), é algo poético (*poietisches*). *Τέχνη* forma um par com *ἐπιστήμη* (*ἐπιστήμη*), pois ambas significam ter bom conhecimento sobre algo. Enquanto dá explicação, o conhecer é um desabrigar. Nesse sentido, a *Τέχνη* é um modo da verdade (*ἀληθεύειν*) na medida em que desabriga o que não é produzido sozinho. O desafio da *Τέχνη* não é o fazer, o manejar, o empregar os meios, mas o desabrigar. A *Τέχνη* é um levar a frente (HEIDEGGER, 2007, p. 375-381).

41. Agamben (2004, p. 14) analisou duas medidas de emergência editadas após os atentados de 11 de setembro de 2001. Primeiro, o *USA Patriot Act*, editado pelo Senado em 26 de setembro de 2001, que autorizou o *Attorney general*, equivalente ao Procurador-Geral da República brasileiro, chefe do ministério público, a manter presos estrangeiros (*aliens*) suspeitos de atividades que ponham em perigo a segurança nacional do país, bem como, no prazo de sete dias, expulsar o suspeito do território estadunidense ou processá-lo por algum crime. Segundo, a *military order*, editada por George Walker Bush em 13 de novembro de 2001 para autorizar a detenção por prazo indefinido (*indefinite detention*) e determinar o processo de não cidadãos suspeitos de terrorismo perante comissões militares (*military commissions*) distintas dos tribunais militares, cujo propósito é julgar crimes de guerra.

A *military order* inovou com a anulação do estatuto jurídico dos indivíduos decorrente da criação de seres juridicamente inomináveis e inclassificáveis. Agamben (2004, p. 14) exemplificou com o caso dos talibãs capturados no Afeganistão aos quais não foram garantidos os direitos reconhecidos internacionalmente aos prisioneiros de guerra, nem os direitos reconhecidos aos acusados nas leis estadunidenses.

Esses seres não podiam ser classificados como prisioneiros e muito menos como acusados, somente como detentos (*detainees*), objetos de uma dominação fática decorrente da detenção com prazo, requisitos e circunstâncias indeterminados. Em razão dessa indeterminação as detenções eram excluídas da lei e do controle judicial. Nessa direção, estavam em condição pior que os judeus nos campos de concentração (*lagers*), pois, apesar de terem perdido a identidade jurídica, os judeus preservaram a identidade hebraica. Por isso, em consonância

com a constatação de Judith Butler, Agamben afirma que no *detainee* de Guantánamo a vida nua atinge sua máxima indeterminação (AGAMBEN, 2004, p. 14-15).

42. A incerteza do conceito de estado de exceção, para Agamben, corresponde à incerteza terminológica, pois o termo estado de exceção corresponde aos termos alemães estado de emergência (*Ausnahmezustand*)⁶⁷ e emergência (*Notstand*), mas não encontra termo correspondente na Itália, na França e na Inglaterra, cujos juristas preferem falar em decretos de urgência, em estado de sítio político ou fictício (*état de siège fictif*) e *martial law* ou *emergency powers* (AGAMBEN, 2004, p. 14).

Partindo do pressuposto de que a terminologia é o momento poético do pensamento, Agamben afirma que escolhas terminológicas não podem ser neutras, daí porque escolher o termo estado de exceção é consequência da tomada de posição acerca da natureza do fenômeno e da lógica mais adequada a compreendê-lo. A lei marcial e o estado de sítio, relacionadas ao estado de guerra, são inadequados para designar o fenômeno, por isso são acompanhadas de qualificativos como político e fictício (AGAMBEN, 2004, p. 15).

O estado de sítio foi criado pela Assembleia Constituinte francesa, em 8 de julho de 1791, para distinguir estado de paz (*état de paix*), estado de guerra (*état de guerre*) e estado de sítio (*état de siège*). No primeiro, a autoridade militar e a autoridade civil podiam agir, cada uma nas respectivas esferas de atuação. No segundo, a autoridade civil devia agir em consonância com a autoridade militar. No terceiro, toda a atribuição destinada à manutenção da ordem e da polícia interna, assinadas à autoridade civil, era transferida para a autoridade militar. Posteriormente, em 24 de dezembro de 1811, o imperador Napoleón Bonaparte (1769-1821) editou um decreto que autorizava a si mesmo a declarar um estado de

⁶⁷ Agamben afirma que o *iustitium* do direito romano pode ser considerado o arquétipo do moderno *Ausnahmezustand*, pois permite observar a forma paradigmática do estado de exceção. *Iustitium* significa interrupção ou suspensão do direito. Implicava uma suspensão da administração da justiça, bem como do direito enquanto direito. O caráter paradoxal do *iustitium* se apresenta como a produção de um vazio jurídico por meio de um instituto jurídico, um direito que suspende o direito. Por meio desse instituto, o Senado emitia um *senatus consultum ultimum* por meio do qual pedia aos cônsules, ou aos substitutos desses, os pró-cônsules (*interrex*), e, em alguns casos, também aos pretores e aos tribunos da plebe, bem como, em últimos casos, a todos os cidadãos, que tomassem a medida necessária à salvação do estado. O fundamento do *senatus consultum ultimum* era um decreto no qual uma situação de emergência (*tumultus*) era declarada e dava lugar à proclamação de um *iustitium* (*iustitium edicere* ou *indicere*) (AGAMBEN, 2004, p. 67-68).

sítio independentemente da situação efetiva de uma cidade sitiada ou ameaçada por forças inimigas (AGAMBEN, 2004, p. 15-16).

Progressivamente o estado de sítio foi emancipado da situação de guerra à qual estava vinculado para se tornar uma medida extraordinária de polícia destinada a conter desordens internas. Com isso houve uma transformação do estado de sítio efetivo, também chamado de militar, em um estado de sítio fictício, também chamado de político (AGAMBEN, 2004, p. 16).

Por seu turno, o estado de exceção não é um direito especial, aquilo que os juristas chamam de ramo ou área do direito, como o direito de guerra, mas define o patamar próprio e o conceito-limite na medida em que suspende o ordenamento jurídico. Sob tais pressupostos, o estado de exceção foi criado no art. 93 da Constituição francesa de 13 de dezembro de 1799 (*22 frimaire an VIII*)⁶⁸ que autorizou que o governo suspendesse, por decreto, a Constituição em casos de revolta armada, de distúrbios que ameaçassem à segurança do estado ou de férias dos corpos legislativos⁶⁹.

43. O estado de exceção, dentre outros modos, pode se manifestar a partir da atribuição, ao executivo, de poderes designados pela expressão plenos poderes (*pleins pouvoirs*), derivada da plenitude do poder (*plenitudo potestatis*), figura do direito canônico que amplia os poderes governamentais e atribui ao executivo o poder de promulgar decretos com força-de-lei⁷⁰. Essa ampliação dos poderes

⁶⁸ "Article 92. - Dans le cas de révolte à main armée, ou de troubles qui menacent la sûreté de l'Etat, la loi peut suspendre, dans les lieux et pour le temps qu'elle détermine, l'empire de la Constitution. - Cette suspension peut être provisoirement déclarée dans les mêmes cas, par un arrêté du gouvernement, le Corps législatif étant en vacance, pourvu que ce Corps soit convoqué au plus court terme par un article du même arrêté." No caso de revolta a mão armada, ou de distúrbios que ameacem à segurar do Estado, a lei pode suspender, nos lugares e por tempo determinado, o império da Constituição. Esta suspensão pode ser provisoriamente declarada nos mesmos casos, por um decreto (*arrêté*) do governo, os corpos legislativos estejam de férias, desde que o corpo seja convocado no mais curto prazo por um artigo do mesmo decreto (*arrêté*) (FRANCE, 1799, tradução livre).

⁶⁹ Os corpos legislativos eram os dois órgãos, Conselho dos Cinquenta (*Conseil des Cinq-Cents*) e Conselho dos Anciãos (*Counseil des Anciens*) que compunham o Legislativo francês no período revolucionário.

⁷⁰ O termo força-de-lei foi trabalhado por Jacques Derrida na conferência **Força de lei: o fundamento místico da autoridade** (*Force de loi: le fondement mystique de l'autorité*) proferida em 1989 na *Benjamin Nathan Cardozo School of Law* da *Yeshiva University*, em Nova Iorque. Partindo da tradução das expressões inglesas *to enforce de law* e *enforceability of law* para o francês aplicar a lei (*appliquer la loi*), é perdida a alusão direta à força que vem do interior. Derrida afirma que o direito é sempre uma força autorizada, ainda que injusta ou injustificável. Por isso, não há direito sem força. A *enforceability* não é uma possibilidade secundária ou exterior. A força é essencialmente implicada no conceito de "justiça enquanto direito". A palavra *enforceability* remonta à força implicada

implica num retorno a um estado em que o poder ainda não fora dividido entre as funções legislativa, executiva e judiciária (AGAMBEN, 2004, p. 17).

O estado de exceção constitui um espaço vazio de direito, uma zona de anomia, cuja ideia de indistinção e de plenitude originária do poder é um mitologema como o estado de natureza, não uma condição real. Isto é, os plenos poderes não coincidem com o estado de exceção, mas são uma das possibilidades de ação do executivo. Todavia, o estado de exceção não pode abrir uma zona de indistinção absoluta e plena, somente um espaço de entrecruzamento cujos limites existem, apesar da dificuldade para discerni-los (AGAMBEN, 2004, p. 17).

44. A teoria do estado de exceção, cuja gênese está exposta no livro **A ditadura (*Die diktatur*)** de Carl Schmitt, fez sucesso no período de decadência das democracias europeias, entre 1934 e 1948, sob a forma de um debate sobre uma suposta “ditadura constitucional”. O termo ditadura constitucional era utilizado por juristas alemães para se referirem aos poderes excepcionais do presidente do *Reich*, atribuídos no art. 48 da Constituição de Weimar⁷¹ (AGAMBEN, 2004, p. 17).

a priori no direito, ou seja, na possibilidade de o direito ser sempre *enforced*, aplicado pela força. Partindo das lições do filósofo prussiano Immanuel Kant (1724-1804), inscritas na **Doutrina do direito (*Rechtslehre*)**, de que existem leis não aplicadas, mas não existem leis sem aplicabilidade, da mesma forma que não existe aplicabilidade sem força (DERRIDA, 1994, p. 17-18), Agamben retomou o termo, ao estudar o estado de exceção, sob outro viés. Historicamente, constatou que o sintagma “força-de-lei” deriva das tradições do direito romano e do direito medieval. Com o **Digesto (*Digesta* ou *Pandectae*)**, uma compilação de estudos de jurisconsultos, organizado a mando do imperador bizantino Flavius Petrus Sabbatius Justinianus Augustus, o Justiniano I (482 a.e.c.-565 a.e.c.), o sintagma adquiriu o sentido de eficácia ou capacidade de obrigar (*De legibus I, 3: legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire*). Contudo, a partir da Revolução Francesa, passou a indicar o valor supremo dos atos legislativos. No art. 6 da Constituição de 1791, *force de loi* designava a intangibilidade da lei que não podia ser anulada e nem modificada, nem mesmo pelo soberano. Em sentido técnico, contudo, “força-de-lei” designa, tanto na antiguidade quanto na modernidade, não as leis, mas os decretos que o poder executivo pode, em alguns casos, editar. Esse conceito separa a aplicabilidade da norma, que pressupõe a força obrigatória (*vis obligandi*), da essência formal da norma (lei, decreto etc.) a fim de permitir que quaisquer normas adquiram força-de-lei. Essa confusão entre atos executivos e atos legislativos é uma das características essenciais do estado de exceção, cujo caso limite é o regime nazista no qual as palavras do Führer tinham força-de-lei (*Gesetzeskraft*). Mas a característica principal do estado de exceção não é a confusão entre as funções do poder, mas a separação da força-de-lei em relação à lei. Em razão dessa separação as normas são transformadas. Por um lado, há normas em vigor que não são aplicáveis porque não têm força. Por outro, há atos normativos distintos das leis que adquirem força-de-lei. Portanto, o estado de exceção é um espaço anômico no qual há uma força-de-lei sem lei, uma pura força atribuída a atos que não são leis, utilizada para governar (AGAMBEN, 2004, p. 59-61).

⁷¹ “**Artikel 48.** Wenn ein Land die ihm nach der Reichsverfassung oder den Reichsgesetzen obliegenden Pflichten nicht erfüllt, kann der Reichspräsident es dazu mit Hilfe der bewaffneten Macht anhalten. Der Reichspräsident kann wenn im Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zwecke darf er vorübergehend die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123,

Posteriormente esse debate foi retomado pelo cientista político sueco Herbert Tingsten (1896-1973) em **Os plenos poderes: a expansão dos poderes governamentais durante e depois da grande guerra** (*Les pleins pouvoirs: l'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la Grande Guerre*, 1934), pelo educador estadunidense Frederick Mundell Watkins (1910-1972) em **O problema da ditadura constitucional** (*The problem of constitutional dictatorship*, 1940), pelo cientista político alemão Carl Joachim Friedrich (1901-1984) em **Governo constitucional e democracia** (*Constitutional government and democracy*, 1941) e pelo historiador e cientista político estadunidense Clinton L. Rossiter (1917-1970) em **Ditadura constitucional: crise governamental e democracias modernas** (*Constitutional dictatorship: crisis government in the Modern Democracies*, 1948) (AGAMBEN, 2004, p. 18-19).

Esses textos tinham dois elementos em comum. Primeiro, a vinculação à teoria schmittiana. Segundo, registraram a gênese da transformação dos regimes democráticos por meio da ampliação dos poderes executivos durante as duas guerras do século XX concomitantemente ao estado de exceção. Em outras

124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen. Von allen gemäß Abs. 1 oder Abs. dieses Artikels getroffenen Maßnahmen hat der Reichspräsident unverzüglich dem Reichstag Kenntnis zu geben. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichstags außer Kraft zu setzen. Bei Gefahr im Verzuge kann die Landesregierung für ihr Gebiet einstweilige Maßnahmen der in Abs.2 bezeichneten Art treffen. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichspräsidenten oder des Reichstags außer Kraft zu setzen. Das Nähere bestimmt ein Reichsgesetz" (LANDSCHAFTSVERBAND WESTFALEN-LIPPE, 1919) "**Article 48** If a state does not fulfill the obligations laid upon it by the Reich constitution or the Reich laws, the Reich President may use armed force to cause it to oblige. In case public safety is seriously threatened or disturbed, the Reich President may take the measures necessary to reestablish law and order, if necessary using armed force. In the pursuit of this aim he may suspend the civil rights described in articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 and 154, partially or entirely. The Reich President has to inform Reichstag immediately about all measures undertaken which are based on paragraphs 1 and 2 of this article. The measures have to be suspended immediately if Reichstag demands so. If danger is imminent, the state government may, for their specific territory, implement steps as described in paragraph 2. These steps have to be suspended if so demanded by the Reich President or the Reichstag. Further details are provided by Reich law" (ZENTRALE FÜR UNTERRICHTSMEDIEN IM INTERNET, 1919). **Artigo 48** [§ 1º] Se um estado não cumpre as obrigações impostas pela Constituição do império (*Reich*) ou pela legislação do império (*Reichsgesetz*), o Presidente do *Reich* pode usar a força armada para obrigá-lo. [§ 2º] Em caso de séria ameaça ou distúrbio à segurança pública, o presidente do império pode tomar as medidas necessárias para reestabelecer a lei e a ordem, se necessário usando força armada. Na persecução deste objetivo, ele pode suspender os direitos civis descritos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 154, parcial ou totalmente. [§ 3º] O presidente do império deve informar imediatamente o parlamento do império (*Reichstag*) sobre todas as medidas tomadas com base nos parágrafos 1 e 2 deste artigo. As medidas precisam ser suspensas imediatamente se o parlamento o exigir. [§ 4º] Se o perigo é iminente, o governo do estado pode, para o território específico dele, implementar etapas como descritas no parágrafo 2. Essas etapas devem ser suspensas se assim for demandado pelo Presidente do Reich ou pelo parlamento. Detalhes adicionais estão previstos na legislação do império [tradução livre do inglês].

palavras, anunciam a conversão do estado de exceção em regra, fenômeno para o qual Walter Benjamin advertiu na oitava tese sobre o conceito da história⁷². Desde então, o estado de exceção se apresenta mais como técnica de governo do que como medida excepcional, bem como evidencia a natureza de paradigma constitutivo do ordenamento jurídico (AGAMBEN, 2004, p. 18).

45. Tinsten analisa a extensão dos poderes legislativos do executivo pela promulgação de decretos, autorizada por meio de delegações contidas em leis de “plenos poderes” que subvertem a hierarquia das normas que compõem o ordenamento jurídico⁷³ e delegam ao executivo funções incumbidas ao legislativo. Essa atribuição de poderes legislativos ao executivo implica numa erosão do legislativo (AGAMBEN, 2004, p. 19).

A partir daí o legislativo é reduzido à condição de órgão de ratificação das disposições editadas em decretos do executivo com força-de-lei. A abolição provisória da distinção entre as funções legislativa, executiva e judiciária, para Agamben, se apresenta como prova de que, desde primeira guerra mundial, a Europa se tornou um laboratório de experimentação e aperfeiçoamento de mecanismos e dispositivos que serviram para tornar o estado de exceção o paradigma de governo (AGAMBEN, 2004, p. 19).

Friedrich se propôs a analisar a distinção entre ditadura constitucional e ditadura inconstitucional em continuidade à distinção schmittiana entre ditadura comissária e ditadura soberana, mas Agamben identifica no livro uma aporia

⁷² “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, percebemos 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” (BENJAMIN, 1987, p. 226).

⁷³ “Os actos normativos (leis, decretos-leis, tratados, decretos legislativos regionais, regulamentos) não têm todos a mesma hierarquia, isto é, não se situam num plano de horizontalidade uns em relação aos outros, mas sim num plano de verticalidade, à semelhança de uma pirâmide jurídica (cfr. Parte I, Cap. I, A, IV, I)” (CANOTILHO, 1995, p. 404). Essas normas podem ser primárias, com força para criar, extinguir ou modificar direitos, ou secundárias, com finalidade de auxiliar na interpretação das normas primárias. No art. 59 da Constituição da República Federativa do Brasil consta um rol de atos normativos ordenados a fim de expressar a hierarquia normativa: “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis” (BRASIL, 1988).

fundamental, a impossibilidade de definir e neutralizar a passagem da ditadura constitucional à ditadura inconstitucional, que, para ele, é a aporia fundamental de toda teoria da ditadura constitucional. Por isso, Friedrich permaneceria preso num círculo vicioso em que as medidas excepcionais, justificadas na defesa da Constituição, são as mesmas medidas que conduzem a Constituição à derrocada (AGAMBEN, 2004, p. 20).

Rossiter tentou justificar a ditadura constitucional numa análise histórica, pois o complexo equilíbrio de poderes, hoje chamado de sistema de freios e contrapesos (*system of checks and balances*), sob o qual é constituído o regime democrático, teria sido pensado para funcionar em circunstâncias normais. Já em tempos de crise, o governo constitucional deveria ser alterado por qualquer medida necessária para neutralizar o perigo e restaurar a normalidade (AGAMBEN, 2004, p. 20-21).

A ditadura constitucional implicaria num governo dos mais fortes no qual o governo teria mais poderes e os cidadãos teriam menos direitos. Rossiter tinha plena consciência sobre a conversão da ditadura constitucional, uma das formas jurídicas do estado de exceção, em paradigma de governo. Contudo, tentou demonstrar a necessidade imanente da ditadura constitucional em prol da democracia, para a qual “nenhum sacrifício seria demasiadamente grande”, nem mesmo o sacrifício temporário da democracia. Chegou até mesmo a elaborar onze critérios para distinguir a ditadura constitucional da ditadura inconstitucional. Ao final do livro, constatou que o uso dos poderes constitucionais de emergência na era atômica provavelmente converteria a exceção em regra em todos os países, até mesmo em tempo de paz (AGAMBEN, 2004, p. 21-22).

46. Agamben divide os estados ocidentais em dois grupos. Primeiro, os que regulamentam o estado de exceção nas Constituições ou em leis, dentre os quais a França e a Alemanha. Segundo, os que não regulamentam, como a Itália, a Suíça, a Inglaterra e os Estados Unidos da América. Essa mesma divisão pode ser feita acerca dos estudiosos do tema. Há quem defenda a formalização de regulamentos e

quem, inspirado em Carl Schmitt, critique a pretensão de restringir por meio de normas um fenômeno que não pode ser normatizado (AGAMBEN, 2004, p. 22)⁷⁴.

Apesar de reconhecer a importância da regulamentação no plano constitucional formal a fim de estabelecer os limites entre lícito e ilícito para que seja possível corrigir os atos de governo ilegais com medidas compensatórias (*bill of indemnity*), Agamben afirma que no plano constitucional material existe algo como o estado de exceção em todos os ordenamentos jurídicos e que o desenvolvimento do estado de exceção, ao menos desde a primeira guerra mundial, independe da positivação (AGAMBEN, 2004, p. 22-23).

O estado de exceção se manifestou de modo mais determinante na Alemanha, cujo art. 48 do texto constitucional autorizava a suspensão dos direitos fundamentais nos casos de ameaça à segurança pública e à ordem, mas também ocorreu em França, onde o *état de siège* estava regulamentado em uma lei, bem como na Itália, onde o instituto sequer foi inscrito no ordenamento jurídico (AGAMBEN, 2004, p. 23).

47. Como ficou evidente até aqui, a análise agambeniana do estado de exceção tem como objeto os atos executivos com força-de-lei⁷⁵, isto é, com força de atos legislativos que suspendem a aplicabilidade do ordenamento jurídico. Ao retirar a força das leis ou das Constituições, suspendendo-as, é retirada a possibilidade de aplicabilidade, na medida em que a força é condição de possibilidade da aplicação das normas.

Partindo do pressuposto agambeniano de que a indistinção entre as funções do poder e a transferência da força-de-lei para atos não legislativos são as duas

⁷⁴ “A simples oposição topográfica (dentro/fora) implícita nessas teorias parece insuficiente para dar conta do fenômeno que deveria explicar. [...] Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica. Donde o interesse das teorias que, como a de Schmitt, transformam a oposição topográfica em uma relação topológica mais complexa, em que está em questão o próprio limite do ordenamento jurídico [...] O aporte específico da teoria schmittiana é exatamente o de tornar possível [...] [a] articulação entre o estado de exceção e a ordem jurídica. Trata-se de uma articulação paradoxal, pois o que deve ser inscrito no direito é algo essencialmente exterior a ele, isto é, nada menos que a suspensão da própria ordem jurídica (donde a formulação aporética: ‘Em sentido jurídico [...], ainda existe uma ordem, mesmo não sendo uma ordem jurídica’)” (AGAMBEN, 2004, p. 39 e 54).

⁷⁵ Isso fica ainda mais evidente no item **Breve história do estado de exceção**, no qual reconstitui a genealogia do estado de exceção em alguns ordenamentos jurídicos (AGAMBEN, 2004, p. 24-38).

características centrais do estado de exceção, entende-se que essas características se apresentam em todos os atos estatais e não estatais que, por disposições do legislativo, do executivo, e/ou do judiciário, passam a ter força-de-lei. Isso porque a força-de-lei tem sido atribuída aos atos mais variados possíveis, inclusive de organismos internacionais que não assumem a forma estatal. Nessa direção aponta o diagnóstico do jurista belga Antoine Garapon:

O poder executivo carece de um poder maior que ele. Não apenas para arbitrar seus conflitos com o outro poder, o legislativo. Assim, na Bélgica, motivada pela tensão entre as comunidades, a Constituição confiou à Corte de arbitragem o cuidado de garantir a 'igualdade' no tratamento devido aos cidadãos. Esta simples palavra abriu um campo imenso para a intervenção do juiz, que se posicionou como responsável pela garantia real das liberdades fundamentais. Uma espécie de *dinâmica jurisdicional* tende a transformar instâncias com competências inicialmente limitadas em verdadeiras jurisdições, como no caso do grupo de trabalho sobre detenção arbitrária, da Comissão dos direitos humanos da ONU. Pôde-se observar o Conselho de Estado francês evoluir de uma instância de controle da ação administrativa a uma jurisdição dos direitos humanos. [...] A politização da razão judiciária não tem outro equivalente senão a judicialização do discurso político. As reivindicações políticas se exprimem mais facilmente em termos jurídicos que ideológicos, os direitos individuais e formais suplantando os direitos coletivos e substanciais (GARAPON, 1999, p. 44).

Outro argumento importante para concluir isso é o reconhecimento por Agamben de que a coisa julgada é uma força concedida às decisões judiciais: “o direito não tende, em última análise, ao estabelecimento da justiça. Nem sequer ao da verdade. Busca unicamente o julgamento. Isso fica provado para além de toda dúvida pela *força da coisa julgada*, que diz respeito também a uma sentença injusta” (AGAMBEN, 2008a, p. 28). Essa força decorre de uma delegação de poder pelo legislativo ao estabelecer a imutabilidade das decisões “passadas em julgado”, decisões das quais não cabem recursos pelo esgotamento dos existentes ou pelo decurso do prazo para recorrer. Assim, a conversão das decisões judiciais⁷⁶, de atos do ministério público, das polícias e de autoridades com poder de polícia⁷⁷, dentre outras, em formas jurídicas do estado de exceção se deve a um conjunto de

⁷⁶ O próprio Agamben reconhece uma *força de coisa julgada* nas decisões judiciais que substitui a verdade e a justiça, embora não desenvolva melhor o argumento (AGAMBEN, 2008, p. 28).

⁷⁷ Termo do direito administrativo que designa à atribuição estatal de fiscalizar e obrigar o cumprimento das normas: “Pelo poder de polícia, o Estado, mediante lei, condiciona, limita, o exercício da liberdade e da propriedade dos administrados, a fim de compatibilizá-las com o bem-estar social. Daí que a Administração fica incumbida de desenvolver certa atividade destinada a assegurar que a atuação dos particulares se mantenha consonante com as exigências legais, o que pressupõe a prática de atos, ora preventivos, ora fiscalizadores e ora repressivos” (MELLO, 2010, p. 683).

fenômenos condicionados, senão determinados no período pós-guerras mundiais. A afirmação do estado de bem-estar social iniciou após a primeira guerra mundial, seguido do desmonte. Nessa medida está inserido o papel central da economia política na obra agambeniana.

O surgimento de novas dimensões de direitos humanos, posteriormente encampados nas Constituições⁷⁸, aliado à formação de uma sociedade de consumidores⁷⁹, à expansão da biopolítica contemporânea e à amplitude dos temas normatizados nas Constituições dos pós-guerras, impulsionaram uma ressignificação do papel do judiciário que, diante da inafastabilidade da jurisdição⁸⁰, recebeu a função de decidir sobre assuntos cada vez mais distintos.

⁷⁸ Os direitos humanos internalizados nas Constituições são chamados de direitos fundamentais porquanto servem de fundamento dos estados constituídos.

⁷⁹ “Na sociedade de consumidores, a dualidade sujeito-objeto tende a ser incluída sob a dualidade consumidor-mercadoria. Nas relações humanas, a soberania do sujeito é, portanto, reclassificada e representada como a soberania do consumidor – enquanto a resistência ao objeto, derivada de sua soberania não inteiramente suprimida, embora rudimentar, é oferecida à percepção como a inadequação, inconsistência ou imperfeição de uma mercadoria mal escolhida. O consumismo dirigido para o mercado tem uma receita para enfrentar esse tipo de inconveniência: a troca de uma mercadoria defeituosa, ou apenas imperfeita e não plenamente satisfatória, por uma nova e aperfeiçoada. A receita tende a ser reapresentada como um estratagema a que os consumidores experientes recorrem automaticamente de modo quase irrefletido, a partir de um hábito aprendido e interiorizado. Afinal de contas, nos mercados de consumidores-mercadorias, a necessidade de substituir objetos de consumo ‘defasados’, menos que plenamente satisfatórios e/ou não mais desejados está inscrita no design dos produtos e nas campanhas publicitárias calculadas para o crescimento constante nas vendas. A curta expectativa de vida de um produto na prática e na utilidade proclamada está incluída na estratégia de marketing e no cálculo de lucros: tende a ser preconcebida, prescrita e instilada nas práticas dos consumidores mediante a apoteose das novas ofertas (de hoje) e a difamação das antigas (de ontem)” (BAUMAN, 1998, p. 30-31). No desejo insaciável dos consumidores pelas mercadorias, na insatisfação com produtos defeituosos ou considerados imperfeitos para satisfazer os desejos, bem como na obsolescência programada estão algumas das causas da judicialização das mais diversas esferas da vida, sobretudo em decorrência das frustrações inerentes ao consumismo. Em última análise, são também causas da produção de uma sociedade de indivíduos ensimesmados que perderam a capacidade e o interesse de participar dos rumos da *pólis*, a política. Reduzidos à condição de vida despolitizada e desqualificada, os consumidores preferem judicializar as relações sociais, invocando o grande pai Judiciário para decidir, a dialogar.

⁸⁰ Jurisdição é “proveniende de *dicere ius* e, assim, *iuris dictio*, tem a ver com o dizer o direito, quiçá como principal função, da mesma forma como está ligada, em face de sua finalidade, à estabilidade das decisões (pelo menos de algumas delas, as mais importantes, conforme se observa da chamada *res judicata* (coisa julgada). Mas ela é, sem embargo de tudo o mais que se pode dizer e sobretudo: poder. O substantivo (poder) [...] significa [...] uma face do poder do Estado e, portanto, expressa uma potência limitada, nos marcos da modernidade, tão só àquilo que determina a Constituição e as leis” (COUTINHO, 2015, p. 216) Inspirada na disposição do art. 4º do *Code Civil des Français*, de 21 de março de 1804 (“*Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.*” O juiz que recusar julgar a pretexto de lacuna, obscuridade ou insuficiência legal, poderá ser perseguido como culpável de denegação de justiça, que proibiu aos juízes a recusa ao julgamento (FRANCE, 1804, tradução livre). No direito brasileiro, essa inafastabilidade é inscrita em pelo menos duas disposições: “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os

Essas mudanças implicaram em incrementos nos poderes atribuídos aos juízes que passaram a ter a função de decidir sobre os aspectos mais inusitados da vida, desde brigas de condomínio em função dos latidos de um cachorro até a possibilidade de um recém-nascido, com sequelas ocasionadas pela rubéola contraída pela mãe e não diagnosticada pelo médico no pré-natal, discutir o direito a ter sido abortado pela mãe:

França, Novembro de 2000. Uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça abre um conflito dilacerante na jurisprudência francesa, invertendo duas sentenças proferidas em recurso, que por sua vez contrariavam outras tantas decisões emitidas em instâncias precedentes. Uma decisão que reconhece a uma criança, de nome Nicolas Perruche, nascido com graves lesões genéticas, o direito a interpor queixa contra o médico que não tinha devidamente diagnosticado rubéola da mãe durante da gravidez, impedindo-a assim de abortar como era sua vontade expressa. O que aparece, nesta história, como objecto de controvérsia insolúvel no plano jurídico é a atribuição ao pequeno Nicolas do direito a *não* nascer. O que está em discussão não é tanto o erro comprovado do laboratório médico quanto o estatuto de sujeito de quem o contesta. Como pode um indivíduo recorrer juridicamente contra a própria circunstância – a do seu próprio nascimento – que lhe fornece subjetividade jurídica? A dificuldade é ao mesmo tempo de ordem lógica e ontológica. Se já é problemático que um ser possa invocar o seu direito ao próprio não ser, ainda é mais difícil conceber que um não ser, como é o caso de quem ainda não nasceu, reclame o direito a continuar como tal e assim a não entrar na esfera do ser. O que parece impossível de decidir, em termos legais, é a relação entre realidade biológica e personalidade jurídica – entre vida natural e forma de vida (ESPOSITO, 2010, p. 17).

Os casos judicializados aumentam a cada dia e, com frequência, os juízes se deparam com assuntos com os quais não podem lidar, sobretudo porque muitos dos casos são estranhos ao direito. Para fazer frente às dificuldades, a crença na positivação condiciona-nos a operar a máquina jurídica em pleno vapor para incrementar a produção de normas em larga escala.

Na tentativa de compensar a ausência de legitimidade, incrementamos a legalidade, como se legalidade fosse sinônimo ou um meio para atingir a legitimidade, em busca da almejada segurança jurídica⁸¹. Entretanto, na ânsia pela

costumes e os princípios gerais de direito.” e “Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1942; BRASIL, 1988).

⁸¹ A concepção de segurança jurídica, ao menos contemporaneamente, está assentada em, ou é resultado, de três conceitos jurídicos, previstos no art. 5º, XXXVI: direito adquirido, ato jurídico perfeito e caso julgado (BRASIL, 1988). O direito adquirido é o direito cujos requisitos já foram preenchidos por algum sujeito desse direito, como, por exemplo, o tempo de contribuição para a aposentadoria, ou a uma pena mais branda aplicável a um crime praticado. Esses direitos adquiridos são insuprimíveis. No caso específico do direito criminal, uma exceção benéfica (*in bonam partem*) é admitida: caso uma lei, posterior à data do fato, reduza a pena ou extinga o crime (*abolitio criminis*),

solução dos problemas decorrentes da judicialização da vida, produzimos outro problema, o incremento da legalidade que, sobretudo diante da ausência de legitimidade, mas não só, resulta em insegurança jurídica. A crença geral é a de que, quanto mais leis produzimos, mais segurança poderemos produzir, o que não é verdadeiro, sobretudo porque uma parcela significativa das disposições normativas é repetida noutras leis com poucas distinções⁸².

Quanto mais normas produzirmos, menos as conheceremos e menos as aplicaremos⁸³. Não viveremos tempo suficiente para conseguir estudá-las, fato que tanto nos impedirá de saber qual norma aplicável em cada caso, quanto nos fará consumir mais tempo para comparar normas semelhantes. Sequer existirão funcionários públicos suficientes para fiscalizar o cumprimento das leis.

deve ser aplicada a todos os fatos pretéritos, conforme art. 5º, XL, da Constituição (BRASIL, 1988). Ato jurídico, à época em que o texto constitucional foi escrito, era a modalidade de atos prevista no art. 81 do Código civil de 1916: “Art. 81. Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico (BRASIL, 1916). “Os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos são o campo psíquico dos fatos jurídicos. São os meios mais eficientes da atividade inter-humana, na dimensão do direito. Neles e por eles, a vontade, a inteligência e o sentimento inserem-se no mundo jurídico, edificando-o. Para trás ficaram os atos ilícitos (atos jurídicos ilícitos), os atos-fatos jurídicos e os fatos jurídicos *stricto sensu*, como o nascimento, a morte, a aparição da ilha, a inundação, a frutificação e o incêndio ocasional. [...] O ato humano pode entrar no mundo jurídico como ato, ou como fato. Já aí está a dicotomia dos suportes fáticos em atos, que entram no mundo jurídico, como atos *jurídicos*, e atos, que só entram no mundo jurídico, como *fatos jurídicos*. Se não se quis o ato jurídico que resultou, não se pode pensar em negócio jurídico. Se foi querida a juridicização do ato como ato e daí resulta a sua entrada no mundo jurídico, *ou* os efeitos são os efeitos queridos *ou* podem ser diferentes. Donde ter-se pensado em considerar não negociais todos os atos jurídicos cuja eficácia não corresponda ao conteúdo da vontade (MIRANDA, 2012, p. 535-539). No caso julgado, ou coisa julgada, como também é referido frequentemente, o “«fim de si mesmo»”, “se opera uma insuportável cisão entre direito substantivo e direito processual, como [também], sobretudo, acaba por impedir-se a obtenção de qualquer critério de valoração das normas e problemas processuais. O juiz possuiria, através da força de caso julgado cabida às suas decisões, poder e legitimidade bastante para impor uma espécie de «segundo ordenamento» que, pairando sobre o direito material, nunca poderia ser falso, injusto ou inválido: o caso julgado constituiria, digamos, a última palavra e a última ratio da juridicidade. Além de que a tradução deste fim no plano ideal [...] conduziria a uma terminante acentuação do valor da *segurança jurídica*, em completo detrimento do outro valor que com ele necessariamente conflitua no processo: o da *justiça*. Isto não obsta, porém, a que institutos como o do «caso julgado», ou mesmo princípios como o *in dubio pro reo*, indiscutivelmente de reconhecer em processo penal, possam conduzir, em concreto, a condenações e absolvições materialmente injustas (DIAS, 1974, p. 42-44).

⁸² Temos no Código penal brasileiro diversos tipos criminais que podem ser praticados por quaisquer pessoas e outros cuja única diferença é a exigência de que o praticante do crime (agente) seja funcionário público no exercício da função, como, por exemplo, o furto e o peculato furto, art. 155 e 312, § 1º (BRASIL, 1940).

⁸³ Em relação às prisões, as consequências foram sintetizadas pelo jurista brasileiro Aírto Chaves Junior (2017, p. 242-243): “[...] as prisões brasileiras, tal como elas são praticadas, não estão inscritas em nenhum texto legal, ou seja, são todas ilegais. Promove-se nesses ambientes [...] campos de exceção dentro do Estado onde a lei é, regularmente suspensa (Giorgio Agamben)”.

Essa lógica retroalimenta a operação da máquina jurídica no vazio, ademais implica na renúncia à autonomia de ação e decisão em favor da máquina jurídica sob a promessa de solução dos problemas sociais. Nessa direção, indivíduos afirmam e desejam o exercício totalitário da máquina jurídica, corroborando para a preservação e expansão do estado de exceção permanente.

2.3 Campo de concentração, o paradigma de produção da vida nua nas democracias contemporâneas

“justamente porque o Campo é uma grande
engrenagem para nos transformar em animais, não
devemos nos transformar em animais”
(Steinlauf)

48. A vida nua não corresponde à vida natural. Através da divisão e captura da vida no dispositivo da exceção, a vida assume a forma de vida nua, uma vida que foi cindida e separada de sua forma. Assim precisa ser entendida a tese final do *Homo sacer I*, de que a prestação fundamental do poder soberano é a produção da vida nua como elemento político originário.

É essa vida nua, ou vida sacra, na medida em que sacer designa uma vida cuja matabilidade exclui o assassino da prática de homicídio, que desempenha o papel de limiar de articulação entre vida nua (*zoé*) e vida politicamente qualificada (*bios*) na máquina jurídico-política ocidental. Nessa direção, não é possível pensar outra dimensão da política e da vida sem desativar o dispositivo da exceção da vida nua⁸⁴.

⁸⁴ “È importante non confondere la nuda vita con la vita naturale. Attraverso la sua divisione e la sua cattura nel dispositivo dell’eccezione, la vita assume la forma della nuda vita, di una vita che è stata, cioè, scissa e separata dalla sua forma. In questo senso si deve intendere, alla fine di *Homo sacer I*, la tesi secondo cui «la prestazione fondamentale del potere sovrano è la produzione della nuda vita come elemento politico originario». Ed è questa nuda vita (o vita «sacra», se sacer designa innanzitutto una vita che può essere uccisa senza commettere omicidio) che, nella macchina giuridico-politica dell’Occidente, funge da soglia di articolazione fra *zoé* e *bios*, *vita naturale* e *vita politicamente qualificata*. E non sarà possibile pensare un’altra dimensione della politica e della vita se prima non saremo riusciti a disattivare il dispositivo dell’eccezione della nuda vita” É importante não confundir a vida nua com a vida natural. Através da sua divisão e da sua captura no dispositivo da exceção, a vida assume a forma da vida nua, de uma vida que foi, isto é, cindida e separada da sua forma. Nesse sentido se deve entender, ao fim de *Homo sacer I*, a tese segundo a qual ‘a prestação fundamentalmente do poder soberano é a produção da vida nua como elemento político originário’. É essa vida nua (ou vida ‘sacra’, se *sacer* designa antes de tudo uma vida que pode ser assassinada sem cometer homicídio) que, na máquina jurídico-política do ocidente, atua como limiar de articulação entre *zoé* e *bios*, vida natural e vida politicamente qualificada. E não será possível pensar uma outra

Na idade moderna, miséria e exclusão não são apenas conceitos econômicos e sociais, mas são categorias eminentemente políticas (todo o economicismo e o 'socialismo' que parecem dominar a política moderna têm, na realidade, um significado político, aliás, *biopolítico*). *Nessa perspectiva*, o nosso tempo não é senão a tentativa – implacável e metódica – de atestar a cisão que divide o povo, eliminando radicalmente o povo dos excluídos. Essa tentativa reúne, segundo modalidades e horizontes diferentes, esquerda e direita, países capitalistas e países socialistas, unidos no projeto – em última análise inútil, porém que se realizou parcialmente em todos os países industrializados – de produzir um povo uno e indivisível. A obsessão do desenvolvimento é tão eficaz no nosso tempo porque coincide com o projeto biopolítico de produzir um povo sem fratura. O extermínio dos judeus na Alemanha nazista adquire, nessa perspectiva, um significado radicalmente novo. Como povo que recusa integrar-se no corpo político nacional (supõe-se, de fato, que toda sua assimilação seja, na verdade, somente simulada), os judeus são os representantes por excelência e quase o símbolo vivente do povo, daquela vida nua que a modernidade cria necessariamente no seu interior, mas cuja presença não consegue mais de algum modo tolerar. E na fúria lúcida com a qual o *Volk* alemão, representante por excelência do povo como corpo político integral, procura eliminar para sempre os judeus, devemos ver a fase extrema da luta interna que divide *Povo* e *povo*. Com a solução final (que envolve, não por acaso, também os ciganos e outros não integráveis), o nazismo procura obscura e inutilmente liberar a cena política do Ocidente dessa sombra intolerável, para produzir finalmente o *Volk* alemão como povo que atestou a fratura biopolítica original (por isso os chefes nazistas repetem tão obstinadamente que, eliminando judeus e ciganos, estão, na verdade, trabalhando também para os outros povos europeus) (AGAMBEN, 2014a, p. 333-334).

49. A história dos campos de concentração (*Konzentrationslager*) é o legado mais cruel do regime nazista, a quase consecução do objetivo de produzir um povo sem fraturas⁸⁵, ou seja, um povo homogêneo. A fratura original entre os povos provavelmente teria ocorrido quando Pontius Pilatus, governador (*praefectus*) da província da Judeia (*Yəhuda*) mandou crucificar Jesus, o deus filho do cristianismo. Entre o fim do Império Romano e a idade média, bem como entre a idade média e a modernidade, há dois hiatos na história do antissemitismo. Em 1807, após a vitória de Napoleão sobre a Prússia, o antissemitismo teve um ponto de irrupção. Posteriormente, entre 1870 e 1880, surgiram os primeiros partidos antissemitas, evento que marcou a passagem do conflito de interesses entre judeus e gentios para os discursos de extermínio aos judeus, a chamada solução final.

Contudo, até o primeiro quartel do século XX, esse discurso não encontrou eco suficiente e se enfraqueceu. Após a primeira guerra, os alemães lançaram os judeus na categoria de inimigos (*hostis*) porque preservaram minimamente as

dimensão da política e da vida se antes não fomos bem-sucedidos em desativar o dispositivo da exceção da vida nua (AGAMBEN, 2014a, p. 333-334, tradução livre).

⁸⁵ A história dos judeus é descrita por Hannah Arendt (1989).

condições financeiras enquanto a maioria dos alemães passava por severas dificuldades. A preservação das condições foi ocasionada, dentre outros motivos, pelas atividades econômicas desempenhadas pelos judeus, muitos dos quais inclusive eram conselheiros econômicos dos nobres europeus na passagem do medievo para a modernidade⁸⁶.

Para que fosse possível produzir um povo sem fraturas, e também convencer o povo alemão, os membros do partido nazista, liderados por Adolf Hitler, objetivaram implementar a solução final, o extermínio do povo judeu. As justificativas absurdas imputavam aos judeus responsabilidade pelas dificuldades econômicas da Alemanha no período pós-primeira guerra mundial, por isso foram eleitos como inimigos⁸⁷. Com a eliminação dos judeus acreditavam ser possível acabar com as diferenças sociais e reerguer a Alemanha, devastada e responsabilizada por iniciar a primeira guerra mundial⁸⁸. O motivo para difundir a ideologia antissemita, de acordo com Néelson Jahr Garcia, foi a facilidade para que a massa, cuja inteligência era considerada insuficiente por Hitler, pudesse compreender os discursos e fosse convencida mais facilmente:

além da postura racista inquestionável e confessa, havia uma estratégia de propaganda. Hitler entendia que qualquer movimento precisava de inimigos para fortalecer-se. Subestimando a capacidade intelectual do povo, afirmava explicitamente, que as massas tinham dificuldades de entendimento e compreensão. Daí a necessidade de reduzir os vários adversários a um inimigo único: os judeus (GARCIA, 2018, p. 2).

⁸⁶ “A doutrina da qual nasceram os campos é muito simples, e por isso muito perigosa: todo estrangeiro é um inimigo, e todo inimigo deve ser suprimido; qualquer um que seja visto como diferente, por língua, religião, costumes e ideias é estrangeiro” (LEVI, 2015, p. 131).

⁸⁷ “Certa vez perguntei a um ex-capitão do exército mecanizado nazista: ‘Como foi possível que um dos povos mais cultos da Europa apoiasse um projeto neurótico e genocida como o dos nazis?’ Respondeu-me, com certa simplicidade: ‘Perdêramos a I Grande Guerra, engenheiros, médicos e tantos reviravam latas de lixo para encontrar comida, os judeus, comerciantes em sua maioria, expunham suas mercadorias sugerindo serem beneficiados pela situação, era solo fértil para as pregações anti-semitas’” (GARCIA, 2018, p. 2).

⁸⁸ “O fato que deflagrou a Primeira Guerra foi o assassinato do arquiduque Francisco Ferdinando, herdeiro do trono austríaco, e sua esposa no dia 28 de junho de 1914. O arquiduque e sua esposa foram mortos a tiros em Sarajevo, capital da Bósnia. O assassino foi um estudante nacionalista sérvio. A Áustria apresentou um ultimato à Sérvia e exigiu uma resposta dentro de 48 horas. Os termos desse ultimato eram tão humilhantes que era quase impossível a Sérvia aceitá-los. Assim, a Áustria, que era aliada da Alemanha, declarou guerra à Sérvia, que era aliada da Rússia, essa por sua vez, era aliada da França e da Inglaterra. Na verdade, o assassinato do arquiduque serviu de pretexto para que os países entrassem em guerra. Desde 1871, as potências europeias estavam em paz umas com as outras, mas todas estavam envolvidas numa corrida armamentista, isto é, todas estavam investindo em gastos militares, cada uma procurando superar as outras em armamentos” (VILELA, 2013).

A ascensão de Hitler ao cargo de chanceler do *Reich* se deu em 30 de janeiro de 1933, após perder a eleição para presidente em 1932. Como já se mencionou anteriormente, na condição de chanceler, Hitler editou o decreto para a proteção do povo e do estado, em 28 de fevereiro de 1933. Por meio desse decreto suspendeu direitos básicos, autorizou detenções sem julgamento, arquitetou a lei de concessão de plenos poderes, que atribuiu poderes legislativos ao gabinete do chanceler por quatro anos e permitiu elaborar alterações na Constituição de Weimar, dentre as quais a alteração do art. 48, § 2º, que permitiu a suspensão dos direitos e transformou os corpos biológicos em propriedade do regime que perdurou por 12 anos, bem como tomou uma série de medidas antissemitas (HISTORY, 2019).

A cesura fundamental que divide o âmbito biopolítico é aquela entre *povo* e *população*, que consiste [...] em transformar um corpo essencialmente político [povo] em um corpo essencialmente biológico [população], no qual se trata de controlar e regular natalidade e mortalidade, saúde e doença. Com o nascimento do biopoder, cada povo se duplica em população. Cada povo *democrático* é, ao mesmo tempo, um povo *demográfico*. No Reich nazista, a legislação de 1933 sobre a 'proteção da saúde hereditária do povo alemão' marca precisamente essa cesura originária. A cesura imediatamente sucessiva é que distinguirá, no conjunto da cidadania, os cidadãos de 'ascendência ariana' dos de 'ascendência não-ariana'; uma cesura posterior separará, entre estes últimos, os judeus (*Volljuden*) em relação aos *Mischlinge* (pessoas que têm apenas um avô judeu ou que têm dois avós judeus, mas que não são de fé judaica nem têm cônjuges judeus na data de 15 de setembro de 1935). As cesuras biopolíticas são, pois, essencialmente móveis e isolam, de cada vez, no *continuum* da vida, uma zona ulterior, que corresponde a um processo de *Entwürdigung* [aviltamento] e de degradação cada vez mais acentuado. Dessa forma, o não-ariano transmuta-se em judeu, o judeu em deportado (*umgesiedelt, ausgesiedelt*), o deportado em internado (*Häftling*), até que, no campo, as cesuras biopolíticas alcancem o seu limite último. O limite é o muçulmano. No ponto em que o *Häftling* se torna muçulmano, a biopolítica do racismo vai, por assim dizer, além da raça e penetra em um umbral em que já não é possível estabelecer cesuras. Nesse momento, o vínculo flutuante entre povo e população se rompe definitivamente e assistimos ao surgimento de algo parecido com uma substância biopolítica absoluta, que não pode ser determinada e nem pode admitir cesuras [*inassegnabile e incesurabile*] (AGAMBEN, 2008a, p. 90).

O presidente eleito em 1932, Paul von Hindenburg (1847-1934), faleceu em 2 de agosto de 1934, um dia depois de Hitler aprovar uma lei que transferiu os poderes do presidente integralmente para o cargo de chanceler, tornando-se chefe de estado, de governo e das forças armadas (HISTORY, 2019). Com esse golpe de estado, se coroou *Führer*. Já como *Führer*, celebrou diversos acordos de paz, dentre os quais um com a Polônia, para apresentar a Alemanha como país pacífico e aliado aos países europeus.

Em 1º de setembro de 1939, Hitler comandou um ataque-relâmpago (*blitzkrieg*) à Polônia que resultou na ocupação do território em pouco mais de um mês, apesar das declarações de guerra por parte da França e da Grã-Bretanha, em suporte à Polônia. Em território polonês os nazistas iniciaram a construção dos campos de concentração. Foram aproximadamente cem campos somente na região de Auschwitz (BENEDETTI, 2015, p. 49-50). Os primeiros foram concluídos em 1940⁸⁹.

50. Os campos de concentração eram classificados em dois tipos. A versão menos cruel, os campos de trabalho forçado (*Arbeitslager*), criados em uma espécie de parceria entre o partido nazista e o empresariado para reduzir os custos da mão de obra e custear as atividades do partido, inclusive a manutenção dos campos. A versão mais cruel, as chamadas fábricas da morte, os campos de extermínio (*Vernichtungslager*) nos quais os presos eram envenenados, os cadáveres eram utilizados para fazer couro e sabão ou cremados para que as cinzas fossem utilizadas como adubo nas pequenas hortas que havia nos campos ou como material para aterrar pântanos (BENEDETTI, 2015, p. 49-53).

O Campo de concentração de Monowitz, para onde os homens foram enviados, fazia parte do grupo de campos dependentes de Auschwitz, e ficava a sete quilômetros de distância da sede. [...] se tratava, naquela época, de um dos campos menos duros. *Sanatorium*, chamavam-no com escárnio os prisioneiros mais antigos, que tinham conhecido tempos bem piores. Não havia razões humanitárias nisso: o sistema nacional-socialista não conhecia essas razões. Havia outras. O Campo de concentração de Monowitz fazia parte de um gigantesco canteiro onde se estava construindo um complexo industrial da IG Farben, o grande truste químico alemão. Era um canteiro de três por dois quilômetros, algo imenso. O Campo de concentração era parte integrante dele, também territorialmente: estava incluído dentro do perímetro da fábrica. No canteiro trabalhavam 40 mil operários. Destes, 10 mil éramos nós, os escravos de Monowitz. Não era exceção nem segredo para ninguém: nossa mão de obra fazia parte oficial dos planos de trabalho alemães e estava prevista no orçamento; aliás, no canteiro, estávamos em contato diário com civis alemães, os mesmos civis que hoje não sabem e não se lembram de nada. Nosso trabalho era pago, mas não para nós; por cada dia a Farben pagava seis marcos a nossos donos, as SS, das quais dependíamos (LEVI, 2015, p. 95-96).

Nos campos de extermínio, os presos eram conduzidos às câmaras de gás a pretexto de serem higienizados, o que era feito para evitar pânico e tentativas de fuga. A câmara continha uma antessala na qual os presos aguardavam, depois eram

⁸⁹ Em conjunto com o professor Sandro Luiz Bazzanella, detalhou-se melhor a história dos campos em: (CANI; BAZZANELLA, 2018a)

direcionados à sala do banho na qual eram trancafiados e envenenados com zyklon B, um pesticida produzido e comercializado pela IG Farben, uma companhia alemã dividida após a segunda guerra em empresas menores, dentre as quais o laboratório Bayer:

As vítimas, introduzidas na primeira sala, recebiam ordem de se despir totalmente, porque – diziam-lhes – precisavam tomar banho; para disfarçar ainda mais o sórdido engano, entregavam-lhes um pedaço de sabão e uma toalha. Depois disso, eram conduzidas à 'sala das duchas', um aposento grande, com um falso sistema de chuveiros nas paredes, onde se destacavam avisos como: 'Lavem-se, porque limpeza é saúde', 'Não economizem sabão', 'Não esqueçam a toalha!', de modo que a sala podia dar a impressão de ser realmente um local de banhos. No teto plano havia uma abertura ampla, hermeticamente fechada por três grandes chapas de metal, que se abriam com uma válvula. Alguns trilhos atravessavam toda a extensão da câmara até os fornos. Quando todos entravam na câmara de gás, as portas eram fechadas (e vedadas contra a entrada de ar) e, pelas válvulas do teto, soltava-se um preparado químico em forma de pó grosseiro, de cor cinza-azulada, contido em latas, cujo rótulo especificava 'Zyklon B – Para a destruição de todos os parasitas animais' e apresentava a marca de uma fábrica de Hamburgo. Tratava-se de um preparado de cianureto, que se evaporava a determinada temperatura. Em poucos minutos, todos os trancafiados na câmara de gás morriam; então as portas e janelas eram abertas e os encarregados do Comando Especial, usando máscaras, entravam em ação para transportar os cadáveres até os crematórios (BENEDETTI; LEVI, 2015, p. 38).

Depois de mortos, os corpos eram revistados com a finalidade de espoliar quaisquer objetos de valor que estivessem com os cadáveres, sobretudo dentes de ouro. Por fim, os corpos eram cremados em fornos construídos por uma empresa de panificação. O envenenamento foi introduzido para reduzir o contato, e conseqüentemente a compaixão, dos executores com os executados. Ainda nessa direção, os nazistas criaram o comando especial (*sonderkommando*) para lidar com as execuções e a cremação, um grupo formado por judeus que recebiam a promessa de soltura, mas que eram também mortos poucos meses depois porquanto eram perigosas testemunhas que não podiam escapar para contar ao mundo sobre os campos. Já a cremação foi introduzida para evitar a propagação de doenças.

Os prisioneiros dos *lager* eram separados em três grupos. Primeiro, os presos comuns de maior periculosidade. Segundo, os opositores do regime, considerados presos políticos, dentre os quais também estavam os prisioneiros de guerra, todos

esses recebiam alguns privilégios nos campos. Terceiro, os judeus de todas as nacionalidades. As condições de sobrevivência dos judeus eram as piores⁹⁰.

Chegando aos campos, os judeus eram classificados em aptos ou inaptos para o trabalho. Aproximadamente um a cada cinco presos era considerado apto, os outros quatro eram sumariamente executados por asfixia nas câmaras de gás. Mas a primeira seleção não garantia a sobrevivência. As seleções eram realizadas de modo que a quantidade de presos fosse mantida. Com a chegada de novos trens, muitos eram selecionados para dar espaço aos que chegavam. Já com a falta de novos prisioneiros, as seleções eram suspensas:

Por [Monowitz] ser um *Arbeitslager*, um campo de trabalho e não um de extermínio propriamente dito, a média de vida era de três meses. Nos campos de Chelmno, Sobibór, Treblinka, Maidanek, vivia-se de uma a duas semanas. Se não se fala deles, é porque nenhum judeu retornou desses locais para contar sua história (LEVI, 2015, p. 98).

Durante o período no campo, os presos recebiam alimentação em quantidade e qualidade insuficientes, eram privados do convívio com familiares e amigos e precisavam do mercado negro para obter itens indispensáveis à sobrevivência, como calçados, vestimentas e talheres⁹¹, cuja principal moeda de troca era o pão⁹². A brutalidade no trato⁹³, somada à violência⁹⁴, à falta de nutrientes básicos, às

⁹⁰ Na descrição do funcionamento dos campos se baseou nos relatos do químico italiano Primo Levi (1919-1987), um judeu sobrevivente do campo de Buna-Monowitz, na região de Auschwitz (LEVI, 1997; LEVI, 1988; LEVI, 1990; LEVI; BENEDETTI, 2015). Também se baseou nos livros de Hannah Arendt (2007, 1999 e 1989). Por fim, em documentários sobre o tema, dentre os quais: (HOLOCAUSTO, 1985; SHOAH, 1985).

⁹¹ Toneladas desses três itens foram encontrados nos campos após o fim da guerra, mas não eram distribuídos aos presos. Imagino que os objetos eram tirados de circulação apenas para que os membros do partido reinserissem no mercado negro a um valor superior e, dessa forma, obtivessem mais riquezas dos presos. Afinal de contas, são recorrentes os relatos de falcaturas perpetradas pelos soldados nazistas para se apropriarem do dinheiro e das joias dos judeus.

⁹² “O pão é também a nossa única moeda: durante os poucos minutos que passam entre a distribuição e o consumo, o Bloco ressoa de chamados, de brigas e fugas. São os credores de ontem que exigem o pagamento, nos poucos instantes nos quais o devedor tem com que pagar. [...] A Bolsa é sempre muito ativa. Embora cada troca (aliás, cada espécie de posse) seja expressamente proibida, e frequentemente batidas dos *Kapos* ou Chefes de Bloco ponham a correr mercadores, clientes e curiosos, no canto nordeste do Campo (e se compreende: é o canto mais afastado dos alojamentos dos SS), logo que os grupos voltam do trabalho, há sempre um ajustamento excitado [...] Enquanto para a sopa existe uma cotação praticamente estável (meia ração de pão por um litro de sopa), a cotação do nabo, das cenouras, das batatas é extremamente variável e depende muito de diferentes fatores, entre os quais a eficiência e a venalidade dos guardas a serviço nos depósitos” (LEVI, 1988, p. 37 e 79-81).

⁹³ “nenhum feitor de escravos ou empreiteiro da época dos faraós teria pensado que realmente obteria algum lucro com trabalhadores como nós. Quase todos nós éramos encaminhados para trabalhos pesados de desaterro e transporte, mas tínhamos menos forças do que uma criança e a grande maioria nem sequer havia pegado em uma pá antes. Alguns pouquíssimos, que possuíam

gélidas temperaturas do inverno polonês, às condições insalubres de habitação e aos trabalhos forçados por jornadas de trabalho extenuantes de até 12 horas culminavam em doenças de todas as ordens⁹⁵:

O estado higiênico-sanitário do campo parecia, à primeira vista, realmente bom [...] Mas tudo isso era apenas aparência, sendo a substância muito diferente: na verdade, nos 'blocos', que deveriam abrigar normalmente de 150 a 170 pessoas, sempre se amontoavam não menos de duzentas, muitas vezes até 250 pessoas, por isso, em quase todas as camas dormiam duas pessoas. [...] o tamanho do alojamento era certamente inferior ao mínimo exigido pelas necessidades de respiração e hematose. Os catres eram providos de uma espécie de saco grande, mais ou menos cheio com serragem de madeira, praticamente reduzida a pó pelo uso prolongado, e duas cobertas. Estas, além de nunca serem trocadas nem submetidas a uma desinfecção, a não ser muito raramente e por motivos excepcionais, estavam, em sua maioria, em péssimo estado de conservação [...] Apenas os catres mais à vista eram providos de cobertas mais decentes [...] Naturalmente, essas camas eram reservadas aos pequenos 'líderes' do campo: chefes de equipe e seus assistentes, ajudantes do chefe de bloco ou simplesmente amigos de algum deles. [...] Nas armações dos 'castelos',

uma especialização útil, por exemplo, eletricitas, mecânicos, químicos etc., eram incumbidos de serviços mais delicados; mas é fácil supor qual era a produtividade de um engenheiro com fome crônica, coberto de farrapos, cheio de pulgas e chagas infeccionadas, sujo porque nunca se lavava, que morreria dentro de poucos meses, e sabia disso, que talvez morresse amanhã mesmo e que, enfim, não tinha nem podia ter nenhum amor ou interesse no próprio trabalho, pelo contrário, o odiava porque ele pertencia a seus inimigos mortais. Não é fácil transmitir com palavras o que é viver num campo de concentração. Pior ainda é ser breve. Dizemos fome, mas é uma coisa diferente do que todos conhecem, é uma fome crônica que não reside mais nas vísceras, mas no cérebro, transformou-se em obsessão, que não se esquece em nenhum instante do dia ou da noite, do início ao fim do sono, só se sonha em comer ou, melhor, que se está prestes a comer, mas como no mito de Tântalo, no último instante alguma coisa faz com que o alimento desapareça. Dizemos cansaço, mas na vida comum ninguém sente esse cansaço, que é o dos animais de tração, é cansaço acrescido de desprezo, cansaço sem saída, sem piedade por parte de quem o impõe, acompanhado da noção de inutilidade, bruto, extenuante, desprovido de finalidade. Dizemos frio, mas até o mendigo mais humilde encontra uma maneira de se cobrir de trapos, encontra um leito quente, um copo de vinho. No Campo de concentração não há defesa: passa-se a longuíssima jornada de trabalho usando algodão em meio à neve, num clima que não é o nosso, debaixo de chuva, e o sangue nas veias é frio, ralo, não dá proteção. Assim, fome, frio, cansaço desembocam facilmente em doença. Há uma enfermaria no campo – *Krankenbau* – mas os medicamentos são só dois: para todas as doenças leves, aspirina e urotropina; e para as doenças graves, ou até não graves, mas incuráveis, como o edema por fome, que é generalizado, há apenas um remédio radical que todos conhecem. Chama-se, como dizem simplesmente, 'a lareira': é o forno de Birkenau" (LEVI, 2005, p. 96-97).

⁹⁴ Definida paradoxalmente por Primo Levi como inútil, embora ele mesmo reconheça a existência do fim de causar dor: "A morte, mesmo a não provocada, mesmo a mais clemente, é uma violência, mas é tristemente útil: um mundo de imortais (os *struldbruggs* de Swift) não seria concebível nem vivível, seria mais violento do que o já violento mundo atual. Nem é inútil, em geral, o assassinato [...] As guerras são detestáveis, são um péssimo modo de resolver as controvérsias entre nações ou entre facções, mas não se podem definir como inúteis: visam a um objetivo, quem sabe iníquo ou perverso. Não são gratuitas, não se propõem infligir sofrimentos [...] Ora, acredito que os doze anos hitlerianos compartilhem sua violência com muitos outros espaços/tempos históricos, mas que se caracterizem por uma difusa violência inútil, com um fim em si mesma, voltada unicamente para a criação de dor" (LEVI, 1990, p. 63).

⁹⁵ As doenças, ao menos no campo Buna-Monowitz, podiam ser classificadas em seis grupos: distróficas, de trato gastrointestinal, por frio, infecciosas gerais e cutâneas, cirúrgicas, e de trabalho (BENEDETTI; LEVI, 2015, p. 21-30)

nas vigas de sustentação e nos estrados dos catres viviam milhares de percevejos e pulgas que impediam o sono dos prisioneiros à noite; nem mesmo as desinfecções dos alojamentos com vapores de ácido hidrazoico, efetuadas a cada três ou quatro meses, bastavam para destruir aqueles hóspedes que vegetavam e se multiplicavam quase sem impedimentos. Contra os piolhos, no entanto, empreendia-se um enorme combate, a fim de prevenir o surgimento de uma epidemia de febre maculosa: todas as noites, ao voltar do trabalho, e com maior rigor nas tardes de sábado (dedicadas, entre outras coisas, a raspar o cabelo, a barba e às vezes outros pelos também), praticava-se o chamado 'controle piolhos'. [...] No entanto, não se tomava nenhuma outra providência para a profilaxia das doenças contagiosas, que tampouco escasseava: tifo e escarlatina, difteria e varicela, sarampo, erisipela etc., sem contar as numerosas afecções cutâneas contagiosas, como as epidermofitoses, os impetigos, as sarnas. [...] Uma das maiores possibilidades de transmissão de doenças infecciosas consistia no fato de que uma razoável porcentagem de prisioneiros não dispunha de tigela nem de colher, de modo que três ou quatro pessoas eram obrigadas a comer sucessivamente no mesmo recipiente ou com o mesmo talher, sem poder lavá-lo. [...] A alimentação, de quantidade insuficiente, era de má qualidade. Resumia-se a três refeições: ao despertar de manhã, eram distribuídos 350 gramas de pão quatro vezes por semana e setecentos gramas três vezes por semana, portanto, uma média diária de quinhentos gramas – quantidade que seria razoável, se o próprio pão não trouxesse uma grande quantidade de resíduos, entre eles, muito visível, serragem de madeira –; além disso, ainda de manhã, 25 gramas de margarina com cerca de vinte gramas de salame ou uma colherada de geleia ou ricota. A margarina era distribuída somente seis dias por semana; mais tarde, essa distribuição se reduziria a três dias. Ao meio-dia, os deportados recebiam um litro de sopa de nabo ou de couve, absolutamente insípida devido à falta de qualquer tempero, e à noite, no final do trabalho, outro litro de sopa um pouco mais consistente, com algumas batatas ou, às vezes, ervilhas e grão de bico; mas ainda assim totalmente desprovida de componentes gordurosos. Raramente se podia encontrar algum fio de carne. Como bebida, de manhã e à noite distribuía-se meio litro de uma infusão de sucedâneo de café, sem açúcar, somente aos domingos vinha adoçado com sacarina. Em Monowitz faltava água potável; a que havia nos lavatórios só podia ser empregada para uso externo; de origem fluvial, chegava ao Campo sem ser filtrada e, por isso, era altamente duvidosa: tinha aspecto límpido, mas quando vista em grande volume, era de cor amarelada; com um gosto entre metálico e sulfuroso. Os prisioneiros eram obrigados a tomar uma ducha duas ou três vezes por semana. Esses banhos, porém, não eram suficientes para manter o asseio pessoal, pois quantidade de sabão distribuído era parcimoniosa: distribuía-se apenas uma vez por mês um sabonete de cinquenta gramas, mas de péssima qualidade. [...] Os trabalhos da grande maioria dos prisioneiros eram manuais e exaustivos, inadequados às condições físicas e à capacidade dos condenados; poucos eram empregados em trabalhos que tivessem alguma afinidade com a profissão ou com o ofício exercido durante a vida civil. Assim, nenhum dos dois signatários jamais pôde trabalhar no hospital ou no laboratório químico de Buna-Werke, tendo ambos sido obrigados a seguir a sorte de seus companheiros e se submeter a esforços superiores a suas forças, ora cavando com pá e picareta, ora descarregando carvão ou sacos de cimento, ou de maneiras ainda piores, todas extremamente pesadas; trabalhos que naturalmente eram executados ao ar livre, no inverno e no verão, sob neve, chuva, sol e vento, sem vestimentas suficientes para proteger das intempéries e das baixas temperaturas. Esses trabalhos, além do mais, deviam ser executados em ritmo acelerado, sem nenhuma pausa, exceto durante uma hora – do meio-dia à uma – para a refeição do meio do

dia: e ai de quem fosse surpreendido parado ou em atitude de descanso durante as horas de trabalho (BENEDETTI, 2015, p. 17-21).

51. Os campos eram máquinas de produção de subjetividade⁹⁶ nas quais os presos eram submetidos à técnica totalitária nazista de neutralização das individualidades, por meio da qual eram separados das condições individuais e pessoais que usufruíram na convivência social externa em que circunscreviam suas existências⁹⁷. Recebiam obrigações a desempenhar no interior. Noutros termos, por meio dos campos, os nazistas produziram uma forma de vida que era reproduzida a cada gesto, num misto de legalidades, ilegalidades, tolerâncias e intolerâncias. Os presos não podiam discernir as ordens dos chefes de serviço (*kapos*), escolhidos dentre os presos para delatar e organizar os presos, as ordens dos membros da tropa de proteção (*Schutzstaffel* ou SS), as ordens de Hitler e as leis. Só sabiam que deviam cumprir as ordens, fato que a maioria dos presos só aprendia apanhando ou conversando com os poucos prisioneiros mais antigos que se dispunham a ensinar, porque não havia orientações e os idiomas alemão e polonês eram barreiras quase intransponíveis para a maioria dos judeus.

Os presos sobreviviam como animais encurralados. Alguns delatavam, outros colaboravam, muitos se omitiam e poucos se rebelavam, sobretudo porque antes da vida nos campos já haviam sido condicionados às necessidades cotidianas quando foram exilados nos guetos, no início do terceiro *Reich*. A rebelião nos campos era punida com a morte, assim como muitos comportamentos menos relevantes, como o comércio de gêneros alimentícios e de produtos de higiene. Dentre os colaboradores, além dos *kapos*, havia os auxiliares dos *kapos*, que almejavam o

⁹⁶ Os processos de subjetivação, na passagem entre a antiguidade e a modernidade, “levam o indivíduo a objetivar o próprio eu e a constituir-se como sujeito, vinculando-se, ao mesmo tempo, a um poder de controle externo” (AGAMBEN, 2007, p. 125).

⁹⁷ “Os Campos de concentração foram zonas de perdição, além de tormento e morte. Jamais a consciência humana foi tão violentada, ofendida, distorcida como nesses ambientes [...] muitos detalhes da técnica totalitária, que seriam desconcertantes em outro contexto, adquirem sentido. Humilhar, degradar, reduzir o homem ao nível de suas vísceras. Daí as viagens nos vagões fechados, deliberadamente caóticos e privados de água (não se tratava de razões econômicas). A estrela amarela no peito, a raspagem dos cabelos, também para as mulheres. A tatuagem, a roupa bizarra, os sapatos que faziam tropeçar. Por isso, e não seria compreensível de outra maneira, a cerimônia típica, predileta, cotidiana, da marcha dos homens-trapo diante da bandeira, uma visão mais grotesca do que trágica. Na supervisão, além dos chefes, estavam as seções da *Hitlerjugend*, rapazes entre catorze e dezoito anos, e é evidente quais deviam ser suas impressões. São estes, então, os judeus de que nos falaram, os comunistas, os inimigos do nosso país? Mas não são homens, são fantoches, animais: são sujos, andrajosos, não se lavam, quando espancados não se defendem, não se rebelam; só pensam em encher a barriga. Está certo fazê-los trabalhar até morrer, está certo matá-los. É ridículo compará-los a nós, aplicar a eles nossas leis” (LEVI, 2015, p. 89).

cargo de *kapo*, e os membros do *sonderkommando*, responsáveis por operar as câmaras de gás e cremar os cadáveres.

Os presos foram libertados dos campos de concentração conforme avançou a investida contra os alemães, entre o fim de 1944 e meados de 1945. Apesar disso, muitos ficaram em campos de transição, dentre os quais vários morreram. Os sobreviventes levaram meses para retornar para casa, como aconteceu com o judeu italiano Primo Levi (1919-1987), uma das principais testemunhas dos campos de concentração, que foi libertado em 27 de janeiro de 1945, mas só conseguiu retornar a Turim em 19 de outubro daquele ano. Durante esse tempo, transitou pela Polônia, pela Áustria, pela Hungria, pela Alemanha e pela Itália (LEVI, 1997).

Existem diversas estimativas da quantidade de judeus mortos nos campos cujos números variam desde quatro milhões até nove milhões de mortos. Dentre essas estimativas, está a de que aproximadamente dois terços dos nove milhões de judeus que viviam espalhados pelo globo foram exterminados pelos nazistas, não só nos campos de concentração, mas sobretudo lá⁹⁸.

52. Os campos de concentração são a expressão da razão de estado em última potência na gestão da vida biológica de indivíduos e populações. Por isso, colocam em xeque a possibilidade de limitação do exercício do poder, pretendida com a criação do estado moderno. Licitude e ilicitude parecem coexistir e se complementar. Por isso, Agamben afirma que o campo de concentração constitui o paradigma biopolítico de governo na contemporaneidade. Esse é um dos aspectos centrais do pensamento do autor e também uma das teses mais criticadas.

Ao declarar o campo de concentração como um paradigma, Agamben não quer dizer que cotidianamente vivemos em campos de concentração, mas que as relações de poder e as práticas discursivas em torno das relações de poder apresentam as estruturas, têm as mesmas características das relações de poder ocorridas nos campos de concentração⁹⁹. Ou, ainda nessa perspectiva, o modo de

⁹⁸ “Pelo que pude apreender quando regressei à Itália, e que coincide e se ajusta muito bem com o que vi e vivi pessoalmente, foram em torno de 6 milhões de vítimas ao todo: número fornecido pelos próprios responsáveis nazistas que não conseguiram escapar à justiça. Destes, cerca de 3,5 milhões foram mortos em Auschwitz” (LEVI, 2015, p. 153).

⁹⁹ “O que procuro fazer em meu livro sobre Auschwitz, sobre o campo de concentração e a contemporaneidade, não é um juízo histórico. Procuo, sim, delinear um paradigma, com o objetivo de compreender a política em nossos dias. Não quero dizer, portanto, que vivemos num campo de extermínio – muitos dizem: ‘Agamben diz que vivemos num campo de concentração’. Não. Mas se

subjetivação promovido pela forma de vida contemporânea, vinculado à lógica econômica do crédito e do débito transforma a todos os seres humanos em *homini sacri*, matáveis na dinâmica de plena produção e consumo, mas não sacrificáveis, do mesmo modo que ocorria com os judeus no interior dos campos e, antes deles, com os ofensores dos deuses na Roma antiga.

A experiência dos campos de concentração apresenta a relação biopolítica entre o soberano e a vida nua, na medida em que “a vida humana, considerada e amparada pela ‘Declaração universal dos direitos do homem e do cidadão’, desde a Revolução Francesa, por toda estrutura jurídica que garantia direitos civis, políticos e sociais aos cidadãos ao longo dos séculos XVIII e XIX é absorvida pelo sistema jurídico-administrativo-político e se torna recurso do soberano” (BAZZANELLA, 2015a).

Desse modo, o paradigma do campo nos permite constatar que a aposta na positividade da lei não garante efetivamente a vida. Muito pelo contrário. A vida foi reduzida a objeto administrável por meio do objeto lei, um objeto do objeto, ou objeto ao quadrado. Prova disso é que, a pretexto de defender à vida, a lei é suspensa, permitindo que a vida, em sua nudez, possa ser administrada e executada de acordo com os interesses do poder soberano em diversas hipóteses, como nos processos para discussão sobre o direito a receber medicamentos ou tratamentos médicos não fornecidos pelo estado, ou, ainda, nas hipóteses de legítima defesa e de estado de necessidade que ultrapassam o conteúdo do direito, mas são positivadas com o intuito de melhor administrar as pessoas envolvidas nesses casos.

53. No livro **O que resta de Auschwitz, o arquivo e a testemunha**, Agamben se propõe a “ir além do registro cronológico dos acontecimentos passados, para detectar, fixar e expor a estrutura jurídico-política que deu ensejo a essa monstruosidade de destruição” (JUNGES; MACHADO, 2014). Para dar cabo desse objetivo, parte dos escritos de Hannah Arendt e de alguns sobreviventes dos campos de concentração, dentre os quais Primo Levi.

No decorrer do livro, retoma a identificação do núcleo originário do poder soberano, a implicação da vida nua, da *zoé* na esfera política (AGAMBENa, 2007, p.

tomarmos o campo de concentração como paradigma para compreender o poder hoje, isso pode ser útil” (BURNAZOS, 2014).

14), o conteúdo primeiro do poder soberano¹⁰⁰. Essa característica explica a tomada da vida nua do *homo sacer* pelos nazistas como local de decisão sobre o valor e o desvalor da vida, no qual a biopolítica se converteu continuamente em tanatopolítica (AGAMBEN, 2007a, p. 160) destinada à fabricação de cadáveres desprovidos até mesmo do direito a morrer:

O fato de que a morte de um ser humano já não possa ser chamada de morte (não simplesmente que não tenha importância – isso já havia acontecido –, mas que precisamente já não possa ser chamada com aquele nome) – é o horror especial que o muçulmano introduz no campo e que o campo introduz no mundo. Significa, porém – e por isso a frase de Levi é terrível [‘Hesita-se – escreve ele – em chamar de morte a sua morte’.] –, que as SS tinham razão em chamar de *Figuren* [figuras] os cadáveres. Onde a morte não pode ser chamada morrer, nem mesmo os cadáveres podem ser chamados cadáveres. [...] a expressão ‘fabricação de cadáveres’ implica que aqui já não se possa propriamente falar de morte, que não era morte aquela dos campos, mas algo infinitamente mais ultrajante que a morte. Em Auschwitz não se morria: produziam-se cadáveres. Cadáveres sem morte, não-homens cujo falecimento foi rebaixado a produção em série. É precisamente a degradação da morte que constituiria, segundo uma possível e difundida interpretação, a ofensa específica de Auschwitz, o nome próprio do seu horror (AGAMBEN, 2008a, p. 76-78).

Muçulmano (*musselman*) é um termo que designa os islâmicos, não os judeus. Nos campos de concentração de Auschwitz, dentre as muitas humilhações aos judeus pelos nazistas, havia a designação dos judeus em estado próximo à morte como muçulmanos. Esse foi um dos motivos que levou Hannah Arendt a concluir que a finalidade dos campos de concentração foi a dominação total do povo hebreu: “A dominação total só é alcançada quando o ser humano, que de alguma maneira sempre é uma mistura de espontaneidade e condicionamento, foi transformado num ser completamente condicionado, cujas reações podem ser calculadas mesmo quando ele é levado à morte” (ARENDR, 2008, p. 268). Agamben (2008, p. 268) situou um precioso debate sobre o sentido do termo muçulmano:

A explicação mais provável [sobre as origens do termo *Muselman*] remete ao significado literal do termo árabe muslim, que significa quem se submete incondicionalmente à vontade de Deus, e está na origem das lendas sobre o pretenso fatalismo islâmico, bastante difundidas nas culturas europeias já a partir da idade média (com essa inflexão depreciativa, o termo se encontra com frequência nas línguas europeias, especialmente no italiano). Contudo, enquanto a resignação do muslim se enraíza na convicção de que a

¹⁰⁰ “Lo que esto signifca es que el poder político es un poder soberano que – tanto hoy como ayer – reconoce la vida sólo en la medida en que es posible separar en ella una nuda vida sin derecho y continuamente amenazada de muerte.” O que isto significa é que o poder político é um poder soberano que – tanto hoje como antes – reconhece a vida só na medida em que é possível separar dela uma vida nua sem direito e continuamente ameaçada de morte [tradução livre] (HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, 2018, p. 4).

vontade de Alá está presente em cada instante, nos menores acontecimentos, o muçulmano de Auschwitz parece ter, pelo contrário, perdido qualquer vontade e qualquer consciência [...] o certo é que, com uma espécie de feroz autoironia, os judeus sabem que em Auschwitz não morrerão como judeu.

O muçulmano, produzido pelo poder soberano que converteu a exceção em regra, é o produto acabado, provavelmente a experiência mais radical pela qual o humano pôde passar, é uma figura composta da vida e da morte, do humano e do inumano. Uma vida nua desprovida até mesmo da capacidade de dar testemunho. O resto de Auschwitz, aquilo que restou dessa experiência pavorosa, é a dificuldade de testemunhar “aquilo que não tem [...] memórias para transmitir” (BAZZANELLA; ANDRADE, 2016, p. 76) ou, ainda, “aquilo que, no testemunho, solapa a própria eficácia do dizer e [...] institui a verdade de sua fala; e, no tempo humano, [...] solapa a linearidade infinita do *chronos* e institui a plenitude evanescente do tempo-de-agora como *kairos* messiânico” (GAGNEBIN, 2008, p. 11).

Essa dificuldade é formada na articulação entre um duplo paradoxo. Por um lado, o muçulmano, aquele que tocou o fundo, que fitou a Górgona nas câmaras de gás, não retornou para contar o que viu. Por outro, os sobreviventes não tocaram o fundo, não viram as câmaras de gás e, apesar de todo o material disponível sobre o nazismo, não podem testemunhar, só podem descrever aquilo de que tomaram conhecimento depois do evento (AGAMBEN, 2008a, p. 163):

Em um estudo exemplar, servindo-se tanto dos testemunhos literários quanto daqueles da escultura e da pintura em vasos cerâmicos, F. Frontisi-Ducroux mostrou-nos o que era para os gregos a Górgona, essa horrível cabeça feminina coroada de serpentes cuja visão produzia a morte e que, por isso mesmo, Perseu, sem olhar para ela, tem de cortar com a ajuda de Atenas. A Górgona, sobretudo, não tem rosto, no sentido que os gregos davam ao termo *prósopon*, que significa etimologicamente ‘o que estava frente aos olhos, o que se faz ver’. O rosto proibido, impossível de olhar porque produz a morte, é, para os gregos, um não-rosto e, como tal, nunca é designado com o termo *prósopon*. Contudo, tal visão impossível é, para eles, ao mesmo tempo, absolutamente inevitável. O não-rosto da Górgona não só é representado muitas vezes nas artes plásticas e na pintura dos vasos cerâmicos, mas o mais curioso é o modo pelo qual é representado. ‘Gorgo, o ‘antirrosto’, só é representado de rosto... em um inelutável afrontamento dos olhares... este *antiprósopon* é oferecido ao olhar na sua plenitude como uma ostentação clara dos sinais da sua arriscada eficácia visual’. Rompendo a convenção iconográfica que sustenta que, na pintura dos vasos cerâmicos, a figura humana é normalmente retratada de perfil, a Górgona carece de perfil, sendo sempre apresentada como um disco plano, privado da terceira dimensão, ou seja, não como um rosto real, mas como uma imagem absoluta, como algo que só pode ser visto e apresentado. O *gorgóneion* que representa a impossibilidade da visão, é o que não se pode deixar de ver. [...] Se ver a Górgona equivale a ver a impossibilidade de ver, então a Górgona não nomeia algo que está ou acontece no campo, algo

que o muçulmano teria visto, e não o sobrevivente. Ela designa, isso sim, a impossibilidade de ver de quem está no campo, de quem, no campo, 'chegou ao fundo', tornou-se não-homem. O muçulmano não viu nem conheceu nada – senão a impossibilidade de conhecer e de ver. Por isso, para o muçulmano, testemunhar, querer contemplar a impossibilidade de ver não é tarefa simples (AGAMBEN, 2008a, p. 60-61).

Todavia, Agamben esclareceu que o paradoxo constatado por Primo Levi, da impossibilidade de testemunho, é aparente. Na verdade, a testemunha dá testemunho pelo muçulmano, não em nome do muçulmano, de modo que traz à palavra a impossibilidade de falar. A testemunha é, nesse sentido, um meio para que o muçulmano possa se expressar. Desse modo, o negacionismo dos eventos é refutado e o testemunho pelo muçulmano, falado a partir da impossibilidade de fala, torna inegável o testemunho (AGAMBEN, 2008a, p. 163).

54. O campo de concentração é o espaço que se abre a partir da tentativa de localizar o estado de exceção, um elemento estranho ao ordenamento jurídico, como já demonstrei. Nesse *locus*, no qual poder soberano, vida nua e estado de exceção se apresentam de modo mais contundente, ocorre algo distinto dos cárceres. O *lager* era um espaço absoluto de exceção (AGAMBEN, 2007a, p. 27), não de exceções ocasionais. Ali o paradoxo da soberania, personificada no corpo físico do *Führer*, era evidente: Hitler monopolizava a decisão última sobre a vida e a morte dos presos sem, contudo, precisar ingressar no interior dos campos:

O espaço do campo (pelo menos nos Lager, como Auschwitz, onde campo de concentração e campo de extermínio coincidem [equivoco de Agamben, pois havia também os *Arbeitslager*]) pode, aliás, ser eficazmente representado como uma série de círculos concêntricos que, semelhantes a ondas, continuamente roçam um não-lugar central, habitado pelo muçulmano. O limite-extremo desse não-lugar, chama-se, no jargão do campo, *Selektion*, ou seja, o ato de selecionar os destinados à câmara de gás. Por isso, a preocupação mais insistente do deportado consistia em esconder as suas enfermidades e as suas prostrações, em ocultar incessantemente o muçulmano que ele sentia aflorar em si mesmo por todos os lados (AGAMBEN, 2008a, p. 59).

Em última análise, isso quer dizer que o corpo físico do presidente do *Reich*, a matéria, não se confundia com a soberania, que ultrapassava a matéria. Daí porque Agamben analisou o livro **Os dois corpos do rei, um estudo na teologia política medieval** (*The king's two bodies, a study in medieval political theology*), publicado em 1957, do historiador alemão Ernst Kantorowicz (1895-1963) para identificar a imortalidade do soberano a partir da doutrina jurídica medieval dos dois

corpos do rei e apresentar o mais obscuro arcano do poder soberano, *la puissance absolue*.

Kantorowicz buscou nas cerimônias fúnebres dos reis franceses, do século VII, a doutrina dos dois corpos. O corpo físico do rei morto era substituído por um corpo artificial, uma efígie (*imago*) de cera que recebia tratamentos como se estivesse doente (AGAMBEN, 2007a, p. 99-101).

Partindo da enquanto a teologia política evocada por Schmitt focalizava essencialmente um estudo do caráter absoluto do poder soberano, *Os dois corpos do rei* se ocupa, em vez disso, exclusivamente do outro e mais inócuo aspecto que, na definição de Bodin, caracteriza a soberania (*puissance absolue et perpétuelle*), ou seja, a sua natureza perpétua, pela qual a *dignitas* real sobrevive à pessoa física de seu portador (*le roi ne meurt jamais*). A 'teologia política cristã' aqui destinava-se unicamente, através da analogia com o corpo místico de Cristo, a assegurar a continuidade daquele *corpus morale et politicum* do estado, sem o qual nenhuma organização política estável pode ser pensada (AGAMBEN, 2007a, p. 100).

Em 1929, o historiador russo Elias Joseph Bickerman (1897-1981) publicou o artigo **Apoteoses imperiais romanas** (*Die römische kaiserapothese*) no volume 27 do *Archiv für Religionswissenschaft*, cuja leitura levou Kantorowicz a escrever **Os dois corpos do rei**. No artigo, Bickerman relacionou as cerimônias pagãs da imagem (*funus imaginarium*) com os ritos fúnebres de monarcas franceses e ingleses. Agamben enxergou aí o desvendar da aporia do funeral por imagem.

Em 1973, retomou o tema das cerimônias fúnebres de imagens ao publicar o capítulo **Consagração** (*Consecratio*) do livro **O culto dos soberanos no Império Romano** (*Le culte des souverains dans l'empire romain*), tomo XIX da coleção de livros *Entretiens sur l'Antiquité classique* (BICKERMAN, 1973), no qual relacionou o funeral imperial imaginário ao rito solene de devoção aos deuses Manes, realizado antes de uma batalha por algum sobrevivente ao conflito. Nessa relação, soberano e *homo sacer* se cruzam e formam uma zona de indistinção na qual parecem se confundir (AGAMBEN, 2007a, p. 102-103):

é possível assemelhar a sua condição [do *homo sacer*] àquela de um devoto sobrevivente, para o qual não seja mais possível nenhuma expiação vicária, nem substituição alguma por um colosso. O próprio corpo do *homo sacer*, na sua matável insacriabilidade, é o penhor vivo da sua sujeição a um poder de morte, que não é porém o cumprimento de um voto, mas absoluta e incondicionada. A vida sacra é vida consagrada sem nenhum sacrifício possível e além de qualquer cumprimento. Não é [...] por acaso que Macróbio, em um texto que pareceu por muito tempo aos intérpretes obscuro e corrompido (*Sat. 3. 7. 6.*), assemelha o *homo sacer* às estátuas

(*Zânes*) que na Grécia eram consagradas a Júpiter com os proventos das multas infligidas aos atletas perjuros, e que não eram nada mais que os colossos daqueles que tinham violado o juramento e se entregavam assim vicariamente à justiça divina (*animas ... sacratorum hominum, quos zanas Graeci vocant*). Enquanto encarna na sua pessoa os elementos que são normalmente distintos da morte, o *homo sacer* é, por assim dizer, uma estátua viva, o duplo ou o colosso de si mesmo. Tanto no corpo do devoto sobrevivente como, de modo ainda mais incondicionado, no corpo do *homo sacer*, o mundo antigo se encontra pela primeira vez diante de uma vida que, excepcionando-se em uma dupla exclusão do contexto real das formas de vida, sejam profanas ou religiosas, é definido apenas pelo seu ser em íntima simbiose com a morte, sem porém pertencer ainda ao mundo dos defuntos. E é na figura desta 'vida sacra' que algo como uma vida nua faz a sua aparição no mundo ocidental. Decisivo é, porém, que esta vida sacra tenha desde o início um caráter eminentemente político e exiba uma ligação essencial com o terreno sobre o qual se funda o poder soberano (AGAMBEN, 2007a, p. 106-107).

55. Ainda sobre a relação entre soberania e vida nua, Agamben constata uma zona de indistinção aberta com a criação dos campos, no interior dos quais as figuras das vítimas e dos agressores se confundem¹⁰¹. Isso ocorre porque os campos foram administrados pelos nazistas com o auxílio indispensável dos judeus que se dispuseram aos trabalhos mais inusitados, dentre os quais estava o trabalho pavoroso dos integrantes do *sonderkommando* (AGAMBEN, 2008a, p. 27).

Daí a importância do questionamento de Agamben de indagar sobre a origem do dogma da sacralidade da vida, questionamento proposto por Walter Benjamin. A importância de problematizar a origem desse dogma se deve à familiaridade que temos com o caráter sagrado da vida. Tão familiar a ponto de esquecermos que os gregos antigos, além de ignorarem a respectiva origem, não possuíam um único termo que exprimisse toda a complexidade semântica do que, nas línguas de matriz latina, é designado pela palavra “vida”, apesar do caráter decisivo da vida para a política ocidental (AGAMBEN, 2007a, p. 74).

A palavra grega *sôma*, hoje equivalente ao “corpo”, originalmente remetia a “cadáver”, “quase como se a vida em si, que se resolve para os gregos em uma pluralidade de aspectos e de elementos, se apresentasse como unidade somente após a morte.” Ademais, até mesmo em cidades que celebravam sacrifícios animais

¹⁰¹ “Não é, pois, por uma casualidade que as SS se mostraram, quase sem exceção, incapazes de testemunhar. Enquanto as vítimas testemunhavam a respeito do fato de se terem tornado inumanos, por terem suportado tudo aquilo que *podiam* suportar, os carrascos, enquanto torturavam e matavam, continuaram sendo ‘homens honestos’, não suportaram aquilo que, apesar de tudo, podiam suportar. E se a figura extrema da extrema potência de sofrer é o muçulmano, então se entende porque as SS não tenham podido ver o muçulmano, e menos ainda dar testemunho por ele” (AGAMBEN, 2008a, p. 84).

e imolavam vidas humanas, como na Grécia antiga, a vida não era considerada sagrada. A sacralização da vida só era atingida através de rituais que a separavam do contexto profano em que estavam inseridas. Tanto Walter Benjamin, quanto Carl Schmitt, ressalvadas as diferenças teóricas, conceituais e individuais (judaísmo e nazismo, respectivamente), indicam que a vida é encontrada em relação mais íntima com a soberania na exceção, uma relação que Agamben tenta esclarecer (AGAMBEN, 2007a, p. 74-75).

56. A politização da vida nua foi analisada no capítulo 1 da 3ª parte de ***Homo sacer: o poder soberano e a vida nua***. O entrelaçamento entre política e vida, ocorrido vida nua, é tão íntimo que criou uma opacidade tamanha a ponto de dificultar as análises da vida nua e daquilo que Agamben definiu como “*avatares da vida nua*”, dentre os quais estão a vida biológica e a sexualidade (AGAMBEN, 2007a, p. 126).

De acordo com Agamben, o primeiro a definir a politização da vida (*totale Politisierung*) como caráter fundamental dos estados totalitários, foi o filósofo alemão Karl Löwith (1897-1973) em ***O decisionismo ocasional de Carl Schmitt (Der okkasionelle Dezisionismus von C. Schmitt)***. A partir da politização da vida observou uma relação de contiguidade entre totalitarismo e democracia que exsurge da decisão que neutraliza as diferenças politicamente relevantes a partir da emancipação do terceiro estado francês, da formação da democracia burguesa e da transformação dessa democracia em democracia industrial de massa. Desse modo, até mesmo âmbitos aparentemente neutros foram politizados (AGAMBEN, 2007a, p. 126-127).

A ‘politização’ na vida nua e a tarefa metafísica por excelência, na qual se decide da humanidade do vivente homem, e, assumindo esta tarefa, a modernidade não faz mais do que declarar a própria fidelidade a estrutura essencial da tradição metafísica. A dupla categorial fundamental da política ocidental não é aquela amigo-inimigo, mas vida nua-existência política, *zoé-bíos*, exclusão-inclusão. A política existe porque o homem é o vivente que, na linguagem, separa e opõe a si a própria vida nua e, ao mesmo tempo, se mantém em relação com ela numa exclusão inclusiva. [...] A tese foucaultiana deverá, então, ser corrigida ou, pelo menos, integrada, no sentido de que aquilo que caracteriza a política moderna não é tanto a inclusão da *zoé* na *pólis*, em si antigüíssima, nem simplesmente o fato de que a vida como tal venha a ser um objeto eminente dos cálculos e das previsões do poder estatal; decisivo e, sobretudo, o fato de que, lado a lado com o processo pelo qual a exceção se torna em todos os lugares a regra, o espaço da vida nua, situado originariamente à margem do ordenamento, vem progressivamente a coincidir com o espaço político, e exclusão e

inclusão, externo e interno, *bíos* e *zoé*, direito e fato entram em uma zona de irreduzível indistinção (AGAMBEN, 2007a, p. 16).

O caráter sacro da vida nua não remete ao que se pode imaginar no primeiro contato com o termo. Não significa uma proteção divina estendida à vida nua, tampouco que a vida nua é titular de direitos sagrados. Muito pelo contrário, é o abandono e o absoluto desprovemento de direitos. É a pura condição de vida reduzida às funções biológicas:

Sacra, isto é, matável e insacrificável, é originariamente a vida no *bando* soberano, e a produção da vida nua e, neste sentido, o préstimo original da soberania. A sacralidade da vida, que se desejaria hoje fazer valer contra o poder soberano como um direito humano em todos os sentidos fundamental, exprime, ao contrário, em sua origem, justamente a sujeição da vida a um poder de morte, a sua irreparável exposição na relação de abandono (AGAMBEN, 2007a, p. 91).

O filósofo italiano Roberto Esposito (1950...) definiu vida nua e esclareceu a consequência da produção da vida nua na biopolítica contemporânea: “uma vez confundida com a sua pura substância vital, e assim subtraída a qualquer forma jurídico-política, a humanidade do homem fica necessariamente exposta àquilo que pode simultaneamente salvá-la e aniquilá-la” (ESPOSITO, 2010, p. 19).

57. A origem da juridicização da vida nua está na inscrição implícita contida no *Habeas Corpus Act* inglês, de 1679. Apesar de a fórmula do *habeas corpus*, na condição de um mandamento de apresentação do corpo do acusado ao tribunal, estar prevista na **Grande carta das liberdades** (*Magna charta libertatum*) editada pelo rei John Lackland (1166-1216), em 1215, o *habeas corpus* da carta magna era destinado aos homens livres (*homo liber*) (AGAMBEN, 2007a, p. 129).

Já o *Habeas Corpus Act* demarca a diferença entre a liberdade antiga e medieval, e a liberdade moderna. Na modernidade não era mais o homem livre (*homo liber*) e nem mesmo o homem (*homo*) que era incluído pelo *habeas corpus*, mas somente o corpo (*corpus*). Isso evidencia uma transformação do sujeito da política na modernidade. Pelo menos desde então, o *habeas corpus* recebe a forma de uma lei e é associado à democracia moderna ocidental (AGAMBEN, 2007a, p. 129).

No centro da luta desse modelo nascente de democracia com o absolutismo medieval não estava a *bíos*, a vida qualificada dos cidadãos, mas a *zoé*, a vida nua apanhada no *bando* soberano. A vida nua surge como força e íntima contradição da

democracia moderna que não abole a vida nua, mas a fragmenta e dissemina nos corpos dos indivíduos, colocando-a em jogo no conflito político (AGAMBEN, 2007a, p. 129-130).

Essa é, para Agamben (2007a, p. 130), a raiz da secreta vocação biopolítica da democracia moderna, na medida em que o portador de direitos e o novo sujeito soberano somente podem adquirir a condição de sujeitos de direitos se repetirem a exceção soberana e isolarem em si mesmos a vida nua (*corpus*). Na execução da missão de entregar à lei um corpo, a democracia se apresenta como condição de possibilidade para que os corpos sejam convertidos em objetos das leis.

58. No campo, a vida nua em toda a intensidade se apresentou na figura do muçulmano, um corpo situado no limite entre a vida e a morte que marca o limiar entre o homem e o não-homem¹⁰². Apesar da aparência humana, preservada com todas as marcas legadas pela fome, pelo frio e pelo trabalho extenuante, o homem deixa de ser humano, se converte em muçulmano. O lugar por excelência do muçulmano era o campo de concentração (AGAMBEN, 2008a, p. 62).

Aldo Carpi, professor de pintura na Academia de Brera (Milão) foi deportado para Gusen em fevereiro de 1944, ficando lá até maio de 1945. Conseguiu sobreviver até porque as SS, tendo descoberto a profissão dele, começaram a encomendar-lhe quadros e desenhos. Tratava-se sobretudo, de retratos familiares que Carpi deveria fazer a partir de fotografias, mas também de paisagens italianas e de 'pequenos nus venezianos' que ele pintava de memória. Carpi não era um pintor realista, contudo, por razões compreensíveis, gostaria de ter pintado ao natural cenas e figuras do campo; estas, porém, de modo algum interessavam aos seus comitentes, que nem sequer toleravam tais visões. 'Ninguém quer cenas e figuras do Lager – anota Carpi no seu diário – ninguém quer ver o *Muselmann*.' Outros testemunhos confirmam tal impossibilidade de olhar para o muçulmano. Um – embora indireto – é particularmente eloquente. Não faz muitos anos que se tornaram públicas as películas que, em 1945, os ingleses filmaram no campo de Bergen-Belsen, logo depois de sua libertação. Fica difícil suportar a visão dos milhares de cadáveres desnudos amontoados nas fossas comuns ou trazidos às costas pelos ex-guardiães – corpos martirizados que nem sequer as SS conseguiam nomear (sabemos por um testemunho que não deveriam, de modo algum, ser chamados de 'cadáveres' ou 'corpos',

¹⁰² “quando se fixa um limite para além do qual se deixa de ser homem, e todos ou a maioria dos homens o atravessam, isso não provoca tanto a inumanidade dos humanos, quanto a insuficiência e a abstração do limite proposto. Imagine-se, por outro lado, que as SS deixassem entrar no campo um pregador, e que este procurasse, de todas as formas, convencer os muçulmanos da necessidade de manterem, também em Auschwitz, a dignidade e o respeito de si. O gesto de um homem desse tipo seria odioso, e a sua pregação, uma afronta atroz para quem já se encontra não só para além de qualquer possibilidade de persuasão, mas também de qualquer socorro humano ('já estavam quase sempre perdidos'). Por esse motivo, os deportados renunciavam de uma vez para sempre a falar do muçulmano como se o silêncio, o não-ver, fosse no momento a única atitude adequada para quem habita além de qualquer ajuda” (AGAMBEN, 2008a, p. 70)

mas simplesmente de *Figuren*, figuras, bonecos). Mesmo assim, tendo em vista que, num primeiro momento, os aliados se propuseram a servir-se destas gravações como provas das atrocidades nazistas para serem difundidas na própria Alemanha, nenhum detalhe do ingrato espetáculo nos foi poupado. A uma certa altura, porém, a câmera se detém quase por acaso sobre os que parecem estar ainda vivos, sobre um grupo de deportados agachados ou que vagueiam em pé como fantasmas. São apenas poucos segundos; no entanto, suficientes para nos darmos conta de que se trata de muçulmanos milagrosamente sobreviventes – ou, em todo caso, de prisioneiros muito próximos do estágio de muçulmanos. [...] o próprio operador que até então havia pacientemente focado os desnudos estendidos ao chão, as terríveis ‘figuras’ desarticuladas e empilhadas umas sobre as outras, não consegue suportar a visão destes seres semivivos e volta imediatamente a enquadrar os cadáveres. Conforme observou Canetti, o montão dos mortos é um espetáculo antigo, com o qual os poderosos muitas vezes se deleitaram; mas a visão dos muçulmanos é um cenário novíssimo, não suportável aos olhos humanos (AGAMBEN, 2008a, p. 58-59).

Nessa situação extrema entre humano e não humano a margem de liberdade individual foi praticamente aniquilada ou, quando muito, reduzida à consciência necessária para obedecer às ordens que recebia (AGAMBEN, 2008a, p. 62-63). Esse ponto foi considerado por muitos como sem retorno, motivo pelo qual o psicólogo austríaco Bruno Bettelheim (1903-1990), judeu sobrevivente do campo de Dachau, chegou a concluir que o muçulmano é a conversão do homem em uma improvável e “monstruosa máquina biológica”, sem consciência moral, sensibilidade e até mesmo sem estímulos nervosos. Essa tese foi refutada por 89 muçulmanos que sobreviveram aos campos de concentração e puderam “retornar”¹⁰³.

Em Auschwitz a morte era banal, cotidiana e burocrática. A burocracia era indispensável para intermediar a relação entre nazistas e judeus. Os humanos foram convertidos em inumanos, talvez papéis a despachar para reduzir o contato pessoal, conforme narrou Hannah Arendt (1989). Provavelmente essa é a causa da banalidade do mal, também constatada por Hannah Arendt ao acompanhar o julgamento de Eichmann¹⁰⁴. O afastamento do convívio, assegurado pela burocracia,

¹⁰³ Z. Ryb e S. Klodzinski publicaram o artigo **Na fronteira entre a vida e a morte: um estudo do fenômeno do muçulmano no campo de concentração**, na *Auschwitz-Hefte*, em 1987. Nesse texto apresentaram os testemunhos de 89 muçulmanos que sobreviveram aos campos no tópico **Eu era um muçulmano**, provando que é possível sobreviver à muçulmanização e descrevê-la, o que refutou a hipótese de Primo Levi e de Bettelheim sobre a condição de muçulmano não ter volta. (AGAMBEN, 2008a, p. 163-164).

¹⁰⁴ A banalidade do mal foi analisada por Hannah Arendt no livro **Eichmann em Jerusalém**, cujo capítulo XV, Julgamento, apelação e execução, é encerrado com a constatação de os últimos minutos de vida de Eichmann, antes de ser enforcado, resumem a lição da *banalidade do mal*: Adolf Eichmann era só um homem sem grande inteligência, controlado, não cristão, não crente na vida

tornou suportável aos nazistas o convívio com os judeus. Lá se tornaram indiscerníveis a morte e o morrer, o morrer e as formas de morte, a morte e a fabricação de cadáveres (AGAMBEN, 2008a, p. 80-82).

Nessa direção, o campo, como lugar no qual desaparece a distinção entre próprio e impróprio, entre possível e impossível¹⁰⁵, o próprio (vida) só existia como impróprio (morte) e o impróprio (morte) como próprio (vida). Portanto, como no ser-para-a-morte, o homem se apropriou autenticamente (em vida) do que não era autêntico (da morte) de modo que os deportados existiam cotidianamente e anonimamente para a morte (AGAMBEN, 2008a, p. 82-86).

59. Primo Levi relatou, em **É isto um homem?**, um sonho frequente: a chegada de um trem, cujo som era feito pelo vizinho de cama, que parecia a locomotiva que rebocava os vagões de carga e descarga utilizada na fábrica. Com sono leve, acordou repentinamente, mas não quis abrir os olhos. Ouviu um apito de locomotiva ao longe, pertencia ao trem que trabalhava diuturnamente na fábrica. Apesar de associarem o apito ao sofrimento do trabalho, tornou-se importante pela quantidade de vezes que o ouviram (LEVI, 1997, p. 59-60).

Sonha com a irmã, algum amigo e muitas pessoas. Todos o escutam contar histórias sobre a fome, o controle dos piolhos, o soco no nariz que o *Kapo* desferiu contra ele. Sente felicidade por estar em casa, em meio aos amigos e poder contar histórias, mas percebe que as pessoas não o ouviam. Parecia que não estava ali. Ainda não havia adormecido, sonhou acordado. Era um sonho que repetiu várias vezes com algumas variações (LEVI, 1997, p. 60).

Enquanto os companheiros dormiam, ouvia-os dormir e pensava que quem inventou o mito de Tântalo deveria conhecer aquele sonho: comida que podia ser sentida, cheirada e que podia ser quase tocada nos lábios, mas algo interrompia o sonho. O sonho se repetia a cada noite e era interrompido no momento em que se imaginavam prontos para comer, no momento em que a comida quase lhes tocava os lábios (LEVI, 1997, p. 60-61):

após à morte e que pensava estar apenas executando um trabalho, embora, com esse trabalho, tenha contribuído para o genocídio do povo judeu (ARENDDT, 1999, p. 274).

¹⁰⁵ Era frequente que os alemães negassem a existência dos campos por considerarem impossível que humanos produzissem fábricas da morte para tratar outros humanos como inumanos. Apesar disso, era frequente que os partidários do nazismo recusassem aos judeus o *status* de humanos.

O sonho de Tântalo e o sonho da narração inserem-se num contexto de imagens mais confusas: o sofrimento do dia, feito de fome, pancadas, frio, cansaço, medo e promiscuidade, transforma-se, à noite, em pesadelos disformes de inaudita violência, como, na vida livre, só acontecem nas noites de febre. Despertamos a cada instante, paralisados pelo terror, num estremeamento de todos os membros, sob a impressão de uma ordem berrada por uma voz furiosa, numa língua incompreensível. [...] Enquanto dura a noite [...] através desse constante alternar-se de sono, vigília e pesadelos, estão sempre presentes a espera e o terror do instante da alvorada. Graças a essa faculdade misteriosa comum a muitos, podemos, embora sem relógios, prever quase exatamente sua chegada. À hora do toque da alvorada, que muda conforme as estações mas que precede sempre, e muito, a aurora, toca insistentemente o sininho do Campo. Em cada Bloco, o guarda noturno acaba seu trabalho: liga as luzes, levanta-se, espreguiça-se e pronuncia a condenação de cada dia: — *Aufstehen!* (Levanta) — ou, mais frequentemente, em polonês: — *Wstawac!* (LEVI, 1997, p. 61-63).

Em 19 de outubro de 1945, Levi conseguiu retornar a Turim, meses depois de libertado do campo de Monowitz. O sonho narrado se tornou realidade: familiares e amigos se reuniram para comer e ouvir as histórias sobre o campo. Contudo à noite teve um sonho dentro de outro sonho: sonhou estar em família quando, de repente, sonhou ter acordado e estar de volta ao campo, embora tenha conseguido sair do campo, o campo dele não saiu¹⁰⁶:

É um sonho dentro de outro sonho, plural nos particulares, único na substância. Estou à mesa com a família, ou com amigos, ou no trabalho, ou no campo verdejante: um ambiente, afinal, plácido e livre, aparentemente desprovido de tensão e sofrimento; mas, mesmo assim, sinto uma angústia sutil e profunda, a sensação definida de uma ameaça que domina. E, de fato, continuando o sonho, pouco a pouco ou brutalmente, todas as vezes de forma diferente, tudo desmorona e se desfaz ao meu redor, o cenário, as paredes, as pessoas, e a angústia se torna mais intensa e mais precisa. Tudo agora tornou-se caos: estou só no centro de um nada turvo e cinzento. E, de repente, *sei* o que isso significa, e sei também que sempre soube disso: estou de novo no Lager, e nada era verdadeiro fora do Lager. De resto, eram férias breves, o engano dos sentidos, um sonho: a família, a natureza em flor, a casa. Agora esse sonho interno, o sonho de paz, terminou, e no sonho externo, que prossegue gélido, ouço ressoar uma voz, bastante conhecida; uma única palavra, não imperiosa, aliás breve e obediente. É o comando do amanhecer em Auschwitz, uma palavra estrangeira, temida e esparada de: levantem, 'Wstawach' (LEVI, 1997, p. 358-359).

Agamben retoma essa descrição contida na obra **A trégua** para refletir sobre a impossibilidade de Primo Levi querer o eterno retorno de Auschwitz. A impossibilidade, ao contrário do que sugeriu o sobrevivente austríaco Hanns Chaim Mayer (1912-1978), que usava o pseudônimo Jean Améry, não implicava no perdão

¹⁰⁶ Essa condição foi descrita por diversos sobreviventes que sonhavam senão todas as noites, ao menos muitas vezes, estarem de volta aos campos e deles nunca terem saído (SHOAH, 1985).

de Levi aos nazistas, mas em “uma nova, inaudita consistência ontológica do acontecido. *Não se pode querer que Auschwitz retorne eternamente, porque, na verdade, nunca deixou de acontecer, já se está repetindo sempre*” (AGAMBEN, 2008a, p. 106).

Ou seja, não era uma tentativa de derrotar o espírito vingativo para querer que o passado voltasse eternamente a fim de aceitá-lo, nem de preservar o ressentimento pelo inaceitável, mas algo que está para além da aceitação e da rejeição, uma vergonha sem culpa e extemporânea (AGAMBEN, 2008a, p. 106-107). Essa vergonha é o sentimento fundamental do ser sujeito. Sujeito no sentido de ser sujeitoado e de ser soberano. É aquilo que é produzido na concomitância entre a subjetivação e a dessubjetivação, entre o perder-se e o possuir-se, a servidão e a soberania (AGAMBEN, 2008a, p. 112).

60. Operando na lógica do paradigmático campo de concentração, na atualidade o estado é reduzido à condição de agência garantidora dos contratos da economia financeirizada global, de inspiração neoliberal, convertendo as democracias de modelo antigo e moderno em democracias de massa, espetacularizadas, cujos agentes políticos atuam em nome dos rentistas e das agências internacionais que financiam as custosas campanhas eleitorais.

Para entender um pouco melhor as interações sociais, é imprescindível recorrer às análises de Agamben (2015, p. 9-10) no livro ***Stasis: la guerra civile come paradigma politico***, iniciado com a advertência de que é geralmente admitida a inexistência de uma doutrina da guerra civil. Existem tanto uma teoria da guerra (polemologia) quanto uma teoria da paz (irenologia), mas não existe uma teoria da guerra civil (stasiologia), essa lacuna pode ser colocada em relação com o progresso da guerra civil mundial, um conceito introduzido por Hannah Arendt em 1963, no livro ***Sobre a revolução***, bem como por Carl Schmitt, no livro ***Theorie des partisanen: zwischenbemerkung zum begriff des politischen*** (AGAMBEN, 2015b, p. 9-10), traduzido em Portugal com o título **Teoria da guerrilha**.

Essa lacuna faz com que, a partir da dicotomia entre amigo e inimigo, proposta por Carl Schmitt na ***Theorie des partisanen***, o senso tradicional de guerra tenha desaparecido. Daí porque a guerra do Golfo, a última guerra realizada entre Estados, fora travada sem a declaração de guerra entre os Estados. A generalização

do modelo de guerra que não podia ser definido como conflito internacional e, todavia, não tinha as características tradicionais da guerra civil levou alguns estudiosos a chamar de guerras incivilizadas (*uncivil wars*) a esses conflitos com a finalidade de maximizar a desordem em vez de controlar e transformar o sistema político (AGAMBEN, 2015b, p. 10-11).

Uma possível causa do desinteresse pelo estudo da guerra civil seria a popularidade do conceito de revolução que tem substituído aquele de guerra civil. Contudo, para Agamben, é provável que a diferença entre guerra civil e revolução seja puramente nominal. Ainda assim, a centralidade da atenção no conceito de revolução, pela aparência de maior respeitabilidade, contribuiu para a marginalização dos estudos da guerra civil (AGAMBEN, 2015b, p. 11-12).

61. Mesmo reconhecendo essa lacuna, Agamben adverte que não poderá supri-la no livro. Daí porque se limitou a examinar como a guerra civil se apresenta no pensamento político ocidental nos filósofos da Grécia antiga e no pensamento de Thomas Hobbes. Esses dois exemplos não foram escolhidos por acaso, representam as duas faces de um mesmo paradigma político que se manifesta tanto na afirmação e necessidade da guerra civil, quanto na necessidade de excluir a guerra civil. O paradigma é único, as duas necessidades opostas têm entre si uma solidariedade secreta que Agamben pretende compreender (AGAMBEN, 2015b, p. 12).

Na análise acerca do pensamento grego antigo, retoma um conjunto de textos da historiadora francesa Nicole Loraux (1943-2003), sobretudo o texto **A guerra na família** (*La guerre dans la famille*), escrito em 1986 para uma conferência em Roma, no qual a pensadora situou o problema da guerra no *locus* específico da relação entre a família ou casa (*oikos*) e a cidade (*polis*). Identificar o espaço da guerra civil implica em redesenhar a topografia tradicional da relação entre família e cidade sem, contudo, sobrepor a cidade à família, o público ao privado e o geral ao particular (AGAMBEN, 2015b, p. 13-14).

A ambiguidade da guerra civil é plenamente evidenciada na descrição de Platão acerca da *stasis* que dividia os cidadãos de Atenas em 404 a.e.c., a guerra familiar (*oikeios polemos*) que designa a guerra externa e se refere ao estranho e estrangeiro, enquanto o termo adequado para designar o conflito entre familiares e

parentes é *stasis*. Para Loraux, a família é a origem da divisão e da *stasis*, em conjunto com o paradigma da reconciliação; além disso, a ambivalência da *stasis* é a função da ambiguidade do *oikos* da qual a *stasis* é substancial. A guerra civil seria o conflito próprio dos parentes de sangue (*stasis emphylos*). Tanto seria assim que o termo grego para as coisas da estirpe (*ta emphyliá*) significa simplesmente guerra civil, na medida em que deriva da relação sanguínea que a cidade, enquanto estirpe, tem consigo mesma (AGAMBEN, 2015b, p. 14-15).

62. A guerra familiar é composta através de uma troca de mulheres, graças ao matrimônio entre estirpes rivais. Enquanto a guerra civil estaria arraigada na família, no *oikeos polemos*, a guerra em casa estaria arraigada na cidade, seria parte integrante da vida política dos gregos antigos. Loraux retira essa conclusão da análise da cidade de Nakone, na qual, no século III, os cidadãos, depois de uma guerra civil, decidiram organizar a reconciliação por meio da neutralização da família natural e da redivisão dos cidadãos em grupos aleatórios de cinco que constituíram novas famílias (AGAMBEN, 2015b, p. 15-17).

Essa reorganização familiar foi realizada com o objetivo de substituir o vínculo sanguíneo das relações pela fraternidade. Assim, o *oikos*, origem da guerra civil, foi excluído da cidade por meio de uma fraternidade postiça. Os novos familiares não deviam ter entre eles nenhum vínculo de parentesco para gerar uma fraternidade puramente política que pudesse liberar a cidade da *stasis emphylos* (AGAMBEN, 2015b, p. 17).

As três teses centrais de Loraux foram interpretadas por Agamben sob três aspectos. Primeiro, a *stasis* altera o lugar comum que constitui a política grega como uma superação definitiva da casa (*oikos*) na cidade (*pólis*). Segundo, a guerra civil é essencialmente uma guerra familiar que provém do interior, do *oikos*, não do exterior, enquanto está arraigada à família, a *stasis* age como reveladora e certifica a irredutibilidade da *pólis*. Terceiro, o *oikos* é ambivalente, por um lado um fator de divisão e de conflitos, por outro o paradigma que permite reconciliar o que foi dividido (AGAMBEN, 2015b, p. 18-19).

63. Enquanto a presença e a função da casa (*oikos*) e da família (*phylon*) na cidade é amplamente examinada e definida por Loraux, a função mesma da *stasis*, objeto do questionamento da autora, ficou à sombra. Isso revela que o *oikos* se

reduz ao elemento do qual provém e do qual não faz mais que atestar a presença na cidade. Sua definição é evadida. Agamben analisa as teses de Loraux nessa direção para trazer à luz o não dito. Nessa direção envidou esforços para repensar a relação entre *oikos* e *pólis*, bem como entre *zoé* e *bíos*, conceitos fundamentais da política ocidental (AGAMBEN, 2015b, p. 19-20).

A colocação de *oikos* e *pólis* em paralelo com *zoé* e *bíos* não é sem sentido¹⁰⁷. Agamben está a dizer que a *zoé*, a vida reduzida às condições biológicas, integra a esfera da vida privada, da *oikos*, enquanto a *bíos*, a vida qualificada, integra a esfera pública, da *pólis*¹⁰⁸. Retomando o livro **Política**, de Aristóteles, afirma que o fim da *pólis* é estabelecer uma comunidade perfeita. Para chegar a essa consideração, Aristóteles opõe o simples fato de viver (*to zên*) à vida politicamente qualificada (*to eu zên*). Essa oposição entre viver e viver bem é uma implicação da família (*oikos*) na cidade (*pólis*) e da vida biológica (*zoé*) na vida política (*bíos*) (AGAMBEN, 2015b, p. 20).

Contudo, para Agamben, não há tanto uma conexão entre *stasis* e *oikos*. Mais do que isso, a guerra civil assimila e torna indecível o irmão e o inimigo, o dentro e o fora, a casa e a cidade. Na guerra civil, a matança dos mais íntimos não é distinguível da matança dos mais estranhos. Isso significa que a *stasis* não tem lugar no interior da casa, mas constitui um limiar de indiferença entre *oikos* e *polis*, entre parentesco de sangue e cidadania (AGAMBEN, 2015b, p. 22-23), entre nazista e judeu.

¹⁰⁷ “Se algo caracteriza, portanto, a democracia moderna em relação à clássica, é que ela se apresenta desde o início como uma reivindicação e uma liberação da *zoé*, que ela procura constantemente transformar a mesma vida nua em forma de vida e de encontrar, por assim dizer, a *bíos* da *zoé*. Daí, também, a sua específica aporia, que consiste em querer colocar em jogo a liberdade e a felicidade dos homens no próprio ponto – a ‘vida nua’ – que indicava a sua submissão. Por trás do longo processo antagonístico que leva ao reconhecimento dos direitos e das liberdades formais está, ainda uma vez, o corpo do homem sacro com o seu duplo soberano, sua vida insacrificável e, porém, matável. Tomar consciência dessa aporia não significa desvalorizar as conquistas e as dificuldades da democracia, mas tentar de uma vez por todas compreender por que, justamente no instante em que parecia haver definitivamente triunfado sobre seus adversários e atingido o apogeu, ela se revelou inesperadamente incapaz de salvar de uma ruína sem precedentes aquela *zoé* a cuja liberação e felicidade havia dedicado todos seus esforços. A decadência da democracia moderna e o seu progressivo convergir com os estados totalitários nas sociedades pós-democráticas espetaculares têm, talvez, sua raiz nessa aporia que marca seu início e que a cinge em secreta cumplicidade com o seu inimigo mais aguerrido” (AGAMBEN, 2007a, p. 17-18).

¹⁰⁸ Nessa análise das esferas pública e privada da vida está pressuposto o estudo realizado por Hannah Arendt (2007, p. 31-89) no capítulo 2 de **A condição humana** (*The human condition*).

Essa zona de indistinção gerada pelo poder soberano, ao abrir, por meio do estado de exceção, um espaço no qual a matança é indistinta e, ao que tudo indica, sem sentido, ou pelo menos com sentido distorcido, se apresenta nos gestos e nas formas de vida implicadas nos mais diversos eventos contemporâneos, não somente nos julgamentos, nem somente nas relações jurídicas. Sobretudo porque a racionalidade instrumental que produziu os campos de concentração ainda está presente¹⁰⁹.

64. Por tudo isso, Agamben afirma que os fatos ocorridos nos campos superam o conceito jurídico de crime, na medida em que o campo é apenas *locus* no qual ocorreu “a mais absoluta *conditio inhumana*” sobre a terra. Mas se propõe a seguir uma orientação a contrapelo, na perspectiva histórica de Walter Benjamin. Não deduz a definição do campo a partir dos eventos lá ocorridos, mas questiona o campo: O que é um campo? Qual a estrutura político-jurídica do campo? Por que ocorreram tais fatos no campo? Com isso, pretende olhar o campo não como fato histórico e anômalo do passado, mas como matriz oculta, o *nomos* do espaço político contemporâneo (AGAMBEN, 2015a, p. 41).

Agamben pensa que a origem do campo, os *campos de concentraciones* espanhóis, construídos em Cuba a partir de 1896, ou os *concentration camps* ingleses, construídos no início do século XX para matar os bôeres, é menos importante do que perceber a extensão a uma população civil inteira de um estado de exceção ligado a uma guerra colonial. Isso significa que os campos não nasceram do direito ordinário e nem mesmo de uma transformação do direito penitenciário, mas do estado de exceção e da lei marcial. Nos *lager* nazistas, a base jurídica do internamento não era o direito comum, mas a custódia protetora (*schutzhaft*), um instituto do direito prussiano classificado pelos nazistas como medida de polícia preventiva, destinado a prender cautelarmente indivíduos independente de uma ação criminalizada para evitar o perigo à segurança estatal. A origem do *schutzhaft* é a lei prussiana de 4 de junho de 1851 sobre o estado de sítio, estendida para a Alemanha em 1871, com exceção da Baviera, e, anteriormente, na lei prussiana sobre proteção da liberdade pessoal de 12 de fevereiro de 1850 (*schutz der persönlichen freiheit*) (AGAMBEN, 2015a, p. 41-42).

¹⁰⁹ Nessa direção, com uma linha de análise próxima, mas distinta à de Hannah Arendt, é importante a pesquisa do sociólogo polonês Zygmunt Bauman (1925-2017) (BAUMAN, 1998).

Essa “proteção” da liberdade, proposta na *schutzhaft*, é uma proteção contra a suspensão da lei, caracterizadora da emergência. Contudo, esse instituto foi liberado do estado de exceção no qual se fundava para vigorar em situação de normalidade. O campo de concentração é o espaço aberto com a conversão do estado de exceção em regra. No campo, o estado de exceção, anteriormente uma suspensão temporal do ordenamento, recebe uma ordem espacial que fica constantemente fora do ordenamento normal. Foi isso que ocorreu com a criação dos campos de concentração para prisioneiros políticos, em 1933, e com a imediata atribuição à SS da guarda dos campos, por meio da *schutzhaft*. Assim, os campos foram colocados fora das regras de direito criminal e penitenciário, com as quais jamais teve relação. Durante todo o regime nazista os campos funcionaram, a variar apenas a população, mas o campo se tornou realidade permanente na Alemanha (AGAMBEN, 2015a, p. 42-43).

O paradoxo do campo é apresentado como a colocação de um espaço territorial fora do ordenamento jurídico normal, mas esse espaço não é simplesmente um espaço exterior. O que é excluído no campo é capturado fora, conforme a etimologia de exceção (*ex-capere*) e incluído no campo pela própria exclusão. Mas o que é capturado no ordenamento jurídico é o estado de exceção. Portanto, “o campo é a estrutura na qual o estado de exceção, sobre cuja decisão possível se funda o poder soberano, é realizado de modo estável”. Conforme observou Hannah Arendt, no campo emerge o princípio que rege o domínio totalitário: “tudo é possível”. Tudo é possibilitado na medida em que a lei é integralmente suspendida. O campo formou uma zona de indistinção entre interior e exterior, exceção e regra, lícito e ilícito intangível à proteção jurídica. Além disso, o judeu foi anteriormente privado dos direitos de cidadão pelas leis de Nuremberg e foi completamente desnacionalizado no momento do extermínio. Esse despimento de todo estatuto político, bem como a redução integral à vida nua, torna o campo o “*mais absoluto espaço biopolítico que já existiu, no qual o poder não tem diante de si senão a pura vida biológica sem nenhuma mediação*” (AGAMBEN, 2015a, p. 43-44).

Por tudo isso, Agamben afirma que o campo é “o próprio paradigma do espaço político no ponto em que a política se torna biopolítica e o *homo sacer* se confunde virtualmente com o cidadão”. Depois dessa constatação, propôs um

deslocamento da “pergunta correta em relação aos horrores cometidos nos campos”, daquela “que questiona hipocritamente como foi possível cometer crimes tão atrozes contra seres humanos”, para uma mais honesta e mais útil sobre os quais procedimentos jurídicos e os dispositivos políticos que possibilitaram a privação integral dos direitos e das prerrogativas dos seres humanos a ponto de cometer qualquer ato não parecer mais como um delito. Se a essência do campo é a materialização do estado de exceção e a criação de um espaço específico para a vida nua, estamos na presença de um campo sempre que uma estrutura semelhante é criada, independente dos crimes cometidos, da denominação e da topografia desse espaço. Nessa direção, o nascimento do campo em nosso tempo aparece como um acontecimento que marca o próprio espaço político da modernidade, produzido no ponto em que entra em crise duradoura o sistema político do estado-nação moderno, fundado no nexo entre território e ordenamento (estado) e medido por regras automáticas de inscrição da vida (nascimento ou nação), para que o estado assuma diretamente o cuidado da vida biológica da nação entre as tarefas. A ruptura do *nomos* que define a estrutura do estado-nação, formado por território, ordenamento e nascimento, é produzida no ponto em que a inscrição da vida nua é assinalada no interior, na transformação do *nascimento* em *nação*. O não funcionamento dos mecanismos tradicionais de regulação da inscrição da vida da vida no interior do ordenamento abre espaço para que o campo passe a ser o novo regulador oculto dessa inscrição ou o signo da impossibilidade de o sistema funcionar sem ser transformado em uma máquina letal (AGAMBEN, 2015a, p. 44-46).

Em razão dessa transformação, o estado nação que era a suspensão temporal do ordenamento foi convertido em uma nova e estável ordem espacial na qual a vida nua reside e não pode mais ser inscrita no ordenamento. “*O descolamento crescente entre o nascimento (a vida nua) e o Estado-nação é o fato novo da política do nosso tempo e o que chamamos de ‘campo’ é esse resto*”. O campo enquanto espaço permanente de exceção é uma localização sem ordenamento correspondente ao estado de exceção, um ordenamento sem localização. Essa localização deslocadora, chamada campo, é a matriz oculta da política contemporânea que precisa ser compreendida através de todas as

metamorfoses. É o quarto elemento, acrescido à tríade “Estado-nação(nascimento)-território”. O campo instalado firmemente no interior do ordenamento é “o novo *nomos* biopolítico do planeta” (AGAMBEN, 2015a, p. 46-47).

3 ARQUEOGENEALOGIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: DAS DISCUSSÕES CIVILIZATÓRIAS ÀS DESVENTURAS EM TERRAS TUPINIQUINS

“[una arche] non è un’origine presupposta nel tempo,
ma, situandosi all’incrocio di diacronia e sincronia,
rende intelligibile non meno il presente del
ricercatore che il passato del suo oggetto.”
(Giorgio Agamben)

65. Elaborou-se este capítulo a partir da obra dos juristas brasileiros Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (1957...) e Maurício Zanoide de Moraes, colocadas em relação com alguns dos principais autores dos quais partiram na elaboração das respectivas obras. Nessa direção, relacionou-se a obra de Jacinto Coutinho acerca dos sistemas processuais penais à obra de Maurício Zanoide de Moraes acerca da presunção de inocência.

Nesta abertura do capítulo trabalhou-se três temas preparatórios das discussões que compõem este capítulo. Primeiro, o surgimento dos direitos humanos com a fundação do estado moderno. Segundo, a passagem dos direitos humanos aos direitos fundamentais. Terceiro, o surgimento da presunção de inocência como direito humano. A partir desses temas é possível elaborar uma arqueogenealogia¹¹⁰ da presunção de inocência.

Se o estado e o direito, como são conhecidos na contemporaneidade, surgiram entre o século XV e o século XVI, com o aparecimento da razão de estado (FOUCAULT, 2008b), então esta análise precisa iniciar pela idade média. Daí a importância do esclarecimento do historiador francês Jacques Le Goff (1924-2014) no livro **A civilização do ocidente medieval** (*La civilisation de l’occident médiéval*): “O Ocidente medieval nasceu das ruínas do mundo romano. Nelas encontrou ao mesmo tempo apoios e desvantagens. Roma foi seu alimento e sua

¹¹⁰ “a análise [genealógica] [...] tem como ponto de partida a questão do *porquê*. Seu objetivo não é principalmente descrever as compatibilidades e incompatibilidades entre saberes a partir da configuração de suas positivities; o que pretende é, em última análise, explicar o aparecimento de saberes a partir de condições de possibilidade externas aos próprios saberes, ou melhor, que imanentes a eles – pois não se trata de considerá-los como efeito ou resultante – os situam como elementos de um dispositivo de natureza essencialmente estratégica. É essa análise do porquê dos saberes, que pretende explicar sua existência e suas transformações situando-o como peça de relações de poder ou incluindo-o em um dispositivo político, que em uma terminologia nietzscheana Foucault chamará genealogia” (MACHADO, 1979, p. X).

paralisa” (LE GOFF, 2005, p. 19). Essa constatação é circular, se não paradoxal, na medida em que aponta Roma como o início e o fim do medievo ocidental.

Centrou-se esforços para elaborar neste item uma análise do percurso, que não se entende como evolutivo, mas como transformativo das formas¹¹¹, do surgimento dos direitos humanos, com a formação do estado moderno, e a passagem dos direitos humanos aos direitos fundamentais, com a passagem dos estados nação para os estados constitucionais. Nesse ínterim surgiu também a presunção de inocência, inicialmente como direito humano, a passar para a condição de direito fundamental¹¹² em razão dos movimentos constitucionalistas. Esta análise está centrada na estruturação do poder e, sobretudo, nas consequências da estruturação do poder para o direito, sempre que possível colocando em relação política, direito, economia e teologia.

66. Na história ocidental, o poder está estreitamente relacionado à autoridade, ao menos desde que os romanos cunharam o termo *auctoritas* (STOPPINO, 1998, p. 88). As análises do estado relacionam o exercício do poder a alguma autoridade que conduz o povo. Esse exercício do poder de conduzir o povo, designado por palavras distintas ao longo da história (pastorado, dominação, governo etc.) interessa neste momento. Isso não exclui a concepção ontológica de Michel Foucault acerca da natureza do poder nas diversas formas de manifestação e relação, mas a contempla, na medida em que a microfísica do poder¹¹³ é apenas uma das características do poder.

No livro **As artes de governar: do *regimen* medieval ao conceito de governo (*Les Arts de gouverner: du regimen médiéval au concept de gouvernement*)**, publicado originalmente em 1995, o filósofo francês Michel Senellart (1953...) analisou a passagem do *regímen* medieval ao conceito de

¹¹¹ Por transformativo das formas nos referiu-se a mudanças na aparência que preservam a substância, como, por exemplo, as mudanças nas formas do exercício da vigilância e do controle da população, ainda que a população permaneça controlada e vigiada.

¹¹² “A epígrafe deste capítulo – «estruturas subjectivas» – aponta para uma presunção a favor da dimensão subjectiva dos direitos fundamentais. Esta tese – a da subjectivização dos direitos fundamentais – considera, por conseguinte, que os direitos são, em primeira linha, direitos individuais. Daqui resulta um segundo corolário: se um direito fundamental está constitucionalmente protegido como direito individual, então esta protecção efectua-se sob a forma de direito subjectivo” (CANOTILHO, 1995, p. 536).

¹¹³ Sobretudo em: (FOUCAULT, 1979).

governo. No período entre a antiguidade e a idade média¹¹⁴, a liderança, o comando dos povos se dava pela dominação (*dominatio*). Já as obras medievais de Agostinho de Hipona e dos pensadores posteriores a ele foram perpassadas pela oposição entre o governo (*regere*) e a dominação pelo rei (*rex*), um tirano. Essa oposição entre governo e dominação não estava vinculada à ideia de soberania, portanto se deu fora da regulação jurídica (SEHELLART, 2006, p. 20-21).

Com a racionalização das práticas do estado, a dominação foi associada aos meios necessários para garantir a segurança do príncipe, e o governo foi associado aos meios necessários para a salvação pública. Nesse sentido, o governo foi concebido como a “arte de conciliar os interesses particulares, de conservar a forma da república ou de realizar a maior soma possível de forças”, a arte das artes (*ars artium*) (SEHELLART, 2006, p. 21-22).

67. No *regimen* medieval, a origem do poder dos príncipes era, de algum modo, vinculada ao teocentrismo. Esse poder era fundado em duas fontes, distintas, mas interligadas. Primeiro, na autoridade espiritual da igreja católica. Segundo, em uma finalidade espiritual definida pela eclesiologia cristã católica. Entretanto, Senellart adverte que o medievo não pode ser pensado como uma totalidade homogênea (SEHELLART, 2006, p. 22), o que não é um obstáculo intransponível à análise da idade média, mas uma dificuldade de pesquisa.

Apesar de não ser reconhecido nenhum superior desde o início do século XIII, condição negada pelo rei da França com inspiração nas lições do teólogo e jurista italiano Lottario dei Conti di Segni (1160-1216), o papa Innocentii III¹¹⁵, Senellart afirmou que a soberania (*superioritas*) foi objeto de elaboração jurídica e institucional antes do que é frequentemente imaginado. Por muitos séculos, os estudiosos medievais refletiram acerca da origem, natureza e exercício do poder e o

¹¹⁴ Na passagem da antiguidade para o medievo.

¹¹⁵ Innocentius III foi papa entre 1198 e 1216, filho de Thrassimond, conde de Segni, e de Claricia Scotti. Nasceu em Gavignano em 1160 e pertenceu à alta nobreza romana. Estudou no monastério *San Andrea*, localizado na XIX região administrativa (*rione*) de Roma, Celio. Foi canonizado *San Pedro*. Estudou teologia na *Université de Paris* e direito na *Universitá degli studi di Bologna*. Retornou a Roma em 1185 para fazer carreira eclesiástica. Foi nomeado cardeal por Paolo Scolari (1130-1191), o papa Clemente III (1187-1191). Clemente III foi substituído por Jacinto de Bobone (1106-1198), o papa Celestino III (1191-1198). Com a morte de Celestino III, Innocentius ascendeu ao papado. Durante dezoito anos, Innocentius III levou a monarquia papal à plenitude (*plenitudo potestatis*) em toda a Europa. Foi responsável por coroar Federico Ruggero Costantino di Hohenstaufen (1194-1250) como imperador e rei do Sacro Império Romano-Germânico, o imperador Federico II que controlou toda Europa (SOTO POSADA, 2018, p. 179-180).

relacionaram não aos direitos vinculados à função soberana, mas aos deveres do ofício do governo (*regimen*). Representaram, assim, a precedência do governo ao estado (SENELLART, 2006, p. 23).

Em que pese alguns estudiosos medievais serem acusados de ignorar as práticas de governo por negarem a realidade do estado, Senellart atribui essa omissão à concepção de governo daqueles autores, uma concepção que seria refutada pela existência do estado. Para os padres, a arte das artes era o governo das almas (*regimen animarum*) que seria somente auxiliada pelo governo dos reis. Os reis estariam encarregados de manter a ordem e a disciplina dos corpos (SENELLART, 2006, p. 24).

68. Senellart advertiu que o surgimento do estado não pode ser compreendido simplesmente pela descrição do processo de institucionalização que decorreu da centralização e fortalecimento da máquina administrativa e militar, bem como da homogeneização jurídica. Seria necessário também mostrar os caminhos pelos quais a ideia de governo político foi separada do conceito não jurídico de *regimen* e centralizada na dispersão (SENELLART, 2006, p. 25).

O termo *regimen* não pode ser simplesmente traduzido como governo, porquanto abrange múltiplas formas de ação, bem como características distintas do governo, que parecem se manifestar como uma total disparidade a partir da separação do aparelho executivo do estado. Afirma que um sentido político só é atribuído ao *regimen* tardiamente, pois uma medicina das almas é mais importante e muito mais difícil de praticar do que uma medicina dos corpos (SENELLART, 2006, p. 26-27).

Diferente da medicina dos corpos, que tem por objeto o corpo, a medicina das almas não é aplicável às almas, é exercida sobre a vontade do homem. O objetivo de um governo, uma terapêutica das almas é mais nobre que o da medicina. Ultrapassa a conservação ou reparação do estado natural. Opera como transformação completa por meio da qual a alma é despojada de tudo o que não é alma para que reencontre a semelhança divina e alcance a beatitude (SENELLART, 2006, p. 28-29).

69. Ao não conseguir subjugar o governo estatal e nem se abster da coerção, a igreja católica precisou se adaptar às regras de governo. Houve uma “quase

sacerdotalização da espada”, na medida em que o sacerdócio não foi desarmado. Reinar e governar tornaram-se sinônimos e, assim, o *regimen* se tornou a própria definição do ofício do rei. Não remanesceu nenhuma diferença entre a arte de reger (*ars regendi*) e a arte de reinar (*ars regnandi*) e, assim, as duas se confundiram numa arte de dirigir (SEHELLART, 2006, p. 30):

O rei é aquele que, em sua atividade diretiva, tem que se haver não só consigo mesmo e com sua família, mas com a maior multidão possível. Por causa dessa relação transitiva entre o governo de si, de sua casa e do reino, a ação pública é reduzida, na maioria das vezes, às regras éticas do comportamento privado. O *regimen* político, todavia, não se exerce sobre indivíduos – relação do príncipe consigo mesmo – mas sobre o conjunto que constitui a *res publica*, cidade ou reino: corpo vivo, organismo com necessidades específicas, e não grande família (SEHELLART, 2006, p. 31-32).

A simetria entre o *regimen* privado e o *regimen* político inspirou o clérigo italiano Tommaso d'Aquino (1225-1274) a questionar se as virtudes do príncipe, ao governar a *res publica*, seriam idênticas às virtudes dos particulares, bem como se o governo do estado requereria qualidades especiais. Esses questionamentos atingiram o *continuum* ético-político tradicional e pavimentaram o caminho para que o filósofo italiano Niccolò di Bernardo dei Machiavelli (1469-1527) distinguisse a virtude (*virtù*)¹¹⁶ das regras éticas comuns (SEHELLART, 2006, p. 32).

70. Apenas no século XV a diferença entre estado e governo se aprofunda. Os estudiosos italianos empregavam com frequência a palavra estado (*stato*) como sinônimo de governo que seria, como pensou Machiavelli, um exercício do poder político (*signoria*). Em 1544, o cardeal italiano Gasparo Contarini (1483-1542) escreveu que a diferença entre república (*stato*) e governo possibilitaria que uma república popular fosse dirigida (*reggersi*) de maneira aristocrática (SEHELLART, 2006, p. 32).

¹¹⁶ Machiavelli pensava que virtude (*virtù*) e fortuna eram os dois requisitos para a manutenção de um principado, embora o príncipe não precisasse dos dois simultaneamente “*che ne' principati tutti nuovi, dove sia uno nuovo principe, si trova a mantenerli più o meno difficoltà, secondo che più o meno è virtuoso colui che li acquista. E perché questo evento di diventare di privato principe, presuppone o virtù o fortuna, pare che l'una o l'altra di queste dua cose mitighi in parte di molte difficoltà: non di manco, colui che è stato meno sulla fortuna, si è mantenuto più. Genera ancora facilità essere el principe costretto, per non avere altri stati, venire personalmente ad abitarvi.*” que nos principados inteiramente novos, onde há um novo príncipe, se encontra mais ou menos dificuldade para mantê-los, conforme seja mais ou menos virtuoso aquele que o adquiriu. E porque esse evento de se transformar de homem privado em príncipe pressupõe virtude ou fortuna, para que uma ou outra destas duas coisas mitigue em parte as muitas dificuldades: não obstante, aquele que menos precisou da fortuna, se manteve mais. Gera ainda facilidade ser o príncipe constrangido, por não ter outros estados, ir habitar o novo estado (MACHIAVELLI, 1961, p. 18, tradução livre).

Retomando essa distinção entre estado e governo, o jurista e filósofo francês Jean Bodin (1529-1596) afirmou que um estado pode ser uma monarquia governada popularmente se o príncipe participar das categorias sociais, ofícios, magistraturas e aluguéis sem levar em conta nobreza, riqueza e virtudes. Nessa perspectiva, governo não é um órgão executivo, mas uma maneira que o soberano tem de distribuir honrarias e cargos conforme critérios costumeiros. O príncipe comanda um corpo vivo. O conceito de governo está inserido no cruzamento entre vontade soberana e costumes da nação (SEHELLART, 2006, p. 32-33).

O governo para Bodin, ao se distinguir do estado, não tem caráter de uma prática. Os costumes designam mais o modo de exercício da soberania do que o governo. Os limites fatuais da soberania devem se conformar aos costumes. A prática de governo é relativamente autônoma à função soberana. A monarquia será real, senhorial ou tirânica conforme o príncipe usar o poder, assim como acontecerá com a aristocracia e com a democracia. Na monarquia está em jogo a relação da soberania com o poder (SEHELLART, 2006, p. 33-34).

Para tentar se desvincular da oposição proposta por Aristóteles entre as formas saudáveis e degeneradas de Constituição, Bodin separou o governo do estado e definiu governo como uma modificação costumeira da soberania, considerando diferentes formas de exercício do poder. Dentre as formas de exercício do poder está o poder senhorial, um “direito das armas e da boa guerra” destinado a governar os súditos como o pai de família governa os escravos, um dono da casa que governa os próprios bens. A soberania é deslocada do interior das práticas jurídicas para uma concepção patrimonial inspirada na guerra (SEHELLART, 2006, p. 34-35).

71. No século XVI, Thomas Hobbes articulou o poder soberano ao governo, delineando dois problemas. Primeiro, a Constituição do soberano. Segundo, o exercício do poder como ofício (*office*), dever (*duty*) ou negócio do soberano (*business of the sovereign*). Hobbes não via a arte de governar como resultado da criação do estado. O estado obedeceria a uma lógica passional do medo, que levaria os homens a excluir o estado de natureza por meio do contrato social, e a uma lógica jurídica, de transferência dos direitos individuais ao soberano. A arte de governar seria fruto da conservação do estado (SEHELLART, 2006, p. 36).

O pressuposto da arte de governar, portanto, seria o soberano, um monarca estabelecido com plenos direitos. O governo estaria delimitado à relação institucional do poder. O poder de conservar o estado não demandaria os mesmos meios que o poder de criar o estado, como para Machiavelli. Conservar o estado não seria uma atividade restrita ao estado (*stato*) do príncipe, faria parte dos deveres para com os súditos que criam a soberania. O monopólio da força e a autoridade absoluta garantiriam o convívio pacífico. O governo não seria um conjunto de atos que reforçam o poder, na medida em que pressupõe um poder insuperável. O poder máximo seria condição de possibilidade do governo, não um objetivo do governo (SENELLART, 2006, p. 36).

A finalidade da arte de governo foi definida por Hobbes com uma fórmula romana: a salvação do povo é a lei suprema (*salus populi suprema lex*). Na ideia de salvação estariam abrangidos tanto a preservação da vida, quanto o proveito e os interesses do povo. Em proveito do povo, a arte de governo deveria favorecer o aumento da população, melhorar as comodidades da vida, conservar a paz doméstica e defender o povo contra inimigos externos. Nesse papel de governo as funções militares e as funções de polícia estavam integradas (SENELLART, 2006, p. 36)¹¹⁷.

72. Interessa especificamente o período compreendido entre os séculos XV e XX pelo surgimento das teorias absolutistas de estado que passou pelas teorias contratualistas, pelas teorias pós-revoluções e culminou nas teorias nacionalistas que resultaram nas atrocidades perpetradas nas duas guerras do século XX, cujo ápice foi a solução final proposta pelos nazistas para combater a suposta ameaça judaica.

Tomou-se como pressuposta a abordagem do jurista francês Jean-Jacques Chevallier (1900-1983), no livro **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias** (*Les grands oeuvres politiques de Machiavel à nos jours*), em que classificou os principais pensadores do estado, do período entre a modernidade até a primeira metade do século XX, em quatro grupos (CHEVALLIER, 1999).

Na primeira parte do livro, tratou dos pensadores “a serviço do absolutismo”, dentre os quais abordou **O príncipe**, de Niccolò di Bernardo dei Machiavelli, **Os seis**

¹¹⁷ Senellart advertiu que no século XVII o termo polícia passou por uma transformação. Abordamos essa ressignificação no item 2.1.

livros da república (*Les six livres de la république*), de Jean Bodin, *Leviatã* (*Leviathan*) Thomas Hobbes, e **A política extraída da sagrada escritura** (*La Politique tirée de l'écriture sainte*), do teólogo francês Jacques-Bénigne Bossuet (1627-1704).

Na segunda parte, tratou “[d]o assalto contra o absolutismo”, encabeçado em **Ensaio sobre o governo civil**, de John Locke, **O espírito das leis** (*De l'esprit des lois*), Charles-Louis de Secondat, barão de La Brede e de Montesquieu (1689-1755), **Do contrato social** (*Du contrat social*), de Jean-Jacques Rousseau, e **O que é o terceiro estado?** (*Qu'est-ce que le tiers état?*), do abade francês Emmanuel-Joseph Sieyès (1748-1836).

Na terceira parte, analisou as “consequências da revolução”, nas **Reflexões sobre a revolução francesa** (*Reflections on the revolution in France and on the proceedings in certain societies in London relative to that event*), do político liberal irlandês Edmund Burke (1729-1797), **Os discursos à nação alemã** (*Reden an die deutsche nation*), do filósofo alemão Johann Gottlieb Fichte (1762-1814), e **A democracia na América** (*De la démocratie en Amérique*), do filósofo francês Alexis-Henri-Charles Clérel, conde de Tocqueville (1805-1859).

Na quarta parte, o “socialismo e nacionalismo”, Chevallier abordou **O manifesto do partido comunista** (*Manifest der kommunistischen partei*), dos filósofos alemães Karl Heinrich Marx (1818-1883) e Friedrich Engels (1820-1895), **O inquérito sobre a monarquia** (*Enquête sur la monarchie*), do jornalista monarquista francês Charles Maurras (1868-1952), **As reflexões sobre a violência** (*Réflexions sur la violence*), do engenheiro e sindicalista francês Georges Eugène Sorel (1847-1922), **O estado e a revolução** (*Государство и революция* ou *Gosudarstvo i revolyutsiya*), do político comunista russo Vladimir Ilyich Ulyanov (1870-1924), Lenin, e **Minha luta** (*Mein kampf*), de Adolf Hitler.

73. Na passagem da antiguidade para o medievo, a igreja católica manteve intensa relação de poder sobre o povo por meio do controle ideológico e intelectual. Apesar disso, a alfabetização foi progressiva, fato que mitigou a oposição entre alfabetizados (*letterati*) e não alfabetizados (*illeterati*), anteriormente correspondente à oposição clérigos e laicos, respectivamente. A escolástica passou a ser ensinada nas universidades emergentes que, apesar de permanecer clerical, desenvolveu o

espírito crítico e favoreceu o desenvolvimento da medicina e do direito (LE GOFF, 2005, p. 10).

A aurora da idade média foi marcada pela ameaça da fome, pela onipresença da violência e pela constância das lutas sociais. Nesse contexto, os clérigos católicos se apresentaram como incapazes de reformar a igreja católica, mesmo após a criação das novas ordens monásticas, cistercienses e mendicantes, bem como as convocações de concílios papais. Para tentar manter as relações de poder, foi necessário recorrer com maior frequência à imagem do inferno para organizar um “cristianismo do medo”. Apesar disso, Jacques Le Goff recusou o título de “idade das trevas” para o século XI. Para ele, mais adequado seria designar esse século de começo do ocidente atual (LE GOFF, 2005, p. 10-11).

O período compreendido entre o século III e a primeira metade do século XIX, foi descrito por Le Goff como “um milênio e meio em que o sistema essencial continuou a ser o feudalismo, mesmo que se possa distinguir fases por vezes contrastantes”. No século IX houve um equilíbrio do modo de produção feudal, dominado pela ideologia cristã. Havia nessa época um sistema, caracterizado pela passagem da subsistência ao crescimento em razão da produção de excedentes que não foram reinvestidos (LE GOFF, 2005, p. 11-12).

Nos Estados nascidos das partilhas sucessivas do Império Carolíngio [império de Carolus Magnus (742-814), representante dos reis Francos e primeiro imperador do Sacro Império Romano-Germânico], o regime feudal chegou ao seu completo desenvolvimento nos séculos X, XI e XII. Durante esses três séculos, as instituições feudo-vassálicas, nascidas pouco antes e durante o período carolíngio, dominaram a organização política e social da França, da Alemanha e, com menor importância, a da Inglaterra, da Itália e da Espanha cristã. O desenvolvimento do feudalismo não segue a mesma evolução cronológica em todos os países. Em França (e portanto, também, na Flandres) e na Lotaríngia (a parte mais ocidental da Alemanha), o regime feudal desempenha um papel essencial na vida política, social e jurídica nos séculos X e XI e mesmo no século XII, para perder o seu vigor no século XIII. Pelo contrário, na maior parte da Alemanha, é sobretudo no fim do século XII e nos séculos XIII e XIV que o feudalismo conheceu o seu pleno desenvolvimento. Em Inglaterra, o feudalismo foi introduzido pelos Normandos depois da vitória de Hastings em 1066; em consequência do papel importante desempenhado pelo rei, apresenta aí algumas características próprias. Na Península Ibérica, o feudalismo desenvolveu-se na Catalunha, província separada do Império Carolíngio, e em Aragão, sob a influência das instituições francesas; nas outras regiões não ocupadas pelos Muçulmanos, tais como as Astúrias, Leão, Castela, Galiza e Portugal, as dependências vassálicas e feudais tiveram formas particulares, sobretudo em virtude da luta contra os Mouros; o termo feudo foi aí pouco utilizado e é suplantado por um termo próprio, *préstamo* que tem, como o termo alemão *Lehn*, o sentido de empréstimo. O feudalismo é caracterizado

por um conjunto de instituições das quais as principais são a vassalagem e o feudo. Nas relações feudo-vassálicas, a vassalagem é o elemento pessoal: o vassalo é um homem livre comprometido para com o seu senhor por um contrato solene pelo qual se submete ao seu poder e se obriga a ser-lhe fiel e a dar-lhe ajuda e conselho (*consilium et auxilium*), enquanto o senhor lhe deve proteção e manutenção. A ajuda é geralmente militar, isto é, o serviço a cavalo, porque a principal razão de ser do contrato vassálico para o senhor é poder dispor duma força armada composta por cavaleiros. O feudo é o elemento real nas relações feudo-vassálicas; consiste numa tenência, geralmente uma terra, concedida gratuitamente por um senhor ao seu vassalo, com vista a garantir-lhe a manutenção legítima e dar-lhe condições para fornecer ao seu senhor o serviço requerido. A instituição aparece sob o nome de beneficium, pelo menos desde o século VIII; o termo *fevum* ou *feodum*, de origem germânica, suplanta-o progressivamente nos séculos X e XI. Primeiro possessão vitalícia, o feudo torna-se hereditário no fim do século IX e no século X em França, e noutras regiões, mais tarde. Na França e na Lotaríngia, o poder real desaparece-se no fim do século IX – início do século X, na sequência da incapacidade dos últimos Carolíngios para resistirem às invasões normanda e húngaras. Os grandes vassalos – duques, marqueses, condes, mesmo bispos – possuidores de vastos feudos, organizam a resistência no seu senhorio e tornam-se de facto quase independentes em relação ao rei. Mas eles próprios são muitas vezes ultrapassados pelos seus próprios vassalos, pequenos senhores locais que tendem para a autonomia. Assim, a Europa Ocidental divide-se numa multiplicidade de pequenos senhorios, na posse de nobres turbulentos, que nenhuma autoridade é capaz de dominar; nenhuma justiça pode reprimir os seus distúrbios, as suas razias. Entre eles a *vendetta* é a solução normal dos conflitos; a sua força depende geralmente da dos membros da sua família, do seu clã e da dos seus vassalos. No plano económico, o pequeno senhorio forma frequentemente um domínio agrícola, explorado pelo senhor com a ajuda dos seus servos. O regime dominial é caracterizado por uma economia fechada, no sentido em que os homens vivem do produto do domínio, quase sem trocas com outros domínios; o comércio desapareceu quase completamente. O direito fica assim restringido às relações feudo-vassálicas e às relações dos senhores com os servos dos seus domínios, ou seja, a laços de dependência de homem para homem. Toda a organização estatal desapareceu. Ao mesmo tempo, assiste-se a uma decadência religiosa e a uma decadência cultural (GILISSEN, 1995, p. 188-190).

74. Os frutos do crescimento foram esbanjados na construção de monumentos em meio a pressões dos adeptos da pobreza voluntária e da igreja católica com as condenações da usura. Já entre os séculos XI e XIV, ocorreu uma significativa mudança, a ampliação dos limites terrenos em detrimento dos limites religiosos. Com isso, a atenção, antes voltada à eternidade, foi deslocada para o provisório, e o provisório foi tornado duradouro. Os ocidentais passaram a sonhar mais com a vida terrena do que com o “além” (LE GOFF, 2005, p. 12).

Le Goff advertiu para duas características centrais no estudo do medievo ocidental. A primeira, o papel central da igreja católica. A igreja católica operou tanto como ideologia dominante, apoiada em um poder temporal, quanto como religião.

Após a peste negra, os clérigos perceberam a contestação ao papel ideológico da igreja católica e responderam com a caça às bruxas, mas o papel da igreja católica não se encerrava na ideologia católica. Também impulsionou a paz e o humanismo do homem peregrino, feito à imagem e semelhança de deus, na busca pela eternidade. A segunda característica, a difusão do cientificismo e o apreço à intelectualidade. De acordo com o historiador francês “nenhuma sociedade, nenhuma civilização nutriu paixão tão intensa pela globalidade, pela totalidade, quanto a idade média. [...] Reconhecer sua unidade é antes de tudo restituir sua globalidade” (LE GOFF, 2005, p. 14-15).

A relevância do papel da igreja católica, mormente pela caça às bruxas, é central para o estudo do modelo inquisitório do processo medieval que pavimentou as análises elaboradas neste trabalho acerca da presunção de culpa. Por meio das cruzadas contra os heréticos, provavelmente os membros da igreja católica tentaram dar cabo do movimento de substituição de uma pluralidade de deuses por um único deus¹¹⁸, ou pelo menos preservar as relações de poder estabelecidas a partir da difusão dos discursos monoteístas.

A unificação do povo abaixo de um único deus foi uma brilhante estratégia política utilizada por Dominus Noster Flavius Theodosius Augustus (347-395), o imperador romano Divus Theodosius (379-395), ao tornar o cristianismo a religião oficial romana, em 27 de fevereiro de 380, por meio do édito de Tessalônica (*cunctos populos* ou *de fide catholica*) (ANCIENT ROME, 2019), para exterminar as divergências entre os povos conquistados pelo Império Romano:

[No] século IV, três monarcas do Império Romano – Diocleciano (284-305), Constantino (306-337) e Teodósio (379-395) – marcaram de modo definitivo a história da Igreja católica cristã. Diocleciano desencadeou a última ação sistemática contra os cristãos, já no final do seu reinado. Constantino, após acordo com Licínio, autorizou a liberdade de culto e a restituição dos bens confiscados aos cristãos em 313. Quanto ao imperador Teodósio, em 380, por meio do Edito de Tessalônica, adotou o cristianismo como a religião oficial do Império. Após esta decisão, em algumas províncias, ocorreu a destruição de templos e lugares consagrados aos cultos politeístas, bem como a proibição de ritos e sacrifícios. Todavia, a legalização do cristianismo e seu *status* de religião oficial não lhe conferiram imediato prestígio, nem tão pouco levaram a uma mudança generalizada na forma dos homens conduzirem suas vidas, seja no âmbito privado ou público. O

¹¹⁸ “Uma grande virada na história da humanidade foi a substituição do culto de uma pluralidade, senão de uma multidão de deuses no paganismo antigo (ainda que uma concepção unitária da divindade procurasse emergir mesmo neste caso), pela crença em um só Deus” (LE GOFF, 2005, p. 9).

processo de conversão foi lento, o cristianismo precisou conviver com as crenças pagãs e a diversidade de pensamento entre os seus fiéis (LEMOS, 2012, p. 154).

75. A verticalização social, a política hierarquizada, o modelo econômico de exploração e o dispêndio de recursos que resultou da passagem da subsistência ao crescimento, características que formaram o sistema feudal, resultaram em formas de vida variáveis conforme a posição na hierarquia social. Aproximadamente 90% da população era formada pelos leigos, categoria da qual faziam parte os burgueses.

O descontentamento com as condições de vida, com a hierarquia social, com a falta de reconhecimento da base da hierarquia social, responsável por toda a produção, e com os privilégios das classes superiores¹¹⁹, bem como a fome, culminaram, no século XVIII, chamado de século das luzes, no movimento chamado de ilustração ou iluminismo (*aufklärung*), um movimento intelectual e filosófico que teve por ideias centrais a soberania do povo, a separação das funções do poder, a preponderância das leis sobre as demais fontes do direito, a necessidade de legalidade das infrações, os direitos humanos e os direitos naturais (GILISSEN, 1995, p. 366-367).

¹¹⁹ O abade Sieyès, um dos membros eleitos como representante do povo na Assembleia Nacional Constituinte francesa de 1789, era um dos descontentes com as condições de vida do terceiro estado, do qual fazia parte à época, composto por todos os que não integravam o primeiro estado (clero) e nem o segundo estado (nobreza): “*Tels sont les travaux qui soutiennent la société. Qui les supporte? Le Tiers état. Les fonctions publiques peuvent également, dans l'état actuel, se ranger toutes sous quatre dénominations connues, l'Épée, la Robe, l'Église et l'Administration. Il serait superflu de les parcourir en détail pour faire voir que le Tiers état y forme partout les dix-neuf vingtièmes, avec cette différence qu'il est chargé de tout ce qu'il y a de vraiment pénible, de tous les soins que l'ordre privilégié refuse d'y remplir. Les places lucratives et honorifiques seules y sont occupées par des membres de l'ordre privilégié. Lui en ferons-nous un mérite? Il faudrait pour cela, ou que le Tiers refusât de remplir ces places, ou qu'il fût moins en état d'en exercer les fonctions. On sait ce qui en est. Cependant on a osé frapper l'ordre du Tiers d'interdiction. On lui a dit: «Quels que soient tes services, quels que soient tes talents, tu iras jusque-là; tu ne passeras pas outre. Il n'est pas bon que tu sois honoré.» De rares exceptions, senties comme elles doivent l'être, ne sont qu'une dérision, et le langage qu'on se permet dans ces occasions, une insulte de plus.*” Estes são os trabalhos que sustentam a sociedade. Quem os suporta? O terceiro estado. As funções públicas podem igualmente, no estado atual, resolver tudo sob quatro denominações conhecidas, a Espada, a Veste, a Igreja católica e a Administração. Seria supérfluo analisá-las em detalhe para fazer ver que o terceiro estado está em toda parte em dezenove vintésimos, com essa diferença de que ele é encarregado de tudo que é verdadeiramente penoso, de todos os cuidados que a ordem privilegiada recusa a cumprir. Os assentos lucrativos e honoríficos são ocupados unicamente pelos membros dessa ordem privilegiada. Eles nos darão um mérito? Seria necessário para isso, ou que o terceiro recusasse a preencher esses assentos, ou que fosse menos capaz para exercer as funções. Nós sabemos o que está acontecendo. Contudo se nos arriscarmos a greve à ordem do terceiro [estad] de proibição. A eles foi dito: 'Sejam quais forem teus serviços, sejam quais forem teus talentos, tu irás até lá; tu não irás além. Não é bom que tu sejas honrado.' Com raras exceções, sentidas como eles devem ser, são apenas uma zombaria, e a linguagem que se permite nessas ocasiões, um insulto a mais (SIEYÈS, 2002, p. 3, tradução livre).

Legatários da crise do século XVII, os membros dos povos europeus excluídos dos regimes de privilégios, possivelmente com o apoio de membros privilegiados descontentes com as posições que ocupavam, se rebelaram em pelo menos três grandes eventos. Primeiro, a revolução gloriosa (*Glorious Revolution*), em Inglaterra (1688-1689)¹²⁰, que resultou na edição da carta de direitos (*bill of rights*) em 1688 (UNITED KINGDOM, 1688). Segundo, a revolução estadunidense (1776-1777), iniciada com a declaração da independência das treze colônias e que resultou na aprovação da primeira Constituição moderna no ocidente (UNITED STATES OF AMERICA, 1788). Terceiro, a revolução francesa (1789-1799) que resultou na Assembleia dos Estados Gerais, na Assembleia Nacional Constituinte, na declaração dos direitos do homem e do cidadão (*déclaration des droits de l'homme et du citoyen*), todas em 1789 (RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, 1789), e na Constituição de 1791 (RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, 1791).

76. Entretanto o modelo democrático moderno francês, mais difundido que o inglês e o estadunidense, nada tinha a ver com a democracia ateniense. Essa foi uma fórmula política burguesa que tinha a finalidade de extinguir os privilégios dos clérigos e dos nobres, e tornar o governo responsável perante a burguesia. Não houve um ideal de defesa do povo contra as classes opressoras, mas a defesa da propriedade contra a arbitrariedade e irresponsabilidade dos estamentos superiores.

Enquanto a democracia ateniense visava concentrar poderes nas mãos dos cidadãos (*demos*), a democracia moderna surgiu como movimento de limitação dos poderes governamentais, sem preocupação com os interesses do povo. As instituições da democracia liberal foram adaptadas perfeitamente à origem do

¹²⁰ Contudo, os direitos inscritos nesse documento, como toda posituação, não foram garantidos: "A 'crise da consciência europeia' fez ressurgir na Inglaterra o sentimento de liberdade, alimentado pela memória da resistência à tirania, que o tempo se encarregou de realçar com tons épicos. Por outro lado, as devastações provocadas pela guerra civil reafirmaram o valor da harmonia social e estimularam a lembrança das antigas franquias estamentais, declaradas na *Magna Carta*. Generalizou-se a consciência dos perigos representados pelo poder absoluto, tanto na realeza dos Stuart quanto na ditadura republicana do *Lord Protector*. No entanto, as liberdades pessoais, que se procuraram garantir pelo *habeas corpus* e o *bill of rights* do final do século, não beneficiavam indistintamente todos os súditos de Sua Majestade, mas, preferencialmente, os dois primeiros estamentos do reino: o clero e a nobreza. A novidade é que, pela sua formulação mais geral e abstrata do que no texto da Magna Carta, a garantia dessas liberdades individuais acabou aproveitando, e muito, à burguesia rica. Pode-se mesmo afirmar que, sem esse novo estatuto das liberdades civis e políticas, o capitalismo industrial dos séculos seguintes dificilmente teria prosperado" (COMPARATO, 2017, p. 61).

movimento. Com isso surgiu a primeira geração¹²¹ dos direitos humanos. As declarações de direitos estadunidenses e francesa representaram uma inversão das relações sociais. Até então, os indivíduos se submetiam à coletividade, apresentada pela família, pelo clã, pelo estamento e pelas organizações religiosas. A partir das declarações de direitos, os indivíduos passaram a ter direitos oponíveis contra a coletividade (COMPARATO, 2017, p. 63-65).

A característica central dessa geração de direitos é o princípio da legalidade, convertido em característica central do estado moderno, operando em duas direções distintas para realizar um movimento complementar. Por um lado, a legalidade serviu para inscrever os direitos humanos em leis, ainda que nomeados como cartas ou declarações. Por outro, serviu para tentar estabelecer limites à razão de estado. A finalidade declarada, sobretudo dos franceses, foi de reconhecer direitos que protegessem os homens e os cidadãos pela delimitação do que podia ser feito e do que não podia. Para o estado, as leis representariam os limites do poder de agir; fora desses limites, a atuação seria ilícita. Para os homens e os cidadãos, a legalidade serviria de reconhecimento de direitos que os permitiriam fazer tudo o que não estivesse proibido e que o estado só agisse conforme os limites fixados nas leis.

A expressividade das transformações, somada à pretensão de universalização dos direitos pelos revolucionários franceses¹²², impulsionou a expansão dos ideais revolucionários, e conseqüentemente dos direitos humanos, por quase toda a Europa:

O final do século XVIII foi uma época de crise para os velhos regimes da Europa e seus sistemas econômicos, e suas últimas décadas foram cheias de agitações políticas, chegando até o ponto de revoltas, de movimentos coloniais em busca de autonomia, às vezes atingindo o nível da secessão; não só nos Estados Unidos (1776-83), mas também na Irlanda (1782-84), na Bélgica e em Liège (1787-90), na Holanda (1783-87), em Genebra e, até mesmo, na Inglaterra (1779). A quantidade de agitações políticas é tão grande que alguns historiadores mais recentes falaram de uma 'era da

¹²¹ Há uma discussão acerca do termo correto: geração ou dimensão. De acordo com adeptos do termo dimensão, estaria implícito no termo geração a superação das gerações anteriores. De todo modo, não é novidade que esses direitos coexistem. Optou-se pelo termo geração porque expressa o marco temporal de surgimento dos diversos direitos. Especificamente a primeira geração é composta por direitos individuais de matriz liberal, os direitos civis e políticos, embora todo direito coletivo ou difuso seja também individual.

¹²² “Art. 16. *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*”. Art. 16. Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição” (RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, 1789, tradução livre).

revolução democrática', na qual a Revolução Francesa foi apenas um exemplo, embora o mais dramático e de maior alcance e repercussão. Na medida em que a crise do velho regime não foi puramente um fenômeno francês, há algum peso nessas observações (HOBBSAWM, 1996, p. 10).

Essa primeira conquista de direitos por meio de revoluções consagrou o termo direitos humanos, sobretudo em razão do título da declaração francesa dos direitos. No século XIX, a atomização da sociedade resultou no empobrecimento das massas de proletários. As divergências individuais, inspiradas nos escritos de intelectuais da época, culminou em organizações e revoltas das classes trabalhadoras. Algumas das reivindicações francesas foram atendidas na Constituição de 1848 (RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, 1848). No início do século XX foram afirmados os direitos humanos de segunda geração, sociais, econômicos e culturais, nas Constituições mexicana, de 1917 (ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 1917), e alemã de Weimar, de 1919 (LANDSCHAFTSVERBAND WESTFALEN-LIPPE, 1919). Assim os direitos humanos passaram do modelo liberal de estado de direito ao modelo social.

A fase de internacionalização dos direitos humanos, com o chamado direito humanitário, ocorreu entre a segunda metade do século XIX, com a convenção de Genebra, em 1864, e findou após a segunda guerra mundial, com a declaração universal dos direitos humanos (*universal declaration of human rights*), em 10 de dezembro de 1948, passando pela criação de diversos organismos internacionais, dentre os quais a Organização das Nações Unidas (*United Nations*) e a Organização Internacional do Trabalho (*International Labour Organization*) (COMPARATO, 2017, p. 67-68).

Nesse período, foram impulsionados os processos de internalização dos direitos humanos, por meio da adesão às convenções, mas também da inscrição nos textos constitucionais. A internalização por adesão é chamada de ratificação, um procedimento executivo-legislativo por meio do qual um estado reconhece os direitos inscritos na convenção e se compromete a aplicá-los. A inscrição nos textos constitucionais é a chamada positivação, por meio do qual os direitos humanos são convertidos em fundamentos de uma Constituição, razão pela qual adquirem o título de direitos fundamentais. Com esses movimentos e o fracasso dos direitos humanos na tentativa de conter as guerras, o ocidente passou por um novo movimento constitucionalista, chamado democrático de direito, de modo que para um estado de

direito ser considerado democrático passou a ser pressuposto um contexto democrático no qual as Constituições foram criadas.

77. Apesar de serem frequentes as referências às conquistas de direitos, Agamben explorou a fratura entre vida biológica (*zoé*) e vida política (*bios*) circunscrita nessa carta que separa homens (*zoé*) de cidadãos (*bios*). A exceção, como argumentou-se anteriormente, captura a *zoé* por uma exclusão includente, isto é, a exclui do ordenamento na medida em que a inclui. Nessa direção, à luz do pensamento agambeniano, entende-se que os direitos humanos se apresentam como exceção desde a origem. Surgem a pretexto de eliminar a fratura entre cidadãos e homens, mas capturam a vida biológica dos indivíduos fora do campo jurídico, separam-na da vida qualificada e incluem os corpos entre os recursos administráveis. Essa operação ocorre desde o núcleo do sistema político-jurídico ocidental, a busca da igualdade.

O direito moderno é fruto, dentre um complexo de condicionantes que antecederam e constituíram a modernidade, do liberalismo. Surgiu a pretexto de assegurar, dentre outras coisas, a liberdade nas trocas comerciais e a igualdade entre os parceiros de negócios. Se uma das partes não fosse livre, não poderia trocar como quisesse. Se não fosse igual, poderia ser subjugada. Assegurando igualdade e liberdade, os modernos acreditaram que seria possível chegar a um preço justo. Contudo, igualdade e liberdade se articulam e, em alguns momentos, coincidem. Não somos livres, nem iguais. Ainda assim, a promessa dos ordenamentos político-jurídicos modernos e contemporâneos é de igualdade. Sem igualdade não teríamos direito, mas arbitrariedades.

As mais diversas normas, com preponderância para a proteção da propriedade privada, nos conservam nessa condição. Somos excluídos da possibilidade de rejeitar o *status quo* na medida em que somos incluídos na sujeição ao direito. Somos excluídos da própria condição de sujeitos de direito quando, por meio de uma das formas jurídicas do estado de exceção, temos suspenso algum de nossos direitos, e incluídos num resto, tornamo-nos vida nua. Dito de outro modo, novamente em consonância com Agamben, os direitos humanos funcionam como linha divisória dos limites do campo de concentração.

Essa e outras constatações demarcam uma nova etapa na história do estado moderno (ARENDR, 1989) e, conseqüentemente, dos direitos humanos (BOBBIO, 2004), que pode ser chamada de fim, declínio, derrocada etc. De todo modo, o fato é que os direitos humanos, assim como os direitos fundamentais, não foram suficientes para evitar as várias guerras do século XX. Além disso, as relações de poder se sobrepuseram a todos e quaisquer direitos invocados pelas vítimas. Daí a expressividade de Agamben com as proposições de inoperosidade, potência destituente, profanação e desativação do direito.

3.1 De modelos de processo a sistemas processuais, as matrizes das presunções

“La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi. Chiamiamoli ‘primato dell’ipotesi sui fatti’: chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte sono in mano sua ed è lui che l’ha intavolato, punta sulla ‘sua’ ipotesi. Sappiamo sua quali mezzi persuasivi conti (alcuni irresistibili: ad esempio, la tortura del sonno, caldamente raccomandata dal pio penalista Ippolito Marsili); usandoli orienta l’esito dove vuole.”
(Franco Cordero)

78. Neste item tratou-se da passagem dos modelos de processo, as formas de procedimento judicial, aos sistemas processuais. Fez-se uma incursão pelas estruturas processuais criminais do direito ateniense, do direito romano¹²³, das inquisições, da modernidade pós-revolucionária, finalizando na contemporaneidade com as discussões acerca dos sistemas processuais criminais no continente

¹²³ Conforme as lendas, o território no qual o Império Romano foi estabelecido era tomado pela selvageria e anarquia. A fundação de Roma se deu por bandidos, aventureiros e pessoas repudiadas por parentes que abandonaram tudo em troca da liberdade. O povo romano era, assim, na origem, um povo bárbaro que vivia de saques, jogos, festas e raptos de mulheres. Ainda segundo a lenda, Romolo, o chefe de Roma, que na origem matou o próprio irmão, instituiu a ordem e o direito para conter a barbárie e, para proteger o povo, instituiu o poder real. A família foi instituída com o raptos das Sabinas, depois foi fundado o estado e, por fim, a religião. A expressividade do Império Romano e sobretudo do *Corpus juris civilis* tornam a incursão imprescindível à genealogia (JHERING, 1943, p. 77). Obviamente, assassínios impunes, raptos de mulheres, festas e jogos públicos não constituem uma desordem de coisas. Pelo contrário. Há aí uma ordem, ainda que reprovável, ao menos em relação às mortes e aos raptos. Somente a partir dessa ordem, como já advertiram Agamben e Carl Schmitt, salvaguardadas as diferenças conceituais e posicionamentos, é possível estabelecer um ordenamento político-jurídico.

americano. Mas precisa-se observar que a formação do direito processual criminal é tardia. Apenas com o *regio decreto-legge* nº 652, de 30 de setembro de 1938, foi tornado disciplina autônoma nas universidades italianas¹²⁴. No Brasil, a autonomia do direito processual criminal é resultado dos esforços realizados a partir da segunda metade do século XX.

Antes de abordar a história do processo criminal é necessário esclarecer a moderna distinção entre processo e procedimento. Para isso são valiosas as lições do jurista italiano Franco Cordero (1928...). Primeiro, a confusão desde o medievo até o século XVI, pelo menos, entre processo e procedimento: “na velha nomenclatura medieval, barroca e ainda setecentista, estilo ou rito designam o modo no qual trabalham nos tribunais; e na língua curialesca, frequentemente processo equivale a procedimento, entendido como figura jurídica ou evento histórico”. Segundo, a concepção da estrutura processual: “máquinas complicadas os processos, a análise requer ferramentas adequadas ao fenômeno jurídico e alguns conspícuos aspectos metalegais”¹²⁵.

Contemporaneamente, o processo é pensado como um instrumento, instaurado por impulso do direito-dever de ação de alguém legitimado para tanto, por meio do qual o juiz atua não apenas dizendo o direito (*juris dictio*) mas exercendo “um *poder* [...] de vida e de morte, que não encontra comparação, pela singularidade, dentre as outras faces com as quais o poder estatal se manifesta” para acertar os casos. No ato de dizer o direito “está pressuposto o *conhecimento*, em face da *estrutura processual como um todo*. [...] faz-se o processo para que alguém que tendo poder para decidir, mas não conhecendo devidamente, possa, em face [...] [do processo], decidir” (COUTINHO, 2018b, p. 195-197). A finalidade do instrumento varia conforme o modelo de processo, acusatório ou inquisitório.

Por outro lado, o procedimento é pensado como conjunto de atos processuais, dentre os quais estão a comunicação sobre a instauração do processo

¹²⁴ “Apesar dessa *juventude* [do processo criminal], de tanto em tanto há quem misture as coisas e manejando as datas – que, no tema, pode-se contar em séculos e talvez milênios – queira tratar dos sistemas processuais penais (ou da visão que se tem deles) como algo antigo e, por isso, superado. Há, por evidente, um equívoco em conclusões do gênero” (COUTINHO, 2018b, p. 63).

¹²⁵ “*nella vecchia nomenclatura medioevale, barocca e ancora settecentesca, ‘stilus’ o ‘ritus’ designano il modo in cui lavorano dei tribunali; e in lingua curialesca, spesso ‘procedura’ equivale a ‘procedimento’, inteso quale figura giuridica o evento storico. [...] essendo macchine complicate i processi, l’analisi richiede arnesi adeguati al fenomeno giuridico nonché ad alcuni cospicui aspetti metalegali*” (CORDERO, 1986, p. 3, tradução livre).

(citação), a comunicação dos atos processuais subsequentes (intimação), a apresentação de defesa, a realização de audiências, as perícias, as decisões etc. Enfim, as concepções de Cordero e de Agamben se encontram quando o primeiro chama o processo de máquina e o segundo chama todo o ordenamento político-jurídico de máquina.

O percurso histórico que se fez não é entendido como uma análise evolucionista, inspirada na historiografia positivista inaugurada pelo historiador alemão Leopold von Ranke (1795-1886)¹²⁶, mas a possibilidade de abertura de uma clareira. Desse modo pretende-se, com a caixa de ferramentas construída por Agamben, chamada projeto *homo sacer*, explorar as zonas de indistinção formadas no cruzamento entre conceitos de campos distintos para, a partir disso, refletir sobre os sentidos e sobre as possibilidades do estado de exceção na estrutura processual.

O marco temporal da conversão das formas de procedimento judicial em sistemas processuais não foi mero acaso. O racionalismo moderno não resultou somente na fundação do estado moderno, e nem somente nos direitos humanos, mas também na moderna ciência, com a pretensão de qualificar o conhecimento através dos métodos racionais por meio dos quais seria possível obter a Verdade¹²⁷.

Dentre os pressupostos teóricos da ciência moderna está a concepção de sistema desenvolvida por Immanuel Kant que posteriormente foi incorporada às

¹²⁶ “Disse [Ranke] então que o verdadeiro mister do historiador não consiste, como outros presumiam, no querer faze-lo juiz supremo do passado, a fim de instruir os contemporâneos em benefício das vindouras gerações. Quem quer que se ocupe da história, ajuntou, em vez de propor tão alta missão, deve contentar-se com ambições mais modestas. O que se propõe ele é apenas mostrar (o sucedido) "tal como efetivamente sucedeu". Estas últimas palavras — ‘tal como efetivamente sucedeu’: *wie es eigentlich gewesen* — parecem a muitos resumir o principal da contribuição historiográfica de Ranke. É uma fórmula sem dúvida infeliz, porque sua redação pode dar margem a interpretações que não correspondem ao pensamento do autor e, em muitos casos, são radicalmente opostas a esse pensamento, tal como foi desenvolvido e realizado ao longo de toda sua obra. [...] O espetáculo que ele vê desenvolver-se ao longo dos séculos, nem sempre é um espetáculo público, e para evidenciá-lo são necessários recursos de que Ranke dispunha notavelmente e que lhe permitiam, sem afetação retórica, organizar numa ordem plausível o emaranhado de acontecimentos muitas vezes invisível a olho nú. Dele se disse que, entre os historiadores, foi o maior escritor da Alemanha” (HOLANDA, 1974, p. 437).

¹²⁷ Diferenciou-se no texto Verdade de verdade, partindo da diferença ôntico-ontológica entre ente e ser, abordada por Martin Heidegger. Por Verdade, se refiro à pretensão essencialista de dizer o todo, ignorando a existência do indizível, dos limites da linguagem. A verdade, por outro lado, situa-se no âmbito das possibilidades linguísticas, aquilo que se pode dizer, uma potência linguística. Considerando que, de acordo com Heidegger, o ente é o todo, inacessível, somente se pode falar do ser, daquilo que se apresenta, a Verdade só pode ser o ente e a verdade o ser (HEIDEGGER, 2005, p. 47-56; CARNELUTTI, 1997, p. 5; COUTINHO, 2018a, p. 198-203).

teorias do direito¹²⁸. Esta é a razão subjacente ao ordenamento jurídico, um sistema formado pelo conjunto de normas organizadas conforme critérios de hierarquia, especialidade e temporalidade para evitar que existam antinomias e anomias.

Também pressuposta na ciência moderna, a Verdade, objetivo último do metódico fazer da ciência moderna e fundamento da crença na racionalidade, foi transplantada para o direito, de modo que as normas pudessem ser vistas como a Verdade¹²⁹. Na matriz jusnaturalista, as normas eram concebidas como legado divino, a vontade de deus convertida em mandamentos que os homens deveriam cumprir. Na matriz juspositivista, as normas eram concebidas como resultado das deliberações racionais dos homens, portanto não como deliberações Verdadeiras, mas como Verdadeiras deliberações (DWORKIN, 2002, p. 41-52; ASCENSÃO, 1987, p. 155-157, 170-174 e 177-181).

79. Apesar da dificuldade e das dúvidas acerca das fontes antigas, baseou-se em alguns textos para tentar estudá-las, iniciando pela estrutura processual ateniense¹³⁰. Parte-se da descrição do jurista brasileiro João Mendes de Almeida Júnior (1856-1923) que omitiu o período ao qual se referiu¹³¹. De acordo com ele,

¹²⁸ “Sobre o conceito geral de sistema [...] é ainda determinante a definição clássica de KANT, que caracterizou o sistema como «a unidade, sob uma ideia, de conhecimentos variados» ou, também, como «um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios»” (CANARIS, 2002, p. 9-10).

¹²⁹ “Afirma-se corretamente que esta questão de perspectivar-se relativamente a um fim *ideal*, perante o qual quaisquer categorias intraprocessuais vêm a relevar-se meros «meios» de o realizar. E assim, se criou o consenso, praticamente unânime e de que a nossa jurisprudência se faz eco, de que o verdadeiro fim do processo penal só pode ser a *descoberta da verdade* e a *realização da justiça* (ou mesmo só desta última, já que também perante ela surge a descoberta da verdade como mero pressuposto). [...] Também a *segurança* é [...] fim do processo penal. O que não impede que instituto como o do «recurso de revisão» [...] contenham na sua própria razão de ser um atentado frontal àquele valor, em nome das exigências de justiça. Acresce que só dificilmente se poderia erigir a segurança em fim único, ou mesmo prevalente, do processo penal. Ele mesmo entraria então constantemente em conflitos frontais e inescapáveis com a justiça” (DIAS, 1974, p. 43-44).

¹³⁰ “Não há propriamente que falar de direito grego, mas de uma multidão de direitos gregos, porque, com exceção do curto período de Alexandre o Grande, não houve nunca unidade política e jurídica na Grécia Antiga. Cada cidade tinha o seu próprio direito, tanto público como privado, tendo caracteres específicos e evolução própria. Nunca houve leis aplicáveis a todos os Gregos; no máximo, alguns costumes comuns. Na realidade, conhece-se mal a evolução do direito da maior parte das cidades; apenas Atenas deixou traços suficientes para permitir conhecer os estádios sucessivos da evolução do seu direito” (GILISSEN, 1995, p. 73).

¹³¹ O jurista belga John Gilissen dividiu a história jurídica grega esquematicamente em sete períodos: civilização cretense (séculos XX a XV a.e.c.), civilização micénica (séculos XVI a XII a.e.c.), época dos clãs em alguns territórios, formação das cidades (*pólis*) noutros territórios, regime democrático (séculos VIII a VI a.e.c.), unificação grega por Alexandre o Grande (fim do século IV a.e.c. a III a.e.c.) e fragmentação da Grécia em múltiplas monarquias governadas por reis absolutos que converteram as respectivas vontades em “leis vivas”, expressão adotada mais tarde por imperadores romanos e, posteriormente, monarcas da Europa ocidental (GILISSEN, 1995, p. 73-75).

havia quatro jurisdições criminais, três especializadas e uma comum. A assembleia do povo era incumbida de julgar os crimes políticos mais graves. O areópago foi inicialmente responsável por julgar todos os crimes e posteriormente por julgar homicídios premeditados, envenenamentos, afogamentos, incêndios e alguns crimes apenados com a morte. Os efetas julgavam os homicídios não premeditados. Os heliastas, com atribuições residuais, julgavam os demais crimes (ALMEIDA JÚNIOR, 1959a, p. 22-23).

Os crimes atenienses eram divididos em públicos e privados, cada um perseguível conforme procedimentos distintos. Nos crimes públicos, em razão do interesse público, qualquer cidadão podia acusar o responsável perante a jurisdição respectiva e, em alguns crimes contra a pátria, a acusação era feita por magistrados (*tesmotetas*) perante o Senado ou a Assembleia do Povo, a quem incumbia decidir se haveria ou não um julgamento. Nos crimes privados, cujas lesões atingiam somente os particulares, a acusação podia ser formulada pelas vítimas, assim como pelos respectivos familiares, tutores ou senhores (ALMEIDA JÚNIOR, 1959a, p. 23).

As acusações eram formuladas perante magistrados (*arcontes*). Os acusadores expunham as denúncias, apresentavam elementos que embasavam as acusações, prestavam juramento e caução de que não iriam desistir. Os *arcontes* designavam os tribunais, convocavam os cidadãos que comporiam um conselho responsável por julgar os fatos, apreciavam as escusas, tomavam os juramentos dos juízes, invocando a vingança dos deuses sobre as raças dos envolvidos em caso de infringência da lei e designavam o dia do julgamento em intervalo não superior a um mês (ALMEIDA JÚNIOR, 1959a, p. 23-24).

Durante o intervalo entre a designação do dia e o julgamento, eram expostas publicamente as acusações no pretório para que qualquer pessoa pudesse apresentar provas favoráveis à acusação ou à defesa. O imputado era notificado para comparecer ao julgamento. Do acusador era exigido o depósito de algum valor, posteriormente entregue ao vencedor. As partes produziam as provas. Exceto em conspirações contra a pátria, os imputados podiam aguardar os julgamentos em liberdade mediante caução ou fiança de três cidadãos que se responsabilizavam pelo comparecimento do imputado ao julgamento (ALMEIDA JÚNIOR, 1959a, p. 24).

No dia do julgamento, os juízes se reuniam, presididos pelo *tesmoteta*, separados da multidão apenas por uma corda. Um secretário (*episteta*) lia publicamente a acusação. Em seguida o acusador se manifestava e produzia as provas. Seguido do acusador, o imputado ou um defensor apresentava a defesa e ouvia testemunhas que eram obrigadas a comparecer pessoalmente, sob pena de multa. Manifestações orais e inquirições eram feitas conforme os interesses dos acusadores e defensores, desde que não extrapolassem os limites temporais. Ao fim dos debates, o *tesmoteta* ordenava que um *episteta* ou um *arauto* organizasse as votações, uma sobre a culpabilidade e outra sobre a pena. O empate quanto à culpabilidade era suficiente para a absolvição (ALMEIDA JÚNIOR, 1959a, p. 24-25).

Em caso de condenação, o imputado era entregue aos magistrados de polícia, vigilância, inspeção das prisões e execução das sentenças criminais, chamados *Onze*. Se, por outro lado, o imputado era absolvido, o acusador era submetido a julgamento para verificar se a acusação era fundada, temerária ou caluniosa. Se um quinto dos juízes votava a favor do acusador, a acusação era considerada fundada. Senão era considerada temerária e punida com multa e interdito do direito de acusar. Se era caluniosa a acusação, as penas eram mais elevadas (ALMEIDA JÚNIOR, 1959a, p. 25). Esse foi um modelo de processo formalista e competitivo no qual eram usadas poucas palavras¹³².

80. Essa forma de procedimento estruturou um modelo de processo no qual a acusação estava à disposição das partes e ao juiz competia somente o papel de julgar. Em suma, é um sistema acusatório para os termos modernos, na medida em que as partes eram responsáveis pela gestão da prova. O jurista brasileiro João Gualberto Garcez Ramos (1996, p. 43) afirma que esse modelo foi importado para o Império Romano.

Franco Cordero afirma que os romanos importaram da Grécia a *Erística*, derivada do grego *eris*, contensão (*contesa*), uma figura de parentesco mais sombrio, “surgida à noite como morte, sono, engano, velhice, sem inspirar significados negativos na derivação que designa a arte do contraditório”, uma

¹³² “*All’economia verbale típica del formalismo agonistico accusatorio l’inquisizione oppone parole a diluvio: inevitabile qualche effetto ipnotico-vertiginoso-alucinatorio; fatti, tempi, nessi, svaniscono nel caleidoscópico parlato;*” À economia verbal típica do formalismo competitivo acusatório a inquisição opõe um dilúvio de palavras: inevitável qualquer efeito hipnótico-vertiginoso-alucinatório; fatos, tempos, nexos, desaparecem no caleidoscópico falado (CORDERO, 1986, p. 52, tradução livre).

“técnica verbal tomada em alta consideração nos ambientes sob fortes tensões políticas, apesar de gerar quase somente inflações fonéticas, era uma máquina de alto rendimento nos ambientes adequados” (CODERO, 1986, p. 37). Portanto, elaborada na cultura helenística, passou a Roma.

O Império Romano é geralmente dividido em quatro períodos, conforme os regimes políticos instalados. Primeiro, a realeza (séculos VIII a VII a.e.c.), com a instalação de populações pastoris a leste e ao sul do Tibre que algumas vezes formaram aldeias ocupadas por famílias patriarcais organizadas em *gentes* e outras se reuniam sob um chefe (*rex*) imposto por habilidade ou por força. Segundo, a república (470 a.e.c. ao século I a.e.c.), progressivamente formada, com recuos. Terceiro, o alto império (século I a.e.c ao século III), em decorrência da crise política causada pelo crescimento econômico, pelas dificuldades sociais e pelas conquistas do império sobre outros povos. Terceiro, o baixo império (século III a 565), após a anarquia militar foi reorganizado pelos imperadores Diocletianus (284-305) e Constantinus I (306-337), cujo último imperador foi Justinianus (527-565) (GILISSEN, 1995, p. 81-85).

As fontes do direito romano eram múltiplas e variáveis conforme cada uma dessas fases¹³³. No direito antigo, eram reconhecidos os costumes, a legislação e a Lei das XII Tábuas, com preponderância dos costumes. No direito clássico, haviam os costumes, a legislação, os éditos (*edicta*) dos magistrados, a jurisprudência e os escritos dos jurisconsultos. Os costumes foram sobrepostos pelos éditos dos magistrados, pela jurisprudência e pelos escritos dos jurisconsultos a partir do século III a.e.c. até que, no ano 13, o Senado reconheceu a força obrigatória dos éditos deliberados no conselho imperial. Dessa forma a legislação imperial, fundada

¹³³ O jurista português José de Oliveira Ascensão (1932...) dividiu o direito romano em três fases. Primeiro, o direito romano quiritário, um direito não escrito, formado a partir da tradução das tradições (*mores maiorum*), existente no período que antecedeu a formação da cidade e pertenceu simultaneamente aos grupos menores: entidades políticas, famílias, *gentes* e tribos. Originalmente, o conhecimento desse direito era exclusivo dos patrícios. Provavelmente em consequência das lutas sociais foi difundido. Segundo, o direito romano nacional, consequência da expansão romana que tornou os *mores maiorum* incompatíveis às necessidades de comunidades distintas. Terceiro, o período do direito romano universal, decorrente das codificações imperiais em que o *jus honorarium* se tornou um verdadeiro sistema normativo mesmo antes da fusão com o *jus civile*. Esse direito foi marcado pelas influências cristãs após a introdução do cristianismo como religião oficial pelo imperador Theodosius I (ASCENSÃO, 1987, p. 111-113). Com outra perspectiva: (JHERING, 1943, p. 131-132).

na *auctoritas principis*, paulatinamente se tornou mais abundante a partir do século II (GILISSEN, 1995, p. 82-91).

O jurista romano Eneo Domitius Ulpianus (150-223), ainda no século II, afirmou que a Constituição imperial tinha a mesma autoridade que a *lex* da fase republicana, mas nem todas as Constituições tinham a mesma autoridade. Por isso, eram divididas em quatro categorias: os éditos (*édicta*) eram aplicáveis em geral a todo império, exceto em alguns locais específicos; os decretos (*decreta*), julgamentos feitos pelo imperador e pelo conselho imperial, eram precedentes que obrigavam os juízes inferiores; os rescritos (*rescripta*), pareceres do imperador e do conselho imperial aos funcionários, magistrados e particulares, tinham valor de regras de direito aplicáveis analogicamente a casos semelhantes; e as instruções (*mandata*) dirigidas pelo imperador aos governadores de província regulavam matérias administrativas e fiscais (GILISSEN, 1995, p. 88-89).

No direito do baixo império, com a decadência política, intelectual e econômica, aliadas às influências das ideias morais e religiosas orientais, dos povos conquistados, que incidiram sobre o cristianismo, vários princípios do direito privado foram transformados. Foram criadas novas instituições que abriram a senda na qual o feudalismo se instalou. O centro do Império Romano foi transferido de Roma para Constantinopla e, posteriormente, com a queda de Roma, remanesceu somente o Império Romano Oriental. O direito dos jurisconsultos foi substituído por um direito chamado “direito vulgar”, emanado de novos costumes e dos atos dos legisladores. A principal fonte de direito foi a legislação imperial (GILISSEN, 1995, p. 91-92).

Nesse período foram realizadas as grandes codificações, o *Codex theodosianus*, redigido por ordem de Flavius Theodosius Augustus, o imperador Theodosius II (401-450), e, posteriormente, o *Corpus juris civilis*, redigido por ordem do imperador Justinianus. O *Corpus juris civilis* foi dividido em quatro partes: leis imperiais (*Codex Justiniani*), compilação de extratos de 1500 livros escritos por jurisconsultos da época clássica (*Digesta* ou *Pandectas*), manual de ensino do direito (*Institutiones Justiniani*) e mais de 150 Constituições promulgadas¹³⁴ por

¹³⁴ Por um lado, esses textos normativos não podem ser entendidos como as Constituições criadas a partir dos séculos XVII e XVIII. Por outro, considerando as características da *auctoritas*, a ausência de informação sobre participação popular, bem como a quantidade de Constituições elaboradas, provavelmente houve uma outorga, uma imposição. Em termos contemporâneos, a promulgação está vinculada à participação popular. Na teoria constitucional, a promulgação de uma

Justinianus depois da publicação do *Codex* chamadas de leis novas (*Novellae*) (GILISSEN, 1995, p. 92).

No direito do império bizantino, o *Corpus juris civilis* permaneceu a legislação aplicável, mas foi simplificado e resumido em 740, por ordem do imperador Leo III (685-741). Posteriormente, no século IX, o imperador Leo VI (866-912) ordenou a reforma, chamada de Basílicos (τὰ βασιλικά), as leis reais, que suplantaram o *Corpus juris civilis* a partir do século XII (GILISSEN, 1995, p. 92-93).

81. Mais interessado nas relações sociais e na complexidade dos direitos romanos, mas sem notar importantes detalhes das relações de poder¹³⁵, Rudof von Jhering, em **O espírito do direito romano nas diversas fases do seu desenvolvimento** (*Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*) anotou a aparição da oposição entre direito religioso (*fas*) e direito laico (*jus*) desde a criação de Roma. O direito religioso era considerado santo e revelado. O termo direito divino ou direito religioso abrangia a forma jurídica da religião. Era dividido em direito público e direito privado (JHERING, 1943, p. 193).

Mas nem todo direito tinha caráter religioso, pois a substância religiosa não penetrava em todo o direito. As relações sociais estavam separadas pelas oposições entre deus e homem, religião e estado. O *jus* era instituído pelos humanos e variável, cuja força obrigatória era corolário de um acordo geral do povo e o descumprimento interessava apenas aos humanos. Já o *fas* era imutável, fundado na vontade divina e, por isso, somente os deuses podiam alterá-lo. A violação do *fas* era uma ofensa aos deuses (JHERING, 1943, p. 193)¹³⁶.

Constituição é consequência da elaboração por uma assembleia constituinte eleita pelo povo, com debates com a sociedade.

¹³⁵ Sobre a decadência do direito romano no baixo império e os arranjos nos tribunais (CORDERO, 1986, p. 34-37).

¹³⁶ As violações ao *fas* geram uma oposição entre vítimas e agressores, uma estrutura dual que inspira e permanece inerente à teoria do direito, a partir da lógica binária pela qual operamos: lícito-ilícito. Essa separação, que também é uma exclusão inclusiva, porquanto exclui da categoria lícito todos os atos que contrariam as normas para os incluir na categoria do ilícito, é uma estrutura fundamental dos agrupamentos humanos. Foi descrita na crítica do filósofo alemão Friedrich Nietzsche (1884-1900) sob as categorias bem-mal, bom-mau, romanos-judeus, lobos-cordeiros, cidadão-estrangeiro etc.: “Este ‘ruim’ de origem nobre e aquele ‘mau’ que vem do caldeirão do ódio insatisfeito – o primeiro uma criação posterior, secundária, cor complementar; o segundo, o original, o começo, o autêntico feito na concepção de uma moral escrava – como são diferentes as palavras ‘mau’ e ‘ruim’, ambas aparentemente opostas ao mesmo sentido de ‘bom’: perguntemo-nos quem é propriamente ‘mau’, no sentido da moral do ressentimento. A resposta, com todo o rigor:

O objeto do direito religioso era o mundo moral, aquilo que estava a serviço das divindades. Os interesses podem ser divididos em quatro classes: as autoridades religiosas (*personae* ou *hominibus*), os lugares sagrados (*res sacrae e religiosae*), as ações (*actiones*)¹³⁷ que pertencem à *personae* e à *res sacrae e religiosae*, e os sacrifícios (*sacris*). O *fas* existia para atrair o povo para o culto aos deuses, tornando-o obrigatório por meio de imposições jurídicas. O povo era responsável perante os deuses, inclusive por atos individuais. Por isso, as vinganças

precisamente o 'bom' da outra moral, o nobre, o poderoso, o dominador, apenas pintado de outra cor, interpretado e visto de outro modo pelo olho de veneno do ressentimento. Aqui jamais negaríamos o seguinte: quem conhecesse aqueles 'bons' apenas como inimigos, não conheceria senão inimigos maus, e os mesmos homens tão severamente contidos pelo costume, o respeito, os usos, a gratidão, mais ainda pela vigilância mútua, pelo ciúme *inter pares* [entre iguais], que por outro lado se mostram tão pródigos em consideração, autocontrole, delicadeza, lealdade, orgulho e amizade, nas relações entre si – para fora, ali onde começa o que é estranho, o estrangeiro, eles não são melhores que animais de rapina deixados à solta" (NIETZSCHE, 1998, p. 32). Essa oposição talvez corresponde à oposição grega entre *bios* e *zoé* que, na modernidade, a partir de uma concepção biologicista de sociedade, passou a ser representada pela metáfora do corpo. O crime se tornou uma doença que precisaria ser extirpada para preservar a saúde do corpo social.

¹³⁷ A *actio* romana era, a grosso modo, o direito de apresentar-se a um tribunal, explanar um fato e formular um pedido reparatório ou de aplicação de pena. Contudo, essa concepção, apesar de ter alguma relação com o processo brasileiro atual, é admitida por alguns e refutada por outros. Os principais estudiosos brasileiros da matéria no processo criminal a tem rejeitado. Dentre eles, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho pavimentou o caminho: "A mudança de postura, em relação ao conteúdo do processo, imporá ao nosso direito processual penal a obrigação de um repensamento geral. Isso não significa desistir do já produzido, ao contrário, devemos trabalhar sem preconceitos e utilizar tudo aquilo de realmente útil, venha do processo civil ou de quem quer que seja. Só não cabe malabarismo linguístico, contorcionismos para uma adaptação impossível. [...] é concebível, no nosso sistema processual penal, a ação como um direito-dever de provocar, para acertar um determinado caso penal, a atuação jurisdicional. Em termos genéricos, 'o direito à jurisdição', para a doutrina tradicional. Consagrado um direito autônomo do direito material – é o marco do direito processual independente –, caminhou passo a passo até ser reconhecido – hoje de uma maneira quase geral – como um direito abstrato. As características continuam, mas a nós interessa particularmente esse ponto. [...] é abstrato porque o autor exerce-o – e em consequência pode obter a tutela jurisdicional – sem demonstrar que tem razão" (COUTINHO, 1989, p. 142 e 144). O jurista brasileiro Marco Aurélio Nunes da Silveira aceitou o desafio e de repensar a ação criminal, tarefa que cumpriu no doutorado sob orientação de Jacinto Coutinho: "o modelo de ação fundado no binômio *jus-actio*, do direito processual civil, não tem condições de explicar satisfatoriamente a ação processual penal, notadamente em razão de sua impossível vinculação com uma *pretensão de direito material*, delineada pelo fato de que o ministério público jamais postula um direito próprio. Daqui decorre a conclusão de que o binômio *abstrato-concreto*, inerente às teorias sobre a ação no direito processual civil, bem como a doutrina liebmaniana, que se pretende em posição intermediária em relação àqueles marcos, são inidôneos à compreensão do instituto no direito processual penal. [...] Desde um enfoque teórico processual penal autônomo, a ação processual penal deve ser entendida como um instituto jurídico cujo conteúdo é relativo e variável, ainda que detenha um núcleo teórico fundamental, consistente em seu caráter de *ato de provocação da jurisdição*. Daí sua natureza plúrima, isto é, o fato de que não há uma ação processual penal, mas *várias ações processuais penais*, com escopos, objetos e requisitos distintos. De maneira ampla, pode ser definida como o poder, conferido ao ministério público, outras autoridades públicas e sujeitos privados, de provocar a jurisdição em relação a um caso penal, visando à instauração do processo penal principal (ação processual penal em sentido estrito, acusação), ou o conhecimento de outra questão que deve ser objeto de um provimento jurisdicional (modalidades diversas de ação processual penal)" (SILVEIRA, 2018, p. 231-232).

divinas contra as faltas, negligências e ultrajes individuais recairiam sobre todo o povo (JHERING, 1943, p. 194).

As interações sociais com outros povos, os templos, as reformas e até mesmo as funções públicas demandavam cultos especiais aos deuses. A história do direito romano é repleta de influências religiosas nas formas de vida e nos gestos profanos. Durante o período politeísta, Roma acolheu todos os deuses de todos os povos aliados e abriu o culto de Juppiter Capitolino, o *Deus Pater*, protetor do estado romano. Os deuses foram, assim, apropriados pelo estado. O domínio divino não podia exceder os domínios do estado. A pluralidade de deuses se deu com as divisões do estado romano, às quais corresponderam os fracionamentos da divindade em divindades especiais. Apenas os cidadãos romanos podiam cultuar aos deuses, eram cultos obrigatórios aos cidadãos, não aos estrangeiros. Aliás, o principal cuidado do estado era de prestar serviços aos deuses para conservar os favores recebidos. O culto romano aos deuses estrangeiros, não apropriados pelo estado, violava os deveres da cidadania (JHERING, 1943, p. 194-197).

82. No direito romano antigo, a vítima de injustiça podia recorrer à defesa privada. Como a agressão geralmente provocava uma reação no seio da comunidade, a força física estava ao lado de quem tinha razão. Mas, Jhering advertiu que a defesa privada não era um justicamento ou um simples ato de violência, pois a população aguardava um comportamento previdente pelo adversário e, assim, constrangia os envolvidos. Quem tinha razão era auxiliado por todos os interessados em pleitear os direitos, tanto as partes quanto parentes e amigos. A defesa privada só estava certa quando era evidente o direito de uma das partes e a injustiça da outra (JHERING, 1943, p. 96-97).

Para os casos não evidentes, havia a figura do juiz para auxiliar na solução. Contudo o juiz do direito romano antigo não impunha nada às partes, não lhes dava ordens em nome do estado. Somente dava auxílio às partes com os conhecimentos que tinha do direito. Ao juiz cabia unicamente dizer o direito (*jus dicere*), daí o nome *judex*. O demandante agia (*actor*) porque impunha a mão (*manus injicere, concere*, em suma, *vindicare*) sobre as pessoas ou coisas (*agere in personam, in rem*). O demandante romano não tinha necessidade de auxílio além do *jus dicere*. Quando o direito era incontestável, sequer necessitava do juiz, podia proceder em

conformidade com a justiça privada. O juiz romano existia somente para atuar nos casos duvidosos e, por isso, os efeitos que produzia podiam ser obtidos pelas partes de outras formas. O motivo da decisão do juiz não era o caráter público do cargo, mas a vontade das partes. Era árbitro (*arbiter*). Já o juiz moderno decide e executa. O demandante apresenta o caso ao juiz e pede auxílio (JHERING, 1943, p. 131).

A esfera de ação jurídica do indivíduo se manifestava na identidade originária da justiça privada e da vingança, sobretudo na relação entre direito público e direito privado. A perda da cidadania resultava na perda de todo direito privado. Em outros termos, a dependência do cidadão em relação ao estado era condição de possibilidade da capacidade jurídica privada. Mas o acesso à dependência estatal se dava exclusivamente no seio das *gens* (JHERING, 1943, p. 216).

Aquilo que, desde a modernidade, chamamos de sujeição ao estado demonstra o acerto da referência de Agamben ao caráter antigo da biopolítica, pois inclusive no direito romano a condição de cidadão delimitava a esfera de atuação do estado, ou seja, a inclusão do indivíduo na categoria cidadania o submetia ao Império Romano, atribuía direitos, mas excluía da possibilidade de não se submeter a esse estado, bem como criava uma separação entre cidadão (*bios*) e não cidadão (*zoé*).

83. Jhering recorreu ao mito romano do fratricídio de Remo por Romolo, o fundador de Roma, para narrar a morte do primeiro *homo sacer*. Remo saltou por cima dos muros feitos por Romolo para delimitar Roma. Ao chegar ao espaço exterior aos muros (*pomerium*), Romolo matou imediatamente, pois os limites da cidade, assim como o dos campos, estavam sob a proteção dos deuses. Ao atentar contra os limites, Remo se tornou *homo sacer*. Por isso, a morte de Remo não maculou a honra de Romolo. Pelo contrário, Romolo foi glorificado por não ter poupado nem o irmão das ordens divinas. Contudo, Jhering advertiu para a existência de outra versão do mito, segundo a qual Romolo foi assassinado por ter cometido fratricídio, pois deveria ter declarado Remo *homo sacer* antes de matá-lo (JHERING, 1943, p. 206-207).

Situação análoga à do *homo sacer* era a do banido. O banimento não era uma penalidade, mas um meio, admitido pelos romanos, para escapar à punição que cabia aos imputados até a condenação. A isenção da responsabilidade do

estado pelos atos individuais devia se dar pelo banimento ou pela publicação de um decreto (*equae et ignis interdictio*) por meio da qual os elementos impuros eram purgados (JHERING, 1943, p. 207).

Mas o rigor das leis era amenizado pela religião, na medida em que os deuses romanos usavam uma das mãos para vingar as injúrias que sofriam e a outra para proteger os perseguidos e indefesos. Alguns locais, dentre os quais os templos sagrados, serviam de asilos, invioláveis por imposição religiosa, nos quais as perseguições e as penas eram suspensas. Também os sacerdotes de Juppiter (*flamen dialis*) mandavam libertar os detidos das casas em que entravam e suspendiam as execuções dos condenados à flagelação que caíam aos pés dos sacerdotes (JHERING, 1943, p. 207-208).

84. Apesar de os magistrados civis preservarem funções religiosas, consideradas inerentes aos cargos, como os auspícios e sacrifícios, as transgressões da ordem religiosa eram apreciadas exclusivamente pelos sacerdotes. Em algum momento, as atividades dos sacerdotes adquiriram autoridade de sentença judiciária. Dentre os conselhos formados pelos sacerdotes, o colégio de pontífices pode ser considerado um tribunal eclesiástico, mas não podem ser comparados àqueles da idade média. As mesmas matérias do direito laico conhecidas pelo pontífice máximo (*pontifex maximus*) na idade média, passaram com o mesmo procedimento para os tribunais da idade média (JHERING, 1943, p. 210).

Jhering chegou a afirmar que o *fas* da Roma antiga “é o *jus canonicum da Roma da idade média*” e que em ambas as épocas existiu o *jus utrumque* cujo conhecimento era obrigatório tanto aos juízes eclesiásticos quanto aos juízes comuns. Ao *jus pontificium qua ex parte cum jure civili conjunctum esset* pertenciam o direito de família, o direito das coisas e as *pandectas* continham ainda vestígios da jurisprudência pontifícia (JHERING, 1943, p. 210-211).

As influências dos pontífices no direito laico foram imediatas na idade média, pois algumas ações (*actio*) que só podiam ser exercidas no tribunal eclesiástico e outras no tribunal laico passavam antes pela decisão do colégio de pontífices acerca de questões prejudiciais do *fas*. A ação romana influenciou também no desenvolvimento do direito criminal. Os livros pontificiais contêm orientações de que, no tempo dos

reis, o povo tinha direito à *provocatio* por condenações criminais proferidas pelos pontífices. Nesses casos, Jhering estima que os pontífices atuavam não somente na *provocatio*, mas em outros institutos. Contudo, reconhece a existência de divergências acerca dos limites da jurisdição criminal dos pontífices: se julgavam apenas crimes contra a religião e os praticados por eclesiastas ou também os demais. Partiu do exemplo do raptor de vestal a quem era cominada a pena de morte para concluir nesse sentido (JHERING, 1943, p. 211-212).

85. No julgamento antigo, o demandante era recusado pelo juiz quando, a qualquer momento, tangenciava a discussão, por menor que fosse o desvio. Esse era o menor efeito do processo romano (JHERING, 1880b, p. 311)¹³⁸. Toda ação era considerada uma questão dirigida ao juiz (*judex*). A cada questão correspondia uma resposta. A questão não tratava de fatos isolados, mas da demanda e isso não era semelhante aos questionamentos formulados aos jurados atuais. Na forma primitiva, o juiz respondia à questão com um sim ou um não (*intentio certa*). A forma do julgamento era delimitada pela atuação de cada parte (*sacramentum justum – injustum esse, rem, actoris esse, non esse, dare oportere, dare non oportere etc.*) (JHERING, 1880c, p. 19).

O processo começava com a introdução da demanda, seguida da análise do caso. Do conjunto dos direitos das partes eram separadas as condições da demanda. Em todas as fases do direito romano, o procedimento era composto por três fases. A primeira, dos atos preparatórios da delimitação do caso, que terminava com a resposta (*in jure*). A segunda compreendia os debates perante o juiz (*judex*) e terminava com o julgamento definitivo (*in judicio*). A terceira assinalava o período de execução (JHERING, 1880c, p. 22-23).

A defesa do imputado podia se dar por diversos meios de negação. Um meio importante nesta pesquisa é a exceção (*exceptio*), na medida em que diminuía ou excluía a condenação¹³⁹. Isso porque a exceção era precisamente um meio com

¹³⁸ Hoje o conteúdo do processo é delimitado pela descrição circunstanciada dos fatos, prevista no art. 41), pela imutabilidade da acusação após o recebimento da denúncia, prevista no art. 396, exceto nos casos de *emendatio libelli* e de *mutatio libelli*, previstas nos art. 383 e 385, respectivamente, bem como pelo princípio da congruência ou correlação, imposição de que a sentença não desloque o conteúdo da acusação (BRASIL, 1941b).

¹³⁹ “A estrutura da *sacratio* resulta, tanto nas fontes como segundo o parecer unânime dos estudiosos, da conjunção de dois aspectos: a impunidade da matança e a exclusão do sacrifício. Primeiramente, o *impune occidi* configura uma exceção do *ius humanum*, porquanto suspende a

essas finalidades alternativas. Havia três formas de exceção. A primeira consistia na afirmação que a demanda do autor era defeituosa. Com isso, o imputado podia excluir ou reduzir a condenação. A segunda era a afirmação de um vício no direito do autor, surgido no decurso do processo. A terceira derivava da existência de um direito do imputado oponível ao acusador, um conflito entre direitos, como a compensação de dívidas havidas entre ambos (JHERING, 1880c, p. 60-61). Eis a estrutura da exceção¹⁴⁰.

86. O declínio do Império Romano Ocidental ocorreu no século V, sob as invasões dos povos germânicos, iniciadas ainda no século III, que se apoderaram de

aplicação da lei sobre homicídio atribuída a Numa (*si quis hominem liberum dolo sciens morti duit, parricidas esto*). A própria fórmula referida por Festo (*qui occidit, parricidi non damnatur*), aliás, constitui de certo modo uma verdadeira e própria *exceptio* em sentido técnico, que o assassino chamado em juízo poderia opor à acusação, invocando a sacralidade da vítima. Mas até mesmo o *neque fas est eum immolari* configura, observando-se bem, uma exceção, desta vez do *ius divinum* e de toda e qualquer forma de morte ritual. As formas mais antigas de execução capital de que temos notícia (a terrível *poena cullei*, na qual o condenado, com a cabeça coberta por uma pele de lobo, era encerrado em um saco com serpentes, um cão e um galo, e jogado n'água; ou a defenestração da *Rupe Tarpea*) são, na realidade, antes ritos de purificação que penas de morte no sentido moderno: o *neque fas est eum immolari* serviria justamente para distinguir a matança do *homo sacer* das purificações rituais e excluiria decididamente a *sacratio* do âmbito religioso em sentido próprio. Tem sido observado que enquanto a *consecratio* faz normalmente passar um objeto do *ius humanum* ao divino, do profano ao sacro (Fowler, 1920, p. 18), no caso do *homo sacer* uma pessoa é simplesmente posta para fora da jurisdição humana sem ultrapassar para a divina. De fato, a proibição da imolação não apenas exclui toda equiparação entre o *homo sacer* e uma vítima consagrada, mas, como observa Macróbio citando Trebácio, a licitude da matança implicava que a violência feita contra ele não constituía sacrilégio, como no caso das *res sacrae* (*cum cetera sacra violari nefas sit, hominem sacrum ius fuerit occidi*). Se isto é verdadeiro, a *sacratio* configura uma dupla exceção, tanto do *ius humanum* quanto do *ius divinum*, tanto do âmbito religioso quanto do profano. A estrutura topológica, que esta dupla exceção desenha, é aquela de uma dúplice exclusão e de uma dúplice captura, que apresenta mais do que uma simples analogia com a estrutura da exceção soberana. [...] Assim como, na exceção soberana, a lei se aplica de fato ao caso excepcional desaplicando-se, retirando-se deste, do mesmo modo o *homo sacer* pertence ao Deus na forma da insacrificabilidade e é incluído na comunidade na forma de matabilidade. *A vida insacrificável e, todavia matável, é a vida sacra* (AGAMBEN, 2007, p. 89-90). O *homo sacer* também não passou despercebido a Franco Cordero: “quando «*fas non sit eum immolari*», *consecratus a qualche dio, diventa 'fair game', impunemente ammazzabile dal primo a cui venga sotto mano; rectius, è omicidio obbligatorio (chi lo omette toglie una preda al destinatario divino della consecratio). In prospettiva laica le pene servono al governo psichico dei sudditi ma l'archetipo rimane: «si magistratus in poenis irrogandis negligens est, Deus ipsemet ad vindictam exurgit», colpendo indiscriminatamente nel corpo sociale;” quando a proibição de imolação (*fas non sit eum immolari*), consagrado a qualquer deus, torna-se 'jogo limpo', impunemente matável pelo primeiro que vier a mão; *rectius*, é homicídio obrigatório (quem o omite remove uma presa do destinatário divino da consagração). Em perspectiva laica a pena serve ao governo psíquico dos súditos mas o arquétipo permanece: se o magistrado é negligente em infligir a pena, Deus pessoalmente se levanta para a vingança (CORDERO, 1986, p. 23, tradução livre).*

¹⁴⁰ “A *exceptio* do direito processual romano mostra bem esta particular estrutura da exceção. Ela é um instrumento de defesa do réu em juízo, destinado a neutralizar a conclusividade das razões sustentadas pelo autor, no caso em que a normal aplicação do *ius civile* resultaria iníqua” (AGAMBEN, 2007, p. 30).

quase todo o território: os visigodos na península ibérica e no sudoeste da Gália, os burgúndios no sudeste da Gália, em Ródano e Saône, posteriormente os ostrogodos na Itália, os francos na Renânia e no norte da França (GILISSEN, 1995, p. 165-166). Aos invasores é atribuída a responsabilidade pela introdução das disposições imperiais que criaram a *cognitio extra ordinem* no processo romano, por meio das quais o juiz passou a dominar o processo e a oralidade foi substituída pela escrituração (RAMOS, 1996, p. 49)¹⁴¹. A provável causa da introdução das formas escritas é a economia de tempo, cujos argumentos foram explicados por Jhering (1880c, p. 127-129).

Embora a destituição do último imperador romano do Ocidente tenha ocorrido ainda em 476, a influência romana permaneceu no ocidente. As organizações administrativa e religiosa daquele povo conservaram as características por vários séculos. O direito privado romano permaneceu o direito das populações romanizadas enquanto os invasores mantiveram os costumes ancestrais (GILISSEN, 1995, p. 166).

Aplicando o princípio da personalidade do direito, os conquistadores toleraram a aplicação do direito romano no território e, com isso, asseguraram a conservação desse direito no ocidente após o desaparecimento do Império Romano. Durante vários séculos as populações romanizadas continuaram vivendo segundo os

¹⁴¹ O juiz francês Faustin Hélie (1799-1884) dividiu as alterações aportadas ao sistema imperial, quanto à matéria, em modificações do exercício do direito de acusação, da composição e organização das novas jurisdições criminais e das formas de processo perante essas jurisdições. Com a lei *Julia judiciorum publicorum*, dentre outras coisas, foram impostas condições de tempo e espaço, proibidas as acusações simultâneas e obstaculizados os depoimentos. Essas imposições foram baseadas em linhagens de parentesco e em afinidade. Mas esses entraves não existiam em relação ao crime de lesa-majestade (*majestatis crimen excipimus*), até mesmo infames, mulheres, escravos e libertos foram autorizados a acusar. Essa lei gerou uma modalidade política de acusação. Foram introduzidas recompensas para os delatores e realizadas investigações secretas a mando do imperador. As principais atribuições das jurisdições livres foram retiradas pelo imperador. A cadeira do pretor não foi suprimida, mas perdeu a competência para julgar os crimes políticos, que representavam a maioria das acusações, para o senado cuja jurisdição foi estendida aos poucos para os crimes de concussão, as brigas, o adultério e o envenenamento. Com isso, a jurisdição foi retirada de funcionários independentes e atribuída ao senado, dominado pelo imperador. Depois o imperador passou a concentrar para si as principais atividades públicas. Os poderes do imperador se tornaram ilimitados. Após a instituição do júri, houve dificuldade para encontrar jurados, o que pode ser a causa da criação das *cognitiones extraordinariae*, com base na jurisdição extraordinária, o juiz julgava sem a participação dos jurados. O imperador Diocletianus aboliu o júri e, dentre outras coisas, converteu a *cognitio extra ordinem* em jurisdição ordinária, a regra tomou o lugar da exceção (*la règle prit la place de l'exception*). Os magistrados puderam conhecer por iniciativa própria as queixas e formar conselhos que preparavam as decisões e os debates orais foram reduzidos às formas escritas. (HÉLIE, 1866, p. 75-104).

preceitos do direito romano. As fontes do direito eram os escritos dos juristas dos séculos II e III e as Constituições do imperador Flavius Theodosius Augustus (401-450) (GILISSEN, 1995, p. 169).

Nesse período, o direito foi transformado, sobretudo em razão do contato com os povos germanos. Havia, à época, um direito romano vulgar (*Vulgarrecht*) que reconhecia como fontes os costumes locais próprios de cada região. Assim foram suplantados, progressivamente, os textos da época clássica. Aproximadamente em 500, alguns reis mandaram disponibilizar compilações de direito romano aos juizes, dos quais grande parte eram germanos e ignoraram o direito das populações romanizadas. Contudo esse movimento foi anterior aos esforços de codificação do Império Romano, ordenados por volta de 530. Somente pelo século XII, com a recuperação do direito romano, as codificações, sobretudo o *Corpus juris civilis*, penetraram no ocidente (GILISSEN, 1995, p. 169-170). Esses elementos históricos do direito romano bastaram para a elaboração desta dissertação.

87. Os influxos do direito romano, impulsionados pela expansão do cristianismo, resultaram no aproveitamento, não sem alterações, das instituições no direito europeu medieval. O contexto em que isso se deu foi também analisado por Jacques Le Goff no capítulo 3 do livro **A civilização do ocidente medieval**, que trata do desenvolvimento da cristandade entre os séculos XI e XIII.

Para o historiador, o cristianismo desempenhou papel capital no progresso da civilização ocidental entre os séculos X e XIV, pelo estímulo econômico com o financiamento da criação da primeira indústria medieval destinada à construção. O impulso da construção tinha a finalidade de alojar a população crescente e, com isso, também angariar mais fieis para a igreja católica. Le Goff (2005, p. 57-58) negou que as causas do desenvolvimento foram o crescimento demográfico e a pacificação posterior ao século X. Para o historiador francês, a redução da insegurança foi o desejo de vastas camadas da sociedade cristã a fim de proteger o progresso.

Mais importante, para Le Goff, era a terra, a base de tudo durante a idade média. Os rendimentos e serviços exigidos das populações de servos pelos senhores os forçou a melhorar os métodos de cultivo da terra. Por isso, afirmou que os progressos decisivos da revolução agrícola, ocorrida entre os séculos X e XIII,

mas começada entre os séculos VII e VIII, produziram a aceleração no crescimento populacional, excedente e, em última instância, resultaram no progresso econômico (LE GOFF, 2005, p. 58-59).

88. Contudo, o aumento da população era somente quantitativo. Melhoras qualitativas no modo de produção feudal eram possíveis apenas em baixo nível, insuficientes para atender às necessidades decorrentes do crescimento demográfico. Por isso foi necessário aumentar o espaço de cultivo da terra, para o qual foi favorável a inatividade dos bárbaros. Nessa direção, primeiro foram desbravados novos lugares, entre os séculos X e XIV (LE GOFF, 2005, p. 59).

Na maior parte dos casos, o resultado foi apenas um alargamento das clareiras já existentes nas florestas, pois os instrumentos à disposição eram insuficientes para desmatar. Os senhores feudais preferiram preservar os locais de caça e as comunidades aldeãs não quiseram comprometer os recursos florestais essenciais à sobrevivência. Contudo, em alguns casos, os desmatamentos resultaram na conquista de novas terras e na fundação de novas aldeias (LE GOFF, 2005, p. 60).

Concomitantemente com a expansão interior, a cristandade se expandiu, provavelmente com preferência, para o exterior. As expedições para as terras muçulmanas culminaram nas cruzadas. Na Europa, alemães ocuparam as fronteiras cristãs em contato com pagãos do norte e do leste e, desse contato, surgiu uma mescla de motivações religiosas, demográficas, econômicas e nacionais. O aspecto dominante foi o conflito provocado pelos ataques dos germanos aos eslavos já convertidos ao cristianismo. Entre os séculos XI e XIV ocorreram várias conversões de países ao cristianismo, bem como a expansão da Escandinávia em direção à Islândia, Groelândia e Inglaterra (LE GOFF, 2005, p. 61-62).

Os normandos também se empenharam na conquista de novos territórios. Em 1066, Willame II da Normandia (1028-1087) tomou tanto a Inglaterra, na batalha de Hastings, quanto o sul da Itália. O Reino Normando das Duas-Sicílias foi uma das criações políticas mais originais da idade média. Em Palermo, normandos e sicilianos, bizantinos e muçulmanos, conviviam lado a lado. As três línguas oficiais eram o latim, o grego e o árabe. Esse reino foi o modelo político da cristandade de modernização da monarquia feudal. Lá foram instalados centros de tradução do

árabe e do grego, as artes se fundiram e foram construídas igreja católicas a partir da fusão da arquitetura romana, gótica, cristã, bizantina e muçulmana. Os franceses tentaram conquistar o Reino das Duas Sicílias, mas, em 1282, a Sicília foi incorporada pelo Reino de Aragão (LE GOFF, 2005, p. 62-63).

Ainda entre os séculos XI e XIV, quase toda a Espanha foi reconquistada pelos reis cristãos, com a ajuda de mercenários e cavaleiros, sobretudo franceses, que venceram os muçulmanos. Mas a reconquista não ocorreu de uma única vez. Entre vitórias e derrotas, em 16 de julho de 1212 os reis de Castela, de Aragão e de Navarra venceram os muçulmanos em Las Navas de Tolosa. Somente no fim do século XIII os muçulmanos foram confinados no Reino de Granada. Com o término da conquista e o território devastado, o repovoamento ocorreu por espanhóis do norte, cristãos estrangeiros e franceses. A partir da metade do século XI, a reconquista se tornou uma guerra religiosa, algo desconhecido até aquele momento, que preparou o caminho para a formação militar e espiritual da cruzada. Mais tarde, também os movimentos de expansão francês, siciliano e alemão passam a ser chamados de cruzadas. Contudo, Le Goff advertiu que a proliferação do termo cruzada não pode mascarar o fato de a cruzada ter sido, por excelência, da Terra Santa (LE GOFF, 2005, p. 64-65).

89. O resgate do direito romano ocorreu por volta do século XII em razão do desenvolvimento da ciência do direito elaborada nas universidades. O ensino do direito era quase todo baseado no *Corpus juris civilis* do imperador Justinianus. Os professores analisavam os textos compilados, independente dos sistemas jurídicos em vigor nas diferentes regiões europeias. Mas o direito não era idêntico ao direito romano, pois os professores medievais eram, ao menos em parte, influenciados pelas ideias dessa época (GILISSEN, 1995, p. 203).

Assim, entre a filosofia cristã medieval e as instituições romanas da baixa idade média, o direito romano foi retomado para elaborar um sistema jurídico erudito, muito mais próximo dos textos romanos e distante da prática medieval. Na Itália, nos países ibéricos, na Alemanha e nas regiões belgas e holandesas a romanização foi maior do que noutros territórios, pelo menos até o século XVI, pois o direito erudito foi mais ou menos reconhecido como direito supletivo oficial. Já em França só foi admitido como razão escrita (*ratio scripta*) e nos países escandinavos

e eslavos, nos quais as primeiras universidades foram criadas mais tarde, de modo muito limitado. A Inglaterra escapou da romanização porque desenvolveu o direito costumeiro (*common law*) (GILISSEN, 1995, p. 203-204).

Com variações de graus, a romanização se difundiu e, por isso, alguns elementos comuns no direito aparecem desde o fim da idade média até a atualidade. Entre os séculos XII e XIII, ocorreram as principais transformações jurídicas, políticas e sociais em cujos contextos foram formados os direitos europeus. Nesse período houve a passagem do direito feudal para um direito individualista e liberal, considerado evoluído, racional e equitativo. No norte e no leste europeus a passagem se deu do direito arcaico para um sistema liberal e individualista (GILISSEN, 1995, p. 204-205).

A partir dos séculos XV e XVI, a maioria das cidades e dos senhores franceses, espanhóis, escandinavos, dos principados italianos e das províncias belgas perderam o poder de legislar para os soberanos. Em alguns lugares, contudo, os governados conseguiram manter as possibilidades de intervenção por meio de corpos representativos das ordens políticas e sociais, notadamente a nobreza, o clero e a burguesia, reunidos em estados gerais na França e na Holanda, no parlamento na Inglaterra, e nas cortes na Espanha. Na Inglaterra o parlamento obteve o papel principal na atividade legislativa no século XVII. Na França, o poder legislativo passou do rei para a nação após a revolução. Daí em diante, em todo o ocidente, a soberania teria sido transferida para a nação (GILISSEN, 1995, p. 206). Por isso, certamente dentre outros motivos, as estruturas das categorias do direito romano puderam atravessar os séculos, evidentemente com alterações. Algumas dessas estruturas hoje assumem a condição de paradigmas político-jurídicos, como o *homo sacer*.

90. Essa descrição contextual apresenta os pilares centrais da análise realizada para compreender dois movimentos medievais antagônicos, ocorridos num intervalo de menos de 50 anos. O primeiro, na Inglaterra, em 1166, o estabelecimento do modelo moderno de processo acusatório, com a instituição de um corpo de jurados com a função de julgar (*trial by jury*). O segundo, na Itália, em 1215, a partir do IV Concílio de Latrão (*Concilium Lateranense IV*), em Roma, por convocação do papa Innocentii III, que pavimentou o caminho para as cruzadas

contra os hereges perpetradas pelos tribunais da inquisição a partir da colocação do problema de como o prelado devia agir na inquirição e punição dos súditos¹⁴².

Na Inglaterra, a partir do século XII até a atualidade, foi construído o sistema jurídico chamado de direito comum ou direito costumeiro (*common law*) a partir das decisões das jurisdições reais. Contudo, o termo surgiu no século XIII para distinguir o direito comum dos costumes locais (*comune ley* ou *law french*). Mas o sentido de direito comum é distinto do direito romano resgatado, chamado de direito erudito ou de *jus comune* no continente a partir do século XVI. O *common law* não é um direito erudito de inspiração romanista¹⁴³, mas um direito judiciário ou direito jurisprudencial (*judge made law*) elaborado conforme a jurisprudência dos juízes reais, mas formado também de leis escritas (*statute law*), desenvolvidas à margem do *common law* e resgatadas no século XX (GILISSEN, 1995, p. 207-208).

O desenvolvimento do *common law* foi consequência da imposição da autoridade real inglesa ao território do reino ainda no século XII, muito antes de os reis franceses atingirem o mesmo objetivo. Assim, os reis ingleses desenvolveram a competência das próprias jurisdições usurpando o poder das jurisdições senhoriais e locais ao longo dos séculos XII e XIII. Inicialmente o rei julgava no tribunal real (*Curia Regis*). Mas a criação de seções especializadas da *Curia* não tardou (GILISSEN, 1995, p. 209-210):

o Tribunal do Tesouro (*Scaccarium, Court of Exchequer*) desde o século XII para as finanças e os litígios fiscais, o Tribunal das Queixas Comuns (*Court*

¹⁴² “II IV Concilio Laterano afronta una questiona calda (cap. 8): « quomodo debeat praelatus procedere ad inquirendum et puniendum subditorum excessus » (urgono purghe disciplinare nelle file ecclesiastiche, piuttosto inquinate)” O IV Concílio de Latrão enfrentou uma questão quente: “de que modo deve o prelado proceder ao inquirir e punir excessos dos súditos” (urgem expurgos disciplinares nos arquivos eclesiásticos, mais poluídos) (CORDERO, 2012, p. 22, tradução livre).

¹⁴³ “A história do direito em Inglaterra é semelhante assemelha-se à dos países do continente até aos séculos XII e XIII. A Inglaterra fez parte do Império Romano, do século I ao V; a romanização foi aí quase tão pouco extensa como, por exemplo, no Norte da Gália; mas não deixou muitos vestígios no direito e nas instituições dos períodos posteriores. Na sequência de invasões de povos tais como os Anglos, os Saxões, os Dinamarqueses, desenvolveram-se aí reinos germânicos a partir do século VI; tal como no continente redigem-se «leis bárbaras», de facto textos de direito consuetudinário anglo-saxónico; mas, enquanto as do continente são redigidas em latim, as da Inglaterra são-no em língua germânica. Em 1066, Guilherme, duque da Normandia, conquista a Inglaterra, com a sua vitória na batalha de Hastings. Declarando querer manter os direitos anglo-saxónicos, importa o feudalismo; mas de facto, os seus sucessores conseguem manter e desenvolver a sua autoridade real, tanto face aos seus vassallos de origem normanda como aos antigos chefes anglo-saxónicos. No século XII, o costume permanece a única fonte do direito em Inglaterra: costumes locais anglo-saxónicos, costumes das cidades nascentes (*borough customs*), costumes dos mercados (sobretudo os de Londres, os *pie poder*, os pés poeirentos), chamados de *lex mercatoria* (mais tarde: *ley Merchant, marchant law*)” (GILISSEN, 1995, p. 209).

of Common Pleas) a partir de 1215 para os processos entre particulares relativos à posse da terra, o Tribunal do Banco do Rei (*King's Bench*) para julgar os crimes contra a paz do reino (GILISSEN, 1995, p. 210).

Interessa neste estudo o *King's Bench* (*bench coram rege*), um tribunal ambulatório que seguia o rei e, posteriormente, no século XV, foi estabelecido em Westminster. A extensão das competências dos tribunais foi consequência da criação do processo técnico de requerimento das jurisdições reais, sobretudo no reinado de Henry Plantagenet (1133-1189): qualquer pessoa podia endereçar um pedido ao rei, o chanceler analisava o pedido e, se considerava fundado, emitia uma ordem (*writ*) a um agente local do rei (*sheriff*) ou a um senhor para ordenar que o réu prestasse satisfação ao queixoso. A omissão do réu acarretava em desobediência à ordem real (GILISSEN, 1995, p. 210).

Mas os *writs* individuais rapidamente foram convertidos em fórmulas estereotipadas, emitidas pelo chanceler sem prévio exame aprofundado do caso (*de cursu*). Daí em diante passaram a atrair um número de casos cada vez maior para as jurisdições reais. Os senhores feudais tentaram barrar os *writs*, e, com a *Magna charta libertatum* de 1215 conseguiram atingir o objetivo. Em 1258 obtiveram a proibição de novos *writs* por meio das provisões de Oxford (*provisions of Oxford*). Em 1285, pelo *Statute of Westminster II*, interesses reais e dos barões foram conciliados: a partir de então, o chanceler estava proibido de criar novos *writs*, mas podia emití-los para os casos semelhantes àqueles já criados (*in consimili casu*), também foi cominada pena ao descumprimento dos *writs*. Com base nesses *writs*, o *common law* foi desenvolvido. Nos processos passou a ser necessário encontrar o *writ* aplicável ao caso concreto, o que tornou os processos mais importantes que as regras de direito positivo (*remedies precede rights*) (GILISSEN, 1995, p. 210-211). Eis a estrutura fundamental do *common law*.

91. O processo perante os jurados (*trial by jury*) data da mesma época, mas não é uma instituição nova. Há referências históricas à origem na prática do inquérito do direito carolíngio e do direito dos primeiros reis anglo-normandos. O livro dos detentores de bens imobiliários (*domesday book*), feito com finalidades fiscais, foi criado a partir de um extenso inquérito de recenseamento para o qual foram convocadas pessoas notáveis das regiões e aldeias a fim de dizerem a Verdade (*veredictum*). Contudo, em matéria judiciária, apareceu somente no reinado de

Henry II a partir de medidas destinadas a suplantiar os ordálios¹⁴⁴. Dentre essas medidas estava *novel disseisin*, um *writ* de 1166 que serviu para encarregar o *sheriff* de reunir 12 homens da vizinhança para dizerem se o detentor de uma terra desapossou o queixoso. Assim foi substituído o julgamento por duelo (GILISSEN, 1995, p. 214).

Aproximadamente na mesma data, a acusação criminal foi entregue a um júri, formado por membros da comunidade local, mais tarde chamado de (*grand jury*), cuja função era denunciar os crimes mais graves, como o homicídio e o roubo, aos juízes (*indictment*). A denúncia dos crimes, algo equivalente à admissão da acusação dos nossos dias, era conforme o conhecimento que tinham, não segundo provas¹⁴⁵. O julgamento segundo as provas foi atribuído ao pequeno júri (*petty jury*), composto geralmente por 12 jurados, todos homens bons (*boni homines*), recrutados na vizinhança (GILISSEN, 1995, p. 214).

Antes das medidas de Henry II, o *petty jury* decidia conforme os ordálios, mas com o desaparecimento desses julgamentos divinos na Inglaterra, os jurados do *petty jury* foram incumbidos de decidir sobre a inocência ou culpa do imputado (*guilty or innocent*) conforme o que sabiam. Para isso, dispensavam as provas, pois a prova era a Verdade dita pelos jurados (*vere dictum*), o *veredicto*¹⁴⁶. Apenas entre os

¹⁴⁴ O jurista brasileiro Nilo Bairros de Brum (1980, p. 55) dividiu os grandes sistemas probatórios em cinco categorias. A segunda fase, chamada religiosa ou mística, influenciada pelo Direito alemão, difundiu-se por toda a Europa e foi baseada na ignorância e no fanatismo religioso. Também conhecida como juízos de deus ou ordálios, que nada mais eram que a submissão dos acusados a provas irracionais, como a do fogo, a da água ou submeter acusado e acusador a um duelo. Franco Cordero (1986, p. 40, tradução livre) descreveu as condições em que eram realizados: “*Nell’ordalia l’agonista è un paziente: affrontando pericolosi ‘essais de patience’ dove tutte le probabilità gli sono contro, punta al miracolo*”. Na ordália o agonista [na Grécia antiga era o termo usado para designar um lutador ou combatente] é um paciente: affrontando perigosos ‘testes de paciência’ onde todas as probabilidades lhe são contrárias, aposta no milagre.

¹⁴⁵ Para Cordero (1986, p. 40-42), o grande júri, no ambiente insular em que indivíduos, autonomia e memória contam muito, significou a superação da acusação privada em matéria criminal e política, embora esse autor se refira a 24 jurados, o que abre a possibilidade de empates cuja solução não foi apontada por ele. O ritual acusatório é uma técnica que pressupõe gente psiquicamente sã e não muito complicada. Detectou uma constância em tempos e lugares distintos: quanto mais pesam os rituais, menos conta o órgão judicante. É necessário preparo no uso das palavras e do tempo para contraditar palavra por palavra da outra parte. Uma palavra não rebatida equivale à confissão. Dentre outras características, o juiz é um espectador, o contraditório é regulado, os temas são taxativos, a decisão é regulada, os discursos devem ser claros, são exigidas técnicas de controle pelas partes, as conclusões são claras e as manifestações são breves, assim, o processo exhibe um tipo especial de disputa racional, para a qual o processo e as regras de argumento fortaleceram às instituições.

¹⁴⁶ O júri era uma escolha do acusado, que podia dispensá-lo e, por isso, ficar preso. Na prisão dormia nu sob um peso e era alimentado com pão mofado e água suja (*peine forte et dure*). A

séculos XV e XVI o *petty jury* passou a ouvir testemunhas (*oral evidence*) e teve a decisão limitada às provas. Em 1933 o *grand jury* foi restrito e, em 1948 suprimido. O *petty jury* continua existindo para alguns crimes, dentre os quais o homicídio (GILISSEN, 1995, p. 214). Essa tradição originou o que se chama de sistema acusatório.

92. No momento da realização do IV Concílio de Latrão na Basílica de São João de Latrão (*Arcibasilica Papale di San Giovanni in Laterano* ou, em latim, *Archibasilica Sanctissimi Salvatoris et Sanctorum Iohannes Baptista et Evangelista in Laterano*) (STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO, 2019), convocado em 19 de abril de 1213 e realizado entre os dias 11 e 30 de novembro de 1215 (TRECCANI, 2019a), a ordália era usada, na falta de algo melhor. Mas logo foi esvaziada pelo papa através da revogação da autorização para que os eclesiastas participassem do ritual. Sem a participação dos eclesiastas, deus não estava presente, por conseguinte, o ritual não podia ser realizado. Os duelos eram ainda mais ultrapassados e também criticados pelo papa (CORDERO, 1986, p. 40).

No século XIII, os burgueses atingiram posição de preponderância e ficaram abertos aos interesses intelectuais. Enquanto o esvaziamento dos ordálios fez surgir na Inglaterra o júri, uma vida relativamente fácil para as elites foi formada pelo mercado, pela concentração do poder real nos países monárquicos e pela vida urbana. A economia monetária favoreceu o surgimento de novos valores ao inserir uma paz variável. Os burgueses, gerados para o mercado, eram ábeis nas contas, atentos aos detalhes, ocupados e “alienados de todo desinteressado passo divagante [tradução livre]”. Dominavam o latim e as pandectas, o que possibilitou uma posição social privilegiada em relação aos cavaleiros. Os burgueses foram os responsáveis por fornecer as referências para o nascente estado administrativo (CORDERO, 1986, p. 42-43).

Os interesses da burguesia eram prioritariamente monetários. Paulatinamente usurparam prestígio e espaço da nobreza e do clero, razão pela qual passaram a ser vistos como “praga social”, cujos “infectados” precisavam ser descobertos e excluídos. “Técnicas de desinfecção foram desenvolvidas [tradução livre]”. O contato

participação no júri era ofício obrigatório, cujo inadimplemento era severamente punido. O veredito era unânime. O instituto do júri impediu a introdução do estilo inquisitório na Inglaterra (CORDERO, 1986, p. 40-41).

com o mundo árabe fez surgir interesses distintos dos existentes até a época. “O gosto sofisticado dos árabes refutava os processos-espetáculos nos quais um único ato da competição colocava fim à partida inteira [tradução livre]”: duelos, juramentos, ordália, etc. (CORDERO, 1986, p. 44).

O conhecimento técnico decorrente do resgate das fontes romanas produziu “novas máquinas instrutórias [tradução livre]”. Definir quem deveria ser punido se tornou uma “tarefa cientificamente regulável [tradução livre]”. Primeiro eram lembrados os fatos por meio de métodos adequados à cultura dominante, depois os fatos eram valorados conforme as prescrições do *Corpus juris civilis* ou do direito canônico. Não havia, contudo, distinção entre fato (*facti*) e direito (*juris*) nos velhos rituais (CORDERO, 1986, p. 44).

O “contágio inquisitório [tradução livre]” veio do sudoeste europeu, após a derrota dos occitanos¹⁴⁷ na cruzada contra os cátaros, realizada na região francesa de Albi, entre 1208 e 1229, por ordem de Innocentii III. O colapso da autonomia política levou à derrocada da cultura occitana. O *establishment* eclesiástico pretendia uma recuperação moral, tarefa para a qual era indispensável o trabalho policial de repressão contra a heresia (CORDERO, 1986, p. 46).

93. A superfluidade do acusador no processo era uma máxima originada no IV Concílio de Latrão, em 1215, mas os órgãos eram inadequados à tarefa e os tribunais eclesiásticos tendiam ao laicismo. As estruturas inquisitórias surgiram lentamente. Primeiro com o questionamento do legado dos papas, depois com o aparecimento dos dominicanos e a formação de Florença em 20 de junho de 1127. A forma definitiva foi adquirida com a emissão da bula *Ad extirpanda*, em 15 de maio de 1252, pelo papa Innocentius IV (CORDERO, 1986, p. 46) que oficializou a inquisição mediante a introdução da tortura.

Mas antes dessa data o caminho já estava preparado para receber a inquisição. Em 4 de novembro de 1184, o papa Lucius III (1097-1185) emitiu a bula *Ad abolendam*, por meio da qual pretendeu abolir a heresia, elegendo como hereges: cátaros, patarinos, falsos humilhados (também chamados de pobres de Lyon), passaginos, josefinos e arnaldistas. As condutas criminalizadas foram descritas a grosso modo como: usurpar a autoridade da igreja católica pregando

¹⁴⁷ Occitània foi uma região formada nas fronteiras entre Espanha, França, Itália e Mônaco.

sem autorização ou após ser proibido, não temer sentir ou ensinar os ensinamentos da igreja católica, e acolher, proteger ou ajudar os hereges (leis 4, 5 e 6). A punição era a excomunhão (leis 7 e 8), cuja decisão obrigava a reiteração da decisão pelas autoridades legais e religiosas (lei 9) (RUST, 2012, p. 150-155). Essa foi a primeira reação da igreja contra a ameaça representada pelos burgueses.

Em 25 de março de 1199 foi a vez de Innocentii III combinar os estudos de teologia realizados em Paris aos estudos jurídicos realizados em Bologna para editar uma bula híbrida: homilia numa parte, enunciados normativos na outra. Assim foi decretada a bula *Vergentis in senium*, que equiparou a heresia ao crime de lesa majestade, fazendo a heresia um crime de lesa majestade divina. Iniciada com a descrição da concepção pessoal acerca da heresia e da luta anti-hereges (leis 1 e 2), a partir da lei 3 normatizou. Primeiro ampliou a heresia para abranger também as crenças distintas dos ensinamentos da igreja católica e, com isso, ampliou a esfera de atuação da jurisdição canônica (lei 3). Vetou a acolhida, a defesa, o apoio e o favorecimento aos hereges mediante a imposição de vedações para o acesso a cargos públicos, funções públicas, e exclusão dos direitos a exigir as obrigações decorrentes dos negócios, o esvaziamento do cargo, se fosse juiz, tabelião ou advogado, ou a deposição se fosse clérigo (lei 4). Prescreveu a sentença de anátema a quem tivesse contato com hereges e determinou o confisco dos bens dos hereges (lei 5). Impôs o confisco dos bens aos culpados de lesa-majestade divina, poupando somente às vidas dos filhos, por misericórdia (lei 6) (RUST, 2012, p. 156-161).

Em 25 de fevereiro de 1231, o papa Gregorius Nonus (1145-1241) editou a bula *Excommunicamus*, por meio da qual criou a estrutura jurídica da inquisição ao estabelecer a inquisição geral (*inquisitio generalis*) para investigar heresias por meio da confissão, bem como a inquisição especial (*inquisitio specialis*) por meio da qual eram investigados suspeitos predefinidos¹⁴⁸.

Por fim, a bula *Ad extirpanda*, composta por trinta e oito leis, que hoje chamaríamos de enunciados, especificamente de artigos, foi criada com a finalidade de extirpar a heresia. A condição de possibilidade para extirpar a heresia foi a inserção da tortura. Por meio dessa bula a soberania papal foi instalada sobre a

¹⁴⁸ Sobre: (BELDA INIESTA, 2013, 100-107) e (POLI, 2015, p. 50-52).

crisandade e a repressão espalhada pelo ocidente. O texto inicia com a imposição de uma obrigação: o descumprimento das leis era punido com a excomunhão pessoal e interdito (RUST, 2014). Isso possibilitou a captura da vida e impôs as leis aos viventes, incluindo-os na ordem e excluindo-os de qualquer possibilidade de resistência.

Incumbiu o potentado ou o governante de cada lugar de acusar todos os hereges e de confirmar o *banum* (conjunto de leis, penas, governo, jurisdição, foro e símbolos públicos), bem como atribuiu a todos o direito de apropriação impune dos bens dos hereges, exceto se a apropriação era exclusiva de algum cargo público (lei 2). Determinou que o governante ou potentado deve eleger 12 homens probos e católicos, 2 notários e 2 auxiliares, até o terceiro dia após assumir o governo, cuja função era de capturar os hereges e despojá-los dos bens e providências ou levá-los ao bispo ou aos vigários, bem como fiscalizar o cumprimento da bula (leis 2 e 3). Os governantes e potentados sustentados pela comuna deviam assegurar a condução dos hereges aos cuidados ou à presença do bispo ou dos vigários em até 15 dias após a captura (leis 5 e 23). Obrigou os funcionários, o governante ou o potentado aos termos dos juramentos prestados (leis 6, 7 e 9). Atribuiu aos 12 homens o poder de estipular um castigo ou *banum* conforme o ofício do qual estão incumbidos (lei 8). Assegurou o direito ao ressarcimento dos danos sofridos no exercício da função (lei 10) e o direito ao reembolso das despesas de viagens (lei 13). Proibiu os oficiais de se reunirem para tratar das funções nos casos não autorizados pelo bispo e pelos frades (lei 11). O trabalho dos 12 era prestado somente por 6 meses (lei 12). O salário dos oficiais era pago com 1/3 do valor das multas atribuídas aos hereges¹⁴⁹ (lei 14). Vetou impedimentos às incumbências dos 12 por falta de dinheiro e por estatutos decretados (leis 15 e 16). Incumbiu os bispos de autoridade para determinar que o potentado ou governante afastasse qualquer dos 12 e indicasse outra pessoa, bem como para julgar os oficiais favorecedores da heresia (leis 17 e 18). Obrigou a todos a prestar auxílio ao bispo, aos vigários, aos inquisidores e aos oficiais (lei 19). Criminalizou a libertação e a defesa de hereges com o confisco perpétuo de todos os bens, determinou a conversão desses bens em públicos, a destruição da casa do culpado até a fundação, a captura dos bens encontrados na

¹⁴⁹ Mas não havia explicação sobre como deveriam ser divididos os valores: se em partes iguais ou se cada oficial ficaria com 1/3 do valor total dos hereges que capturou.

casa, bem como impôs multas para o burgo, a vila e a vizinhança se fossem encontrados hereges no local. A comuna da cidade ou lugar tinha o dever de custear uma cadeia na qual os hereges ficavam sob custódia de homens católicos designados pelo bispo ou pelos frades, separados dos demais reclusos (leis 20 e 26). Definiu algo semelhante ao falso testemunho (lei 22). O governante ou potentado devia aplicar os decretos condenatórios dos hereges, promulgados pelos bispos, vigários e inquisidores, no prazo máximo de 5 dias (lei 24). Introduziu a tortura para obter a confissão e a delação dos hereges e dos demais cúmplices, mas vetou as amputações e a morte (lei 25). Fixou uma pena acessória aos que aconselhavam, favoreciam ou auxiliavam os hereges, a declaração pública de que era infame, o que proibia o exercício de funções públicas, ampliando o teor da lei 4 da bula *Vergentis in senium* (lei 27). Estabeleceu as funções de arquivo, armazenamento e publicização de informações sobre os hereges e os cúmplices de hereges (leis 28 a 31 e 37 a 38). Tornou imutáveis as condenações e penas impostas aos hereges, semelhante ao caso julgado de nossos tempos (lei 32). Estabeleceu os critérios de repartição dos bens confiscados dos hereges, semelhante ao que hoje chamamos de repartição da receita tributária (lei 33). Cominou a declaração pública e perpétua de infâmia de quem tentava abolir, reduzir ou alterar a bula, bem como uma multa em dinheiro ou, se não tinha dinheiro, com o *banum* (lei 34). Por fim, impôs ao novo potentado ou governante o dever de investigar o potentado ou governante e os respectivos assessores anteriores com o auxílio de três homens católicos e confiáveis que deviam ser escolhidos até 10 dias após o início do governo (leis 35 e 36) (RUST, 2014, p. 216-228).

94. Assim a igreja católica criou um sistema processual inquisitório no qual foi substituída a tríade estrutural do processo: autor, juiz e réu (*actus trium personarum*), pela investigação por iniciativa do juiz (*de quolibet maleficio cognoscunt per inquisitionem ex officio suo*). O conteúdo das bulas impingiu um “caráter medicinal [tradução livre]” às penas e, conseqüentemente, “terapêutico [tradução livre]” ao processo. A pena servia para expurgar o mal que residia no herege. O processo era o meio para descobrir a Verdade e forçar o imputado a cooperar (CORDERO, 1986, p. 46-47).

O quadro psíquico, desvelado pelas palavras, é a característica autêntica dos modelos. Enquanto os velhos rituais acusatórios de disputa entre partes em condição de igualdade produziam um jogo limpo (*fair play*), no modelo inquisitorial canônico não havia regulação do diálogo entre os desiguais, o imputado era apenas uma besta a confessar (*bête à aveu*), pois estava sob juramento. O juramento do imputado foi estabelecido na *summa totius artis notarie*, de 1255. Com isso, o imputado foi convertido em objeto¹⁵⁰. A obsessão com o imputado era consequência de um pressuposto: o imputado, culpado ou inocente, detinha a Verdade histórica. Os fatos eram considerados inapagáveis e, por isso, pensavam que o inquisidor poderia entrar na cabeça do imputado e extrair a Verdade (CORDERO, 1986, p. 48).

Abolidos o contraditório e o direito de defesa, não existiam meios de confronto, o que possibilitava aos “terapeutas” trabalhar conforme os próprios interesses. O principal estímulo das confissões era a tortura (*quaestionem intelligere debemus tormenta et corporis dolorem ad eruendam veritatem*). Os juristas se tornaram “psicoscópios [tradução livre]”, ferramentas de análise da psique, que enxergavam pela “única fenda [tradução livre]”: a palavra. Havia uma semelhança entre os tormentos e a ordália. Quem os superava sem confessar, purgava os indícios contra si (CORDERO, 1986, p. 48-49)¹⁵¹.

O modelo inquisitório não admitia termos e nem formas pré-determinadas, tendia a ser “juridicamente amorfo [tradução livre]”, apesar da existência de regras, dentre as quais a exigência de indícios para a tortura, a invalidade da confissão sem indícios e a obrigação de soltura dos purgados. O inquisidor trabalhava como queria, decidia se os indícios eram suficientes ou não, burlava a proibição de repetição da tortura dizendo que estava continuando a mesma tortura, por longo tempo e se valia de táticas flexíveis e improvisadas a cada caso (CORDERO, 1986, p. 50-51).

¹⁵⁰ Essa conversão é orientada pela obra de Tommaso d'Aquino que adaptou a escolástica aristotélica às necessidades da igreja católica. Enquanto a igreja católica em geral operava com a concepção patrística de uma Verdade transcendental atingível pelo papa ao abrir a porta dos céus com a chave que pertencia à igreja católica, o ofício da inquisição experimentava a concepção escolástica de Verdade imanente, o que permitia, e também exigia, a tortura para extrair a verdade do corpo do imputado.

¹⁵¹ Mas isso não significava que o imputado era considerado inocente. O inquisidor catalão Nicolau Eymerich (1320-1399) instruiu a nunca fazer constar na sentença de absolvição que o imputado era inocente ou isento, apenas que nada foi encontrado, para que, assim, a investigação pudesse ser continuada quando encontravam novas provas (EYMERICH, 1993, p. 149-151).

As condições de trabalho do inquisidor, sozinho e longe do contraditório, “até podiam favorecer o trabalho policial [tradução livre]”, mas “desenvolviam quadros mentais paranoicos [tradução livre]”, situações nas quais um lampejo de delírio é desencadeado em razão de uma lembrança de um caso semelhante, trabalhado anteriormente. A lógica pela qual o inquisidor operava a máquina jurídico-teológica foi chamada, por Franco Cordero, de primado das hipóteses sobre os fatos (*primato dell'ipotesi sui fatti*): “quem investigava segue uma [hipótese] [...] nada a garante mais fundada em relação às alternativas possíveis, nem esta profissão estimula cautela autocrítica”. Como não havia contraditório e o inquisidor era o senhor da investigação, era pouco provável que não investigasse para confirmar essa hipótese (CORDERO, 1986, p. 51). O primado das hipóteses sobre os fatos é uma das estruturas processuais que sobrevivem até a atualidade.

95. Ainda no período chamado inquisitorial, mas sob influência maior do estado que da igreja católica, embora não dissociados, surgiu outra importante lei para o estudo do processo criminal, a Ordonnance criminal francesa (*Ordonnance criminelle*), de 26 de agosto de 1670, projetada pelos políticos franceses Henri Pussort (1613-1697) e Jean-Baptiste Colbert (1619-1683), e outorgada pelo rei Louis XIV (1638-1715), continuando o trabalho iniciado com a *Ordonnance* francesa de 1667¹⁵².

Dentre as disposições, são importantes para o estudo do processo criminal: as testemunhas podiam ser ouvidas pelo juiz de ofício, e sem intimação em caso de flagrante delito (tít. VI, art. IV); algum funcionário redigia as informações prestadas pelas testemunhas (tít. VI, art. VI); a testemunha assinava o documento (tít. VI, art. IX); a oitiva das testemunhas era secreta (tít. VI, art. XI); o imputado doente ou ferido podia apresentar escusas pela ausência ao notário mediante procuração especial (tít. XI, art. I); o juiz devia presenciar o interrogatório (tít. XIV, art. II); o termo de interrogatório era lido ao imputado que, após a leitura, devia assinar o documento (tít. XIV, art. XIII); o interrogatório podia ser repetido quantas vezes fosse

¹⁵² “*is est impossible de séparer l'Ordonnance de 1670 de celle de 1667; ce sont deux fragments d'une même oeuvre, exécutés par les mêmes ouvriers.*” é impossível separar a Ordonnance de 1670 daquela de 1667; são dois fragmentos de uma mesma obra, executada pelos mesmos trabalhadores (ESMEIN, 1882, p. 177, tradução livre).

necessário¹⁵³ (tít. XIV, art. XV); o imputado só era cientificado do teor da acusação após ser interrogado (tít. XIV, art. XIX); o procurador, os auxiliares e as partes civis podiam também interrogar o imputado (tít. XIV, art. XX); a acusação devia ser instruída com depoimentos de testemunhas e outras provas que podiam ser renovadas e, se era necessário, as testemunhas eram confrontadas com o imputado (tít. XV, art. I); a coleta dos testemunhos era feita por ordem do juiz (tít. XV, art. III); a confrontação entre os depoimentos do imputado e da testemunha era feita após prestarem juramento e após a leitura das divergências sobre as quais o juiz os interpelava (tít. XV, art. XIV, XV e XVI); o imputado podia confrontar o depoimento ou se recusar a falar (tít. XV, art. XVIII); feita a confrontação, o imputado só podia recusar as testemunhas se apresentasse justificativas por escrito (tít. XV, art. XIX e XX); se o imputado notava contradições ou circunstâncias nos depoimentos que podiam esclarecer o fato e justificar a inocência, podia requerer que a interpelação da testemunha pelo juiz (tít. XV, art. XXII); regulamentação da pena de morte e da tortura (tít. XIX); e regulamentação da prisão (tít. XIII) (RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, 1670).

Com a *ordonnance*, o rei Louis XIV não pretendeu inovar, mas reformar. O rigor e os princípios da ordenação influenciaram significativamente a administração do judiciário francês. Era um verdadeiro código, preciso nos detalhes e nas expressões. Daí porque vigeu por 120 anos. No momento em que foram gestadas, a jurisprudência era incerta e variável. Não havia observação das formas, nem garantias dos direitos dos imputados, enfim os abusos proliferavam por todas as partes. A ordenação serviu para unificar as formas do processo criminal (ESMEIN, 1882, p. 329-330).

Franco Cordero pontuou que a ordenação não era “o milagre alegado pelos cultores, era estupidamente insensível aos acontecimentos na agonia do *ancien régime* [tradução livre]”. Apesar disso, foi um monumento técnico. A tarefa criminal foi regulada em termos exatos, mas, em outros locais, os adeptos “trabalham com as mãos sujas [tradução livre]”, improvisando como e quando queriam. A estrutura era formada por três órgãos: ministério público, juiz instrutor e colégio. O ministério público era responsável pela ação. Havia uma etapa preliminar, de investigação,

¹⁵³ Essa necessidade não é indicada ou explicada, mas pensa-se que era uma “necessidade de obter a confissão”.

chamada de informação que podia ser delegada. Os depoimentos da informação não eram provas, apesar de serem tomados oralmente e mediante juramento. Nas igrejas católicas eram lidas do púlpito e afixadas na porta os monitoriais (*monitoires*). Quem era informado sobre o caso comunicava o que sabia ao pároco para que o pároco transmitisse à chancelaria em envelope lacrado. Esse canal secreto tinha a finalidade de descobrir eventuais testemunhas. Concluídas as informações, eram enviadas ao ministério público para concluir: não havia lugar para proceder, reenviava à audiência os casos puníveis com penas pecuniárias ou emitia um decreto de imputação. Os decretos de imputação podiam ser para acusação, adiamento ou “captura do corpo” (CORDERO, 1986, p. 54-55).

Após o interrogatório, realizado pessoalmente pelo juiz, com exclusão da defesa nos crimes mais graves, o ministério público fornecia novas conclusões orais cujo teor era transcrito. Em crime punível com pena corporal ou infamante, os testemunhos eram ouvidos novamente (*récolement*) para produzir prova formalmente e corrigir os testemunhos. O juiz questionava se as informações prestadas anteriormente, e lidas perante a testemunha, persistiam. A resposta era prestada oralmente. Após, era realizada a confrontação: testemunha e imputado eram qualificados pelo chanceler. Não era uma disputa. Nesse momento testemunha e imputado podiam fazer objeções um contra o outro. As informações e o *récolement* eram lidos para que o examinado reafirmasse o último texto como verdadeiro. O *récolement* e a confrontação eram os únicos momentos em que o imputado podia se defender, apontando fatos justificativos (*faits justificatifs*): doença mental, caso fortuito, alibi, legítima defesa etc. Apontado algum fato justificativo, o imputado devia indicar testemunhas, mas os juízes e tribunais eram proibidos de ordenar a prova antes da etapa conclusiva, e o imputado não podia ver e nem ouvir as testemunhas, de modo que os depoimentos eram tomados conforme os interesses do juiz. Essa etapa constituía a instrução definitiva (*instruction définitive*). O ministério público concluía definitivamente com pedido de condenação a uma determinada pena, absolvição, absolvição no estado em que as coisas se encontram (*rebus sic stantibus*), tortura ou determinação que provava os fatos justificativos. Tudo era escrito e tornado sigiloso sem fundamentação. Apresentada a conclusão, havia um microdebate perante o colégio de juízes. Havia pelo menos 3 nos crimes

punidos com pena corporal ou infamante, e pelo menos 7 na apelação. No último interrogatório (*dernier interrogatoire*) o imputado respondia na berlinda (*sellette*) e nesse momento era torturado, se assim o ministério público concluía. Perante os juízes era realizada a justiça antes do meio dia sempre que o imputado era condenado à morte, a remar¹⁵⁴ ou ao banimento. Na apelação, um voto era suficiente para a condenação (CORDERO, 1986, p. 56-59)¹⁵⁵.

96. O terceiro monumento da história ocidental do processo criminal¹⁵⁶ foi o *Code d'instruction criminelle*, de 17 de novembro de 1808, projetado pelo jurista francês Jean-Jacques Régis de Cambacérès (1753-1824) e outorgado pelo imperador Napoléon Bonaparte (1769-1821), aparentemente fundado nas *Ordonnances* de 1539 e de 1670, mas inspirada no direito religioso romano (*fas*) (HÉLIE, 1866, p. 9). As discussões foram iniciadas em março de 1801, mas houve muita instabilidade entre os envolvidos, o que fez com que os debates fossem estendidos até novembro de 1808, com uma suspensão entre dezembro de 1804 e janeiro de 1808 (CORDERO, 1986, p. 68-73).

Em 23 de janeiro de 1808, após debate intenso entre os defensores do modelo inglês e os defensores das *Ordonnance criminelle*, o conselho de estado (*Conseil d'Etat*) decidiu manter o júri como regra, mas que alguns crimes seriam julgados por tribunais particulares, mas Napoléon não estava totalmente de acordo.

¹⁵⁴ Galere designava uma embarcação antiga a remo. Posteriormente se transformou numa pena de remar um barco (MICHAELIS, 2019).

¹⁵⁵ Em 24 de agosto de 1780, Louis XVI suprimiu a questão preparatória, em 1º de maio de 1788 extinguiu a questão prévia, berlinda, denúncia pelos casos resultantes do processo, bem como exigiu que a imputação fosse enunciada. Sob influência das críticas de François-Marie Arouet (1694-1778), sob o pseudônimo de Voltaire, em alguns cadernos de queixas (*cahiers de doléances*, o que hoje chamamos de autos do processo) havia invocações do modelo inglês de processo. A assembleia constituinte francesa de 1789 operou uma reforma: as novas normas, no fundo, afetaram a velha estrutura. A informação foi preservada, mas a instrução passou a ser pelas partes perante um colégio de pelo menos três juízes. O *récolement* e a confrontação passaram a ser públicos. Foram previstos fatos justificativos ou de atenuação para cada recusa das testemunhas e para cada contraprova. Apesar de o imputado só participar do interrogatório, o defensor podia falar, se quisesse. Foi garantido um contraditório completo, mas era ainda um processo escrito. Nos dois anos seguintes foram introduzidas a oralidade e a instrução pública, a informação competia ao juiz de paz e a ação era popular (*dénonciation civique*) ou de ofício (*ex officio*). O controle da acusação era feito pelo júri perante o qual todas as provas eram produzidas oralmente, sem intervenção da defesa. A deliberação era tomada pela maioria. Admitida a acusação, o processo seguia para a segunda fase, um júri responsável pelo julgamento, composto por 12 jurados, com provas orais e vedação de leitura de depoimentos. No período turbulento, entre o diretório e o consulado (1795-1804), o modelo foi alterado diversas vezes, em consecutivas reformas, que substituíram a estrutura acusatória por uma nova estrutura inquisitória: ministério público e juiz de instrução trabalhavam em conjunto (CORDERO, 1986, p. 60-68).

¹⁵⁶ O primeiro foi o *Corpus juris civilis* e o segundo a *Ordonnance criminelle* de 1670.

Foi daí por que, num golpe de cena, produziram uma máquina, fruto de uma engenharia jurídica, o procedimento misto. Franco Cordero reconheceu: era um “monstro de duas cabeças”, iniciado com a instrução secreta, na qual valia a *Ordonnance* de Louis XIV, seguido em uma cena disputada em público, perante um júri. Contudo, valia na fase pública tudo o que era produzido na fase secreta (CORDERO, 1986, p. 70-73).

Eis o grande feito. A pretexto de acomodar os interesses antagônicos de partidários do júri e de partidários das *Ordonnances*, Napoleón atacou com dois golpes. Primeiro, simulou um gesto eclético, suficiente para apaziguar os incautos. Segundo, agindo como um aqueu (*akhaioi*), usou o procedimento misto como o cavalo de Troia, inseriu aí o elemento surpresa: as informações produzidas em segredo e sem participação da defesa, valiam também na fase do júri, na qual o imputado supostamente teria garantidos os direitos. No lugar do art. 365 do *Code des délits et des peines*¹⁵⁷, que vetava o uso de depoimentos por escrito perante o júri¹⁵⁸, foram introduzidos os art. 317¹⁵⁹ e 341¹⁶⁰ do *Code d’instruction criminelle*, a obrigar os testemunhos orais, mas permitir adições, mudanças e variações às

¹⁵⁷ “365. Il ne peut être lu aux jurés aucune déclaration écrite de témoins non présents à l’auditoire.” Não pode ser lido aos jurados alguma declaração escrita de testemunhas ausentes ao auditório (RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, 1795, tradução livre).

¹⁵⁸ “non esiste più una formula corrispondente all’art. 365 code des délits et des peines” (CORDERO, 1986, p. 72).

¹⁵⁹ “317. Les témoins déposeront séparément l’un de l’autre, dans l’ordre établi par le procureur général. Avant de déposer, ils prêteront, à peine de nullité, le serment de parler sans liaine et sans crainte, de dire toute la vérité, et rien que la vérité. Le président leur demandera leurs noms, prénoms, âge, profession, leur domicile, ou résidence, s’ils connaissent l’accusé avant le fait mentionné dans l’acte d’accusation, s’ils sont parents ou alliés, soit de l’accusé, soit de la partie civile, et à quel degré; il leur demandera encore s’ils ne sont pas attachés au service de l’un ou de l’autre: cela fait, les témoins déposeront oralement.” 317. As testemunhas deporão separadamente uma da outra, na ordem estabelecida pelo procurador geral. Antes de depor, eles prestarão, sob pena de nulidade, o juramento de falar sem enroação e sem medo, de dizer toda a verdade, e nada mais que a verdade. O presidente lhes demandará seus nomes, prénomes, idade, profissão, seu domicílio, ou residência, se ele e o acusado se conheciam antes do fato mencionado no ato de acusação, se eles são parentes ou aliados, seja do acusado, seja da parte civil, e em que grau; ele perguntará também se não estão ligados ao serviço de um ou de outro: feito isso, as testemunhas deporão oralmente (RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, 1808, tradução livre).

¹⁶⁰ “341. Le président, après avoir posé les questions, les remettra aux jurés dans la personne du chef du jury; il leur remettra en même temps l’acte d’accusation, les procès-verbaux qui constatent le délit, et les pièces du procès, autres que les déclarations écrites des témoins. Il avertira des jurés que, si l’accusé est déclaré coupable du fait principal à la simple majorité, ils doivent en faire mention en tête de leur déclaration. Il fera retirer l’accusé de l’auditoire.” 341. O presidente, depois das questões, as remeterá aos jurados na pessoa do chefe do júri; ele remeterá ao mesmo tempo o ato de acusação, os processos verbais que constatarem o crime, e as peças do processo, outra que as declarações escritas das testemunhas. Ele advertirá os jurados que, se o acusado for declarado culpado do fato principal pela maioria simples, eles devem mencionar no início da sua declaração. Ele fará retirar o acusado do auditório (RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, 1808, tradução livre).

declarações anteriores que eram encaminhadas aos jurados, excluídas apenas as declarações escritas dos testemunhos (CORDERO, 1986, p. 72-73).

A estrutura era complexa. A primeira fase, a instrução¹⁶¹, ficava a cargo da polícia judiciária (livro primeiro), realizada por policiais (capítulo I), prefeitos e auxiliares (capítulo II), guardas campestres e florestais (capítulo III), procuradores imperiais (capítulo IV), oficiais de polícia auxiliares do procurador imperial (capítulo V) e juizes de instrução (capítulo VI). As matérias reguladas na primeira fase eram prisão em flagrante, instrução, mandados de comparecimento, depoimento e prisão, liberdade provisória e cautelar, e relatório de conclusão da instrução. A segunda fase, o *jugement*, era conduzida perante os tribunais (livro segundo), cuja organização abrangia tribunais de polícia simples (título I, capítulo I), tribunais em matéria correcional (título I, capítulo II), tribunal do júri (título II), corte de *Assise*¹⁶² (título II, capítulo II) e cortes especiais (título VI), cujos procedimentos e competências estavam espalhados pelo livro segundo (RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, 1808)¹⁶³.

O *Code d'instruction criminelle* alçou voo pela Europa ocidental para inspirar a elaboração de vários códigos italianos. Primeiro, influenciou o projeto elaborado pelo jurista italiano Gian Domenico Romagnosi (1761-1835), foi incluído nos códigos bourbônico de 1819, no parmegiano de 1820, no pontifício de 1831, no toscano de 1838, nos piemonteses de 1847 e 1859. Com algumas variações, foi conservado nos códigos italianos de 1865, 1913 e, finalmente, no *Codice de procedura penale* de 1930¹⁶⁴, chamado *Codice Rocco*¹⁶⁵ (FERRAJOLI, 1995; CORDERO, 2008a). O *Codice de procedura penale* de 1930 é a matriz do nosso atual Código de processo

¹⁶¹ “Nella nomenclatura fin de siècle ‘instruction’ significava anche «dibattimento davanti ai giurati», ma, riferita ai nuovi istituti, designa gli atti compiuti da giudice istruttore.” Na nomenclatura do fim do século ‘instrução’ significava também ‘debate perante os jurados’, mas, referida aos novos institutos, designa os atos praticados pelo juiz de instrução (CORDERO, 2012, p. 65, tradução livre).

¹⁶² Assise é o nome dos órgãos colegiados de julgamento, formados por juizes leigos e por juizes togados.

¹⁶³ Para mais detalhes: (ESMEIN, 1882, p. 481-589; HÉLIE, 1866, p. 451-476).

¹⁶⁴ Apenas em 30 de setembro de 1938 o direito processual criminal foi separado do conteúdo programático das disciplinas de direito criminal, por meio do *Regio decreto* nº 652. Os criminalistas não se importavam, era um apêndice ignorável do direito criminal. Francesco Carrara, Alessandro Stoppato (1858-1931) e Luigi Lucchini (1847-1929) constataram que não existia, à época, um processo criminal. Cordero complementa, afirmando que continuou a não existir processo criminal no manual de Vincenzo Manzini (CORDERO, 2008a).

¹⁶⁵ Em análise ao *codice*, Francesco Carnelutti concluiu que, excluídas as hipóteses de distração ou de infortúnio técnico, somente pode ser fruto de uma certa orientação ideológica que só podia ser autoritária, considerando o governo fascista da época (CORDERO, 1966, p. 5-6).

penal de 1941¹⁶⁶, de orientação inquisitória¹⁶⁷: “o que se justifica, dentre outras coisas, pelo código de regência (de 1941) ser uma cópia (malfeita) do *Codice Rocco* (de 1930). Trata-se de um sistema eminentemente inquisitório” (COUTINHO, 2018a, p. 205).

97. Entre os séculos XVI e XVIII surgiu na Europa o movimento da razão que deu origem à ciência moderna, sobretudo com o livro *Novum organum* do filósofo

¹⁶⁶ O jurista brasileiro e ministro da justiça Francisco Luís da Silva Campos (1891-1968) anotou na exposição de motivos do Código de processo penal de 1941: “II – De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. 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. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal. [...] É coibido o êxito das fraudes, subterfúgios e alicantinas. É restringida a aplicação do *in dubio pro reo*. É ampliada a noção do *flagrante delicto*, para o efeito da prisão provisória. A decretação da prisão preventiva, que, em certos casos, deixa de ser uma faculdade, para ser um dever imposto ao juiz, adquire a suficiente elasticidade para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal. Tratando-se de crime inafiançável, a falta de exibição do mandato não obstará à prisão, desde que o preso seja imediatamente apresentado ao juiz que fez expedir o mandato. [...] O prazo da formação da culpa é ampliado, para evitar o atropelo dos processos ou a intercorrente e prejudicial solução de continuidade da detenção provisória dos réus. Não é consagrada a irrestrita proibição do julgamento *ultra petitem* [além do pedido, há uma distinção inócua entre julgamento *ultra petitem*, além do pedido, e *extra petitem*, fora do pedido, como se o que está além não estivesse tão fora quanto o que está fora]. Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco: ‘Já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas’” (BRASIL, 1941c)

¹⁶⁷ Mas o procedimento misto foi introduzido no Brasil ainda em 1832, no Código de processo criminal imperial, que impunha uma instrução pelo juiz de paz seguida de um processo pelo júri: “Art. 228. Formada a culpa, o Juiz de Paz nos delictos, cujo conhecimento lhe não compete, fará logo dos processos a competente remessa, estejam ou não, presos os delinquentes, sejam publicos, ou particulares os delictos, por que foram processados” (BRASIL, 1832). “Proclamada nossa independencia e dando afinal cumprimento à promessa constitucional, foi elaborado o Codigo de processo criminal, mandando observar pela Lei de 29 de novembro de 1832. [...] No tocante ao jury, suas disposições foram calcadas sobre as legislações ingleza e franceza [contraditórias, como demonstrei], contes principaes a que recorreu o legislador, nessa e em outras materias. Pelo que toca ao processo, adoptou o systema mixto, subordinando a formação da culpa mais ao processo inquisitorio do que ao accusatorio, deixando ao plenario da accusação, defesa, provas e julgamento, toda a amplitude do processo accusatorio” (SIQUEIRA, 1917, p. 12-13).

inglês Francis Bacon (1561-1626), publicado originalmente em 1620, e também com o **Discurso do método para bem conduzir sua razão, e encontrar a verdade nas ciências** (*Discours de la méthode pour bien conduire sa raison, et chercher la vérité dans les sciences*) do filósofo francês René Descartes (1596-1650). Esses livros são centrais para a substituição da concepção teocêntrica pela concepção antropocêntrica, na passagem do fim do medievo para a modernidade: Bacon com o empirismo e Descartes com o racionalismo.

Bacon delineou uma significativa concepção antropológica já no primeiro livro do **Organum**, com a qual estabeleceu os limites do agir humano: “I. Homem é agente e intérprete da natureza, ele faz e entende apenas o quanto observa da ordem da natureza de fato ou por interferência, ele não pode saber e nem fazer mais.” “II. Conhecimento humano e poder humano derivam da mesma coisa, porque a ignorância das causas frustra os efeitos. Para conquistar a natureza somente pela obediência; e o que é pensado é a causa, é como uma regra prática.” “III. Tudo que o homem pode conquistar resultados é unir corpos naturais e desmontá-los; a natureza faz o resto internamente” (BACON, 2003, p. 33).

Descartes, ao abordar a metafísica, descreveu-a como substrato da ciência. O método científico possibilitaria a compreensão racional do mundo. Isso tudo estaria vinculado à possibilidade de pensar corretamente, expressado pela conhecida fórmula *cogito ergo sum* a partir de uma discussão entre as ideias, a natureza e o homem:

Eu penso, então eu sou [em francês, *je pense, donc je suis*, em latim, *cogito ergo sum*], quem me assegura que eu digo a verdade, senão que eu vejo muito claramente que, para pensar você tem que ser, eu julguei que eu poderia tomar como regra geral que as coisas que nós pensamos muito claramente e muito distintamente são todas verdadeiras, mas existe somente alguma dificuldade a bem observar quais são aqueles que nós pensamos distintamente¹⁶⁸.

98. A concepção científica do processo surgiu apenas no século XIX. À época existiam um direito judiciário civil e um processo criminal. O primeiro foi transformado em direito processual civil, em alemão *zivilprozessrecht*. O segundo, inspirado no

¹⁶⁸ “*Je pense, donc je suis, qui m'assure que je dis la vérité, sinon que je vois très clairement que, pour penser il faut être, je jugeai que je pouvais prendre pour règle générale que les choses que nous concevons fort clairement et fort distinctement sont toutes vraies, mais qu'il y a seulement quelque difficulté à bien remarquer quelles sont celles que nous concevons distinctement*” (DESCARTES, 1901, p. 55, tradução livre). A discussão foi desenvolvida nas páginas 55 a 67.

modelo francês de *procédure criminelle*, era a forma de obter a reparação, pública ou privada, de danos criminosos, contra quem os praticou. Franco Cordero adverte que a nomenclatura talvez aluda ao menor prestígio do processo criminal em relação ao processo civil. Contudo, como a cientificidade da matéria não depende do nome, assumiu o termo *procedura penale* (CORDERO, 1986, p. 3-4).

Prefere-se chamar de processo criminal porque, como já expressado, a pena é acessória à hipótese criminalizada, de modo que não existe processo apenas para discutir a pena. A inexistência de crime, as extinções da punibilidade¹⁶⁹, a negativa de autoria e a ausência de provas funcionam como exceções (*exceptio*), no sentido do processo romano, na medida em que excluem a punição. Nesses casos, inexistente qualquer discussão sobre pena, pois não há crime. Se o processo existisse apenas para discutir a pena, não haveria processo se o imputado fosse absolvido. Parece a mesma questão envolvida na discussão entre ação concreta ou abstrata.

Para o estudo do desenvolvimento científico é indispensável a filosofia de Kant, na medida em que foi ele quem cunhou a moderna concepção de sistema, na ***Crítica da razão pura (Kritik der reinen vernunft)***. Assumindo a condição de filho dos tempos modernos, o filósofo alemão dedicou-se, dentre outras coisas, a elaborar os pressupostos para a construção de um sistema de pensamento. A obra foi dividida em dois livros: doutrina transcendental dos elementos e doutrina transcendental do método, cada qual dividido em seções, partes e capítulos. A maior parte da obra foi dedicada ao primeiro livro, contudo interessa o segundo, pelo método que influenciou, e ainda influencia o direito.

O capítulo terceiro do segundo livro foi dedicado à arquetônica da razão pura. Kant iniciou o capítulo sintetizando o que entende por arquetônica: “a arte dos sistemas”. Para o filósofo alemão, a unidade sistemática converte o conhecimento vulgar em ciência ao transformar o conjunto de conhecimentos vulgares em sistema. Pelo papel que desempenha, Kant (2001, p. 669) entendeu que a arquetônica pertence à metodologia. Daí porque a inseriu no livro segundo.

A conversão dos conhecimentos em sistema teria como pressuposto o domínio da razão. Essa conversão apoiaria e fomentaria os fins da razão. Em seguida definiu sistema: “unidade de conhecimentos diversos sob uma ideia”. A ideia

¹⁶⁹ Dentre outras esparsas pelo ordenamento jurídico, as principais estão previstas no art. 107 (BRASIL, 1940).

poderia ser considerada o núcleo ou a origem do sistema, um princípio. Consequentemente, estariam excluídos da definição de sistema os conhecimentos não ordenados por uma ideia (KANT, 2001, p. 669).

Em outras palavras, sistema seria “o conceito racional da forma de um todo, na medida em que nele se determinam *a priori*, tanto o âmbito do diverso, como o lugar respectivo das partes.” Corolário disso seria a abrangência no conceito científico, tanto do fim, quanto da forma do sistema correspondente ao fim. A unidade do fim, o sistema, composta pela junção das partes que, ao mesmo tempo, se relacionariam umas com as outras para atingir o fim, criaria um requisito para que pudessemos falar em sistema: uma parte não pode faltar no conhecimento das demais partes (KANT, 2001, p. 669).

O todo é, portanto, um sistema organizado (*articulado*) e não um conjunto desordenado (*coacervatio*); pode crescer internamente (*per intussusceptionem*), mas não externamente (*per oppositionem*), tal como o corpo de um animal, cujo crescimento não acrescenta nenhum membro, mas, sem alterar a proporção, torna cada um deles mais forte e mais apropriado aos seus fins (KANT, 2001, p. 669).

A realização da ideia pressuporia um esquema: uma pluralidade e ordenação das partes essenciais e determinadas *a priori* conforme um princípio definido de acordo com o fim a que se destina. A estrutura esboçada para atingir uma ideia, um fim da razão, fundaria uma unidade arquitetônica. O princípio da unidade arquitetônica seria a ideia-fim. Já um esquema no qual a ideia fosse substituída por um fim empírico acidental resultaria em uma unidade técnica. A ciência não poderia surgir de modo técnico como fruto da analogia de elementos diversos ao uso acidental do conhecimento *in concreto*, mas apenas de modo arquitetônico, em razão da afinidade entre as partes e ao fato de que essa afinidade derivaria do fim interno. Ninguém estabeleceria uma ciência sem a fundar em uma ideia (KANT, 2001, p. 669-670).

99. O jurista brasileiro Rodrigo Régner Chemim Guimarães, ao analisar as obras mais difundidas dos juristas italianos Giovanni Carmignani (1768-1847), Enrico Pessina (1828-1916) e Francesco Carrara (1805-1888), franceses Faustin Hélie (1799-1884) e Adhémair Eismein (1848-1913), e alemães Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1775-1833) e Carl Joseph Anton Mittermaier (1787-1867), posteriores a Immanuel Kant e à noção kantiana de sistema, constatou que, com

exceção de Mittermaier, que partiu de Carmignani, todos os outros juristas alemães e franceses ainda não adotavam o termo “sistemas processuais”, mas “formas de procedimento judicial”. Dentre as referências italianas, atribuiu a Carmignani¹⁷⁰ “a mais antiga e mais profunda análise dos denominados sistemas processuais penais”, influenciado pelo discurso positivista de Montesquieu, bem como pelo filósofo italiano Giambattista Vico (1668-1744) (GUIMARÃES, 2015, p. 256-257).

Partindo da construção kantiana sobre os sistemas, e colocando-a em relação com a explicação do sociólogo alemão Dirk Baecker (1955...) de que a teoria do sistema surgiu na modernidade para controlar e supervisionar a sociedade por meio de atos de comunicação, os quais seriam atos de controle, Guimarães afirmou que a construção da ideia de sistema pressupõe “seleções de possibilidades de comunicação orientadas por uma ideia fundante e pelo princípio unificador que delimita o seu entorno”.

O fruto da ideia de sistema seria uma comunicabilidade adstrita às possibilidades de comunicação selecionadas. Desse modo, a operação do sistema se daria por um detentor de uma agência de poder que determinasse as possibilidades de comunicação dentro de um sistema e, simultaneamente, restringisse as possibilidades externas ao sistema. Estabelecidos os limites do sistema, o detentor da agência de poder não teria possibilidade de operar fora desses limites.

Mormente porque Chemim, um jurista, se referiu ao sistema jurídico, não se pode concordar com essas conclusões. Primeiro porque os conhecimentos organizados por uma ideia parecem mais atos do que potências de comunicação; na medida em que o conhecimento já foi produzido, a potência de produzi-los foi convertida em ato, sem esgotar a potência. Segundo porque a concepção agambeniana de soberania, com a qual se concorda, refuta a ideia de um soberano adstrito aos limites do sistema: está fora e dentro ao mesmo tempo, bem como pode dizer que não existe dentro ou fora.

100. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, após o contato com Franco Cordero, no doutoramento em *Diritto Penale e Criminologia* na *Università degli Studi di Roma – La Sapienza*, entre 1986 e 1988, teve contato com novas matrizes para

¹⁷⁰ A discussão sobre sistemas está delineada no capítulo III do tomo IV da **Teoria das leis da segurança social** (*Teoria delle leggi della sicurezza sociale*) (CARMIGNANI, 1832, p. 25-36).

tratar dos modelos processuais¹⁷¹. O professor italiano descreveu as estruturas dos dois grandes sistemas. Dentre outras coisas, os modelos inquisitórios de processo têm em comum juízes atores responsáveis por instaurar o processo e por produzir as provas (CORDERO, 1986, p. 43-74), apesar da existência de partes em alguns ordenamentos jurídicos¹⁷².

Por outro lado, os modelos acusatórios são distintos da frenética operação de caça às bruxas, neles há neutralidade: ao juiz é indiferente um resultado de acusação ou de condenação, são equivalentes axiológicos nos quais vale o jogo limpo (*fair play*) (CORDERO, 2012, p. 97-101). Sendo assim, Jacinto Coutinho (2007, p. 12) notou que o critério distintivo não poderia ser a existência de partes e nem a titularidade da ação. Restavam as provas. Percebeu que a distinção entre os modelos estava na gestão da prova, na carga de produzir provas.

Mas o critério distintivo não era suficiente. Foi buscar em Kant a matriz filosófica na qual assentou a construção sobre os sistemas processuais. Assim chegou à conclusão: sistema processual é um “conjunto de temas, colocados em relação, por um princípio¹⁷³ unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade” (COUTINHO, 1998, p. 165). Com

¹⁷¹ A teoria tradicional é de que basta a existência de uma parte incumbida da acusação, distinta do juiz, para que o modelo de processo seja acusatório. O critério distintivo seria, portanto, a separação entre juiz e acusador. Nesse sentido: (ROXIN, 2000, p. 86; CAPEZ, 2012, p. 547; NUCCI, 2010, p. 115-117). Também nessa direção, mas incluindo aí características secundárias, como a transparência, a possibilidade de controle dos órgãos de acusação e a publicidade dos atos processuais, apesar de também ter percebido que não existem modelos puramente inquisitórios e nem puramente acusatórios: (SPENCER, 2002, p. 20-22). Passando, dentre outras características, pela produção de prova pelas partes ou pelo juiz, mas a ignorando e deslocando o problema para os sistemas jurídicos de *common law* e de *statute law* para concluir que tentar definir os sistemas é uma tarefa digna de Sísyphos (DAMASKA, 2000, p. 12-17).

¹⁷² “È falso che metodo inquisitorio equivalga a proceso senza attore: nell'ordonnance criminelle 1670, monumento dell'ingegno inquisitoriale, il monopolio dell'azione spetta agli hommes du roi («les procès seront poursuivis à la diligence et sous le nom de nous procureurs»)”. É falso que o método inquisitório equivalha a processo sem ator: na ordenação criminal de 1670, monumento da inteligência inquisitorial, o monopólio da ação pertence aos homens do rei (‘os processos serão perseguidos à diligência e sob o nome de nossos procuradores’) (CORDERO, 1986, p. 47, tradução livre). Entretanto, o jurista argentino Julio B. J. Maier (1993, p. 22-23) encontrou rastros de agentes públicos de acusação em França quatro séculos antes, após as reformas legislativas ocorridas entre os séculos XIII e XIV: os *procurers du roi* e os *advocats du roi*. Em razão da passagem do feudalismo ao absolutismo estatal, aqueles agentes passaram a ser funcionários públicos e receberam atribuições criminais com a introdução do procedimento inquisitório. Nesse procedimento, ainda em França, os *procurers du roi* foram transformados em denunciadores da coroa, cuja principal atribuição era formular a denúncia que dava causa à inquisição geral e à inquisição especial. A confirmar a versão, o jurista francês Adhémar Esmein (1882, p. 100-108).

¹⁷³ Existem somente dois: o dispositivo que estrutura o sistema acusatório e o inquisitivo que estrutura o sistema inquisitório (COUTINHO, 1998, p. 165-167).

a necessidade de um princípio unificador, torna-se inadmissível chamar o procedimento misto de sistema, o que não quer dizer que existem sistemas puros, sobretudo porque os sistemas são tipos, ou modelos, históricos, mas o antagonismo da gestão da prova, que funda o princípio, impossibilita a existência de um sistema misto¹⁷⁴:

desde que Kant usou a noção de *sistema*, em sua arquitetura da razão pura, para oferecer condições de se obter o conhecimento de *estruturas complexas* (isto é, para além da unidade, como se praticava desde os gregos, bastando ver o *hilemorfismo* de Aristóteles), ninguém desconhece que o *princípio reitor* (a ideia única dele), o qual possibilita a agregação dos elementos, assim como a *finalidade* (a qual, em *ultima ratio*, acaba definindo aquele), são imprescindíveis e devem ser levados em consideração todas as vezes que no próprio sistema se quer mexer (COUTINHO, 2011, p. 4).

Isso significa que a distinção entre modelo e sistema está no planejamento, no estabelecimento de uma ideia, associada a um fim, que dá coerência a todo o conjunto de temas. Isso surgiu apenas com o *trial by jury* inglês e com a inquisição canônica, nos séculos XII e XIII, ainda que o conceito de sistema seja posterior. O que havia até então eram modelos, com algumas semelhanças em relação aos sistemas, mas criados aleatoriamente, conforme se davam as relações sociais, inclusive de invasões.

O estágio atual da discussão está situado entre os defensores, os algozes e os ecléticos dos sistemas. Os primeiros, partindo de uma concepção sistemática, atribuem aos sistemas a centralidade das discussões processuais. Os segundos, desprovidos de fundamentos, mas com posições mais radicais, negam importância ao tema e até mesmo dizem estar superado¹⁷⁵. Os terceiros, partindo de uma concepção eclética¹⁷⁶, consideram o tema de importância secundária e apontam

¹⁷⁴ “Ora, se todos os sistemas processuais penais da atualidade são mistos e, desde a noção de sistema não se pode ter um sistema misto, parece óbvio que se trata de um problema meramente conceitual, e não fático” (COUTINHO, 2009c, p. 109).

¹⁷⁵ “com uma crítica aguda, acabaram *sugerindo sua superação*, seu desmonte, quem sabe seu afastamento ou sua destruição, desde pontos de vistas que se não podia aceitar, por uma série de razões. Dentre elas – e talvez a principal – esteja aquela ligada ao lugar que o tema tem, ou seja, de *fundamento do fundamento do direito processual penal* e, assim, nada é inaceitável, desde este ponto de vista se, quem formula algo do gênero (de todo destruidor), não coloca alguma coisa no lugar. Ali, se algo não está, outra coisa estará; como é evidente. Se fosse possível (e só o é no sentido metafórico), há de se entender que ali não há vazio” (COUTINHO, 2018b, p. 64).

¹⁷⁶ O ecletismo foi um movimento filosófico da Grécia antiga, uma “diretriz filosófica que consiste em escolher, dentre as doutrinas de diferentes filósofos, as teses mais apreciadas, sem se preocupar em demasia com a coerência dessas teses entre si e com sua conexão aos sistemas de origem” (ABBAGNANO, 2007, p. 298). É sintomática do ecletismo, por exemplo, a posição de João Mendes de Almeida Júnior, sobretudo porque foi professor catedrático de processo criminal na

para a mixagem teórica como solução, sem se preocuparem com os problemas decorrentes da incompatibilidade, sentidos cotidianamente pelos juristas e, eventualmente, por todos.

De todo modo, o fato é que, dentre os países do continente americano, apenas o Brasil e Cuba preservam um sistema inquisitório (GONZÁLEZ POSTIGO; FANDIÑO, 2018, p. 504-506). Na Itália a discussão sobre a reforma processual ganhou fôlego após a segunda guerra, entre os anos 1944 e 1955. Em 1955 foi realizada a primeira importante reforma no *Codice* de 1930, chamada *riformetta del 1955* por meio da *leggi* nº 517 de 18 de junho de 1955 (REPUBBLICA ITALIANA, 1955) que desequilibrou a relação entre indivíduo e autoridade por meio da extensão de garantias defensivas. O segundo período de discussão das reformas começou com a realização de um seminário, organizado pelo jurista italiano Francesco Carnelutti (1879-1965), em Veneza, por intermédio da *Fondazione San Giorgio Maggiore*, entre 15 e 17 de setembro de 1961 (LUCA, 1962), quando o núcleo da discussão foi centrado no objeto da reforma, pois a reforma era de interesse de todos: uma reforma **no** sistema ou uma reforma **do** sistema?¹⁷⁷ O que estava em jogo era a possibilidade de um processo inquisitório que garantisse direitos, chamado inquisitório garantista, refutada no seminário. A partir daí as discussões foram intensificadas e culminaram no *Codice de procedura penale* de 1988

Universidade de São Paulo, portanto, ocupou a principal cadeira da disciplina no país e, de lá, influenciou gerações de juristas: “O sistema inquisitório contém elementos que não podem ser repelidos, tanto assim que foi, nos séculos XIII a XVIII, uma garantia de justiça e liberdade. Quando o homem de condição humilde estava exposto às arbitrariedades dos fortes, ricos e poderosos, não lhe era fácil comparecer ante as justiças senhoriais para acusar sem reboço, sem constrangimento e sem o temor e a quase certeza da vingança; o Direito Canônico, opondo ao procedimento acusatório o procedimento inquisitório, foi o protetor da fraqueza perseguida e o adversário da força tirânica; se os abusos desnaturaram a instituição, causando mais tarde males superiores aos benefícios, isso não exige a abolição do sistema e sim a criação de cautelas para o seu aproveitamento. Foi por isso que, desde o século XVIII, as nações em sua maioria trataram de adotar um sistema misto, em que os direitos individuais se harmonizassem com as exigências da defesa social, em que nenhum destes sistemas, quer o inquisitório quer o acusatório, ficasse entregue a suas próprias tendências. O sistema acusatório, despido da instrução prévia, carecedor de provas elucidadas por sérias investigações reduzia frequentemente o juiz à impotência de julgar; o sistema inquisitório, substituindo a fria análise dos autos e o segredo das diligências à publicidade das discussões, as confissões extorquidas pela tortura à livre defesa, não raramente abafava a verdade com presunções homicidas”. (ALMEIDA JÚNIOR, 1959a, p. 229, sem grifos no original).

¹⁷⁷ Aquele momento o processo criminal italiano, ainda inspirado no *Code d'instruction criminelle* francês de 1808, permanecia composto por duas fases. A primeira, chamada de *istruzione*, era a fase de investigação criminal que podia ser formal, feita pelo juiz, ou sumária, feita pelo promotor ou pela polícia. A segunda, chamada de *dibattimento*, era o equivalente à nossa atual fase judicial, a fase de julgamento (LUCA, 1962, p. 225-239).

(REPUBBLICA ITALIANA, 1988)¹⁷⁸. Desde então, o *Codice* italiano passou por diversas alterações (ORLANDI, 2011). Na América latina as reformas chegaram tarde, somente em meados da década de 1980 e as reformas foram efetivadas na maioria dos países entre as décadas de 1990 e 2000¹⁷⁹. No Brasil um importante passo foi dado nessa direção, com a elaboração do anteprojeto de Código de processo penal¹⁸⁰, mas os recuos foram maiores que os avanços e, até hoje, não foi levada a cabo¹⁸¹.

3.2 Da presunção de culpa à presunção de inocência

“Deve-se tomar cuidado para esclarecer a forma de absolvição (*caveatur quod non ponatur quod est insons*), que o acusado é inocente, somente porque não existem provas contra ele (*Sed quod non fuit probatum legitime contra eum*). Precaução que deve ser tomada, para que, se no futuro o acusado voltar a ser examinado, a absolvição recebida não possa servir-lhe de defesa.

Como regra geral, e em favor da Fé, nenhuma Sentença de Absolvição em matéria de heresia deverá ser considerada como um juízo definitivo.”
(Nicolau Eymerich)

101. Existem duas modalidades de presunções no ordenamento jurídico-político. Primeiro, as presunções absolutas (*jure et de jure*) bastam pela existência de lei as presumindo, por isso não admitem prova em contrário. Segundo, as presunções relativas (*juris tantum*) decorrentes de lei, mas cujo conteúdo pode ser refutado por meio de provas em contrário. A presunção de inocência está inserida entre as presunções relativas.

Por isso, reconhecer uma presunção de inocência não exclui a possibilidade de provar, de produzir, perante um juiz, prova em contrário. Produzir perante o juiz

¹⁷⁸ O principal aspecto dessa reforma foi transferir o núcleo do processo da *istruzione* ao *dibattimento*. Sobre: (SPANGHER, 2017, p. 119-131).

¹⁷⁹ Para um panorama das reformas ocorridas no continente americano nas últimas décadas (GONZÁLEZ POSTIGO, 2017, p. 15-35; LANGER, 2017).

¹⁸⁰ Inicialmente, tramitou no Senado como projeto de lei do senado nº 156/2009. Atualmente tramita na Câmara como projeto de lei nº 8.045/2010, contudo, o relator na Câmara, deputado João Campos, apresentou um substitutivo em 13 de junho de 2018, orientado pelo princípio inquisitivo (BRASIL, 2018).

¹⁸¹ Sobre as discussões: (COUTINHO, 2008, p. 11; COUTINHO, 2006; COUTINHO, 2010, p. 2; COUTINHO, 2011, p. 4-44 4; COUTINHO, 2009a, p. 23-24; COUTINHO, 2009b; COUTINHO, 2009c).

não é o mesmo que reproduzir, apresentar em uma audiência pública. Prova tampouco é o flagrante, alargado no Código de processo penal de 1941 para admitir aquilo que flagrante nunca foi, com presunções de prática de crimes pelas pessoas presas, supostamente em flagrante.

Apesar de não haver divergências quanto à relatividade da presunção de inocência, os detratores sempre argumentam que a presunção deve ceder, que não pode ser uma presunção absoluta. A desonestidade é nítida, a presunção sempre cede perante provas em contrário. O que pretendem fazer, contudo, não é estabelecer uma presunção relativa, mas esvaziar uma presunção relativa para dispensar a necessidade de provas da culpa. Em outros termos, estabelecer uma presunção refutada pela mera força de discursos. Discursar e provar são coisas muito diferentes. Uma breve consulta a um dicionário é suficiente para dar cabo dessa confusão.

102. Chamou-se os modelos, e os respectivos sistemas processuais, de matrizes das presunções, no item anterior (3.1), porquanto, como demonstrado neste item (3.2), ainda que gestão da prova e presunções sejam coisas distintas, que não estejam diretamente ligadas ao princípio unificador, os dois conceitos se articulam a ponto de se tornarem de pouca discernibilidade. Abordou-se isso mais detidamente no fim do capítulo.

A arqueogenealogia que se realizou neste item, assim como aquela do item anterior, inicia no direito antigo, conforme as pistas metodológicas indicadas por Agamben. As leis indicadas no item precedente não foram referidas por acaso, constituem estruturas para a compreensão do processo criminal. Nessa direção, modelo de processo, sistema processual e procedimento apresentam estruturas que talvez possibilitem compreendê-los como paradigmas.

A *arché*, apesar de ser a origem de algo, não pode ser precisada cronologicamente. Os eventos são colocados lado a lado nos conjuntos (*insieme*) para, a partir de uma comparação entre as partes, analisar semelhanças e distinções em busca das forças que permanecem nas estruturas. Para fazer isso, buscou-se as estruturas que permitiram realizar as analogias. Se, numa concepção jurídica, se pode falar em matrizes das presunções, seguindo a trilha agambeniana

talvez a melhor designação seja atributo, característica ou, o que é mais provável, estrutura dos paradigmas.

103. A análise da *arché* pressupõe a identificação do ponto de origem da força, não necessariamente cronológico, como se argumentou anteriormente. A origem da força, ao menos ocidental, está no direito ateniense ou, pelo menos, na influência de uma tragédia grega antiga sobre o direito ocidental. A força em questão é a força das presunções. As presunções só podem ser de duas ordens, considerando que a lógica do direito é binária: lícito-ilícito. Aplicada essa lógica ao resultado do processo, há, hoje, dois resultados possíveis: culpa ou inocência. Na antiguidade há referência a uma terceira via, o não julgamento por falta de clareza (*non liquet* ou *sibi non liquere*) (JHERING 1880a, p. 301).

Provavelmente a primeira remissão ocidental a uma força que ainda está presente, a força que empurra o acusado para uma direção, a direção de resolver a situação de dúvida¹⁸² do modo mais favorável aos suspeitos, está na tragédia **Oresteia** (**Ὀρέστεια**)¹⁸³, do dramaturgo grego Ésquilo (525 a.e.c. - 456 a.e.c) (2003, p. 164-194), sobretudo no julgamento de Orestes. Em Atenas, Orestes foi imputado pelas deusas antigas, personificações da vingança, chamadas de Fúrias (*Erinyes*), responsáveis por punir os mortais: Tisífone (Castigo), Megera (Rancor) e Alecto (Inominável), e defendido por Apolo.

Orestes era filho do rei Agamemnon e da rainha Clitemnestra. O amante da rainha, Egisto, matou Agamemnon que retornava da guerra de Troia. Orestes fugiu para a corte do tio, Estrófilo e, já adulto, retornou para se vingar de Egisto e de Clitemnestra. A vingança foi uma ordem do deus Apolo que resultou para Orestes na proscrição. Em razão disso, Apolo, pessoalmente, pediu que Hermes se encarregasse de guiar Orestes como um pastor fiel, observando o respeito de Zeus pelos proscritos nas mesmas circunstâncias.

¹⁸² “No fundo, quando o juiz se prepara para julgar, encontra-se frente a uma dúvida: este é culpado ou inocente? Também a dúvida é uma palavra transparente: *dubium* vem de *duo*. Abre-se uma via dupla diante do juiz: de cá ou de lá. O juiz deve escolher” (CARNELUTTI, 2009, p. 46)

¹⁸³ Nesse sentido: (STRECK, 2018). No sentido de que o direito romano é a origem, com a remissão de Ulpianus à preferibilidade da absolvição de um culpado à condenação de um inocente, em referência ao império de Trajanus (53-117), mas apontando para o período clássico, entre 149 a.e.c ou 126 a.e.c a 305 e.c.: (MORAES, 2010, p. 28-29). O historiador estadunidense Kenneth Pennington apontou para o direito romano, o direito canônico e o direito comum (*jus commune*) como origens da máxima “inocente até prova em contrário”, cuja introdução nos Estados Unidos da América teria ocorrido em 1894, pela decisão da *Supreme Court of United States* no caso *Coffin v. U.S.* (PENNINGTON, 2003, p. 108-116).

Em companhia de Hermes, Orestes fugiu das Fúrias adormecidas pelo poder de Apolo. Os reclamos do espírito de Clitemnestra as despertaram. Raivosas porque Apolo ajudou o matricida Orestes, as Fúrias interpelaram Apolo, que as expulsou do templo que o pertencia com o arco em mãos. Discutiu com Corifeu e censurou a exceção com a qual as Fúrias trataram Orestes: Egisto e Clitemnestra não foram punidos por matar Agamemnon, mas queriam matar Orestes por ter vingado à morte premeditada de Agamemnon, uma morte que violou o direito divino que selava a união entre homem e mulher.

Enquanto isso, Orestes chegou à Acrópole de Atenas e, diante do templo de Palas Atena, suplicou clemência. Aguardando o veredito de justiça pelo matricídio, com as Fúrias ao encalço, alegou se ter purificado pela imolação de um porco e, por isso, pediu que Atena o socorresse das Fúrias que alegavam ter o dever de matá-lo, inafastável por qualquer deus¹⁸⁴. Atena surgiu e questiona as Fúrias sobre o que houve e, sabendo que Orestes era matricida, quis saber as circunstâncias.

As Fúrias autorizaram Atena a decidir. A deusa questionou Orestes sobre quem era, de onde veio, os infortúnios pelos quais passou antes de responder às acusações. Orestes explicou o ocorrido, pediu a Atena para decidir se o ato foi justo e declarou aceitar o veredito. Coube a Atena, então, decidir entre a justeza do ato e o direito das Fúrias de matar Orestes. Se fosse justo, as Fúrias destilariam todo o ódio contra a terra e levariam amarguras intermináveis. Por isso, indicou para a tarefa juízes de crimes sangrentos, comprometidos por um juramento de julgar conforme a justiça.

Com a chegada dos juízes, foi organizada a cena, ou quiçá o espetáculo, conforme as leis criadas por Atena naquele momento, que deveriam persistir até o fim dos séculos. Apolo chegou ao local para testemunhar: Orestes era um fiel sempre bem-vindo ao altar, cujo sangue foi purificado por Apolo. Além disso, Apolo

¹⁸⁴ “Por mais potente que seja o culpado erguemo-nos imediatamente e iniciamos a perseguição até matá-lo na poça do sangue ainda fresco da mísera vítima. Aqui estamos e nosso propósito é evitar que divindades novas tenham de arcar com essa obrigação; também queremos afirmar agora que falta a qualquer deus autoridade para afastar-nos de nosso dever; então Orestes não pode sequer ser conduzido à presença de um deles em busca da divina decisão” (ÉSQUILO, 2003, p. 163, sem grifos no original). Essa afirmação implicaria que as Fúrias fossem soberanas aos deuses e estivessem mentindo ou que o dever fosse, em si mesmo, soberano a todos os deuses. Como um dever é algo imposto e não um ser animado, não poderia criar a si mesmo. Portanto, a única conclusão lógica é a de que as Fúrias reivindicaram para si a soberania e declararam que o dever era inafastável, embora, no exercício da soberania, pudessem afastar até mesmo a proibição de afastar o dever de matar.

assumiu a responsabilidade máxima pelo matricídio e se apresentou como defensor de Orestes. Atenas aceitou o pedido de Apolo e o incumbiu de conduzir a causa. Houve aí uma confusão entre as funções de testemunha, defensor e coimputado, não esclarecida por Ésquilo.

Atena abriu os debates e, de pronto, admitiu que as Fúrias formulassem a acusação. As Fúrias começaram inquirindo Orestes. Orestes, após confessar o crime, pediu que Apolo se manifestasse. Em seguida as Fúrias o interrogaram. Com um discurso contraditório, Apolo insinuou que Orestes não tinha laços sanguíneos com Clitemnestra, porque a mãe é somente nutriz do germe nela semeado, o criador é o homem que a fecunda. O nascituro é, portanto, apenas salvaguardado pela estranha quando os deuses não o atingem. Concluídos os debates, Atena convocou os juízes para depositar os votos no fundo de uma urna e declarou que votaria por último, a favor de Orestes¹⁸⁵. Após a contagem dos votos, Atena sentenciou: “Ele foi absolvido de um crime de morte! Os votos dividiram-se em somas iguais” (ÉSQUILO, 2003, p. 183).

104. Esse voto de desempate, em favor do imputado, é chamado de voto de Minerva, a deusa romana da justiça, correspondente à deusa grega Atena. Não houve menção alguma a uma presunção de inocência. Não se pode falar nisso nesse momento tanto por isso quanto pelo anacronismo da leitura, uma vez que a presunção de inocência é fruto da modernidade, surgida, ao menos no ocidente, apenas no fim do século XVIII. O que interessa é essa força que, sem provas bastantes, empurrou o resultado em alguma direção: absolvição ou condenação. Essa força, com os vários nomes que pode receber, é a estrutura que permanece.

A hipótese de que o direito ateniense foi importado na Roma antiga, independe do acerto, pois, como já se disse no item antecedente, a partir do século III o Império Romano passou por invasões dos povos germanos que, em meio aos fatores envolvidos no conflito, resultaram na reforma do direito romano do baixo império. Jhering, ao abordar a figura do *homo sacer*, anotou duas características centrais, que interessam ao estudo das presunções.

¹⁸⁵ “Serei a última a pronunciar o voto e o somarei aos favoráveis a Orestes. Nasci sem ter passado por ventre materno; meu ânimo sempre foi a favor dos homens, à exceção do casamento; apóio o pai. Logo, não tenho preocupação maior com uma esposa que matou o seu marido, o guardião do lar; para que Orestes vença, basta que os votos se dividam igualmente” (ÉSQUILO, 2003, p. 181-182).

Primeiro, o *sacer* era proscrito da comunidade humana, desde as coisas religiosas até as civis. Além de poder ser morto impunemente por qualquer pessoa, era privado de todos os bens em detrimento dos deuses. Mas essa proscricção era distinta das demais. O inimigo também era proscrito e privado do direito, mas o *homo sacer* passava por um agravante psicológico, pois era objeto de maldições divina e humana. Segundo, o *homo sacer* não era punido, pois a pena era concebida como uma purificação pela qual passava quem cometia um delito. Depois de purificado, o apenado podia se reconciliar com os deuses e os homens. Mas o *homo sacer* não atingia esse fim expiatório. Como estava fora do direito, não era tangível ao direito criminal. A origem da figura antecede à ordem jurídica regulada. Remonta a um período mais antigo da vida dos povos indo-germânicos. Na antiguidade germânica e escandinava, Jhering encontrou o *homo sacer* como irmão do forasteiro ou banido, era o lobo santo (*vargr i veum*) (JHERING, 1943, p. 202-203).

Em seguida, Jhering abordou o procedimento por meio do qual alguém era declarado *homo sacer* (*sacer esse*). No direito antigo irlandês incorria na pena de proscricção quem era pego em flagrante (*in flagranti*) e podia ser morto sem qualquer processo. Assim também acontecia com os homicidas no direito antigo norueguês. O que supostamente garantia que alguém não seria morto a pretexto de proscricção era que o matador devia provar imediatamente que o morto era um proscrito. No direito romano antigo, os fatos claros dispensavam procedimentos ulteriores. Os fatos duvidosos eram objeto de caução prejudicial (*sponsio praejudicialis*) perante um magistrado. As leis sacras (*leges sacrae*) tornaram dispensável qualquer formalidade para matar um patrício que violasse os direitos fundamentais do povo (JHERING, 1943, p. 203-205).

Desse modo, o direito romano previa uma dupla inversão da carga probatória¹⁸⁶. Ao invés de exigir que o acusador provasse a culpa do suspeito para que, depois de declarado *homo sacer*, pudesse matar o ofensor dos deuses, admitia a matabilidade do *homo sacer* sem provas, depois impunha ao assassino a carga de provar que o assassinado era *homo sacer*. Assim, tanto *homo sacer* quanto o

¹⁸⁶ O termo carga probatória é o aportuguesamento da expressão inglesa suportar o fardo da prova (*bears the burden of proof*) (ASHWORTH, 2006, p. 243). Sobre carga processual: (GOLDSCHMIDT, 2003, p. 75-76).

assassino do *homo sacer* tinham de provar que eram inocentes para que não fossem mortos.

105. No direito romano o jurisconsulto Ulpianus sugeriu uma fórmula até hoje referida à presunção de inocência que está mais para justificação do que uma definição: é preferível deixar impune um culpado a condenar um inocente¹⁸⁷. Essa fórmula recebeu muitas variações na escrita latina e nas traduções¹⁸⁸. Contudo não pode ser compreendida com o sentido contemporâneo de presunção de inocência, pois, como já se argumentou, essa presunção está limitada aos processos romanos, exclusivamente utilizados nos casos dúbios. Nessa direção, a fórmula era compatível ao raciocínio usado por Atena no julgamento de Orestes.

Assumindo a hipótese da romanização do direito ocidental após a queda do Império Romano, no século VI, com a morte de Justinianus, em maior ou menor grau um conjunto de presunções de culpa e de inocência, coexistentes, foi incorporada nos direitos de vários estados, sobretudo europeus. No período entre a queda do Império Romano e a modernidade, surgiram dois importantes textos, produzidos por inquisidores dominicanos da igreja católica, verdadeiros manuais de caça aos hereges, em decorrência das bulas papais, do contexto de expansão econômica e da perda do poder pela igreja católica encurralada pelas formas de vida estrangeiras que ameaçaram as relações de poder católicas.

O primeiro é o **Manual dos inquisidores** (*Directorium inquisitorium*), escrito pelo inquisidor aragonês Nicolau Eimeric (1320-1399) (OFM, 2016, p. 413-427), mais conhecido no Brasil como Nicolau Eymerich, publicado em 1376 e ampliado em 1578 pelo inquisidor espanhol Francisco de la Peña. Esse livro foi a primeira sistematização do funcionamento da inquisição a partir dos textos fragmentados.

Após tomar posse e cumprir todas as formalidades, prestando juramento sobre o exercício das tarefas, Eimeric orientava a realização de um sermão geral,

¹⁸⁷ “*Absentem in criminibus damnari non debere divus Traianus Iulio Frontoni rescripsit. Sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus Traianus Adsidio Severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari.*” Ausentes não devem ser condenados criminalmente disse Trajanus em resposta a Julio Frontoni. E nem por suspeita deveria haver qualquer condenação disse Trajanus em resposta a Adsidio Severo: seria melhor deixar impune um criminoso que condenar um inocente (JUSTINIANUS, 2019, sem grifos no original e tradução livre).

¹⁸⁸ Sobre as variações da expressão: (RAMIA, 2017).

frequentemente realizado num domingo, exceto durante a quaresma ou o advento. O sermão devia ser dedicado à fé e a importância de defendê-la. Ao final, o povo devia ser convidado a extirpar a heresia por meio de denúncias. Findado o sermão, um clérigo religioso, incumbido do ofício de escrivão, lia uma carta, escrita em língua vulgar, sobre a ameaça da heresia, com uma exortação para que todos delatassem as heresias de que tinham conhecimento num raio de 4.000 milhas além dos muros da cidade ou região, num prazo de 6 dias, sob pena de excomunhão (EYMERICH, 1993, p. 97-99).

No prazo de 6 dias, além das delações, o inquisidor recebia as confissões de hereges e de protetores e benfeitores de hereges. Se as denúncias eram muitas, Eimeric orientou a anotação num caderno, armazenado na diocese, com os dados da delação. O processo contra herege podia ser iniciado de três modos. Primeiro, por acusação baseada em um registro. Segundo, por denúncia precedida de uma caridosa exortação. Terceiro, por investigação precedida de informações precisas. O início por acusação ocorria quando o delator, inscrito na lei de Talião, se dispunha a acusar. Se o delator não queria denunciar, o inquisidor investigava os boatos. No século XVI, o inquisidor Francisco de la Peña comentou que já haviam criado a figura do Fiscal para formular as acusações no lugar dos delatores. No processo por denúncia, o inquisidor iniciava o processo (*ex officio*). A investigação era realizada por um juiz quando as informações eram insuficientes para a denúncia. No século XVI já havia ocorrido uma distinção entre investigação geral (*inquisitivo generalis*) e investigação especial (*inquisitivo specialis*). A investigação geral destinada a buscar crimes e hereges não conhecidos, era geral porque não tinha um objetivo delimitado, ao contrário da investigação especial que visava obter informações sobre um crime ou um herege conhecido (EYMERICH, 1993, p. 102-109).

Independente da modalidade de ação eram ouvidas testemunhas e interrogado o imputado¹⁸⁹. Eram formuladas perguntas sobre a vida do imputado e o eventual contato com a heresia, o assunto do qual era imputado, mas não sabia. Se

¹⁸⁹ Provavelmente o interrogatório era feito antes da oitiva das testemunhas, como na *Ordonnance criminelle* de 1670, porque esse é o modo mais prejudicial aos acusados. Contudo, ainda que não seja, o sigilo da denúncia e dos depoimentos já era prejudicial o suficiente para condenar quase qualquer pessoa, como vemos ocorrer em alguns processos ainda hoje. Não por outro motivo é censurada a chamada denúncia que não expõe suficientemente os fatos: “numa estrutura processual acusatória, não há possibilidade de acusações implícitas, donde a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias deve ser textual” (CHOUKR, 2014, p. 188).

o imputado dizia que sabia algo sobre o assunto, era pressionado a confessar e a se manifestar sobre o que achava do assunto. As perguntas eram variáveis conforme o imputado e sempre organizadas de modo a retornar para o assunto da heresia, a fim de chegar à Verdade. Se o imputado contrariava os depoimentos das testemunhas ou o inquisidor percebia mentiras, mandava prender, de preferência nas cadeias de cúria eclesiástica, das quais os bispos eram juízes. A preferência era provocada pela impossibilidade de o inquisidor condenar ou torturar o herege sem a presença do bispo. No século XVI, de la Peña incluiu novas orientações. Seria bom o inquisidor investigar também se o imputado sabia do que era imputado e se suspeitava de quem o delatou. De todo modo, devia dizer que seria misericordioso se obtivesse uma confissão rápida e clara. No interrogatório do processo por investigação deviam estar presentes o inquisidor, o escrivão, o imputado e duas testemunhas de acusação, geralmente pessoas íntegras ou clérigos, a quem cabia testemunhar a confissão ou as negativas (EYMERICH, 1993, p. 113-117).

Eimeric deu três diretrizes para o interrogatório. Primeiro, as perguntas deviam ser adaptadas de acordo com as condições pessoais do imputado, sobretudo grau de instrução, seita e posição social. Segundo, deviam usar teólogos e juristas que o auxiliavam a convencer o imputado de que incorreu em heresia. Terceiro, devia ser muito malicioso e sagaz para identificar dissimulações de erros e obter a confissão. Em seguida ensinou os dez truques dos hereges para enganar o inquisidor e dez truques para contornar os truques dos hereges. Francisco de la Peña recomendou o uso da tortura contra os que dissimulavam doenças mentais, sem que o inquisidor tivesse medo de matar (*cum nullum hic mortis periculum timeatur*), pois, se o imputado era louco, pararia a comédia, então seria preso até recobrar a lucidez, porque o louco não podia ficar impune e nem ser morto. Contudo, Peña condenou a malícia do inquisidor que, na verdade, podia mentir em benefício do bem comum e da razão, mas não ser malicioso (EYMERICH, 1993, p. 118-127). Apesar de iníqua a distinção proposta por Peña, a constatação das orientações é clara: o imputado era presumido culpado e, por isso, tentava se esquivar da punição.

Posteriormente foi proposta a busca de indícios exteriores e foram apontados alguns indícios que serviam para identificar os pseudo-apóstolos, os maniqueus, os valdenses, os beguinos, os rejudaizantes e os necromantes, bem como os cinco

obstáculos à rapidez do processo e como contorná-los. Primeiro, o grande número de testemunhas, pois eram suficientes apenas de 3 a 5 testemunhas para os confessos que não reconheciam à confissão, e até 30 testemunhas se o imputado não reconhecia totalmente o crime ou era confundido por 2 a 5 testemunhas. Segundo, a participação da defesa, dispensada quando havia confissão e admitida nos demais casos, mas apenas para recusar testemunhas com inimizade com o imputado, o que apenas enfraquecia um pouco os depoimentos, bem como para convencê-lo a confessar. Terceiro, destituição do juiz inquisitorial, bispo ou inquisidor, apenas recusável por justificativas do advogado. Nesses casos, o juiz podia delegar os poderes a terceiros para tornar nula a recusa ou aceitar a recusa e continuar o processo. Os casos de inimizade eram decididos por três juízes nomeados, um indicado pelo imputado e dois pelo inquisidor, em até 8 dias sob pena de nulidade. Quarto, a apelação ao papa, interponível contra situações como a recusa de defensor ou a aplicação de tortura sem comunicar ao bispo, devia ser recebida em até 2 dias pelo inquisidor, respondida em até 30 dias e, se o motivo da apelação era eliminado podia continuar o processo, se não era eliminável ou não queria eliminar, devia remeter à cúria romana, mas a apelação não tinha validade. Quinto, a fuga do imputado, era combatida com o banimento e era punível com a morte, cuja condenação podia ser imposta por qualquer pessoa (EYMERICH, 1993, p. 136-147).

Em um estudo da jurisprudência eclesiástica, Eimeric sistematizou as 13 possíveis conclusões do processo inquisitorial. Primeiro, a absolvição, destinada a casos em que nada era apurado contra o imputado. Não era propriamente uma absolvição, mas somente uma sentença de que nada foi encontrado até aquele momento e isso permitia a condenação futura caso encontrassem provas¹⁹⁰. Segundo, a expiação ou purgação canônica, destinada a quem tinha fama de herege, mas contra quem nada foi apurado, o imputado era condenado a expiar a culpa com o auxílio de 7, 10 ou 30 coexpiadores, pessoas da mesma classe social

¹⁹⁰ Essa decisão, mais do que uma absolvição, se assemelha a um absurdo kafkiano, narrado da boca da personagem Titorelli, o pintor, algo entre a absolvição aparente e a dilação indefinida do processo, que se somavam à absolvição real como formas de libertação (KAFKA, 1995, p. 130-131) O mais absurdo nisso é como Kafka, ao narrar o processo, talvez tenha conseguido, com palavras, tocar o real. Sobre os três registros psíquicos, o real, o imaginário e o simbólico: (LACAN, 2005, p. 13-23).

ou de classes próximas quando havia poucas pessoas da mesma classe social, como ocorria com os bispos e os reis. Todos tinham de testemunhar sobre a fé passada e atual do imputado. Se a sentença não era cumprida, o imputado era excomungado e, se ficava excomungado por 1 ano, era condenado como herege. Se não conseguia juntar os coexpiadores exigidos, era condenado como herege. Terceiro, o interrogatório, o imputado contra quem nada era encontrado e que não confessava, era interrogado. Se, sob tortura, não confessava, era absolvido. A tortura era aplicada aos que não confessavam no interrogatório, existindo ou não evidências, aos que vacilavam nas respostas e a quem tinha contra si indícios suficientes para a abjuração. Quarto, abjuração, pública ou privada, conforme a publicidade ou não dos indícios, se havia apenas leves indícios de heresia. Quinto, a abjuração de suspeita grave, da mesma forma podia ser pública ou privada, se havia fortes indícios, mas nenhuma prova de heresia. Depois de abjurar, era imposta uma penitência ao imputado. Sexto, abjuração de suspeita violenta, se havia indícios gravíssimos, mas nenhuma prova, era feita publicamente, durante o sermão de um domingo, na catedral, momento em que o imputado prestava juramento de que nunca participara de heresia, denunciaria os hereges que conhecia, aceitava o castigo e pedia ajuda de deus e da bíblia. O imputado era, depois, absolvido da excomunhão, se era excomungado, e condenado a carregar o saco bento por 2 anos e ficar na porta da igreja católica ou no altar durante as missas e determinadas festas. Se não aceitava abjurar, era entregue ao braço secular para ser executado. Peña comentou que nada era mais glorioso para a fé do que humilhar publicamente a heresia. Sétimo, expiação canônica e abjuração, ao imputado levemente suspeito de heresia, primeiro havia uma expiação, nos termos da sentença, depois uma abjuração e ao final ao imputado era imposta uma penitência. Oitavo, abjuração de herege penitente, se o imputado confessava a heresia, mas não havia processo e nem suspeita, e desejava voltar à igreja católica, era feita a abjuração e o imputado era condenado a usar roupa dos apenados perpétuos, a ficar na porta da igreja católica nas datas comemorativas do catolicismo da manhã ao meio dia e da tarde ao pôr do sol, e à prisão perpétua. Nono, entrega ao braço secular para execução, se o herege reincidia depois de abjurar e fazer penitência. Décimo, prisão inviolável pelo período de 6 meses a 1 ano, se o herege confessava, mas não se considerava

culpado de heresia e nem abjurava. Durante a prisão, só recebia visitas destinadas a convencê-lo da Verdade da bíblia e da religião católica. Durante alguns dias de privilégio, era levado a uma cadeia menos dura e recebia visitas de familiares, depois voltava à cela e não podia mais receber visitas. Não havia pressa em entregá-lo ao braço secular para execução porque a morte era uma fuga. Se o herege se arrependia, era aplicado o oitavo veredito, mas, se a abjuração era considerada feita por medo, era condenado à prisão perpétua. Décimo primeiro, condenação de herege impenitente e relapso, se o herege não fazia penitência e era relapso, pegava uma cadeia muito dura e depois era entregue ao braço secular para ser executado. Durante a prisão era atormentado pelo bispo e pelo inquisidor para convertê-lo. Independente do arrependimento, era executado pelo braço secular. Décimo segundo, condenação de um herege convencido de heresia, mas que nunca confessou, se havia provas esmagadoras, mas o herege não confessava, era enviado a uma cadeia muito dura, acorrentado e atormentado para abjurar. Se confessava, recebia o oitavo veredito. Se negava, mas se arrependia e queria confessar, era condenado à prisão perpétua. Décimo terceiro, condenação de um herege em fuga por contumácia, se o herege não comparecia para testemunhar a fé perante o inquisidor, era excomungado e considerado contumaz se passava um ano em excomunhão. Se comparecia, aceitava abjurar, arrependia-se, pedia misericórdia e não era relapso, a igreja católica o admitia novamente. Se confessava anteriormente ou era desmascarado por alguma testemunha, mas abjurava, era punido com o oitavo veredito. Se comparecia, mas não queria abjurar, era executado pelo braço secular. Se não se apresentava, era feita uma efígie do herege e entregue ao braço secular para ser executado, enquanto isso o verdadeiro era considerado em estado de guerra contra o rei e o papa e, por isso, podia ser morto por qualquer um (EYMERICH, 1993, p. 148-180).

Tudo girava em torno da presunção de heresia, uma presunção de que o imputado era culpado de heresia. A partir daí todo o desenvolvimento das parcas formalidades processuais, propositalmente vagas e ambíguas para permitir que o inquisidor conduzisse como melhor aprouvesse, ocorria com a finalidade de obter a confissão. A tortura era aplicável contra os que resistiam à confissão. Apesar de Eimeric ter orientado os inquisidores a não aplicar a tortura quando havia uma única

testemunha, um único indício ou uma única difamação (*testis unus, testis nullus*), propôs como quarta regra da tortura a suficiência de um único depoimento ou de indícios veementes ou violentos contra o imputado (EYMERICH, 1993, p. 208-209). Essa contradição pode indicar que aplicar a tortura ou não era uma decisão do inquisidor. Quanto aos vereditos, exceto o de absolvição por nada ser encontrado contra o imputado, todos resultavam em algum tipo de condenação. Mas, se a tortura era opção do inquisidor, tudo indica que o tratamento como herege era a regra, não a exceção. Mas, se há exceção, isso confirma minha hipótese de coexistência entre as presunções de culpa e de inocência. Consequentemente, é possível que algum inquisidor tenha presumido a inocência de algum imputado. No caso do décimo terceiro veredito, culminado com o reconhecimento do estado de guerra contra o rei e o papa, o herege se tornava o equivalente ao *homo sacer* romano, embora essa expressão não esteja no **Manual dos inquisidores**.

106. O segundo é o **Martelo das feiticeiras** (*Malleus maleficarum maleficat & earum haeresim, ut framea potentissima conterens*), escrito pelos inquisidores alemães Heinrich Kraemer (1430-1505) e James Sprenger (1435-1495) e publicado em 1487. Esses dois inquisidores, também integrantes da ordem dominicana, receberam plenos e ilimitados poderes do papa Inocentis VIII para corrigir, aprisionar e punir quaisquer pessoas nos territórios da Alemanha, pela bula *Summis desiderantis affectibus* em 5 de dezembro de 1484 (INNOCENTIS VIII, 2015, p. 49-52).

O **Martelo das feiticeiras** foi dividido em três partes. Primeiro, as três condições necessárias para a bruxaria: o diabo, a bruxa e a permissão de deus. Segundo, os métodos pelos quais os malefícios são infligidos e os modos de cura dos malefícios. Terceiro, as medidas judiciais no tribunal eclesiástico e no civil contra as bruxas e contra todos os hereges. Resta claro, desde o título, que Kraemer e Sprenger se interessaram apenas pelas bruxas. O **Martelo das feiticeiras** é um complemento do **Manual dos inquisidores**, especificamente em relação à bruxaria. Nos interessa a terceira parte, de cunho processual.

A terceira parte é dividida em três tópicos. No primeiro tópico foram explicadas as cinco dificuldades dos juízes: os métodos de procedimento, as testemunhas, o juramento das testemunhas, a condição das testemunhas e o

testemunho de inimigos mortais. No segundo tópico, foram abordadas questões procedimentais de exame das testemunhas, interrogatório, prisão das bruxas, obrigações do juiz após prender as bruxas, medidas dos advogados para saber os nomes das testemunhas, como investigar a suspeita de inimizade mortal, método para condenar à tortura, método para proceder com a tortura e precauções. Na terceira parte foram elencados os requisitos da sentença (KRAEMER; SPRENGER, 2015, p. 407-408).

Primeiro tópico. Os métodos para iniciar o processo são os mesmos três elencados no **Manual dos inquisidores**: acusação, denúncia e inquisição. As testemunhas, em número mínimo de 3, eram obrigadas a prestar juramento, assim como a imputada. Podiam ser testemunhas os excomungados, os sócios e cúmplices do mesmo crime, notórios malfeitores e criminosos, servos contra os amos, hereges e bruxas contra outros hereges e bruxas, esposas, filhos e parentes do imputado¹⁹¹. Os inimigos mortais não eram admitidos como testemunhas, mas inimizades em outros graus eram admitidas. Entretanto as mulheres, pela facilidade com a qual seriam impelidas ao ódio, não deveriam receber credibilidade, exceto se apresentavam provas autônomas ou se os depoimentos eram reiterados por outras testemunhas. Mulheres raivosas e pessoas que não eram suficientemente cuidadosas e prudentes também não podiam ser testemunhas. O processo devia versar sobre a má reputação, a evidência dos fatos e as testemunhas. Se existiam boatos que mal afamavam a acusada e as testemunhas davam conta de que uma criança ou um animal foram atacados por uma bruxa, ainda que cada testemunha narrasse um fato diferente, era suficiente. Isso porque, se os três elementos eram convergentes quanto à existência de um ataque de bruxa, a bruxaria era certa. A prisão da “bruxa” era possível de acordo com a gravidade dos fatos, mas pressupunha a suspeita de pretensão de fuga e a ausência de fiadores que garantiriam o comparecimento da acusada perante o inquisidor. O método da prisão envolvia uma discussão mística sobre os riscos representados pela bruxa ao manter os pés no chão. Depois da captura o juiz decidia se a acusada tinha direito à defesa e se era encaminhada à câmara de tortura, embora não para ser torturada fisicamente. Era possível a defesa se os poderes da acusada não colocavam em

¹⁹¹ Hereges, bruxas e parentes só eram admitidos como testemunhas de acusação, nunca de defesa.

risco às testemunhas. O encaminhamento à câmara de tortura devia ocorrer quando as damas de companhia eram examinadas em casa antes da prisão da imputada. O direito de defesa da imputada abrangia a nomeação de um advogado, o sigilo dos nomes das testemunhas e o benefício da dúvida, mas apenas quando não envolvia um escândalo à fé ou não prejudicava a justiça. O advogado devia se informar do processo com o juiz, mas os nomes das testemunhas permaneciam sigilosos. A bruxa só podia ser condenada à morte depois de confessar. Se era presa em flagrante de heresia, se havia provas diretas ou indiretas da heresia ou se as testemunhas declaravam legitimamente, devia ser torturada para confessar. Na prisão, a imputada era persuadida a confessar com promessas de escapar da pena de morte, apesar da certeza de que seria punida de outras formas¹⁹² (KRAEMER; SPRENGER, 2015, p. 409-418).

Segundo tópico. A condução dos processos contra as “bruxas” devia ser rápida. Para isso, os processos eram sumários, simples e sem argumentos ou contestações de advogados. Kraemer e Sprenger elaboraram formulários para inquirição de testemunhas e para interrogatório da acusada. Dentre as respostas prontas das testemunhas estava o riso como causa da identificação da bruxaria¹⁹³. Em ambos os modelos havia perguntas sobre o contato com a bruxaria, o que evidencia uma desconfiança irrestrita e uma presunção de bruxaria inclusive em relação às testemunhas. O interrogatório era realizado inteiramente com perguntas que induziam à confissão, bem como que encarregavam à imputada de provar o alibi. Isso não implicava uma inversão da carga da prova, mas em atribuição da carga probatória à acusada. Se a persuasão não funcionava, a “bruxa” era examinada. Os inquisidores descreveram minuciosamente todos os procedimentos da tortura. O método de exame envolvia interrogatórios nos dias mais santos, durante as missas e em meio às orações do povo que implorava o auxílio divino. O inquisidor devia usar sal consagrado, outras substâncias e as sete palavras pronunciadas por Cristo na cruz. A “bruxa” era examinada depois de beber água benta e em meio a exortações para confessar (KRAEMER; SPRENGER, 2015, p. 418-455).

¹⁹² Nesse aspecto, Kraemer e Sprenger suprimiram as mentiras sugeridas por Eimeric.

¹⁹³ “Perguntado, ainda, de que modo conseguiu identificar o motivo da acusada, respondeu que o descobriu por ter ela falado rindo” (KRAEMER; SPRENGER, 2015, p. 420).

Terceiro tópico. Explicaram que o juiz secular podia permitir a submissão da “bruxa” à purgação comum pela ordália do ferro incandescente, pois o duelo, mais gravoso que o ferro, era permitido. A sentença podia ser de três tipos: interlocutória, definitiva ou preceptiva. A sentença interlocutória versava¹⁹⁴ sobre questões marginais, como a rejeição de alguma testemunha. A sentença definitiva era aquela que finalizava o processo. A sentença preceptiva era pronunciada por uma autoridade inferior à instrução de autoridade superior. Como os catalães e os potentados não eram impedidos de julgar os crimes de bruxaria, os alemães orientaram que em alguns casos catalães e potentados não deviam pronunciar a sentença definitiva. Havia quatro provas suficientes para condenar uma prisioneira: depoimentos de testemunhas no tribunal, prova dos fatos, condenações anteriores e suspeita grave (KRAEMER; SPRENGER, 2015, p. 456-469).

Os vereditos da bruxaria eram 19¹⁹⁵, os 13 da heresia e mais 6 específicos. Tratou-se somente desses 7 da bruxaria para não ser repetitivo. Primeiro, àquela tanto suspeita quanto difamada, devia ser submetida a uma purgação canônica e abjurar. Se reincidia, sofria o castigo dos reincidentes. Se os indícios eram muito fracos, bastava a abjuração. Segundo, àquela apanhada e condenada, mas que negava, devia ser acorrentada e agrilhoadada no cárcere enquanto era visitada por oficiais de justiça que tentavam induzi-la a confessar a Verdade para abjurar e obter misericórdia. Se recusava, era entregue ao braço secular para ser exterminada. Terceiro, àquela culpada que fugiu ou se ausentou de forma contumaz, era condenada como herege impenitente se havia provas ou confissão ou era condenada como herege penitente se havia apenas suspeitas, ainda que leves, ou se obstruiu o processo, auxiliou, aconselhou ou protegeu à foragida. Quarto, às “bruxas” acusadas por outras “bruxas”, eram examinadas com minudente análise das circunstâncias do processo e referência aos informantes junto a advogados conhecedores da matéria¹⁹⁶. Quinto, às “bruxas” que anularam malefícios da bruxaria, às bruxas parteiras e aos magos arqueiros, se usavam a magia como

¹⁹⁴ Ainda versa, mas hoje a nomenclatura é de decisão interlocutória. Sentença é um termo que reservamos à decisão chamada terminativa porque encerra o processo.

¹⁹⁵ Há referência a 20 “vereditos”, dentre os quais 2 são o resultado do desdobramento de 1 daqueles previstos no *Directorium inquisitorium*, portanto, há um total de 19, 6 exclusivos para as bruxas.

¹⁹⁶ Era a mesma sentença de interrogatório proposta por Eimeric como terceiro veredito, com algumas sugestões de procedimento.

remédio considerado lícito, eram julgados como bons cristãos, se a usavam como remédio considerado ilícito, isto é, com a invocação do demônio, abriam uma bifurcação. Os remédios ilícitos em certos aspectos, com invocação tácita do Demônio, deviam ser tolerados. Já os remédios com invocação expressa do demônio, considerados absolutamente ilícitos, deviam ser investigados e punidos com o rigor previsto no direito canônico¹⁹⁷. Sexto, àquela que recorria era permitida a apelação se o inquisidor não ouvia o conselho de outros ou não tinha o consentimento do bispo ou do vigário ao pronunciar a sentença, mas várias precauções deviam ser tomadas para cumprir as formalidades da apelação¹⁹⁸. Se essa apelação era frívola e inválida, o juiz reconhecia a frivolidade e a invalidade, mandava à santa sé apostólica e se abstinha de atuar naquele processo, exceto se o papa delegava novamente autoridade para continuar. Em outros processos contra a mesma pessoa, contudo, podia continuar atuando. Nos demais casos o recurso devia ser negado (KRAEMER; SPRENGER, 2015, p. 469-530).

Nesse texto, a presunção de culpa se apresenta em diversas passagens como uma presunção de bruxaria. Isso começa pelo uso indiscriminado dos termos acusada e bruxa. No primeiro tópico da terceira parte do livro já surge uma importante pista: as mulheres não deviam receber credibilidade como testemunhas, porque são seduzidas pelo ódio. Pelo mesmo motivo é possível desconsiderar quaisquer alegações de mulheres, inclusive defensivas. Os boatos que maculavam a imagem pública da acusada, quando havia prova testemunhal, ainda que divergente, eram suficientes. Quem atua em processos bem sabe que um depoimento testemunhal, nesse caso, versaria sobre a existência dos boatos e sobre o que mais a testemunha pensava sobre a imputada. Pelas confusões contidas no texto, possivelmente bastava um depoimento que confirmasse que os boatos existiam. Já as evidências indicadas no texto eram evidências de que uma bruxaria ocorreu, não da autoria. Um boato, como notícia espalhada cuja autoria é desconhecida, somado a uma agressão cuja autoria era desconhecida, era prova suficiente. Isso só era possível porque havia uma presunção de bruxaria. Os requisitos para prender a

¹⁹⁷ Provavelmente isso significa que eram entregues ao braço secular para execução.

¹⁹⁸ Outro veredito repetido. Aliás, plagiado de Eimeric, como apontou Francisco de la Peña ao afirmar que a sistematização dos treze vereditos por Eimeric foi plagiada por vários inquisidores (EYMERICH, 1993, p. 148).

“bruxa” eram a gravidade dos fatos, a suspeita de pretensão de fuga e a ausência de fiadores. O ônus de provar que não fugiria era todo da “bruxa”. A suspeita de pretensão de fuga era uma carta em branco que permitia declarar um estado de emergência infundado para prender. Daí para a exceção virar regra provavelmente era um passo curto, como ainda hoje. A possibilidade de aplicar a tortura quando havia alguma prova, testemunha ou flagrante também demonstra que qualquer pretexto justificava suficientemente. Novamente, a prova versava sobre o fato, não sobre a autora, a testemunha podia depor sobre boatos e o flagrante pode ser um mal-entendido (falso flagrante), uma armação (flagrante forjado) ou uma indução pelos interessados na prisão (flagrante provocado). Nesse sentido, também operava uma presunção de bruxaria. No segundo tópico o riso foi indicado como motivação da bruxaria. Como o riso era censurado na idade média, no riso estava implícita a presunção de bruxaria¹⁹⁹. O interrogatório, como já se anotou, pressionava a acusada a confessar a bruxaria. No terceiro tópico, os vereditos contra as bruxas preservam o caráter dos vereditos contra os hereges, com exceção da sentença de absolvição, todas as demais eram condenatórias, apesar de qualquer fragilidade das informações. Em suma, a bruxa devia provar que não era bruxa, o que pode ser expresso com a fórmula: culpada até prova em contrário. Em alguns pontos específicos, como a referência ao benefício da dúvida, exceto se colocava em risco a autoridade da justiça, havia referência à inocência como regra, mas a exceção era incluída sob formas genéricas e ambíguas o suficiente para que fosse distorcida e convertida em regra de acordo com os interesses dos juízes. Portanto, permanecia uma coexistência entre as presunções de inocência e de culpa, com preponderância da presunção de culpa.

107. A substituição da presunção de culpa como regra pela presunção de inocência foi inscrita no primeiro texto normativo apenas em 1791, no art. 9º da *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*: “Todo homem é presumido inocente até que seja declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor

¹⁹⁹ “Num velho estudo composto em 1855 a respeito do significado da caricatura, Charles Baudelaire reconhecia no riso um caráter demoníaco, no sentido de que sua manifestação franca representava sempre uma ameaça. O riso rebaixa, denuncia, ridiculariza a seriedade do poder, a grandiloquência dos poderosos, reduzindo-os através da caricatura. Contém algo de ameaçador, de perigoso, de tentador, de satânico. Nas palavras de Baudelaire: ‘O sábio treme por ter rido; o sábio teme o riso assim como teme os espetáculos mundanos, a concupiscência. Ele se detém à beira do riso assim como à beira da tentação’” (JUNGES, 2011)

desnecessário para assegurar que sua pessoa deverá ser severamente reprimida pela lei²⁰⁰. Dentre as causas estão as críticas aos abusos da inquisição, denunciados inclusive pelo inquisidor alemão Friedrich Spee (1591-1635) no livro **Cautela criminal** (*Cautio criminalis*), após ficar traumatizado com as execuções que realizou, uma crítica à legislação criminal alemã, chamada **Constituição criminal carolina** (*Constitutio criminalis carolina*), instituída por ordem do imperador do Sacro Império Romano-Germânico, Karl Habsburg-Lothringen (1500-1558), em 1532 (ZAFFARONI; CROXATTO, 2017).

As ordenações francesas dos séculos XVI e XVII foram inspiradas no direito divino da antiga Roma e no direito eclesiástico do medievo. A absolvição só era possível diante de uma prova negativa do crime. Nos demais casos havia apenas uma espécie de absolvição temporária que permitia reabrir o processo. Entre a *Ordonnance* e o *Code d'instruction criminelle*, foi instituído o júri, em 1791, cujos votos de 3 ou mais jurados deveria ser sempre suficiente em favor do acusado e a condenação depender de pelo menos 10 dos 12 votos (CORDERO, 1986, p. 59-64).

O *Code d'instruction criminelle* foi uma legislação eclética que misturou institutos da *Ordonnance criminelle* de 1670 com as instituições do direito inglês, formando o procedimento misto, posteriormente introduzido no *Codice de procedura penale* italiano de 1930 do qual o nosso Código de processo penal de 1941 é uma cópia. Como já se abordou mais detidamente as legislações francesas no item anterior, não haveria maior interesse para o estudo da presunção de inocência. Os esforços foram concentrados nas discussões italianas de três escolas, chamadas Escola Clássica, Escola Positiva e sobretudo na Escola Técnico-Jurídica (*Scuola Tecnico-Giuridica*).

O corifeu da Escola Clássica foi o jurista italiano Cesare Bonesana (1738-1794), marquês de Beccaria, com o livro **Dos delitos e das penas** (*Dei delitti e delle pene*), publicado em 1764 (BECCARIA, 1973). Esse texto foi rapidamente difundido pela Europa. Em 1766 o abade francês André Morellet (1727-1819) traduziu-o para o francês ou, melhor, reescreveu-o em francês (BABINI, 2007). No mesmo ano foi comentado pelo filósofo francês François-Marie Arouet (1694-1778)

²⁰⁰ “**Art. 9.** *Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi*” (RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, 1789, tradução livre).

no livro **Comentário sobre o livro Dos delitos e das penas, por um advogado provincial** (*Comentaire sur le livre Des délits et des peines, par un avocat de province*) (VOLTAIRE, 1766). Daí a importância desse livro para a posituação da presunção de inocência pelos revolucionários. Ainda entre os italianos, o chamado iluminismo criminal foi encabeçado pelos juristas Gaetano Filangieri (1753-1788), Gian Domenico Romagnosi (1761-1835), Pellegrino Rossi (1787-1849), Giovanni Carmignani (1768-1847) e Francesco Carrara (1805-1888) (ZAFFARONI, 1987, p. 86-143). Se utilizou textos de Bonesana, Carmignani e Carrara, mais difundidos e, por isso, de mais fácil acesso aos originais.

Dentre todas as referências de Bonesana à presunção de inocência, seis são relevantes neste estudo. A primeira diz respeito ao valor do testemunho: a credibilidade dos testemunhos e as provas do crime são pontos consideráveis em toda boa legislação. Mais de um testemunho é necessário para prova, porque se houve contradição entre os depoimentos, não há nada certo e deve prevalecer o direito de ser considerado inocente²⁰¹. A segunda, referida na tortura, é a de que um crime pode ser certo ou incerto. Se for certo, deve ser punido com a pena prevista anteriormente, nos limites estabelecidos em lei. Se a confissão é inútil, conseqüentemente também são inúteis os tormentos para obtê-la. Se for incerto, o imputado não deve ser atormentado, pois é inocente aquele contra quem nada é provado²⁰². A terceira, ao tratar dos ociosos que perturbam a tranquilidade pública, mesmo que os reprovando e sugerindo o banimento, reconheceu a eles o “direito sagrado” de provar a inocência, criando uma excepcional atribuição do ônus de

²⁰¹ “è un punto considerabili in ogni buona legislazione il determinare esattamente la credibilità dei testimoni e le prove del reato. [...] Più d’un testimonio è necessario, perché fintanto che uno asserisce e l’altro nega niente v’è di certo e prevale il diritto che ciascuno ha d’essere creduto innocente.” é um ponto considerável em toda boa legislação o de determinar a credibilidade das testemunhas e a prova do fato. [...] Mais de um testemunho é necessário porque contanto que um afirma e o outro nega nada há de certo e prevalece o direito que qualquer um tem de ser considerado inocente (BECCARIA, 1973, p. 32, tradução livre).

²⁰² “Non è nuovo questo dilemma: o il delitto è certo o incerto; se certo, non gli conviene altra pena che la stabilita dalle leggi, ed inutili sono i tormenti, perché inutili è la confessione del reo; se è incerto, e’ non devesi tormentare un innocente, perché tale è secondo le leggi un uomo i di cui delitti non sono provati.” Não é novo este dilema: ou o delito é certo ou incerto; se certo, não lhe convém outra pena que a estabelecida na lei, e inúteis são os tormentos, porque inútil é a confissão do réu; se é incerto, não se deve atormentar um inocente, porque tal é segundo a lei um homem cujos delitos não são provados (BECCARIA, 1973, p. 39, tradução livre).

provar a inocência²⁰³. A quarta, em relação às prisões arbitrárias de romanos inocentes que fundamenta a presunção de inocência²⁰⁴. A quinta, uma concepção de que é mais provável a inocência do imputado nos crimes mais graves do que nos menos graves²⁰⁵, algo que permanece no Brasil em relação às infrações criminais de menor potencial ofensivo²⁰⁶. A sexta é a concordância de Bonesana com a possibilidade de reabrir o processo contra quem não foi provada nem a inocência, nem a culpabilidade²⁰⁷.

²⁰³ *“Sembra che il bando dovrebbe esser dato a colori i quali, accusati di un atroce delitto, hanno una grande probabilità, ma non la certezza contro di loro, di esser rei; ma per ciò fare è necessario uno statuto il meno arbitrario e il più preciso che sia possibile, il quale condanni al bando chi ha messo la nazione nella fatale alternativa o di temerlo o di offenderlo, lasciandogli però il sacro diritto di provare l’innocenza sua.”* Parece que o abandono deveria ser dado àqueles, acusados de um crime atroz, com uma grande probabilidade, mas não a certeza contra eles, de ser réus; mas para fazer isso é necessário um estatuto o menos arbitrário e mais preciso que seja possível, o qual condena ao abandono quem colocou a nação na fatal alternativa de temê-lo ou de ofendê-lo, deixando-o o sagrado direito de provar sua inocência (BECCARIA, 1973, p. 59-60, tradução livre).

²⁰⁴ *“Quanti romani accusati di gravissimi delitti, trovati poi innocenti, furono dal popoli riveriti e di magistrature onorati! Ma per qual ragione è così diverso ai tempi nostri l’esito di un innocente? Perché sembra che nel presente sistema criminale, secondo l’opinione degli uomini, prevalga l’idea della forza e della prepotenza a quella della giustizia; perché si gettano confusi nella stessa caverna gli accusati e i convinti; perché la prigionia è piuttosto un supplizio che una custodia del reo, e perché la forza interna tutrice delle leggi è separata dalla esterna difenditrice del trono e della nazione, quando unite dovrebbero essere.”* Quantos romanos acusados de gravíssimos crimes, cuja inocência foi descoberta, foram reverenciados pelo povo e magistrados honrados! Mas por qual razão é assim diferente em nossos tempos o êxito de um inocente? Porque parece que no presente sistema criminal, segundo a opinião dos homens, prevalece a ideia da força e da preponderância àquela da justiça; porque se jogam misturados na mesma caverna os acusados e os condenados; porque a prisão é mais um suplício que uma custódia do réu, e porque a força interna tutora das leis é separada da externa defensora do trono e da nação, quando unidas deverão ser (BECCARIA, 1973, p. 77-78, tradução livre).

²⁰⁵ *“nei delitti più atroci, perché più rari, deve sminuirsi il tempo dell’esame per l’accrescimento della probabilità dell’innocenza del reo [...] Ma nei delitti minori scemandosi la probabilità dell’innocenza del reo, deve crescere il tempo dell’esame e, scemandosi il danno dell’impunità deve diminuirsi il tempo della prescrizione.”* nos crimes mais atozes, porque mais raros, deve diminuir-se o tempo do exame pelo aumento da probabilidade da inocência do réu [...] Mas nos delitos menores diminuindo-se a probabilidade da inocência do réu, deve aumentar o tempo de exame e, aumentando-se o dano da impunidade deve diminuir-se o tempo da prescrição (BECCARIA, 1973, p. 81, tradução livre).

²⁰⁶ “Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa” (BRASIL, 1995).

²⁰⁷ *“Riflettasi che un accusato, di cui non consti né l’innocenza né la reità, benché liberato per mancanza di prove, può soggiacere per il medesimo delitto a nuova cattura e a nuovi esami, se emanano nuovi indizi indicati dalla legge, finché non passi il tempo della prescrizione fissata al suo delitto. Tal è almeno il temperamento che sembrami opportuno per difendere e la sicurezza e la libertà de’ sudditi”.* Reflita-se que um acusado, do qual não consta nem a inocência e nem a culpa, embora liberado por falta de prova, pode ser submetido pelo mesmo crime a nova captura e a novo exame, se surgem novos indícios indicados pela lei, até que não passe o tempo da prescrição fixado ao seu delito. Tal é pelo menos o temperamento que parece oportuno para defender e a segurança e a liberdade dos súditos (BECCARIA, 1973, p. 81-82, tradução livre).

Arouet, nos comentários, criticou a tortura dos imputados por ser mais rigorosa que a própria morte imposta na condenação dos culpados, por mais lesivo que fosse o ato, que justificasse a tentativa de obter a confissão. Aos que defendiam esse tratamento, opôs que são homens. As nações que aboliram a tortura seriam nações mais esclarecidas, mais florescentes depois desta abolição. Seriam exemplos suficientes ao resto de todo o mundo. Desejou que a Inglaterra servisse de exemplo aos demais povos, dentre outros motivos, porque na Inglaterra o simples aprisionamento faz mal, mas na França o inocente não tinha nada a esperar (VOLTAIRE, 1766, p. 60-63 e 107-108). Em suma, apesar de não se referir expressamente à presunção de inocência dos imputados, deixou nas entrelinhas um manifesto em prol de que os imputados sejam presumidos inocentes.

Carmignani tratou da presunção de inocência no capítulo III do tomo IV da **Teoria das leis da segurança social** (*Teoria delle leggi della sicurezza sociale*). Tratou primeiro das duas substâncias que compoem o processo criminal: justiça e força. A força teria a finalidade de assegurar a superioridade entre juiz e jurisdicionado. A justiça seria necessária porque o objetivo do processo seria administrar retamente, de modo que a imputação da lei ofendida, ao culpar o homem, deveria produzir o mesmo efeito como se a lei o culpasse. Mas a força seria uma prerrogativa prepotente em todas as coisas humanas, por isso o juízo criminal seria sempre e principalmente predominado pela força física, supersticiosa, de um senso moral ou do império político. Posteriormente afirmou que o princípio de justiça seria sentinela vigilante da presunção de inocência e intérprete do direito da natureza sobre inadmissibilidade de provas, remetendo ao tomo I da mesma obra (CARMIGNANI, 1832, p. 27-31). O capítulo XI do tomo I foi intitulado: da ciência da segurança social, e das diversas partes que a compõem. Afirmou que, se a lei criminal obedecia ao princípio político para melhor proteger direitos estabelecidos pela natureza ou para proteger a sociedade como tutora do direito natural, o direito teria a missão de custodiar perpetuamente a segurança natural do homem. Nesse sentido, dentre outras coisas, a lei só poderia culpar o indivíduo se a interpretação da lei, a crítica dos fatos ou a equidade não tivesse mais armas para opor ao seu propósito. Citou, ao final, a fórmula romana proposta por Ulpianus para reconhecer

que era preferível deixar impune um culpado a condenar um inocente (CARMIGNANI, 1831, p. 184-185).

Carrara abordou o juízo criminal no capítulo I da terceira seção do **Programa do curso de direito criminal** (*Programma del corso di diritto criminale*), publicado em 1867. Afirmou que a teoria da justiça seria o anel entre a razão pura e a razão prática da doutrina criminal, em referência implícita a Kant. Em outros termos, seria o elemento que uniria direito criminal (razão pura) e processo criminal (razão prática). Definiu o juízo criminal como “uma série de atos solenes, com os quais certas pessoas para isso legitimamente autorizadas, observada uma certa ordem de forma determinada pela lei, conhecem dos crimes e dos seus autores, afastam a pena dos inocentes, e a infligem aos culpados” (CARRARA, 1867, p. 479, tradução livre). A razão filosófica de ser do juízo criminal poderia ser objetiva ou subjetiva. Objetivamente seria a pronúncia da inocência ou culpa do homem. Subjetivamente, formas que circunscreviam a autoridade judicial. O processo criminal seria composto por uma dupla serventia, tutelar o direito do bom à punição do culpável e tutelar o direito do imputado de não ser submetido a punição indevida. A finalidade do juízo criminal seria reestabelecer a ordem turbada em razão do crime. Ao tratar da defesa do imputado, afirmou que no sistema inquisitório e no sistema misto prevaleceria a regra de que nos crimes graves, a contestação da acusação seria precedida ou acompanhada da submissão do réu à prisão preventiva. A prisão preventiva seria uma necessidade política composta por três necessidades. Primeiro, necessidade de justiça para impedir a fuga. Segundo, necessidade de verdade para impedir que o imputado obstruísse o processo. Terceiro, necessidade de defesa para impedir facínoras de continuar agredindo pessoas enquanto o processo não fosse julgado. Sugeriu ainda que a “lei” estabelecesse prévia e taxativamente os casos nos quais a custódia preventiva era admitida, restringindo o uso às necessidades dos súditos. O calabouço (*segreta*) não deveria ser usado abusivamente, sobretudo porque os calabouços europeus seriam os piores locais do estabelecimento prisional, de modo que o cidadão presumido inocente seria tratado de forma mais dura que o culpado condenado. Sugeriu algumas limitações à prisão preventiva. Primeiro, a exigência de mandado de prisão, exceto no flagrante e no quase flagrante. Segundo, exigência de indícios do crime.

Terceiro, possibilidade de liberdade provisória sob caução. Quarto, vedação de violência e rigores excedentes à custódia. Quinto, exibição imediata do preso à autoridade competente. Sexto, possibilidade de prender em qualquer hora e lugar. Defendeu que, apesar de a probabilidade ser a medida da acusação, apenas a certeza é a medida da condenação. Essa certeza deveria ser formada a partir das provas lícitas e válidas. Criticou o sistema de provas legais, cujos valores de cada modalidade estavam previstos em lei, bem como o sistema inquisitório porque cria um apego à forma escrita e à tortura. Ao tratar da confissão, estabeleceu doze requisitos, dentre os quais a necessidade de prova que confirmasse a confissão, a inteligência e liberdade do confessor, e a espontaneidade. Por fim, condenou o uso da tortura porque na tortura estava implícita uma presunção de culpa de que sabia o que estava negando e porque viola os direitos naturais (CARRARA, 1831, p. 478, 487-488, 538-550, 562-564 e 569-572).

108. A Escola Positiva italiana teve três grandes nomes. Primeiro, o psiquiatra Cesare Lombroso (1835-1909), com o livro **O homem delinquente** (*L'uomo delinquente*), publicado em 1876. Segundo, o jurista Raffaele Garofalo (1851-1934), com o livro **Criminologia: estudo sobre o crime, sobre suas causas e sobre meios de repressão** (*Criminologia: studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*). Terceiro, o jurista Enrico Ferri (1856-1929), com o livro **Sociologia criminal** (*Sociologia criminale*).

O trabalho de Lombroso foi um marco da antropologia criminal de matriz positivista. Em estudos realizados com prisioneiros, tentou identificar as causas etiológicas do crime. Há ainda nisso algum grau de continuidade da concepção de crime do direito divino e do direito eclesiástico: o mal está no interior do criminoso. Enquanto os inquisidores canônicos pretenderam descobrir a Verdade sobre o mal praticado, Lombroso tentou descobrir a Verdade sobre a maldade que repousava no criminoso por meio do estudo das características de personalidade (frenologia). Para além das críticas sobre o preconceito destilado em praticamente todas as linhas, interessa-me a concepção que tinha dos criminosos. Duas dentre as poucas passagens em que se referiu à inocência são suficientes para aclarar. Ao tratar da imprevidência dos crimes, afirmou que os maiores delinquentes, apesar da “grande habilidade para preparar o crime”, perdem a prudência durante a execução. As

execuções seriam, por isso, pouco lógicas e imprudentes. O crime e a causa muitas vezes seriam desproporcionais, assim como quase sempre haveria erros na execução. Os advogados, com pouca sinceridade, se aproveitariam desses erros para demonstrar a inocência dos clientes (LOMBROSO, 1896, p. 511-513). Em sequência, ao tratar da reincidência imprópria, afirmou que os reincidentes “se julgam no direito de roubar, e matar, e que a culpa seja da sociedade, tanto que Deus os deixa agir à vontade. E chegam até a atribuir mérito ao delito” (LOMBROSO, 1896, p. 478-487). A falta a referência a institutos jurídicos, como as presunções, é justificada pela profissão do autor que possivelmente não tinha tanto interesse nas discussões jurídicas. O pensamento de Lombroso deitou raízes no Brasil por intermédio do psiquiatra Raimundo Nina Rodrigues (1862-1906), integrante da Escola Tropicalista Baiana.

O livro de Garofalo está inserido na busca pelos crimes naturais da civilização. **Criminologia** foi a primeira tentativa de criar uma nova área do conhecimento²⁰⁸, na qual recorreu a elementos ambientais para estudar os fatores que geram a criminalidade (criminógenos). A maioria das passagens sobre inocência remonta à inocência da vítima. É significativo que tenha comparado o povo italiano moderno ao povo italiano antigo, ao dizer que os antigos não assistiam às mortes de

²⁰⁸ “*se met progressivement en place une connaissance «positive» des délinquants et de leurs espèces, fort différente de la qualification juridique des délits et de leurs circonstances; mais distincte aussi de la connaissance médicale qui permet de faire valoir la folie de l'individu et d'effacer par conséquent le caractère délictueux de l'acte. [...] Il s'agit dans ce savoir nouveau de qualifier «scientifiquement» l'acte en tant que délit et surtout l'individu en tant que délinquant. La possibilité d'une criminologie est donnée. [...] le «délinquant» permet justement de joindre les deux lignes et de constituer sous la caution de la médecine, de la psychologie ou de la criminologie, un individu dans lequel l'infracteur de la loi et l'objet d'une technique savante se superposent – à peu près.*” se coloca progressivamente no lugar um conhecimento 'positivo' dos criminosos e de suas espécies, muito diferente da qualificação jurídica dos crimes e de suas circunstâncias; mas distinto também do conhecimento médico que permite fazer valer a loucura do indivíduo e apagar por consequência o caráter criminoso do ato. [...] Trata-se de um novo saber de qualificar 'cientificamente' o ato enquanto crime e sobretudo o indivíduo enquanto criminoso. A possibilidade de uma criminologia está dada. [...] o 'criminoso' permite justamente unir as duas linhas e constituir sobre a caução da medicina, da psicologia ou da criminologia, um indivíduo no qual o infrator da lei e o objeto de uma técnica erudita se sobreponham – aproximadamente (FOUCAULT, 1975, p. 258-259, tradução livre). Essa crítica indica a finalidade para a qual foi criada a tal criminologia. Apesar de Alessandro Baratta ter produzido um giro criminológico ao substituir o objeto de estudos do criminoso para os fatores criminógenos, substituindo a matriz sociológica da sociologia do consenso pela sociologia do conflito, o fato é que uma criminologia é uma impossibilidade. O subtítulo do livro de Baratta já indica que é uma obra de sociologia jurídico-penal (BARATTA, 2002). É uma área chamada de interdisciplinar. Por isso, toma as matrizes epistemológicas de diversas outras áreas, assim como as respectivas teorias: filosofia, sociologia, psicologia, psiquiatria, economia, direito etc. Em suma, não é uma área, mas um espaço aberto pelos saberes de outros campos. Isso não reduz a validade do conhecimento produzido, mas o atribui corretamente aos respectivos campos de conhecimento.

inocentes como se fossem espetáculos. Espetaculares seriam as mortes de criminosos. Na Itália moderna, de acordo com o jurista italiano, essa situação foi invertida. Na antiga Roma os criminosos seriam submetidos a leis avassaladoras, enquanto no reino da Itália as leis seriam deficientes. Por isso, os romanos seriam insensíveis aos suplícios dos culpados como os italianos seriam insensíveis à matança de milhares de inocentes (GAROFALO, 1912, p. 128-129). Ao tratar do juiz de instrução, afirmou que, no direito italiano, era função desse juiz examinar os testemunhos citados pelo imputado e reunir as provas da inocência ou da menor culpabilidade. Mas o papel do magistrado seria somente de esclarecer os fatos, não de encontrar a todo custo uma vítima expiatória. Como o imputado tinha direito à defesa, esse papel seria do advogado, mas o sigilo precisava ser mantido porque o defensor não deveria ter um guia no labirinto de um processo indiciário para não esterilizar a atividade do magistrado. Quanto à prisão cautelar, seria necessária para impedir que fizesse desaparecer provas materiais do crime e para evitar que fizesse acordos com os cúmplices ou amigos para negar ou diminuir a culpabilidade. Garofalo defendeu o uso da prisão cautelar para todos os crimes aos quais a lei imponha penas das quais seria possível presumir que o imputado tentaria fugir, bem como em todas as ofensas das quais seria presumível que o imputado queria uma vingança sangrenta, a todos os reincidentes e a todos os casos em que a natureza do crime, pela índole do imputado e pelas condições ambientais, tornassem presumível a possibilidade de ameaça ou de suborno das testemunhas, o desaparecimento das provas ou o despistamento das investigações (GAROFALO, 1912, p. 424-427). Quanto ao direito de defesa, afirmou que não deveria ser indispensável um advogado porque a presença de defensor para sustentar a inocência ou a menor culpabilidade seria, às vezes, um contrassenso, como para os criminosos habituais que desejariam passar alguns meses do ano presos para receber gratuitamente albergue e comida. Nesses casos, o advogado se cansaria para proteger o defendido contra os supostos rigores das leis que o imputado burlaria porque conhecia a inocuidade (GAROFALO, 1912, p. 441). Quanto aos tribunais de Assise, esclareceu que eram responsáveis por julgar apenas os crimes mais graves, nos quais uma instrução ampla e minuciosa, os exames do ministério

público, da Câmara de colho e da seção de acusação ministrariam uma “presunção veemente da culpabilidade do réu” (GAROFALO, 1912, p. 470).

Ferri, um jurista e político socialista, convertido ao fascismo no fim da vida, presidiu a comissão de juristas que elaborou o projeto de código penal italiano de 1921. No capítulo IV do tomo II da **Sociologia criminal**, tratou das reformas práticas, dentre as quais consta a discussão sobre os princípios gerais elaborados pela Escola Positiva para a reforma processual. Primeiro, o equilíbrio dos direitos e das garantias entre o imputado e a sociedade para evitar exageros do individualismo da Escola Clássica. Segundo, o papel do juiz criminal não seria provar o grau de responsabilidade do criminoso, mas fixar a forma de preservação social mais apropriada ao processado, conforme a categoria antropológica à qual pertence. Terceiro, as diferentes funções práticas de defesa social deveriam ser contínuas e solidárias. Ali estabeleceu uma diferença entre o código penal e o código de processo penal. O primeiro seria para as pessoas sem probidade e sem honra. O segundo para salvaguardar as pessoas honradas que seriam levadas perante a justiça e não fossem declaradas malvadas. Contudo, a partir de Bonesana teriam surgido exageros contra a severidade das repressões da idade média, dentre os quais estaria a presunção de inocência. A presunção de inocência e a regra do benefício da dúvida ser favorável ao imputado (*in dubio pro reo*) teriam um fundo de verdade e até seriam obrigatórias, mas apenas na fase preparatória do processo, de investigação (*istruzione*), porquanto não havia mais que suposições ou indícios contra o imputado. Essa regra derivaria da necessidade de considerar todo cidadão como honrado enquanto não fosse provado o contrário, pois os criminosos seriam a escassa minoria da população²⁰⁹. Mas a presunção de inocência deveria valer apenas para as provas materiais nas circunstâncias em que o imputado negasse o crime. Nos casos de flagrante delito e de confissão confirmada por outros dados, não deveria ter a mesma força jurídica. Com menos força jurídica deveria existir a presunção de inocência do imputado que não fosse criminoso habitual, mas fosse reincidente, assim como para o imputado de crime ocasional. Nesses casos o

²⁰⁹ Esse argumento seria suficiente para confrontar o terror anunciado e a emergência invocada pelos teóricos da defesa social. Se os criminosos são escassos, o risco para a sociedade não é tão grave quanto alegam, como não parece ser, embora a ampliação das ações criminalizadas resulte, necessariamente, no incremento da criminalidade. Sobre o fenômeno da expansão do direito criminal, embora com mais justificações do que críticas (SILVA SÁNCHEZ, 2001).

imputado seria um reincidente, um criminoso profissional, autor de criminalidade atávica. A presunção de inocência seria ilógica quando fosse absoluta e fosse indistinta. Portanto, essa presunção ilógica deveria ser eliminada de todos os casos e de todos os períodos do juízo nos quais estivesse em contradição com a realidade das coisas. Também a presunção de inocência deveria sucumbir à condenação em primeiro grau do criminoso atávico para preservar a intimidação da sentença. Ainda se manifestou contra a absolvição em caso de empate nas votações dos jurados porque pensava que isso “suprimia a própria realidade” (FERRI, 1900, p. 725-737).

109. A importância da Escola Técnico-Jurídica está na contribuição dos juristas italianos Vincenzo Manzini (1872-1957), Arturo Rocco (1876-1942) e Alfredo Rocco (1875-1935). Entre os anos 1925 e 1932, Alfredo Rocco foi ministro da graça e justiça e assuntos de culto (*ministro di grazia e giustizia e affari di culto*) no governo fascista de Benito Amilcare Andrea Mussolini (1883-1945), entre 1925 e 1932. No exercício do cargo de ministro, encabeçou a elaboração da legislação criminal que pavimentou o caminho para o governo fascista. Os trabalhos ocorreram entre 1925 e 1928, com a participação de Arturo Rocco e de Vincenzo Manzini e culminaram com a edição do *Codice penale* e do *Codice de procedura penale*, ambos de 1930.

Antes da atividade política, Alfredo Rocco foi professor de direito processual civil, direito do trabalho e direito comercial (TRECCANI, 2019b). Por isso, os textos que se encontrou, compilados em um livro, são apenas discursos políticos de legitimação do regime fascista e da atuação da situação italiana após a primeira guerra mundial, escritos no período em que Alfredo foi deputado²¹⁰. Os textos jurídicos que escreveu estão concentrados nas áreas que lecionou e, por isso, não se localizou material útil ao estudo da presunção de inocência.

Arturo Rocco, na condição de professor de direito criminal, ocupou-se de temas relacionados ao direito material, sobretudo a teoria do crime. No livro **O objeto do crime e da tutela jurídica criminal (*L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*)**, ao retornar à definição de crime, afirmou que os crimes lesam ou ameaçam um direito, produzindo um dano real ou potencial. O dano potencial seria um perigo efetivo. As contravenções não lesariam e nem ameaçariam um direito

²¹⁰ Apesar do título, os discursos versam sobre atentados ferroviários, a inocência do povo italiano e outras manifestações de legitimação do regime fascista iniciado em 1922 (ROCCO, 1938).

subjetivo, nem produziriam dano ou perigo real ou efetivo, mas representariam uma simples possibilidade de perigo, um perigo genérico, presumido, indeterminado, futuro etc. Ao abordar as distinções entre crime e contravenção criminal²¹¹, afirmou que o dolo ou a imprudência nos crimes deveriam ser provados pelo acusador ou pelo juiz, mas nas contravenções criminais o dolo e a imprudência²¹² seriam presumidos de modo relativo (presunção *juris tantum*), a admitir provas contrárias. Em seguida explicou que haveria inversão do ônus da prova nas contravenções criminais. Essa ficção de culpa pressuporia um cálculo de probabilidade, lógica e matematicamente apurada. Como a probabilidade de dolo ou de imprudência seria a circunstância normal e ordinária, nessa probabilidade que se fundaria a presunção de culpa (ROCCO, 1913, p. 335 e 369-370). Esses dois trechos são suficientes para indicar uma concepção de culpa presumida nas contravenções criminais. Contudo, hoje as infrações criminais de perigo não são somente contravenções, mas também crimes. Nesses casos, sobretudo quando o perigo é chamado de abstrato (ZAFFARONI, 1981, p. 258-260; SANTOS, 2012, p. 107), o resultado criminalizado é presumido em lei, uma presunção de culpa. Cada vez são mais frequentes os crimes de perigo abstrato.

Vincenzo Manzini, o principal integrante da comissão de juristas que elaborou o *Codice de procedura penale* de 1930, foi titular da principal cadeira de processo criminal italiana, na *Università degli Studi di Roma – La Sapienza*. Escreveu um **Tratado de direito processual penal italiano (*Trattato di diritto processuale penale italiano*)** em 5 tomos. No tomo I, tratou do objeto do processo criminal no

²¹¹ No Brasil as contravenções são infrações criminais de menor gravidade, puníveis apenas com prisão simples ou multa: “Art. 5º. As penas principais são: I – prisão simples; II – multa” (BRASIL, 1941a). Os crimes, por outro lado, são puníveis com penas de multa, restritivas de direitos ou privativas de liberdade: “Art. 32. As penas são: I – privativas de liberdade; II – restritivas de direitos; III – de multa” (BRASIL, 1940).

²¹² Usa-se o termo imprudência em vez de culpa porque se entende ser mais preciso e porque serve para diferenciar o elemento subjetivo do tipo da culpa processual: “O substantivo *culpa* e o adjetivo *culposo* são inadequados por várias razões: primeiro, confundem *culpa*, modalidade subjetiva do tipo, com *culpabilidade*, elemento do conceito de crime, exigindo a distinção complementar de *culpa em sentido estrito* e *culpa em sentido amplo*, o que é anticientífico; segundo, induzem perplexidade no cidadão comum, para o qual *crime culposo* parece mais grave que *crime doloso*, ampliando a incompreensão de conceitos jurídicos; terceiro, o substantivo *imprudência* e o adjetivo *imprudente* exprimem a ideia de lesão do dever de cuidado ou do risco permitido com maior precisão do que os correspondentes *culpa* e *culposo*; quarto, a dogmática alemã usa o termo *Fahrlässigkeit*, que significa negligência ou imprudência, mas a natureza da maioria absoluta dos fatos lesivos do dever de cuidado ou do risco permitido, na circulação de veículos ou na indústria moderna, parece melhor definível como *imprudência*” (SANTOS, 2012, p. 157).

capítulo V. Esse capítulo é fundamental para compreender o pensamento de Manzini, porque foram estabelecidas as premissas do pensamento. A função específica do processo criminal seria a realização da pretensão punitiva, derivada do crime, através da explicação da garantia jurisdicional de obter o acerto positivo ou negativo do fundamento da pretensão punitiva. No acerto estaria em jogo a verdade em relação ao fato concreto e à aplicação da consequência jurídica. Depois de explicar que o termo inocência seria um termo jurídico que não está adstrito aos inocentes, mas àqueles que não foram declarados culpados, explicou que o inocente poderia ser o mais perverso dos criminosos habituais. Por isso, a absolvição pelos tribunais, prevista no art. 564 do *Codice*²¹³, não implicaria mais em declaração de inocência. Portanto, o interesse principal do processo, mais que proclamar a inocência ou a moralidade do não culpado, seria alcançar a punição do culpado, realizando a pretensão punitiva do estado contra o imputado. Criticou as “pseudo-democracias”, como a francesa, pelo objetivo equivocado de “enlameçar os conceitos” ao afirmar que o principal objetivo do processo criminal é tutelar a inocência. A imputação seria presumida fundada e a verdade da decisão não seria oposta porque a acusação cabe ao ministério público, supostamente um órgão imparcial²¹⁴ e sem interesses pessoais no resultado do processo. Assim, eventuais

²¹³ “(Revisione a favore del condannato defunto) Art. 564. La corte di cassazione nel caso di morte del condannato, anche quando annulla senza rinvio, nomina un curatore il quale esercita i diritti che nel procedimento di revisione sarebbero spettati al condannato. Se questi muore dopo la sentenza della corte di cassazione, il curatore e’ nominato dal presidente della corte o del tribunale o dal pretore che deve giudicare. Se l’istanza e’ proposta in vita del condannato da un suo prossimo congiunto, questi diviene curatore di diritto dopo la morte del condannato. La corte di cassazione quando annulla senza rinvio, o il giudice di rinvio quando tale giudizio risulta favorevole al condannato estinto, dichiara che costui non era colpevole, e ordina che la sentenza sia annotata nell’atto di morte, se da questo risulti che il decesso avvenne per esecuzione di pena ovvero in carcere o in luogo destinato a misure di sicurezza detentive. Tale annotazione e’ fatta, senza ritardo, a cura del pubblico ministero.” (Revisão a favor do condenado morto) Art. 564. A corte de cassação [equivalente aos nossos tribunais de justiça e tribunais regionais federais] no caso de morte do condenado, também quando anula sem reenvio, nomina um curador para exercer os direitos que no procedimento de revisão seriam esperados ao condenado. Se esse morre depois da sentença da corte de cassação, o curador é nomeado pelo presidente da corte ou do tribunal ou pelo pretor que deve julgar. Se a instância é proposta em vida pelo condenado de um seu próximo conjunto, este se torna curador de direito depois da morte do condenado. A corte de cassação, quando anula sem reenvio, ou o juiz de reenvio quando tal juízo resulta favorável ao condenado extinto, declara que esse não era culpado, e ordena que a sentença seja anotada no atestado de óbito, se disso resulta que a morte ocorre por execução de pena ou no cárcere ou em lugar destinado a medida de segurança detentiva. Tal anotação é feita sem atraso, sob os cuidados do ministério público (REPUBBLICA ITALIANA, 1930, tradução livre).

²¹⁴ Sobre a impossibilidade de imparcialidade do ministério público e do papel constitucional: (CARNELUTTI, 1994; COUTINHO, 2009a; GENTIL et al, 2015; BERCLAZ, 2016; BERCLAZ, 2017).

imputações infundadas seriam erros casuais ou culposos, eventualmente dolosos, mas, segundo a “ordem normal das coisas”. A tutela da liberdade individual seria uma parte essencial do processo, mas não a característica principal, pois uma garantia (inocência) não poderia ser colocada no mesmo grau que a função que a protege (processo). Isso por dois motivos. Primeiro, nem sempre a inocência seria atingida quando o imputado não fosse considerado culpado. Dizer que não é reconhecido culpado seria diferente de dizer que é inocente. O acerto da inocência só existiria em casos determinados, como a absolvição porque o fato não subsiste, porque o imputado não praticou o fato ou porque o fato não constitui crime. Nos demais casos, o acerto seria no sentido de apenas não ser possível proceder, como ocorreria com a extinção do fato e com a ausência de condições para exercício/cumprimento²¹⁵ da ação criminal. Segundo, o ofício do processo não é proclamar a não culpa, ou não culpabilidade (*incolpevolezza*) do imputado, mas apenas de constatar se existem ou não condições para punir, pois os culpados podem não ser punidos. Esse segundo motivo teria como consequência a inexistência de uma presunção de inocência no processo criminal que garantiria ao imputado o direito a ser considerado inocente sem o trânsito em julgado de sentença condenatória. Além disso, a imputação teria como pressuposto suficiente os indícios de reiteração criminosa, o que deveria constituir uma presunção de culpa, contrária à pretensa presunção de inocência. Em última análise, se o imputado fosse presumido inocente, não haveria motivo para processá-lo. Na verdade, as presunções seriam meios de provas indiretas²¹⁶. Nessa condição, a obrigação do acusador de provar a culpa do imputado não seria uma derivação necessária da presunção de inocência, tanto porque a acusação estaria parcialmente provada pelos indícios que determinam a imputação, quanto porque o imputado tentaria provar a própria inocência para destruir as provas da culpa com base nas quais foi feita a imputação. Tampouco o direito de defesa pressuporia que o indivíduo fosse

²¹⁵ Exercício ou cumprimento porque ação é direito ou dever. Direitos são exercidos ou não exercidos, deveres são cumpridos ou descumpridos. Para as pessoas, direito, para os órgãos públicos, dever. Pensa-se que isso é assim tanto no processo criminal quanto no civil, porque as procuradorias do estado, por exemplo, têm o dever de executar as certidões de dívidas ativas, do mesmo modo que o ministério público tem o dever de acusar os imputados pela prática de crimes. Obviamente, tanto as dívidas, quanto os crimes, devem ser provados.

²¹⁶ Na verdade, são mecanismos de resolução diante da falta de prova. Os meios são os caminhos usados para provar. Uma presunção não serve para provar, mas para presumir provado, preencher um espaço vazio deixado pela ausência de prova.

inocente, pois o imputado poderia ser menos culpado do que pareceria com a imputação, ou seja, o direito de defesa do imputado não deveria ser confundido com a presunção de que seria inocente. Por tudo isso, a inocência seria mais uma ficção do que uma presunção (MANZINI, 1956, p. 195-202).

110. Os últimos dois juristas italianos que interessam são Francesco Carnelutti (1879-1965) e Franco Cordero. Não porque constituíram uma escola, não o fizeram, mas pela importância que tiveram, e continuam a ter, na Itália para o estudo do processo criminal. Não foi acaso a organização, por Carnelutti, do seminário sobre a reforma do processo criminal em 1961. Apesar da não aprovação do anteprojeto de código de processo criminal elaborado por Carnelutti²¹⁷, os debates que introduziu foram importantes para marcar uma mudança na mentalidade dos juristas italianos.

A obra de Carnelutti é marcada pela descontinuidade; paradoxalmente, esse é o único elemento contínuo. Lecionou diversas áreas do direito e, no fim da vida, dedicou-se ao processo criminal. Mudou de posicionamento diversas vezes a alegar que não havia andado bem ou a inverter a posição de questionado para se tornar questionador²¹⁸. As mudanças de posicionamento tornam difícil definir o que pensou sobre a presunção de inocência. Tomou-se como base a obra **Lições sobre o processo penal (*Lezioni sul processo penale*)**, publicada em 1949, o compilado de textos no livro **Questões sobre o processo criminal (*Questioni sul processo penale*)**, publicado em 1950, e **As misérias do processo criminal (*Le miserie del processo penale*)**, livro publicado em 1957. Três passagens interessam. Nas *Lezioni*, criticou a impossibilidade de absolver o imputado por falta de prova sem que fosse interrogado, pois o maior valor do depoimento do imputado estaria na hipótese de confissão, o que não autorizaria o uso da tortura, cuja finalidade, mais do que adquirir a certeza do delito, seria obter algo que estava além da prova, convencer o imputado de que tinha praticado o crime (CARNELUTTI, 2004, p. 310-313). Num dos textos das *Questioni* se referiu à prisão preventiva como uma injustiça com caráter penal que pode ser infligida a um inocente, mesmo que o processo termine em absolvição (CARNELUTTI, 1994, p. 35-36). Por fim, nas *Miserie*, criticou à

²¹⁷ Sobre o projeto: (CARNELUTTI, 1963).

²¹⁸ No caso específico das discussões sobre o conteúdo do processo criminal essas mudanças estão compiladas em (COUTINHO, 1989).

absolvição por falta de provas por não resolver nada, na medida em que a imputação permanecia e o processo não terminava nunca²¹⁹, de modo que o imputado continuava nessa condição para toda a vida (CARNELUTTI, 2009, p. 69-70).

Da obra de Franco Cordero interessam os dois principais trabalhos jurídicos²²⁰, o **Guia ao processo criminal (*Guida alla procedura penale*)** e o **Processo criminal (*Procedura penale*)**. No *Guida*, criticou Manzini, dentre muitas outras coisas, pela referência à “assim chamada” (*cosiddetta*) presunção de inocência. Cordero afirmou que Manzini teria uma concepção de processo semelhante à máquina descrita por Franz Kafka em **Na colônia penal (*In der strafkolonie*)**: existiam garantias, mas, como o imputado seria presumido culpado, de acordo com a “ordem normal das coisas”, uma tutela da liberdade seria marginalizada, na alternativa das conclusões falíveis seria melhor que o juiz condenasse (CORDERO, 1986, p. 5). No *Procedura*, ao tratar das medidas cautelares, afirmou que a presunção de inocência foi positivada no art. 27 da Constituição italiana²²¹, contrariando às sugestões de Manzini. Em seguida criticou a divisão proposta por Manzini entre não culpado e inocente, pois inocente equivale a não culpado. A disposição constitucional italiana, para Cordero, opera em dois sentidos. Primeiro, exclui a submissão do imputado a penas antecipadas ou medidas semelhantes. Segundo, encarrega o acusador de provar os fatos criminalmente qualificáveis. Enquanto restar dúvida, o imputado deve ser absolvido. Por fim, defende que a presunção de inocência é uma regra supralegal que invalida a prisão automática, as proibições legais de liberdade provisória e a longa duração das prisões cautelares. Contudo, quando submetidas ao judiciário, as questões relativas

²¹⁹ No Brasil a absolvição por falta de provas, prevista no art. 386, II, V e VII, do Código de processo penal, veda a reabertura do processo (BRASIL, 1941b).

²²⁰ Não menos importante é o livro de filosofia jurídica **Os observadores: fenomenologia das normas (*Gli osservanti: fenomenologia delle norme*)**, publicado originalmente em 1967, que rendeu a Franco Cordero a demissão da Università Cattolica del Sacro Cuore, em Milano, razão pela qual Francesco Carnelutti o levou para assumir a cadeira de professor catedrático (*professore ordinario*) de processo criminal na *Università degli Studi di Roma – La Sapienza* (CORDERO, 2008b).

²²¹ “*La responsabilità penale è personale. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Non è ammessa la pena di morte*” [sem grifos no original]. A responsabilidade criminal é pessoal. O imputado não é considerado culpado até a condenação definitiva. As penas não podem consistir em tratamentos contrários ao senso de humanidade e devem tender à reeducação do condenado. Não é admitida a pena de morte (REPUBBLICA ITALIANA, 1947, sem grifos no original e tradução livre).

à presunção de inocência terminam em “deprimentes eufemismos evasivos” (CORDERO, 2012, p. 471-472).

3.3 A importação brasileira da presunção de inocência

“declarando apenas que o acusado *non è considerato colpevole*, a Constituição não afirmou a presunção de inocência, limitou-se a negar a culpa.”
(Hélio Bastos Tornaghi)

111. Neste item tratou-se da importação da presunção de inocência para o Brasil. Antes disso demarcou-se as vigas de sustentação da estrutura do discurso inquisitorial, a partir de um livro de Zaffaroni que é basilar para articular os discursos sobre sistemas processuais, presunções e a importação à brasileira. Dividiu-se a pesquisa arqueogenealógica conforme a cronologia dos autores e legislações²²². Priorizou-se os autores de maior expressividade, pela potência que representam para a disseminação das ideias pelo país. A delimitação temporal tem como marco inicial o século XIX e como marco final estes dias do século XXI. Buscou-se referências nos itens dos livros sobre objeto do processo criminal, provas, sentença e medidas cautelares, sobretudo as prisões cautelares.

A formação do Brasil está assentada, de acordo com o jurista brasileiro Raymundo Faoro (1925-2003), em cinco pilares centrais. Primeiro, autoritarismo que verticalizou todas as relações. Segundo, patrimonialismo em detrimento do interesse público. Terceiro, corporativismo para proteger os interesses de grupos específicos, dominantes. Quarto, clientelismo a favorecer os clientes, integrantes das classes abastadas, que faziam e fazem os investimentos no lugar do rei, cujas economias estavam empenhadas nas aventuras marítimas. Em troca dos investimentos, os clientes recebiam generosos lucros. Quinto, fisiologismo a tornar indiscernível o público do privado e possibilitar que o patrimônio público fosse e continue a ser dilapidado em benefício individual. Os colonizadores portugueses não conheceram o feudalismo, pois não havia uma classe intermediária entre o rei e os súditos, como a classe burguesa da França. Todas as terras do reino pertenciam ao rei que as cedia

²²² Na República do Brasil tivemos apenas duas compilações de normas sobre processo criminal, o código de processo criminal do império, criado em 1830, e o código de processo penal, criado em 1941. Aqui, como em Portugal, vigeram as ordenações reais até a elaboração de nossas próprias leis. Aquelas leis eram suplementadas pelo direito romano, portanto, valiam as características que se explicou no tópico anterior.

mediante o pagamento do foro ou as doava. A administração, a justiça e o controle fazendário no Brasil foram estabelecidos a fim de atingir a paz social e a defesa contra indígenas e agressores externos (FAORO, 2001).

Com a colonização portuguesa, o ordenamento jurídico-político português foi imposto em terras tupiniquins até que, séculos depois, o Brasil criou as próprias leis. Inicialmente, vigoraram por aqui as ordenações de 1446, impostas pelo rei de Portugal e Algarves, Afonso V (1432-1481), até 1514. Em 1521, o rei de Portugal e Algarves, Manuel I (1469-1521) criou novas ordenações, vigentes até 1595. Em 1603 foi a vez do rei Felipe II da Espanha e Filipe I de Portugal e Algarves (1527-1598) intentar a perpetuação histórica mediante a criação de novas ordenações que vigoraram parcialmente até a elaboração do primeiro Código civil brasileiro, em 1916. As inadequações do Brasil a algumas normas de direito público, bem como as insuficiências das ordenações para atender às necessidades do Brasil, resultaram na organização administrativa da colônia por legislações especiais, dentre as quais a lei da boa razão, de 1769, que orientou a interpretação do direito e minimizou a influência do direito romano, das glosas e dos arrestos, priorizando a legislação brasileira. Com essa medida, as demais fontes do direito eram reconhecidas apenas com função suplementar, desde que estivessem de acordo com o direito natural e as leis das nações cristãs “iluminadas e polidas” (WOLKMER, 2003, p. 43-44).

O direito romano penetrou em Portugal primeiramente por ordem do bispo do Porto, Fernando Martins, e depois pela criação das cadeiras de direito civil e canônico na Universidade de Coimbra, que permitiu a colaboração com a *Universidad de Salamanca*, a *Università degli Studi di Bologna* e a *Université de Toulouse*. Mas o direito culto não se expandia pela dificuldade para formar juristas letrados aptos a assegurar a aplicação do direito erudito em todos os tribunais locais. Isso fez o direito costumeiro dominar as práticas jurídicas das cortes, mas não penetrar nos tribunais locais. Outra dificuldade enfrentada era a oposição do direito comum aos foros e privilégios dos nobres locais. No século XIV, além de o direito nacional não ter proliferado, o direito comum foi dividido em duas versões, uma hispânica e outra portuguesa. Concomitantemente, os juristas continuavam sem o preparo necessário até o século XV, quando o rei João I (1357-1433) mandou traduzir o código de Justinianus para o português. Entre divergências de opiniões

dos juristas e dificuldades para ler em latim, o direito português estava prenhe de antinomias, indecisões, inseguranças e perplexidades. Para tentar amarrar os juízes a uma interpretação unívoca, o rei Afonso I mandou editar as ordenações, reconhecendo o direito comum como subsidiário ao direito nacional. No conflito de normas do direito romano e do direito canônico valia o critério do pecado, pelo qual o direito canônico só era afastado se a aplicação resultasse em pecado. Nas ordenações manuelinas, o critério do pecado foi expandido a ponto de permitir a aplicabilidade do direito romano também nos tribunais civis. O direito comum era aplicado para suprir às lacunas dos direitos romano e canônico. Nos casos de antinomias, valiam as glosas de Acúrsio ou as opiniões de Bártolo, nessa ordem, exceto se as glosas ou as opiniões fossem contrárias à opinião comum dos doutores. Desse modo, a autoridade doutrinária fixa foi substituída por uma opinião cambiável e manipulável. Nas ordenações filipinas as disposições permaneceram substancialmente as mesmas, mas a relação entre poder temporal e poder espiritual foi incluída no livro sobre processo, recebendo uma dimensão jurídica (HESPANHA, 1982, p. 490-503).

Em Portugal, assim como no Brasil, a presunção de inocência aportou décadas após o fim da segunda guerra, primeiro lá, na Constituição da República Portuguesa, em 1976²²³ (VILELA, 2000, p. 17), depois aqui, na Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988 (MORAES, 2010, p. 157-60). Apesar de não estar positivada anteriormente, Gilmar Ferreira Mendes apontou o julgamento do recurso extraordinário nº 86.297, em 17 de novembro de 1976 (MENDES, 2012, p. 590), como o início das discussões brasileiras sobre o tema. Na oportunidade, os ministros discutiram se o art. 153, § 36, da Emenda constitucional nº 1 admitia o reconhecimento de uma presunção de inocência²²⁴.

112. Eugenio Raúl Zaffaroni publicou a obra **A questão criminal (*La cuestión criminal*)** em 2012, na qual questionou os pressupostos históricos, filosóficos e políticos do crime. A obra é tão expressiva que o prólogo foi escrito pelo

²²³ “Art. 32º. 2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa” (REPÚBLICA PORTUGUESA, 1976).

²²⁴ “Art. 153, § 36. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota” (BRASIL, 1969a).

filósofo italiano Gianni Vattimo (1936...). Dois textos estão vinculados mais diretamente ao objeto desta dissertação, na medida em que tratam das continuidades do pensamento inquisitório, ou como prefere chamar o professor Jacinto Coutinho, de uma mentalidade inquisitória²²⁵. Primeiro, **O poder punitivo e a verticalização social** (*El poder punitivo y la verticalización social*). Segundo, **A estrutura inquisitorial** (*La estructura inquisitorial*).

No primeiro texto, partiu do pressuposto de que a idade média não terminou, por isso o passado não está morto e nem enterrado, senão oculto, não por azar. Não é um passado que retorna, mas um passado que nunca foi porque ali está o poder punitivo, com a função verticalizante, as tendências expansivas e os resultados letais. Por um lado, esse poder punitivo nos produziu, ao retornar neste tempo para permitir que os europeus colonizassem, escravizassem, dizimassem e extinguissem os povos originários americanos, africanos e oceânicos. Por outro lado, os discursos legitimadores²²⁶ do poder punitivo da idade média estão plenamente vigentes²²⁷. O renascimento do poder punitivo ocorreu quando o papa desejou conter àqueles que pretendiam comunicar-se com deus sem a intermediação da igreja católica. Para reforçar esse monopólio, que Zaffaroni chamou de “telefônico”, bem como para

²²⁵ Um conjunto de concepções formadas a partir das estruturas e das práticas inquisitórias que perpassam à história ocidental e continuam conformando uma mentalidade jurídica, sobretudo na América latina. Para estudar essas práticas, os juristas brasileiros Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Marco Aurélio Nunes da Silveira, Leonardo Costa de Paula, Camilin Marcie de Poli e Giovanni Frazão della Villa criaram um Observatório da Mentalidade Inquisitória para: “produzir e divulgar conhecimento que permita à comunidade jurídica reconhecer a nefasta permanência da mentalidade inquisitória, a despeito dos quase 30 anos da Constituição de 1988, no processo penal brasileiro. Tal permanência opera efeitos contundentes e bastante amplos no cotidiano do sistema penal e, também, na formação dos juristas. Superá-la é condição de possibilidade de um processo penal calcado na Constituição e orientado a valores democráticos” (OBSERVATÓRIO DA MENTALIDADE INQUISITÓRIA, 2016). Para uma explicação mais detalhada sobre a mentalidade inquisitória: (SILVEIRA, 2016; SILVEIRA, 2017).

²²⁶ Isso não implica que um sistema acusatório seja, por si só, legítimo. Práticas são legitimadas pelos discursos. Uma prática pode, portanto, ser legítima ou apenas legitimada. Uma prática jurídica é legitimada se um discurso a justificar. Contudo, talvez uma prática legítima ainda não exista. Para criar uma prática legítima, a partir da qual exista uma ordem político-jurídica, a profanação do direito talvez seja um caminho. Se pudermos brincar com o direito, como os gatos brincam com os novelos de lã como se fossem ratos, substituiremos o objeto sacro pelo brinquedo e o desativaremos, abrindo-o para um novo e possível uso (AGAMBEN, 2007b, p. 66). Talvez se o direito for encarado sem o formalismo, composto por vários rituais que o envolvem, e se for possível que as pessoas o conheçam a ponto de não ser apenas controladas pelo direito, mas controladoras do direito, possamos falar em uma ordem político-jurídica legítima. Talvez, se isso for possível e se conseguirmos abri-lo para esse novo uso.

²²⁷ Um pressuposto com o qual se concorda em partes, porque pensa-se que esse passado é ainda mais remoto, subsiste desde a introdução de elementos germanos no direito romano antigo. Entretanto, Zaffaroni parece pensar o mesmo quando, na sequência, afirma que o poder punitivo renasceu com a inquisição.

concentrar poder econômico, estabeleceu a jurisdição do santo ofício da inquisição. Com isso, o papa substituiu a função arbitral do juiz por uma função inquisitorial a fim de atingir a Verdade, inclusive mediante tortura. O resultado foi o rápido extermínio dos hereges. Sem inimigos, a inquisição ficou sem trabalho e esgotou a própria razão de ser. Então foi necessário eleger um inimigo de maior qualidade, provavelmente para que a tarefa fosse infundável: satã, que em hebreu quer dizer inimigo. A matriz filosófica na qual a inquisição passou a deitar raízes foi a cosmovisão de Aurelius Augustinus Hipponensis (354-430), de que há dois mundos opostos como espelhos, um mundo de deus e outro do diabo. Mas o papa produziu outro problema, o diabo não aparecia em lugar nenhum para ser enfrentado, então decidiu empreender uma cruzada contra metade da espécie humana, as mulheres. Para não ficar sem inimigos, inventou o pacto satânico de bruxaria para impor a ideia de que satã existia, mas não podia se manifestar sozinho, para tanto precisava da cumplicidade humana. O pacto era um contrato de compra e venda proibido, celebrável apenas com os humanos inferiores, as mulheres. Zaffaroni identificou um erro de raciocínio em toda a atuação inquisitorial. A pena existia para pagar a dívida do crime. O crime resulta de uma escolha livre. Como a escolha era livre, era necessário retribuir o mal com o mal. Todavia, a mulher era inferior, menos inteligente que o homem, o que deveria fazer com que fosse menos culpável e, por isso, mereceria menos pena. Mas, os inquisidores tergiversavam, não interessava a culpa, mas o perigo para a humanidade representado pelas bruxas (ZAFFARONI, 2012, p. 36-40).

No segundo texto, analisou o discurso de emergência utilizado pela igreja católica para usar um poder punitivo ilimitado. O elemento que permanece do discurso inquisitorial não é o conteúdo, a ameaça de hereges e bruxas, mas a estrutura: discursos de emergência críveis conforme as pautas culturais de cada momento. Esses discursos têm uma mesma estrutura. Constatação de uma ameaça extraordinária que gera um risco que varia desde uma cidade até toda a humanidade, produção de medo e propositura de medidas de emergência para eliminar tanto os inimigos quanto os obstáculos ao poder punitivo. Eliminar os obstáculos ao poder punitivo é necessário porque esse é o único meio para neutralizar o risco (ZAFFARONI, 2012, p. 41-42), daí porque acobertar os hereges

também era crime. Mas o poder punitivo não é usado para eliminar a emergência, apenas para verticalizar mais o poder social. A emergência é apenas discurso de legitimação da ausência de limites ao poder punitivo. Emergências sucessivas são reconhecidas há uns 800 anos, algumas que até implicavam certo perigo, mas nenhum perigo, verdadeiro ou mítico, foi eliminado. Quando um discurso com estrutura inquisitorial não é detido, a consequência última é um massacre. No *Malleus maleficarum*, Zaffaroni buscou os elementos para demonstrar como os demonólogos instalaram a estrutura discursiva inquisitória. Apesar de a contrarreforma ter substituído o inimigo das mulheres para os reformados, os juízes estatais da Europa central continuaram seguindo as orientações de Kraemer e Sprenger. Durante 200 anos esse livro foi um *best seller*, o segundo livro mais impresso na Europa, atrás apenas da bíblia. Foi o primeiro livro da história a constituir um sistema harmônico entre criminologia (origem do mal), direito criminal (manifestações do mal), processo criminal (técnicas de investigação do mal) e criminalística (dados para colocar em prática). Por fim, Zaffaroni identificou os 20 núcleos estruturais do discurso inquisitório. Primeiro, o crime provoca a emergência mais grave, porque ao grau de perigo corresponde a intensidade do poder repressor. Segundo, a emergência só pode ser combatida com uma guerra, portanto o poder precisa ser bélico. Terceiro, a frequência do perigo é alarmante. Quarto, o pior criminoso é aquele que duvida da emergência. Quinto, toda fonte de autoridade que negue a emergência precisa ser neutralizada. Sexto, a valoração dos fatos é invertida por completo, se o criminoso não confessa é porque foi fortalecido pela fonte do perigo (demônio antes, facções criminosas ou grupos terroristas hoje), se o criminoso enlouquece é porque está burlando o processo, se o preso estuda é para se tornar um criminoso melhor, se o criminoso se arrepende é para simular, se o criminoso mata outros criminosos é porque é criminoso, se o criminoso pede trégua é porque está preparando um contra-ataque. Sétimo, o delírio serve de cartada para encobrir os crimes praticados para combater à emergência. Oitavo, as imagens dos combatentes²²⁸ do crime são imaculadas, a pureza dos líderes é guardada com esmero, especialmente a pureza sexual. Nono, os inimigos são inferiores aos

²²⁸ Zaffaroni (2012) usou o termo inquisidores, mas como a hipótese é a da permanência da estrutura, com a qual se concorda, utilizou-se o termo combatente para designar todas as variações estruturais.

combatentes. Décimo, a inferioridade é extensível aos familiares e amigos. Décimo primeiro, as vítimas não devem provocar o crime porque os vícios favorecem a ação dos criminosos. Décimo segundo, o poder punitivo descontrolado exige um mundo regular e homogêneo para que possa controlar tudo sem problemas. Décimo terceiro, os danos colaterais são negados a todo custo, de modo que não existem vítimas inocentes; se houve punição, algum motivo existiu. Décimo quarto, os combatentes são infalíveis, ainda mais se são puros. Décimo quinto, os combatentes não admitem erros, quem é condenado é culpado. A condenação é prova suficiente da culpa. Décimo sexto, a emergência justifica um agir sem ética. Décimo sétimo, os combatentes são imunes ao mal que combatem. Décimo oitavo, o mal tende à proliferação²²⁹, por isso o massacre deve ser radical e definitivo. Décimo nono, a credibilidade do poder do inimigo é um prejuízo, por isso a emergência precisa ser difundida com políticas populistas (*völkisch*). Vigésimo, a clientela precisa ser reproduzida, por isso é necessário encontrar cúmplices (ZAFFARONI, 2012, p. 42-49).

113. Dentre os juristas brasileiros, inicialmente, toma-se como exemplo a obra de João Mendes de Almeida Júnior, escrita na passagem do século XIX para o século XX e publicada em 1900, **O processo criminal brasileiro**, com dois tomos²³⁰. João Mendes pensava que a presunção de inocência devia ser considerada nos três períodos do processo, existentes à época. Primeiro, na instrução, a presunção de inocência não deixaria de ceder diante de alguns fatos que aparecem, como a prisão em flagrante, a confissão e a reincidência. Esses fatos seriam insuficientes para ter certeza da culpa, mas seriam suficientes para presumir a culpa²³¹. Como nos crimes mais leves e nas contravenções criminais, a “defesa social” podia usar medidas preventivas contra os criminosos, a presunção de culpa surgiria apenas para os crimes mais graves. Assim, a prisão preventiva se tornaria obrigatória durante a instrução para todos os crimes com penas privativas de liberdade, desde que o acusado fosse preso em flagrante, confessasse ou reincidisse. Tornaria-se facultativa ao juiz quando houvesse suspeita de fuga,

²²⁹ Zaffaroni (2012) usou o verbo “prolongar”. Apesar da identidade linguística, parece que o verbo português “proliferar” é mais adequado nesta tradução.

²³⁰ Utilizou-se às edições póstumas, de 1959.

²³¹ Distinção ingênua, senão descarada na medida em que uma presunção de culpa sempre serviu para decidir.

presumida em casos de punição com penas mais elevadas, ausência de domicílio do imputado, nacionalidade estrangeira do imputado com sérios motivos para recear que não se apresentasse em juízo. Também era facultativa ao juiz nos casos de tentativa de suborno de testemunhas, peritos ou cúmplices, receio de destruição de vestígios, impedimento da ação da justiça ou perigo de repetição do crime. No segundo grupo de casos de prisão facultativa, era admitida a liberdade mediante caução ou fiança. Nos casos não referidos, a liberdade era admitida independente de caução ou fiança. Segundo, na fase de acusação, posterior à pronúncia, não havia presunção de inocência, sobretudo quando o imputado era preso em flagrante, porque havia uma pronúncia. A única questão remanescente seria a de manter o imputado preso entre a pronúncia e o julgamento. Citou o código austríaco no qual era prevista a manutenção na prisão desde que subsistissem os motivos da prisão, bem como a negativa do legislativo alemão de assinalar um prazo a pretexto de manter presos os imputados que permaneceram assim durante a instrução. Terceiro, no julgamento, entre a condenação em primeiro grau de jurisdição e o trânsito em julgado da sentença, existia presunção de culpa e a prisão preventiva era imposta, mas admitida a liberdade provisória mediante caução ou fiança em alguns casos especiais (ALMEIDA JÚNIOR, 1959a, p. 350-351). O mais curioso é que, na 13ª conclusão do volume II, afirmou o exato oposto, sem perceber a contradição: “Todo o acusado tem por si presunção de que é inocente, de sorte que a prova de sua culpa está a cargo do acusador; isto é, nenhuma presunção, por mais veemente que seja, dará lugar à imposição de pena” (ALMEIDA JÚNIOR, 1959b, p. 503).

114. As obras do século XX foram divididas em três fases: início, meio e segunda ditadura do século XX (1964-1985). No início do século ainda estava em vigor o Código de processo criminal do império de 1832, com a redação que resultou das reformas. Nesse período, apesar de o Brasil já ser uma República, ecoavam os discursos autoritários do império brasileiro a orientar as práticas. As constatações de Raymundo Faoro são preciosas para compreender o que passou.

Do início, usou-se como exemplo a segunda edição do **Curso de processo criminal**, de 1917, do jurista Galdino Siqueira (1872-1961), publicada originalmente em 1910. Nesse livro, marcado pelas citações da obra de João Mendes, afirmou

que, em caso de conflito entre dois interesses processuais²³² que não pudesse ser dirimido satisfatoriamente pelo juiz, deveria prevalecer o interesse social a favor da inocência e da liberdade, por força pra presunção de inocência, uma presunção relativa (*juris tantum*), expressa pelo brocardo latino *in dubio pro reo*. Mas advertiu que exageros deveriam ser evitados para não entender “mui commodamente” a presunção de inocência em favor de “malfeitores” de modo a reverter todos os resultados a favor desses e, conseqüentemente, tornar “impotente a acção da justiça”. Em 1841 o código de processo criminal do império foi reformado (BRASIL, 1841)²³³, mas foi mantida a estrutura bifásica do procedimento misto, para atribuir à polícia o procedimento instrutório, chamado de “formação de culpa”²³⁴, antes de incumbência do juiz de paz. Na reforma de 1871 (BRASIL, 1871) a formação de culpa foi mantida com a polícia apenas nos crimes de maior gravidade que deviam ser prontamente punidos, o que seria possível deixando o preparo do processo com a polícia, nos demais casos foi devolvida ao juiz de paz. No tópico específico sobre prisão, apontou para a existência de somente duas modalidades de prisão: a prisão em flagrante e a prisão preventiva. Nos demais casos, como a prisão para averiguação, chamada no século XIX de indagações policiais, a restrição à liberdade

²³² Posteriormente à escrita do livro, Francesco Carnelutti elaborou o conceito de lide como conteúdo do processo para acomodar as frequentes referências aos conflitos de interesses nos processos. Apesar de ter abandonado esse conceito, é importante articulação que fez da estrutura de interesse, conceito pressuposto à lide. Interesse exsurge da articulação entre homem, necessidade e bem, é uma situação do homem favorável a satisfazer uma necessidade. Em um dos polos da necessidade está o homem e no outro está o interesse. A estrutura, portanto, é a da relação entre homem e bem. Há também referências a um conflito no processo criminal entre dois interesses públicos, a punição dos culpados e a liberdade do imputado (COUTINHO, 1989, p. 24-26 e 77-79).

²³³ Nesse sentido: “O nosso Código de Processo Criminal de 1841 [na verdade, o texto do código de 1832 com a redação inserida pela reforma], consagrando o sistema [*sic*] misto, subordinou a formação da culpa mais ao processo inquisitório do que ao acusatório, deixando ao plenário da acusação defesa, provas e julgamento, tóda a amplitude do processo acusatório. Aquêlê monumento da ilustração e sabedoria dos legisladores daquela época, devido principalmente ao Senador Alves Branco, foi a mais importante de tódas as nossas revoluções legislativas” (ALMEIDA JÚNIOR, 1959a, p. 232).

²³⁴ “Art. 140. Apresentada a queixa, ou denuncia com o auto do corpo de delicto, ou sem elle, não sendo necessario, o Juiz a mandará autuar, e procederá á inquirição de duas até cinco testemunhas, que tiverem noticia da existencia do delicto, e de quem seja o criminoso. [...] Art. 144. Se pela inquirição das testemunhas, interrogatorio ao indiciado delinquente, ou informações, a que tiver procedido, o Juiz se convencer da existencia do delicto, e de quem seja o delinquente, declarará por seu despacho nos autos que julga procedente a queixa, ou denuncia, e obrigado o delinquente á prisão nos casos, em que esta tem lugar, e sempre a livramento. [...] Art. 147. A formação da culpa terá lugar, em quanto não prescrever o delicto, e proceder-se-ha em segredo sómente, quando a ella não assista o delinquente, e seus socios” (BRASIL, 1832).

era criminalizada²³⁵. O flagrante era aplicável aos que estavam praticando crimes ou que eram perseguidos pelo clamor público²³⁶. Explicou que o clamor público era o conjunto de vozes que indicavam aos oficiais de justiça por onde surgiam os criminosos, o que era diferente dos rumores e das notoriedades públicos, boatos vagamente espalhados e sem provas. Sobre a prisão preventiva destacou não ser uma pena, apesar de assumir caráter de pena, pois a pena demanda processo no qual, diante da certeza, haveria condenação, enquanto a prisão preventiva seria uma medida para acautelar a administração da justiça, “imposta pela necessidade”. Criticou alguns abusos, já denunciados por Francesco Carrara, mas concordou com João Mendes que os abusos não justificam a abolição da prisão preventiva, mas a restrição das hipóteses de aplicação. Apesar de a prisão preventiva ser admitida em lei somente nos casos graves, o flagrante era admitido para todos os crimes a fim de estabelecer a rainha das provas (confissão), sem a qual seria perdida a culpa do imputado em muitos casos. Quanto à sentença condenatória, apontou a prisão como consequência imediata. Sobre a decisão de pronúncia, pela qual era formada a culpa e remetido o caso a julgamento pelo júri, alegou que a certeza não se manifestaria enquanto o juiz permanecesse indeciso, pois estaria em dúvida, mas, se surgisse uma suspeita, haveria uma adesão do espírito que principiaria à decisão, se a suspeita produzisse assentimento da mente, estaria formada a opinião que inclinaria o juiz a crer ou duvidar da acusação. Para formar a opinião seria necessário obter pleno conhecimento do delito ou indícios veementes (SIQUEIRA, 1917, p. 3-4, 13, 128, 133, 144 e 277-279).

115. De meados do século XX, tomou-se como exemplos o **Código de processo penal anotado**, edição de 1942, do jurista Sady Cardoso de Gusmão, os volumes II e III do **Código de processo penal brasileiro anotado**, edição de 1955, do jurista Eduardo Espinola Filho (1899-1963) e o volume I do **Código de processo**

²³⁵ “Art. 207. Commetterá crime de prevaricação o empregado publico que, por affeição, odio, contemplação, ou para promover interesse pessoal seu: [...] 9º Ordenar a prisão de qualquer pessoa sem ter para isso causa ou competencia legal, ou tendo-a, conservar alguém incommunicavel por mais de 48 horas, ou retel-o em carcere privado ou em caso não destinada á prisão; [...] 13. Tornar a prender, pela mesma causa, o que tiver sido solto em provimento de habeas-corpus; 14. Executar a prisão de alguém sem ordem legal escripta de autoridade legitima; ou receber, sem essa formalidade, algum preso, salvo o caso de flagrante delicto, ou de impossibilidade absoluta da apresentação da ordem” (BRASIL, 1890).

²³⁶ “Art. 132. Logo que um criminoso preso em flagrante fôr á presença do Juiz, será interrogado sobre as arguições que lhe fazem o conductor, e as testemunhas, que o acompanharem; do que se lavrará termo por todos assignado” (BRASIL, 1832).

penal, edição de 1960, do jurista Antônio Bento de Faria (1876-1959). A chave de leitura para compreender o que passou no país nessa época é o pensamento político que inspirou o regime autoritário implementado no Estado Novo (1937-1946), com a finalidade suposta de combater o comunismo e de defender a sociedade, sem muita indicação de que soubessem do que estavam falando. Ainda que alguns textos sejam posteriores ao evento, os discursos autoritários permaneceram²³⁷.

Dos comentários de Sady Cardoso interessam aqueles sobre os indícios e sobre a abolição do *in dubio pro reo* nos julgamentos de recursos pelos tribunais. No tocante aos indícios, afirmou, citando Vincenzo Manzini e contrariando a si mesmo, que o sistema de livre convicção do juiz afasta as presunções, mas afastar não é banir, pois outras áreas do direito admitem presunções que são suscetíveis de recepção pelo direito criminal²³⁸. Propôs uma série de critérios inócuos, supostamente destinados a verificar o conteúdo apontado pelos indícios, mas que servem apenas para encobrir que, por trás de todo indício, existe uma presunção de culpa que complementa a falta de prova²³⁹. Ao tratar do capítulo sobre o julgamento dos recursos pelos tribunais de apelação²⁴⁰, destacou a abolição do voto de Minerva pelo presidente do órgão julgador colegiado, bem como a não adoção do *in dubio pro reo* no Código de processo penal. Para ele, a dúvida que justifica a decisão mais favorável ao imputado recai sobre o procedimento e não sobre o entendimento dos juízes. O voto de Minerva importaria a decisão por último ao presidente do órgão, de modo mais favorável ao imputado, em caso de empate nas votações²⁴¹. Como foi introduzida no Código a regra do livre convencimento do magistrado, esse devia decidir conforme a convicção que tinha, não conforme imposições legais (GUSMÃO, 1942, p. 85-87 e 194-195).

²³⁷ O principal estudo sobre as permanências do autoritarismo processual criminal em terras tupiniquins foi escrito pelo jurista brasileiro Ricardo Jacobsen Gloeckner (2018).

²³⁸ Nesse trecho, confundiu direito criminal e processo criminal.

²³⁹ Indicar é apontar, provar é apresentar algo concreto. Na falta de algo concreto, podemos apontar, mas, ao apontar, nada provamos. Pensa-se que nas práticas inquisitoriais canônicas, os indícios eram pensados como sinais para invocar algum tipo de esclarecimento divino, talvez um passe de mágica em forma de oração. A equivocidade do gesto de apontar é conhecida. Basta pedir informação sobre como chegar em algum lugar desconhecido. Poucas vezes chegamos ao local apontado. Muitos gestos e palavras, pouco entendimento. Essa é a estrutura do indício.

²⁴⁰ Hoje tribunais de justiça e tribunais regionais federais.

²⁴¹ A menos que exista um erro na tradução da Oresteia, pelo menos na edição que se utilizou, o voto de Minerva não vale somente para os empates, é sempre favorável ao imputado. Ainda assim, só beneficia o imputado em caso de empate, nos demais é indiferente.

Eduardo Espínola Filho provavelmente elaborou a obra mais aprofundada de processo criminal do país, um Código de processo penal comentado em 9 volumes. Nos volumes II e III abordou as provas criminais e a prisão. No volume II, ao tratar da teoria geral das provas criminais, aduziu que a prova é o fundamento do direito processual e serve para reconstruir a história dos fatos para a hipótese de a acusação ser fortificada ou dissolvida. A finalidade seria, então, produzir uma convicção de certeza. Contudo, se houvesse apenas juízos de probabilidades, deveriam servir para a absolvição, pois o processo criminal imporia a prova de tudo o que concerne ao crime, aos autores e à responsabilidade dos autores. Contudo, citando Manzini, considerou válidos os fatos notórios, independente de prova (*notorium non eget probatione*), na medida em que se aproximariam às evidências e provar as evidências é atividade de “idiotas”. Novamente citou Manzini para dizer que o ônus da prova incumbe à acusação, mas poderia ser dividido com o juiz, assim como o acusado deveria provar o que alega, de modo que a máxima de que o ônus da prova pertence a quem acusa, seria mera afirmação do senso comum, antes de regra de direito. Entendeu que no Código de processo penal de 1941, o pronunciamento do *in dubio pro reo*, enquanto existissem provas inexploradas, teria cedido espaço para “o princípio de que o juiz pode prevalecer-se da sua observação imediata dos fatos”. Afirmou que o juiz que sabe de fatos, estranhos ao processo, poderia usá-los para julgar sem, com isso, se tornar também testemunha, embora o tenha admitido num exemplo em que o juiz presenciou o imputado se relacionando com uma mulher casada, mas não alegaria o álibi para não expor a moça, então deveria o juiz absolver. Citou Manzini para referendar o posicionamento sobre a admissibilidade da ciência do juiz para apreciar livremente às provas. Retomando o raciocínio do ônus da prova, reconheceu o esvaziamento parcial da regra de incumbência da prova a quem alega diante da possibilidade de o juiz produzir provas. Entretanto, para Espínola Filho, isso não obriga o juiz a ordenar diligências para provar as alegações da acusação e da defesa (ESPÍNOLA FILHO, 1955a, p. 434-435, 438-444 e 454-455).

Do volume III, interessam as anotações sobre o silêncio do acusado, a retratação da confissão, as informações do ofendido, a “prova indiciária”, a relação entre indício e presunção, as modalidades de prisão em flagrante. Afirmou que o

silêncio do acusado não representa confissão tácita, mas poderia concorrer para o juiz apreciar livremente a prova. A retratação da confissão não teria significado nenhum quando fosse evidente o efeito de mero capricho, de modo que o imputado deveria fundamentar a retratação para convencer o juiz de que a confissão seria fantasiosa. O depoimento do ofendido seria meio de prova, sobretudo nos muitos crimes cuja prova seria impossível, nos quais as informações do ofendido teriam valor preponderante. Defendeu que a “prova indiciária”, robustecida com o progresso das ciências, ocupará posto proeminente e, assim, será convertida na rainha das provas (*probatio probatissima*), citando Manzini para reforçar o valor probatório dos indícios. Sobre a relação entre indícios e presunções, após citar um debate doutrinário sobre as distinções, concluiu que o indício tem sempre um pressuposto concreto, enquanto a presunção tem um pressuposto abstrato que atinge sempre algo de geral. Referendou o posicionamento, mais uma vez, com Manzini, para quem o indício acrescentaria à presunção o dado específico e certo, unindo abstrato e concreto. Sobre o autoritário flagrante impróprio reconheceu, citando Bento de Faria, a equiparação legal do flagrante à fuga de quem é perseguido em situação que faça presumir ser autor da infração criminal, chamada de flagrante impróprio, bem como recusou o afastamento da flagrância imprópria “em proveito do crime” se o perseguidor fosse uma única pessoa que viu o delinquente em ação ou ouvisse a queixa do ofendido e perseguisse o fugitivo, ou se alguma autoridade ou agente da autoridade procurasse prender o fugitivo. Acerca do também autoritário flagrante presumido, aquele que resulta na prisão de quem é encontrado após o crime com algo²⁴² que “faça presumir ser o autor da infração”, defendeu que, apesar de ser uma prisão por presunção, não poderia ser repugnada, porque seria equiparada ao flagrante próprio (ESPÍNOLA FILHO, 1955b, p. 47-49, 54-55, 175-176, 186, 327, 329-330 e 341).

Das anotações de Bento de Faria interessam também aquelas sobre as provas criminais. Apesar de ter defendido a carga da prova ao acusador e a necessidade de certeza para legitimar a condenação, citou Manzini para afirmar que,

²⁴² A redação do art. 302, IV é bastante vaga: instrumentos, armas, objetos ou papéis (BRASIL, 1941b). Em síntese, qualquer coisa, sem circunscrição aos objetos relacionados ao crime. Não por acaso, favorece a prisão de pessoas com a mesma cor de pele, roupas parecidas ou, nem mesmo isso.

devido aos interesses sociais pelos quais age, o acusador não pode ser o único fornecedor de provas, caberia também ao juiz a tutela do interesse repressivo do estado. Por força da regra do art. 156 do Código de processo penal²⁴³, o acusado não deveria provar as negativas simples, mas deveria provar os álibis, bem como as qualidades ou determinados direitos. Sobre as evidências, novamente citou Manzini para dispensar a prova, porque a evidência seria a própria prova. Quanto à livre apreciação da prova, defendeu a impossibilidade de julgar conforme a consciência (*secundum conscientiam*). Do contrário, reconheceu que seria o mesmo que admitir que o juiz testemunhasse e julgasse, o que seria inadmissível. A liberdade de apreciação da prova estaria circunscrita à análise das provas existentes nos autos do processo²⁴⁴. Essa liberdade de convicção atribuiria ao juiz a faculdade de decidir de acordo com o conhecimento que tem e com fundamento em qualquer das provas à qual der mais crédito e validade. Ao tratar da confissão, embora isso esteja ligado também ao direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*), ensinou que do silêncio não podem ser deduzidos elementos positivos de prova, mas, ainda uma vez citando Manzini, disse que pode causar impressões no espírito do juiz em relação à liberdade de convicção (FARIA, 1960, p. 250-254 e 298). Em outras palavras, não produziria prova, mas as impressões pessoais do juiz poderiam ser consideradas, as presunções que o juiz fizesse do silêncio fundamentariam as decisões.

116. Do período da segunda ditadura brasileira do século XX nos interessam os volumes IV e V das **Instituições de processo penal**, do jurista Hélio Bastos Tornaghi (1915-2004), edição de 1959, e os volumes I e II dos **Elementos de direito processual penal**, do jurista José Frederico Marques, edição de 1965. A chave de leitura é novamente o autoritarismo, mas da segunda ditadura do século, também com discurso marcadamente anticomunista e da defesa social, e novamente parecendo não haver clareza sobre o que é comunismo e tampouco o que é defesa social.

²⁴³ “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.” (BRASIL, 1941b, sem grifos no original).

²⁴⁴ *Autos* é o termo que designa o conjunto de registros dos atos processuais. Anteriormente todos escritos e unidos (autuados) num caderno processual. Hoje, com o processo eletrônico, foram convertidos em registros de textos, áudios, imagens e vídeos armazenados em uma página dos tribunais, cada processo autuado com uma numeração distinta.

Da obra de Hélio Bastos Tornaghi, o volume IV interessa pela teoria geral das provas. Ao tratar da apuração da Verdade histórica, afirmou que, enquanto no juízo cível, se o requerido alegar que pagou metade de uma dívida e o requerente aceitar, a alegação será aceita, no juízo criminal ocorreria exatamente o oposto, pois não bastaria a confissão do imputado ou a aceitação pelo acusador, o juiz deveria colher a prova de tudo quanto pudesse conhecer, portanto, seria irrelevante que os fatos fossem incontroversos. Quanto à avaliação da prova pelo juiz, entendeu que as leis modernas devolveram ao juiz ampla liberdade para apreciar as provas, sem nenhum padrão ou regra que o vincule, mas impõem a fundamentação da decisão em elementos constantes nos autos do processo, cuja inexistência deve ser suprida pela atividade probatória do juiz, pois as provas não pertencem mais somente ao juiz, mas também às partes e aos demais juízes que julgarem os recursos. As presunções e ficções, para Tornaghi, seriam substitutos das provas. As presunções se destinariam a aceitar um fato como verdadeiro antes e independente de qualquer prova com base naquilo que “*geralmente* acontece”, como a periculosidade dos ébrios habituais; estaria, portanto, assentada na “*normalidade*, na ordem natural das coisas”. A auferição seria feita por probabilidade. O mecanismo da presunção seria: geralmente tal fato, como a gravidez durante o casamento, está ligado a outro, como a paternidade dos filhos concebidos durante o casamento, então, ocorrido o primeiro, a gravidez durante o casamento, é possível aceitar o segundo, a paternidade do cônjuge, independente de prova. Já as ficções se baseariam na “realidade das coisas, naquilo que normalmente acontece”, seriam aquilo que resultaria de um fingimento, uma consideração de verdade de um fato que não seria verdadeiro, como a afirmação de que os fatos criminalizados de mesma espécie, praticados nas mesmas condições de tempo, espaço e meio de execução são um único crime²⁴⁵. A justificativa para admitir as ficções seria que o direito não trataria

²⁴⁵ “Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código” (BRASIL, 1940).

de como as coisas são, mas de como deveriam ser. Enquanto as presunções seriam afirmações daquilo que ocorre, sempre nas presunções absolutas e às vezes nas presunções relativas, as ficções seriam afirmações de que sempre ocorre aquilo que nunca ocorre. Em outras palavras, a presunção tornaria verdadeiro aquilo que é verossímil e a ficção tornaria verdadeiro aquilo que é inverossímil (TORNAGHI, 1959a, p. 198-199, 216-217, 236-237 e 242-244).

Do volume V, interessa a análise dos indícios. Tornaghi aduziu que indício seria um fato que aponta ao que está circunscrito, como o fato de portar a faca usada num crime, mas, para que as circunstâncias indiquem algo, seria preciso que fossem provadas para que autorizasse a concluir algo sobre o fato criminoso que precisaria ser provado. Criticou a referência ao raciocínio indutivo dos indícios e exemplificou com um raciocínio dedutivo a fim de provar que, em relação aos indícios, há um raciocínio dedutivo: a premissa maior (regra geral) poderia ser que a pessoa encontrada junto a um cadáver, com a arma do crime e objetos do ofendido seria provavelmente o criminoso, a premissa maior (fato indiciário) seria que Tício foi encontrado junto ao cadáver, com a arma assassina e objetos do ofendido, a conclusão (fatos probandos) seria que Tício é o provável autor do crime. Sobre a diferença entre indício e presunção, entendeu que indício seria o fato indicativo e a presunção seria o fato indicado; portanto, a presunção seria a conclusão do silogismo indiciário (TORNAGHI, 1959b, p.75-78 e 82).

Do volume I da obra de Frederico Marques (1965a, p. 61-63), é relevante o tópico sobre problemas políticos do processo criminal. A finalidade imediata e específica do processo criminal seria a descoberta da Verdade. Como em toda pretensão fundada no direito criminal, haveria a qualificação de um conflito entre o interesse punitivo do estado e o direito de liberdade “do infrator da lei”²⁴⁶, para não deixar impunes os culpados e impedir as condenações de inocentes. A descoberta da Verdade seria o meio e o modo para reconstruir os fatos a julgar e, assim, aplicar à lei criminal. A verdade poderia ser descoberta de dois modos, esses modos corresponderiam aos sistemas processuais: inquisitiva ou acusatória. Como a

²⁴⁶ Aqui parece que Frederico Marques não concebia inocentes acusados, ou quiçá não reconhecia a existência de lide quando o imputado era inocente, trabalhando com a concepção abstrata de ação como um direito exclusivo dos que têm razão, caindo na contradição de não conseguir explicar por que existiu processo, se não existiu ação? Para maior compreensão dessa discursão: (LOPES JR., 2016, p. 104-115).

Constituição do Brasil de 1946 previa a plena defesa, entendeu que só o sistema acusatório estaria acolhido.

Do volume II, a concepção sobre a teoria geral das provas, a busca da Verdade, o interrogatório do imputado e os indícios e presunções. Sobre o objeto da prova, reafirmou o texto legal para sugerir a exclusão de provas impertinentes ou irrelevantes, ou seja, aquelas que não pertencem ao “litígio”. Exemplificou com o questionamento sobre a roupa que usava o homicida nos casos em que não há dúvida sobre quem praticou o homicídio, ignorando que a pergunta sobre a roupa pode gerar uma dúvida sobre a autoria. Citou Manzini para negar a necessidade de prova dos fatos evidentes e repisou a frase de que provar o evidente é atividade de “idiotas”. Quanto à presunção de inocência, pensou haver uma ressonância com o ônus da prova, de modo que, por força do adágio *actore non probante absolvitur reus*, exprime o postulado da presunção de inocência, o *in dubio pro reo*. No art. 386, VI, do Código de processo penal²⁴⁷ identificou o dever de aplicação do *in dubio pro reo*. Em seguida classificou como inaceitável a censura de Enrico Ferri à aplicabilidade do *in dubio pro reo* para os criminosos habituais, loucos ou atávicos. De acordo com Frederico Marques, apesar de a descoberta da Verdade ser a finalidade do processo, a atividade processual pode ser limitada e restringida pela regulamentação formal do processo. Quanto à carga da prova, afirmou que caberia ao acusador provar todos os elementos constitutivos do tipo criminal, não apenas a materialidade do crime, mas também elementos subjetivos e normativos, incluída aí a relação de causalidade entre a ação e o resultado criminalizado, exceto nos tipos de simples atividade, nos quais a criminalização está circunscrita apenas à ação. Mas, em relação à prova da inexistência do fato, atribuiu ao acusado a carga da prova. Quanto à regra do art. 156 do Código de processo penal, entendeu ser lógico que só à defesa caiba alegar e provar excludentes de ilicitude e de culpabilidade, ou mitigações da punição, reconhecendo expressamente a partilha da carga da prova. Na pesquisa da Verdade real, admitiu limitações constitucionais de “meios condenáveis e iníquos de investigação e prova, além de outros fundados em superstições, crendices ou práticas não mais consagradas pela ciência processual”,

²⁴⁷ Com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.690/08, passou a ser o inciso VII: “Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...] VII – não existir prova suficiente para a condenação” (BRASIL, 1941b).

bem como provas científicas como hipnose, a narcoanálise, o detector de mentiras, o atestado de óbito, as certidões e atestados que instruem o pedido de reabilitação criminal e a cópia do decreto de indulto ou graça. Ao abordar o interrogatório, destilou o autoritarismo, reconhecendo que o imputado tem direito ao silêncio, mas que o inocente não tem o que temer de um “interrogatório livre”, por isso, para o jurista, o direito de defesa não pode se transformar em instrumento de impunidade para “malfeitores” e “delinquentes” que, no interrogatório, seriam obrigados a rodeios e ginásticas de dialética que deixariam vestígios e contradições que constituiriam indícios e provas para condenar, ao contrário dos inocentes que poderiam negar a imputação com absoluto êxito porque não praticaram crimes. Negou as diferenças entre indícios e presunções para atacar o que ele entendeu por “erro crasso”: afirmar que nenhuma presunção, ainda que veemente, sirva para condenar, pois isso equivaleria a abolir a “prova indiciária”. Por isso, os indícios e presunções seriam completamente iguais às provas diretas no sistema de livre convencimento (MARQUES, 1965, p. 274, 281-283, 287-288, 293-297, 325, 374-375 e 378).

117. No fim do século XX, a partir da década de 1990, com a abertura política posterior à ditadura civil e militar de 1964-1985, foram introduzidas no Brasil as discussões sobre o garantismo (FERRAJOLI, 1995), uma corrente de pensamento elaborada pelo jurista e filósofo italiano Luigi Ferrajoli (1940...), inspirada no pensamento de juristas da ilustração e orientada a assegurar os direitos humanos e fundamentais reconhecidos após a segunda guerra. A introdução do pensamento desse jurista promoveu uma virada na compreensão do direito, ainda que esteja longe de ser uma teoria majoritária.

Dentre os textos desse período, são relevantes os volumes 1 e 3 do **Processo penal**, do jurista Fernando da Costa Tourinho Filho (1926...), edição de 2010, mas publicado originalmente no fim da década de 1970²⁴⁸, o **Curso de processo penal**, do jurista Fernando Capez, edição de 2012, e a tese de livre-docência de Maurício Zanoide de Moraes, **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração**

²⁴⁸ A edição de 2010 é a 32ª e a mais antiga registrada corretamente no site da biblioteca nacional foi a 11ª, de 1989. Há outras mais antigas, com data de 1900, incorretas porque anterior ao nascimento do autor.

legislativa e para a decisão judicial, defendida na Universidade de São Paulo em 2008.

Tourinho Filho, ao abordar a presunção de inocência, afirma que representa o coroamento do devido processo legal (*due process of law*) e que é um ato de fé na ética da pessoa, assentada no reconhecimento dos princípios do direito natural como fundamentos da sociedade. Em seguida caiu na mesma confusão de Manzini, embora Manzini pareça confundir propositalmente: a presunção de inocência não poderia ser uma presunção absoluta porque, se fosse assim, ninguém poderia ser processado, então não poderia ser tomada em sentido literal. Aduz a possibilidade de impor medidas cautelares pessoais, como a prisão, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, mas somente a título de cautela, pois o contrário seria uma antecipação de pena que violaria à presunção de inocência. Apesar da previsão constitucional da presunção de inocência, por vezes o comportamento dos juízes sugere a inversão da máxima para “culpado até que prove o contrário”, o mesmo pensamento que vigorou entre os séculos XIV e XVIII com a concepção do imputado como objeto de investigação, cuja Verdade era extraída mediante tortura e no qual vigorava a presunção de culpa. Critica a prisão do imputado condenado antes do trânsito em julgado da sentença. Elogia a extinção da obrigatoriedade da prisão após condenação em primeiro grau. Destaca um conjunto de violações à presunção de inocência na história brasileira²⁴⁹. Em seguida o raciocínio desanda. Critica a prisão obrigatória dos condenados com antecedentes criminais porque um imputado primário, condenado a 18 anos de pena, poderia aguardar o julgamento dos recursos em liberdade, enquanto um imputado reincidente, condenado a 2 anos de pena, não poderia recorrer em liberdade, quando seria muito mais provável que o imputado condenado a 18 anos de pena fugisse. Ignorou que dificilmente algum juiz teria admitido o recurso em liberdade, ainda que não existisse nenhum perigo

²⁴⁹ “O princípio da inocência, em toda a sua grandeza, nunca foi respeitado entre nós. Observe-se que a Declaração Universal data de 1948... Pois bem: a nossa prisão preventiva compulsória – verdadeira aberração jurídica – vigorou até 1967... Mais: quando o réu preso era absolvido – e isso até 1973 –, se a pena cominada ao crime fosse de reclusão igual ou superior a 8 anos, no seu grau máximo, ele continuava preso até o trânsito em julgado. No julgamento pelo Tribunal do Júri – e isso até 1977 –, se o réu fosse absolvido e a absolvição não se desse por unanimidade, ele continuaria preso até o trânsito em julgado... Quando o cidadão era preso em flagrante por crime inafiançável – e isso até 1973 –, ele continuava preso. [...] Até 1977, quando o réu era condenado, por uma infração afiançável, só podia apelar em liberdade se prestasse caução, salvo se condenado por crime de que se livrasse solto... (art. 321 do CPP)” (TOURINHO FILHO, 2010a, p. 96).

concreto de fuga. Ao tratar do *favor rei*, reconhece a incidência em várias regras processuais como a proibição de reforma das decisões para pior quando o recurso é interposto apenas pelo imputado, a existência de recursos exclusivamente defensivos²⁵⁰ e a presunção de inocência. Pela aplicação do *favor rei*, o juiz agiria sempre com certeza, a certeza de que faltam provas para condenar (TOURINHO FILHO, 2010a, p. 88-93, 97-98 e 101-102). Apesar dos elogios vertidos à presunção de inocência, Tourinho Filho não percebeu a vinculação à carga probatória; assim, citando Manzini, defendeu a inversão da carga da prova nos casos de alegações defensivas que excluem ou alteram os fatos ou a classificação jurídica dos fatos imputados. Quanto aos indícios, foi buscar em Manzini e em Tornaghi as lições para, uma vez mais, solapar à presunção de inocência (TOURINHO FILHO, 2010b, p. 265-268 e 395-402).

O curso de Capez é provavelmente o livro mais difundido de processo criminal nos 1.571 cursos de Direito do país²⁵¹, expressividade que justifica a abordagem. Sobre o estado de inocência, aduziu que deve valer no momento da instrução processual como presunção relativa de não culpa, invertendo a carga da prova²⁵², no momento da avaliação da prova como valoração favorável ao acusado nos casos duvidosos e no curso do processo como paradigma de tratamento do imputado. O *favor rei* impor a interpretação das dúvidas sempre em benefício do imputado e a destinação de alguns recursos exclusivamente para o imputado. No tópico específico sobre a relação entre presunção de inocência e prisão cautelar, afirmou que a prisão cautelar não viola a presunção de inocência, desde que existam provas da materialidade do crime, indícios de autoria, bem como se destine a garantir a ordem pública, a ordem econômica, seja conveniente à instrução criminal ou assegure a aplicação da lei criminal. Apesar da presença dos requisitos, esclareceu que a medida não será imposta se for possível outra medida menos invasiva²⁵³. Ao abordar o “ônus da prova”, também fulminou à presunção de

²⁵⁰ Existem mais recursos exclusivos da acusação do que da defesa. Nesse ponto, a afirmação de Tourinho Filho é infundada.

²⁵¹ Informação obtida na pesquisa avançada de cursos de Direito cadastrados com a situação “em atividade” (BRASIL, 2019b).

²⁵² Não explicou para quem seria invertido.

²⁵³ Previstas no art. 319: “Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por

inocência, admitindo a inversão da carga para que o imputado prove os fatos que alega, bem como fulminou o sistema acusatório ao admitir que o juiz produza provas, embora diga que a atividade probatória do juiz deva ser supletiva à das partes para não violar o sistema acusatório que supostamente existiria no Brasil. Por fim, desferiu mais um golpe na presunção de inocência ao equiparar os indícios e as presunções às provas (CAPEZ, 2012, p. 83-84, 329, 395-397 e 466-467).

O livro de Maurício Zanoide de Moraes talvez seja o mais importante do ocidente sobre o tema, resultado da tese de livre-docência que defendeu na Universidade de São Paulo, publicado em 2010. Nesse livro, atribuiu três sentidos à presunção de inocência²⁵⁴. Esses significados são complementares. Primeiro, norma probatória, determina o que deve ser provado, quem deve provar e por meio de qual tipo de prova. As provas devem ser incriminadoras, a demonstrar de modo robusto a materialidade e a autoria do fato punível, produzidas pelo acusador, público ou particular; isso significa que a carga probatória é atribuída exclusivamente à acusação e expressamente previstas em leis processuais criminais, uma tipicidade e licitude das provas criminais. Segundo, norma de tratamento, determina que o acusado seja tratado como inocente durante todo o processo criminal. Qualquer tratamento do acusado como culpado, seja previsão legal, decisão judicial, exposição midiática ou outro, é uma intervenção indevida, uma violação à presunção

circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica” (BRASIL, 1941b).

²⁵⁴ O jurista inglês Andrew John Ashworth (1947...) indicou dois sentidos para a presunção de inocência, embora tenha tratado de três sentidos distintos, não de dois. Apenas ignorou a existência do *favor rei* provavelmente por pensar ser sinônimo do *in dubio pro reo*. Primeiro, o acusador carrega o fardo, ou tem a carga, de provar a culpa do imputado pelo crime do qual o acusa além da dúvida razoável (*reasonable doubt*). Além disso, os procedimentos investigatórios podem ser conduzidos, quão longe seja possível, como se (*as if*) o imputado fosse inocente. Segundo, a detenção compulsória é justificável somente se houver, pelo menos, suspeita razoável (*reasonable suspicion*) que o imputado praticou o crime e que o detento seja apresentado prontamente ao juiz (ASHWORTH, 2006, p. 243-244).

de inocência. O jurista exemplifica e comenta diversas situações que se descreve a seguir. Terceiro, norma de juízo, determina que, ao analisar as provas, o julgador decidirá as dúvidas sempre em favor do acusado (*in dubio pro reo*) e que as normas criminais serão interpretadas sempre do modo mais favorável ao acusado (*favor rei*). O sentido de norma de juízo é a última instância da presunção de inocência, somente analisável se suficientemente cumprida a norma probatória, ou seja, se houver provas suficientes de materialidade e autoria para que o acusado seja condenado (MORAES, 2010, p. 424, 427-428 e 461-475).

O principal feito de Zanoide foi articular quatro conceitos que se entrecruzam, mas que estão esparsos e desencontrados na literatura, como ficou claro na revisão bibliográfica que se elaborou. Embora não seja um agambeniano, realizou um trabalho arqueogenealógico da presunção de inocência para identificar os pontos de contato entre os conceitos de *in dubio pro reo*, *favor rei*, carga probatória e tratamento do imputado. Chamou os quatro sentidos de normas e nisso pensa-se caber uma especificação na relação entre gênero e espécie.

O direito é formado por um conjunto de normas. Esse é o gênero. As normas podem ser de duas modalidades, regras ou princípios. Essas são as espécies. Essa classificação pode ser compreendida por diversos prismas. Entende-se a relação regra-princípio pela lição do jurista brasileiro Lenio Luiz Streck (2009, p. 537), para quem um princípio é “aquilo que condiciona deontologicamente o todo da experiência jurídica e oferece legitimidade para a normatividade assim instituída” e, assim, uma regra “é uma regra porque há um princípio que a institui; não que para cada regra haja *um único princípio* instituidor, mas porque um princípio instituidor abarca várias regras”. Essa concepção permite precisar melhor a relação entre presunção de inocência, *favor rei*, *in dubio pro reo*, carga probatória e tratamento do imputado.

Contudo, a separação proposta por Mauricio Zanoide de Moraes é vertical, não horizontal, na medida em que as quatro regras incidem concomitantemente, variando apenas conforme os níveis de incidência. Uma decisão que viola a regra de tratamento, necessariamente viola também o *in dubio pro reo* ou o *favor rei*, bem como viola a regra da carga probatória. Assim também uma decisão que viola as regras de juízo, o *in dubio pro reo* e o *favor rei*, necessariamente trata como culpado

alguém presumido inocente e impõe uma carga probatória inexistente. Já o tratamento dispensado ao imputado por qualquer pessoa que não seja o juiz, não pressupõe uma decisão judicial, de modo que, se não há juízo, não pode haver uma violação à regra de juízo, mas quem exige prova de inocência também imputa um ônus probatório ao imputado, de modo que viola a regra probatória ao mesmo tempo em que viola a regra de tratamento.

É frequente a confusão entre regra e princípio em relação à presunção de inocência, justificada, dentre outras coisas, pela interpretação do jurista e filósofo estadunidense Ronald Dworkin (1931-2013) de regras aplicadas por tudo ou nada (*all or nothing*) e princípios aplicados por uma dimensão de peso (*dimension of weight*), o que faz com que uma regra, uma vez afastada, esteja removida do ordenamento jurídico; já os princípios podem ceder sem ser expungidos (DWORKIN, 2002, p. 35-50 e 113-125). Esse raciocínio pode permitir a melhor compreensão da dinâmica da exceção, na medida em que a exceção é uma regra que excepciona outra regra e, por isso, a não aplicação da regra excepcionada não implica na retirada do ordenamento (revogação), mas na aplicação da exceção aplicável. Da mesma forma a afastabilidade dos princípios não os expurga do ordenamento. Com isso, regra e exceção coexistem e podem inverter os papéis.

Quem confunde regra e princípio costuma afirmar que a presunção de inocência não pode ser afastada, por isso é uma regra, não um princípio. Entretanto não parece esse o raciocínio mais adequado. Pensa-se que a presunção de inocência é um princípio que condiciona deontologicamente a experiência jurídica e institui as regras do *in dubio pro reo, favor rei*, carga probatória exclusiva da acusação e tratamento do imputado como inocente. O conflito entre a presunção de inocência e a prisão preventiva²⁵⁵ parece uma questão da relação entre regra e exceção. A regra é o tratamento do acusado como inocente, as exceções estão disseminadas pelo ordenamento jurídico, dentre as quais as hipóteses de prisão sem condenação transitada em julgado, abordadas no capítulo seguinte. A redação vaga e ambígua no regramento da prisão preventiva admite tratamento nitidamente inconstitucional nas prisões para garantir a “ordem pública”, para garantir a “ordem

²⁵⁵ A prisão temporária, neologismo para a antiga “prisão para averiguação”, é inconstitucional, como justificou o jurista brasileiro Rômulo de Andrade Moreira (2015).

econômica” e para a “conveniência” da instrução criminal²⁵⁶. Ou, dito de outro modo, expõe a força-de-lei das decisões de modo a converter a exceção em regra.

118. Posso situar os debates acerca da presunção de inocência em três grupos. Primeiro, os favoráveis à presunção de inocência, cujo fundamento é uma concepção acusatória de processo, orientada para a garantia dos direitos fundamentais. O processo é concebido como um instrumento de proteção do imputado, inspirado no modelo inglês do *trial by jury*. Segundo, os favoráveis à presunção de culpa, cujo fundamento é uma concepção inquisitória de processo, orientada para a punição, supostamente apenas dos culpados, mas não é preciso grande raciocínio para perceber que uma prova pressupõe a ocorrência de um fato, de modo que o imputado não pode provar o que não fez, nem aquilo que não tem condições de provar. Essas duas circunstâncias constituem um tipo de prova que chamamos de prova diabólica. O termo remete tanto às caças aos hereges, quanto à dificuldade, ou impossibilidade, de provar. Terceiro, os ecléticos que, entre um ajuste e outro, tentam compatibilizar o incompatível, geralmente a pretexto de pensar em conformidade com o suposto “sistema” misto.

Entretanto, como não existem sistemas puros (COUTINHO, 2009c, p. 109), tanto porque a teoria dos sistemas foi criada para explicar os modelos de processos, assim como a teoria dos sistemas jurídicos foi criada para explicar os modelos de ordenamentos vigentes, quanto porque a criação das leis é uma prerrogativa de uma função política estatal e, desse modo, talvez seja impossível inverter os posicionamentos divergentes, o problema da presunção de inocência em relação ao procedimento misto é apenas aparente. Se todos os procedimentos são mistos, só resta pensar as presunções para os modelos específicos, sem ignorar as contradições internas.

Tampouco a presunção de inocência está ligada diretamente à gestão da prova. Existe uma ligação entre ambas, na medida em que presunção, de inocência ou de culpa, e gestão da prova se encontram, mas essa ligação não é direta. Os princípios unificadores dos sistemas processuais criminais assinalam a quem cabe a gestão da prova: juiz, juiz e partes ou somente partes. As presunções são opções

²⁵⁶ “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” (BRASIL, 1941b).

político-pragmáticas para suprir as dúvidas decorrentes da ausência de provas, ou para liberação da carga probatória²⁵⁷: imputado é inocente ou imputado é culpado.

Por um lado, uma presunção de culpa parece contraditória em si mesma, porque o processo finda com a declaração de inocência ou culpa, independente de concordarmos com Manzini ou com Cordero sobre a finalidade punitiva ou protetiva do processo. A concepção do processo como instrumento para realizar o poder punitivo é o fundamento dos modelos de processo em que o imputado é presumido culpado. Se o imputado já é presumido culpado e o processo serve para punir os culpados, a única justificativa para preservar o processo parece ser a tentativa de compensar a falta de legitimidade de governos autoritários com o pleno funcionamento da máquina jurídica. Por outro lado, as presunções assinalam o tipo de prova a ser gerido. Se o imputado é presumido inocente, a prova deve ser incriminadora, para sanar as dúvidas. Se o imputado é presumido culpado, a prova deve ser da inocência ou da menor punibilidade para afastar a incidência da presunção de culpa.

Como não existem sistemas puros e as presunções não estão diretamente ligadas aos princípios unificadores, pode existir sistema acusatório em que o imputado é presumido culpado, assim como pode existir sistema inquisitório em que o imputado é presumido inocente. Além disso, podem coexistir num mesmo sistema as presunções de culpa e de inocência, mesmo que sejam contraditórias²⁵⁸. Nosso sistema processual inquisitório é um exemplo disso, pois temos presunção de inocência, mas a presunção de culpa é admitida pela possibilidade de prisão

²⁵⁷ As cargas “são imperativos do próprio interesse. Nisso se distinguem dos deveres, que sempre representam imperativos impostos pelo interesse de um terceiro ou da comunidade. [...] para o enfoque processual a carga [...] é a única forma em que se manifesta um imperativo inferior ameaça de um prejuízo. A causa jurídica [caso] [...] impõe as partes da [sic] necessidade de atuar, e dizer, de empregar os meios de ataque e de defesa. E a consequência do descuido da parte é o agravamento de sua situação processual, é dizer, o início ou o aumento da perspectiva de uma sentença desfavorável” (GOLDSCHMIDT, 2003, p. 75-76).

²⁵⁸ Essa coexistência, conturbada e criticada, geralmente se dá sob argumentos de emergência, vinculados às crises, sobretudo da segurança pública, supostamente causadas pela gravidade dos crimes ou pela periculosidade dos criminosos. O ápice dessa concepção é a ode, legatária do idealismo alemão que culminou na separação nazistas-judeus, proposta contra aqueles que violam os direitos humanos, dentre os quais os terroristas, para retirar da ordem jurídica interna as medidas contra os inimigos que atingem também os cidadãos: (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2009). Todavia há também quem defenda uma presunção de culpa nas infrações criminais de menor potencial ofensivo, assim como Manzini declarou em relação às contravenções criminais (declarou isso, mas presumiu a culpa de todos, conforme demonstrado), porque entendem que as penas são brandas e, por isso, merecem menor atenção. Se não são graves o suficiente, que as infrações de menor potencial ofensivo sejam descriminalizadas. Nesse sentido: (COUTINHO, 2005, p. 3-14).

preventiva, pelos tribunais e nos crimes de perigo abstrato, pelo menos. Ademais, o juiz pode produzir provas. As presunções estão ligadas, ao invés dos princípios unificadores, às provas, pois são liberações de cargas probatórias. A presunção de inocência gera a carga de provar que o imputado é culpado, enquanto a presunção de culpa gera a carga de provar que o imputado é inocente. A carga probatória é, portanto, o conteúdo que deve ser provado. A gestão da prova é a definição do sujeito probante. A articulação entre presunções, cargas e gestão ocorre na categoria prova. Esses conceitos se confundem numa zona de quase indiscernibilidade, formada pela gestão compartilhada da prova, pela diversidade de cargas probatórias e pela concorrência de presunções.

Corolário disso é que também o resultado do processo, declaração do imputado como inocente ou culpado, torna-se uma zona indiscernível. Especialmente porque a existência de presunções não garante o resultado do processo. Nesse sentido, o jurista inglês John Rason Spencer (1946...) identificou quatro equívocos conceituais recorrentes²⁵⁹. Primeiro, as presunções não têm algo a ver com os sistemas porque existe presunção de inocência nos ordenamentos jurídicos da maioria dos países ocidentais, ainda que essa presunção seja violada cotidianamente. Segundo, o maior grau de dificuldade para a condenação em Inglaterra e Gales do que na maioria dos países não é devido a padrões ingleses mais elevados de prova, mas às proibições de prova que servem para atar as mãos dos acusadores, como a proibição de apresentar antecedentes criminais do imputado perante o júri. Terceiro, nos países em que a investigação é realizada por um juiz de instrução, como a França e a Bélgica, o caso é levado a julgamento quando há tantos elementos de investigação (*case so strong*) que o imputado tem pouca chance de absolvição e isso às vezes cria a impressão de que a culpa não é presumida, quando na verdade é²⁶⁰. Quarto, a presunção de inocência é menos

²⁵⁹ Na verdade, indicou cinco, mas entende-se que esse é um equívoco conceitual dele. Para ele, a presunção de inocência é melhor protegida na Inglaterra do que na maioria dos países porque o direito inglês proíbe, antes da condenação, a divulgação de provas contra o imputado e a publicização de anúncios sobre a culpa do imputado (SPENCER, 2002, p. 23).

²⁶⁰ Spencer, professor de processo criminal na *University of Cambridge*, provavelmente desconhece a realidade latinoamericana, por isso não conseguiu perceber que qualquer investigação completa, chamada de cognição plenária, acaba com o processo, independente de quem conduz à investigação, juiz de instrução, polícia ou ministério público. Apesar disso, a existência de um juiz de instrução pode exercer efeitos psíquicos confirmatórios nos demais juizes, pois, se um colega de corporação fez o trabalho, a conclusão parece óbvia: "provavelmente tudo foi feito corretamente,

protegida na Inglaterra do que nos demais países, porque as condenações têm efeito imediato, ainda que o defensor recorra (SPENCER, 2002, p. 22-23).

119. O direito romano antigo previa processo apenas para os casos dúbios, exceto para os casos de flagrante delito do *homo sacer*, assim como em alguns casos existia processo para o judeu. O processo do direito canônico, mais do que um instrumento para imputação de crimes, era um instrumento para autorizar a aplicação da tortura e convencer o imputado tanto a confessar quanto a aceitar que era culpado de heresia. A biopolítica é a captura do corpo biológico de indivíduos e populações pelo estado para gestão da vida. Esse governo é realizado por meio de um conjunto de técnicas do poder. Dentre essas técnicas está o estado de exceção, por meio do qual o soberano opera por exclusão inclusiva, excluindo do ordenamento político-jurídico e incluindo fora do direito. O estado de exceção abre uma zona de anomia²⁶¹, na qual o *homo sacer* é incluído por exclusão do ordenamento jurídico. Essa zona de anomia é um tema não jurídico que os estados ocidentais contemporâneos tentaram incluir no ordenamento jurídico, como ocorre com a legítima defesa e o estado de necessidade²⁶², ambos fundados no estado de exceção.

então posso condenar”. Daí porque a investigação precisa ser sumária, limitada quantitativamente, estabelecendo um prazo máximo de duração após o qual os elementos devem ser inutilizados, e qualitativamente pelos fatos e pela classificação jurídico-criminal. Sobre os sistemas de investigação criminal: (LOPES JR.; GLOECKNER, 2013, p. 89-125 e 171-185).

²⁶¹ “1) O estado de exceção não é uma ditadura [...], mas um espaço vazio de direito, uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas – e, antes de tudo, a própria distinção entre público e privado – estão desativadas. [...] O estado de necessidade não é um ‘estado do direito’, mas um espaço sem direito (mesmo não sendo um estado de natureza, mas se apresenta como a anomia que resulta da suspensão do direito). 2) Esse espaço vazio de direito parece ser, sob alguns aspectos, tão essencial à ordem jurídica que esta deva buscar, por todos os meios, assegurar uma relação com ele, como se, para se fundar, ela devesse manter-se necessariamente em relação com uma anomia. [...] 3) O problema crucial ligado à suspensão do direito é o dos atos cometidos durante o *iustitium*, cuja natureza parece escapar a qualquer definição jurídica. À medida que não são transgressivos, nem executivos, nem legislativos, parecem situar-se, no que se refere ao direito, em um não-lugar absoluto. 4) É a essa indefinibilidade e a esse não-lugar que responde a ideia de uma força-de-lei. [...] A força-de-lei separada da lei, o *imperium* flutuante, a vigência sem aplicação e, de modo mais geral, a ideia de uma espécie de ‘grau zero’ da lei, são algumas das tantas ficções por meio das quais o direito tenta incluir em si sua própria ausência e apropria-se do estado de exceção ou, no mínimo, assegurar-se uma relação com ele” (AGAMBEN, 2004, p. 78-80).

²⁶² Grosso modo, tanto legítima defesa quanto estado de necessidade são zonas de anomia que tentamos inscrever no ordenamento jurídico: “Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. § 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo. § 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços. Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios

Fora do direito, o *homo sacer* é desprovido dos estatutos jurídicos e das prerrogativas. Com isso, é reduzido à matabilidade. Desde sempre a exceção opera excluindo o *homo sacer* do ordenamento político-jurídico, assim como a *exceptio* do direito processual romano excluía do processo o conteúdo excepcionado. Pensando com dois conceitos do direito criminal brasileiro atual, a legítima defesa e a semi-imputabilidade, a estrutura permanece. A legítima defesa exclui a ilicitude de um fato previsto como criminoso em uma lei criminal. Nesse caso, a pena é excluída²⁶³. Já nos casos em que o criminoso não é completamente capaz de entender a ilicitude do crime ou de se dirigir conforme esse entendimento, por perturbação da saúde mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a pena é reduzida de um a dois terços²⁶⁴. Eis uma força que perpassa à civilização ocidental.

Assim como o *homo sacer* do direito romano antigo, temos *homini sacri* no Brasil. Há execuções policiais sumárias e os justicamentos são novas formas da declaração imediata de sacralidade da vida, cujas mortes expurgam o mal que ameaça às comunidades humanas. Por um lado, nem sempre há execução sumária e nem justicamento. Por outro lado, não se pode ter certeza de que todo *homo sacer* apanhado em flagrante na Roma antiga era morto sem processo. Matou-se deus na modernidade²⁶⁵, por isso não pode haver vingança divina. Como desde então o humano é o centro do mundo, a vingança deixou de ser um dever e passou a ser uma prerrogativa humana. Decide-se quando e como a vingança deve ser feita. Não fazer justiça (*rectius*: vingança, muitas vezes desproporcional ao fato), resulta na ira dos homens que, desprovidos de pragas, batem panelas, xingam nas redes sociais,

necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (BRASIL, 1940). Em outros termos, tentamos normatizar os limites do vazio, mas continuamos a autorizar que qualquer coisa aconteça no espaço vazio da legítima defesa e do estado de necessidade.

²⁶³ Há hoje uma distinção entre ilicitude e culpabilidade. Mas essa distinção é fruto da modernidade jurídico-criminal. Antes da criação do conceito analítico de crime, a exclusão e a atenuação da pena não eram separadas.

²⁶⁴ “Art. 26, parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (BRASIL, 1940).

²⁶⁵ Obviamente a expressão “deus está morto” (*Gott ist tot*) não tem sentido literal. Remonta à substituição do teocentrismo pelo antropocentrismo. Isto é, expulsamos deus das coisas terrenas e, desde então, tivemos de assumir todas as tarefas que a ele pertenciam. Não sem resistência de quem crê, tampouco do ecletismo cultural que nos é peculiar, e nos faz insistir na conciliação entre humano e divino. Daí porque, ainda que esteja morto, o odor de putrefação do cadáver ainda é farejável. Sobre a morte de deus: (NIETZSCHE, 2012). Sobre o ecletismo brasileiro: (GOMES, 2001, p. 35-42).

clamam pelos heróis que, contemporaneamente, são aquilo que se tem de mais próximo aos deuses e, no limite, se matam uns aos outros.

Contudo, a existência de processo afasta a morte, ao menos momentaneamente. Nas cadeias as mortes não são novidade. Brigas de facções rivais, brigas com carcereiros e queimas de arquivos podem reduzir os condenados à matabilidade. Tudo com a intervenção, direta ou indireta, do soberano. Os direitos previstos na lei de execução não são cumpridos, afinal de contas, o soberano pode agir fora da lei e decidir que não há um fora da lei. Descumprir direitos, nessa direção, é uma saída pela tangente, viável e válida ao soberano. Na modernidade, com a tentativa de secularizar o direito estatal, o *homo sacer* pode ter sido incorporado ao inimigo. Desde a modernidade, a pena perdeu o caráter purificador. Já não há deus para purificar. Os criminosos, sobretudo em razão da obsessão que se tem pelos antecedentes criminais, são condenados à reprovação perpétua, bem como responsabilizados pelos males do mundo. Com isso, são impossibilitados de se reconciliar, assim como o *homo sacer*.

4 A SUSPENSÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NOS CASOS CRIMINAIS ACERTADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A FORÇA DE COISA JULGADA QUE APLICA À REGRA EXCEPCIONAL POR DESAPLICAÇÃO DA REGRA GERAL

“é determinante que, em sentido técnico, o sintagma ‘força de lei’ se refira, tanto na doutrina moderna quanto na antiga, não à lei, mas àqueles decretos – que têm justamente, como se diz, força de lei – que o poder executivo pode, em alguns casos – particularmente, no estado de exceção – promulgar. O conceito ‘força-de-lei’, enquanto termo técnico do direito, define, pois, uma separação entre a *vis obligandi* ou a aplicabilidade da norma e sua essência formal, pela qual decretos, disposições e medidas, que não são formalmente leis, adquirem, entretanto, sua ‘força’.”
(Giorgio Agamben)

120. O estado de exceção pode ser compreendido como a suspensão do direito a pretexto de preservar o direito. As suspensões da presunção de inocência se dão pela aplicação do direito por desaplicação, pela suspensão do direito a pretexto de preservar o direito. A relação regra-exceção é de desaplicação da regra para aplicação da exceção. Assim se manifesta o estado de exceção com a forma jurídica de decisão judicial. Portanto, o estado de exceção sob a forma jurídica de decisão judicial é uma decisão que suspende a incidência das regras instituídas pelo princípio da presunção de inocência.

Suspensa a presunção de inocência, é aberta uma zona de anomia com discursos de emergência. A presunção de culpa, exceção, é convertida em regra. A relação entre regra e exceção, em relação à presunção de inocência, é complexa. Pressupõe-se aqui a relação entre regra e princípio, explicada anteriormente: o princípio da presunção de inocência institui quatro regras, o *in dubio pro reo*, o *favor rei*, a carga probatória da acusação e o tratamento do acusado como inocente.

Para cada uma dessas regras existem exceções correspondentes, inscritas no ordenamento jurídico formal ou informalmente, positivadas ou costumeiras. O *in dubio pro reo* é suspenso por duas principais exceções, previstas no Código de processo penal: a admissão dos indícios a partir dos quais é possível presumir a

prática de crime²⁶⁶ e o uso de atos de investigação²⁶⁷, que não são provas²⁶⁸, para decidir²⁶⁹. O *favor rei*, embora esteja consolidado na literatura jurídica ocidental do direito criminal para reconhecer que as normas devem ser interpretadas do modo mais favorável aos imputados (ZAFFARONI, 1981, p. 57-64) em decorrência dos princípios da legalidade e da taxatividade²⁷⁰, o Código de processo penal possibilita a interpretação extensiva e analógica, sem parâmetros favoráveis ou contrários ao imputado²⁷¹, assim, excepciona à Constituição para permitir a interpretação das divergências interpretativas das normas do modo mais desfavorável aos imputados. A carga probatória atribuída com exclusividade ao acusador pela presunção de inocência é excepcionada pela dinamização da carga probatória ao acusado que

²⁶⁶ “Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias” (BRASIL, 1941b, sem grifos no original).

²⁶⁷ “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” (BRASIL, 1941b, sem grifos no original).

²⁶⁸ Segue-se a lição de Aury Lopes Jr. (2018, p. 158-159) sobre a distinção entre atos de investigação e atos de prova. Os atos de prova têm a finalidade de convencer o juiz de uma afirmação e formar um juízo de certeza, integram o processo, são avaliados na sentença, são realizados com publicidade, em contraditório, pessoalmente (imediação) e perante o juiz. Os atos de investigação têm a finalidade de convencer o juiz de uma hipótese e formar um juízo de probabilidade, integram a investigação, são avaliados em decisão interlocutória. Aury Lopes Jr. afirma que servem para o acusador decidir entre acusar ou pedir o arquivamento, formar a opinião sobre o crime (mas não é apenas para isso, pois sem a admissão, não haveria processo), não pressupõem publicidade, não são contraditórios, não precisam ser realizados pessoalmente (mediação) e podem ser praticados pela polícia ou pelo ministério público. O jurista pensa, ainda, que servem para decidir sobre medidas cautelares, do que se discorda, pois há, intrinsecamente aos atos de investigação, assim como aos indícios, uma presunção de culpa, violadora da presunção de inocência.

²⁶⁹ Decisão é gênero, da qual são espécies as decisões interlocutórias, que não terminam o processo, como a decisão sobre a admissibilidade da acusação e a decisão sobre a prisão, e as decisões definitivas ou terminativas, que concluem o processo, como a sentença e o acórdão. Para decidir sobre a admissibilidade da acusação não há, ainda, provas, porque não foram produzidas em contraditório perante o juiz, mas apenas para isso servem os atos de investigação.

²⁷⁰ Existe alguma confusão entre legalidade diante das disposições do art. 5º, II e XXXIX, da Constituição. Daí ter surgido uma referência a uma legalidade geral e uma legalidade criminal. Para resolver essa confusão, prefere-se usar o termo legalidade para referir ao princípio constitucional que impõe uma via de mão dupla; aos cidadãos é permitido tudo o que não for proibido, e ao estado só é permitido agir nos limites legais. O princípio da taxatividade impõe criminalização exclusivamente por lei anterior ao fato, por isso pode ser definido como limitação da criminalização à lei estrita (proibição de atos normativos de outras espécies), escrita (proibição de costumes), prévia (proibição de imputação de crime positivado após o fato) e certa (proibição de palavras ambíguas e vagas). Nessa direção, a interpretação, necessariamente, deve ser a mais restrita (ZAFFARONI, 1981, p. 131-147; SANTOS, 2012, p. 20-24).

²⁷¹ “Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito” (BRASIL, 1941b).

nega os fatos ou alega circunstâncias que os modificam²⁷². O tratamento como inocente é excepcionado em seis hipóteses constitucionais²⁷³: prisão em flagrante²⁷⁴, prisão preventiva²⁷⁵, transgressão militar, crime militar, crime contra o estado durante o estado de defesa e detenção em edifícios não destinados a acusados ou condenados por crimes comuns durante o estado de sítio. Além dessas seis, a inconstitucional prisão temporária²⁷⁶ continua a ser aplicada cotidianamente para excepcionar o tratamento do acusado como inocente.

Há sempre, portanto, alguma justificativa emergencial para excepcionar as regras instituídas pela presunção de inocência, assim como outros direitos. No vazio aberto pela desaplicação da regra, desponta a emergência, a razão securitária denunciada por Agamben (2004, p. 40-48), ao tratar do estado de exceção, e por Zaffaroni (2012, p. 45-46), ao tratar da inquisição. Esse discurso é comum a ambos, daí por que se complementam no estudo do processo criminal. Também pressupõe uma oposição entre as pessoas. Na antiguidade, a oposição era entre os cidadãos e outros dois grupos, os *homini sacri* e os inimigos. Com a queda do Império Romano,

²⁷² “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 (BRASIL, 1941b, sem grifos no original).

²⁷³ “Art. 5º, LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; [...] Art. 136, § 3º, I - a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial; [...] Art. 139, II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns” (BRASIL, 1988).

²⁷⁴ “Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração” (BRASIL, 1941b).

²⁷⁵ “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” (BRASIL, 1941b).

²⁷⁶ “Art. 1º Caberá prisão temporária: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso [...]; b) seqüestro ou cárcere privado [...]; c) roubo [...]; d) extorsão [...]; e) extorsão mediante sequestro [...]; f) estupro [...]; g) atentado violento ao pudor [...]; h) rapto violento [...]; i) epidemia com resultado de morte [...]; j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte [...]; l) quadrilha ou bando [...]; m) genocídio [...], em qualquer de sua formas típicas; n) tráfico de drogas [...]; o) crimes contra o sistema financeiro [...]; p) crimes previstos na Lei de Terrorismo” (BRASIL, 1989a).

a separação se perdeu ou talvez foi ignorada, de modo que, na empresa inquisitória, houve a oposição entre católicos e inimigos (hereges). Essa dualidade perpassou toda a história da inquisição, permaneceu na modernidade, chegou à oposição entre nazistas e judeus e continua na atualidade, na condição de discursos variados de combate à criminalidade, apenas a dos outros, evidentemente. A oposição entre cidadãos e inimigos possibilita que aos *hostis* seja negada a condição de pessoa para reduzi-los à condição de coisas ou entes perigosos que precisam ser neutralizados (ZAFFARONI, 2007, p. 115-121). São esses os aspectos político-filosóficos que sustentam o edifício da presunção de culpa²⁷⁷.

121. Os discursos de justificação da suspensão da presunção de inocência possibilitam o uso de medidas absurdas, a pretexto de uma legalidade muitas vezes contrária à Constituição. Isso tampouco significa que o texto constitucional seja suficiente para restringir as suspensões, mas que as insuficiências possibilitam as justificações. A hierarquia das normas é subvertida com discursos contrários à presunção de inocência que recebem aparência de legalidade e preenchem as ambiguidades e vagezas terminológicas. O que não poderia ser diferente, na medida em que as decisões são, ao menos inicialmente, sempre decisões políticas, tomadas por humanos com interesses vários. Assim ocorre com a interpretação e conclusão do indício, a avaliação do ato de investigação como se fosse ato de prova, a interpretação da norma do modo mais prejudicial ao imputado, a inversão da carga da prova, a prisão em flagrante, sobretudo nas hipóteses inconstitucionais de flagrante impróprio e de flagrante presumido, a prisão preventiva, sobretudo na interpretação do perigo da liberdade do imputado para a “ordem pública”, para a “ordem econômica” e para a “conveniência” da instrução, bem como na prisão temporária, inconstitucional por não estar elencada entre as exceções constitucionais à presunção de inocência, mas usada para a “conveniência” da investigação criminal. Em suma, as exceções constitucionais mesmas servem para solapar a presunção de inocência.

O jurista Andrew John Ashworth identificou as quatro principais ameaças à presunção de inocência, em um trabalho que parece ser inédito na literatura jurídica nacional. Essas quatro ameaças se apresentam como causas da suspensão da

²⁷⁷ Para além desses, há também os elementos psíquicos, cuja análise ultrapassa o objeto desta dissertação.

presunção de inocência. Primeiro, o confinamento do sentido de presunção ao sentido mais restrito, o que ocorre quando a presunção de inocência é simplesmente lida como o oposto à “culpa conforme a lei” em vez de ser lida como “atribuição ao acusador do fardo de provar a culpa para além de toda dúvida razoável²⁷⁸”. Segundo, erosão da presunção através de exceções como as hipóteses de prisões cautelares e inversões da carga probatória diante da gravidade do crime, medo do surgimento de falsas defesas diante das dificuldades probatórias, facilidade ou dificuldade probatória, questões conhecidas apenas pelo imputado, o princípio de que a inversão da carga probatória não é justificável a menos que exista uma conexão racional (*rational connection*) entre o fato básico do qual se origina a presunção e o que é presumido disso²⁷⁹ (como ocorreu com a presunção legal canadense de tráfico para quem porta drogas, a determinar que o portador prove a finalidade de consumo; essa presunção foi declarada inconstitucional pela *Supreme Court of Canada* por insuficiência de força na conexão entre posse de pequena quantidade de drogas e a finalidade de comércio, ou seja, por falha no teste de conexão racional) e atribuição da carga ao imputado de aduzir evidências para opor defesa, exceção ou ressalva às acusações sem as quais basta que o acusador prove a prática do fato típico (como ocorre quando o imputado age em legítima defesa de roubo e é obrigado a aduzir que agiu em legítima defesa para que o acusador precise provar que houve crime, não legítima defesa). Terceiro, evasão usando ordens civis para controlar a vida de certos indivíduos, pois a presunção de inocência vale para o processo criminal, não para os demais. Nesse sentido, a imposição de sanções administrativas, com caráter criminal, é uma evasão do dever de presumir inocente, como ocorre em casos de assédio sexual na Inglaterra nos quais os chefes de polícia podem requerer aos tribunais a imposição de ordens contra pessoas envolvidas em atividades sexuais com crianças por no mínimo duas vezes, desde que exista causa razoável (*reasonable cause*)²⁸⁰. Quarto, desvio (*side-*

²⁷⁸ A dúvida razoável é uma importação da expressão além de uma dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*) do direito costumeiro. Serve no Brasil como uma certeza induvidosa. Isso não quer dizer que seja possível julgar sem dúvidas, pois o todo é inapreensível, mas que as dúvidas não digam respeito aos fatos imputados (ROSA, 2017, p. 323-324).

²⁷⁹ Equivalente aos indícios do processo criminal brasileiro.

²⁸⁰ No Brasil essa observação vale para as determinações de coleta de material biológico para armazenamento em bancos de dados policiais.

stepping)²⁸¹ pelo uso de mecanismos preventivos desde a prisão durante a investigação (*stage of pre-trial detention*) incitado em medidas excepcionais e criando poderes extraordinários para restringir atividades de indivíduos que supostamente colocam em risco a segurança nacional. É o caso das medidas antiterroristas, incrementadas desde os atentados de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos da América. Com a Lei antiterrorismo, crime e segurança (*Anti-terrorism, crime and security act*) de 2001, foram introduzidas detenções indefinidas, sem processo, para pessoas suspeitas de terrorismo internacional, mas a casa dos lordes (*house of lords*), câmara alta do parlamento inglês, declarou os poderes incompatíveis com a convenção internacional porque estendeu além do estritamente necessário nas emergências públicas e discriminou cidadãos e não cidadãos (ASHWORTH, 2006, p. 252-276).

As justificativas da suspensão do direito, como argumentei anteriormente, são justificativas emergenciais, geralmente de caráter securitário. Especificamente em relação à emergência no processo criminal, o jurista brasileiro Fauzi Hassan Choukr pensa ser algo que foge aos padrões tradicionais do sistema criminal. Formaria um subsistema de revogação parcial (derrogação) dos postulados culturais empregados na normalidade. Mas essa derrogação não seria feita apenas pela criação de leis extravagantes aos códigos; do contrário, todas as leis extravagantes seriam emergenciais ou de exceção. A característica central do subsistema seria a mitigação das garantias fundamentais das Constituições e dos tratados internacionais sobre direitos humanos (CHOUKR, 2002, p. 5-10). O jurista afirmou que, justificadas pela emergência, leis repressivas são criadas cotidianamente, difundidas como resposta às pressões sociais e apagadas dos noticiários na mesma velocidade com a qual surgiram. As pressões que comprimem os parlamentares a criá-las seguem o mesmo destino (CHOUKR, 2002, p. 131-132).

Nos *lager* nazistas, a base da suspensão do direito não era o direito comum, mas uma medida de polícia preventiva (*schutzhaft*) que justificava a custódia cautelar (AGAMBEN, 2015a, p. 41-42). A observação de Fauzi Choukr talvez indique uma nova estratégia para introdução de medidas emergenciais e cautelares, talvez

²⁸¹ Provavelmente seria melhor traduzido para evitação, mas, como a terceira ameaça é a evasão, optou-se por usar o termo desvio para que não haja equívocos.

exclusivamente tupiniquim, na medida em que estão confundidas no direito comum. De todo modo, essas medidas têm em comum o fundamento, o estado de exceção.

Contudo, pensa-se que a exceção opera uma suspensão da regra, não uma revogação, porquanto continua vigente, mas não é aplicada. Como Fauzi Hassan Choukr percebeu, o caráter excepcional nem sempre é anunciado como uma medida de emergência. Mais do que isso, a exceção é parte da regra, uma regra excepcional aplicada pela desaplicação da regra geral. É, portanto, inerente ao direito. Existe como válvula de escape para aliviar as pressões do ordenamento jurídico, para mitigar as contradições decorrentes, por exemplo, da inexistência da legítima defesa, pois, nesse caso, surgiria para o agredido um dever de escolher a agressão, a prisão por homicídio ou contar com a sorte de não ser punido por alguma falha no sistema criminal²⁸². Mas, porque a exceção é parte da regra, proliferam as exceções e, com isso, tendem a ser convertidas em regras gerais.

122. José de Oliveira Ascensão (1987, p. 536) advertiu para a inexistência de identidade completa entre textos normativos e fatos. Enquanto os textos normativos devem ser (deontologia), os fatos são (ontologia). Mas isso tampouco gera uma oposição. São diferentes, mas há uma identidade. Para identificar fato e norma, é preciso recorrer a raciocínios analógicos. Analogia no sentido da filosofia escolástica de Tommaso d'Aquino (1225-1274), como "concordância mediante uma relação", e da filosofia de Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), como "identidade dialética". Nessa direção, a aplicação da norma seria resultado de uma analogia "juridicamente relevante" entre o caso e a norma.

A regra aplicável a um caso é consequência do que é dito sobre o fato, deveria ser aplicada apenas quando houvesse provas das alegações, mas nem sempre isso ocorre. Assim, a interpretação é convertida em verificação da correspondência, ou não, da narrativa do fato ao texto normativo. Se são correspondentes, é determinada a consequência jurídica ligada ao fato. Mas esse raciocínio não é meramente subsuntivo do fato à previsão normativa abstrata, um mero silogismo composto por premissa maior (norma), premissa menor (fato) e conclusão. Apenas em alguns casos a lógica silogística é suficiente, como para a

²⁸² Também as falhas configuram estado de exceção, na medida em que suspendem a aplicação da regra. Operam primeiramente como regras informais e depois como regra formal de prescrição.

interpretação da regra de maioria: Se a maioria é atingida aos 21 anos²⁸³ e A tem 21 anos, então A atingiu a maioria. Esse raciocínio é insuficiente para interpretar, por exemplo, a existência de um crime de roubo no Brasil, uma subtração de coisa alheia e móvel por meio de violência ou grave ameaça. A determinação da ameaça como grave gera uma flexibilidade da regra. Para verificar se o fato corresponde à norma, é preciso acrescentar algo à norma para preenchê-la (ASCENSÃO, 1987, p. 524-527).

Com essa explicação, Ascensão inseriu novos elementos na leitura tradicional da metodologia jurídica. A interpretação não é uma conclusão ou formulação geral a verificar pela análise das especificidades de um caso (dedução), e nenhuma análise das especificidades de um caso para formular uma conclusão (indução), mas uma comparação entre as partes (analogia). Essas partes são as palavras que compõem o texto normativo e as informações sobre o fato. Comparadas as palavras às circunstâncias, e constatada a presença ou ausência das circunstâncias descritas no texto normativo, elaboramos conclusões dos raciocínios. Quanto menos ambíguas e vagas forem as palavras, menos complexo será o raciocínio, e vice-versa.

123. Em analogias menos complexas, por elementos menos ambíguos ou vagos, ou por repetição, pensamos rápido. Nas analogias mais complexas, consequência dos elementos vagos ou ambíguos, ou da inexperiência, precisamos perscrutar o caminho com calma. Rápido e devagar são dois modos de pensar que nos condicionam a interpretar, bem como influenciam cotidianamente nas decisões judiciais, como advertiu o jurista brasileiro Alexandre Morais da Rosa (1973...), apesar de os procedimentos para estabelecer as razões de decidir não poderem ser repetidos (ROSA, 2017, p. 187-208 e 860), não raro os “modelos”, cópias literais de documentos, são utilizados em processos, algumas vezes sequer semelhantes.

É importante que a fundamentação da decisão, elemento obrigatório²⁸⁴, seja elaborada enquanto o juiz pensa, mas o mais recorrente é que a decisão seja tomada antes, depois explicitados os fundamentos. Nenhum problema há nisso, desde que os fundamentos assegurem os direitos e as garantias fundamentais. O

²⁸³ No Brasil, a idade da maioria foi substituída de 21 por 18 anos com a troca do Código civil de 1916 pelo Código civil de 2002: “Art. 5º. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil” (BRASIL, 1916).

²⁸⁴ “Art. 381. A sentença conterá: [...] III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão; IV - a indicação dos artigos de lei aplicados” (BRASIL, 1941b).

problema é o primado das hipóteses sobre os fatos, como advertiu Franco Cordero (1986, p. 51), ocorrido com frequência, na medida em que converte a decisão judicial em forma jurídica do estado de exceção, uma decisão com força de coisa julgada²⁸⁵ que suspende a regra e aplica a exceção.

Alexandre Morais da Rosa observou que a decisão judicial não confere a Verdade anunciada, baseada no mito de deus ou da ciência que “finge aplacar as angústias, tamponar a *falta*”. Por isso, as metodologias não podem orientar as atividades científicas, o que faz com que os métodos sejam apenas ferramentas utilizáveis para finalidades específicas, sem que exista um método universal (ROSA, 2004, p. 374).

Contudo, o discurso epistemológico é instrumento de produção de subjetividade vinculado aos jogos de poder em nome da lógica científica, supostamente neutra. O discurso da epistemologia permite ocultar o ideológico e o valorativo, mas exige recursos específicos e propaganda (ROSA, 2004, p. 372). O jurista argentino Luís Alberto Warat (1941-2007) reconheceu que as práticas jurídicas nos países de direito escrito (*statute law*), pelo menos desde o século XVIII, visam captar uma armação conceitual em um sistema de conceitos e relações pensadas para descobrir a Verdadeira natureza do direito. Essa suposta natureza funciona como discurso ideológico por meio do qual os textos legais são entrecruzados e, por meio de mitos, neutralizam as possibilidades de produção de sentidos. Mas essa “atitude teórica” não é exclusividade do positivismo jurídico; essa estratégia política de construção de um imaginário jurídico racional, divorciado da história, também está por trás do jusnaturalismo (WARAT, 2002, p. 119). Ademais, possibilita dissociar o imaginário jurídico da realidade desgraçada de milhões de brasileiros.

[...] a resposta positivista aos dilemas da democracia passa pela criação de órgãos e mecanismos de controle, que garantam a legalidade, quer dizer, que para o positivismo a democracia encontra-se miticamente garantida pela crença, que antecede os indivíduos e seu cotidiano. [...] para o

²⁸⁵ “Como os juristas sabem muito bem, acontece que o direito não tende, em última análise, ao estabelecimento da justiça. Nem sequer ao da verdade. Busca unicamente o julgamento. Isso fica provado para além de toda dúvida pela *força da coisa julgada*, que diz respeito também a uma sentença injusta. A produção da *res judicata* – com a qual a sentença substitui o verdadeiro e o justo, vale como verdadeira a despeito da sua falsidade e injustiça – é o fim último do direito. Nessa criatura híbrida, a respeito da qual não é possível dizer se é fato ou norma, o direito encontra a paz; além disso ele não consegue ir” (AGAMBEN, 2008a, p. 28).

positivismo, a questão da democracia se resolve no plano formal, construindo-se um sistema de normas gerais e abstratas que garantem – supostamente – o valor da segurança jurídica, tornando previsíveis e controláveis os atos de autoridade emanados dos órgãos decisórios do sistema. Com isto, a democracia acaba sendo reduzida a um sistema de legalidade, onde a tolerância converte-se na necessidade de obedecer disciplinadamente. A democracia é, então, entendida como um consenso disciplinador de órgãos e cidadãos para uma ordem simbólica, apresentada como racionalidade formalmente homogênea e exclusiva. Quando a teoria positivista, em nome de uma racionalidade sistemática, se autolimita para resolver exclusivamente os conflitos sobre as decisões legais, está, na realidade, impondo princípios de identificação social autoritários para a formação dos atores políticos. Dessa forma pensa-se que uma sociedade é democrática quando a razão garante logicamente um jogo controlado. Assim, a concepção da democracia fica apresentada como uma aspiração kantiana, que no fundo recupera as preocupações de Maquiavel quanto à possibilidade de calcular a ação social, fundada em uma racionalidade formal, única e uniforme. [...] O liberalismo inaugura, assim, um espaço imaginário, que permite subtrair simultaneamente ao Estado e ao Direito sua dimensão política reduzindo-o a um cálculo de possibilidades racionais, com o esquecimento das condições de sua existência histórica (WARAT, 2002, p. 122-128).

Diante desse quadro, Alexandre Morais da Rosa propõe pensar a decisão por outro caminho. Retoma a bricolage como ciência primeira aplicável a usar movimentos incidentais, para reposicionar a decisão. O termo bricolage é o aportuguesamento da palavra francesa *bricoler* derivada de *bricoleur*, pessoa que faz trabalhos manuais. Como verbo, é uma forma provisória de utilizar meios indiretos. Como substantivo, é uma astúcia ou ricochete. Bricolage, então, é o trabalho amador de improviso e adaptação da técnica ao material existente. Não há um plano rígido de trabalho definido previamente, é possível usar os utensílios à disposição, colando os fragmentos que tem à mão, sem descartar antecipadamente os significantes que não se conformam à ideia prévia, mas atento às regras do jogo limpo (*fair play*) (ROSA, 2004, p. 376-377). Por significantes se referiu às provas e hipóteses que surgem no desenvolvimento do processo. A decisão judicial no processo criminal pode ser tomada como bricolage daquilo que o juiz tem em mãos, é o acertamento do caso.

124. O *accertamento* corresponde a verificar se alguém que deve fazer algo fez o contrário. É uma palavra com verbo indicativo ou redutível à declaração de coisas relevantes no espéculo do direito. Se refere a frases qualificáveis como verdadeiras ou falsas. Cada *accertamento* é uma declaração, mas os termos verdadeiro e falso são conversíveis. Não é uma declaração qualquer, deve ter palavras fortes cujo conteúdo depende do método utilizado ou da autoridade do

declarante. O *accertamento* pelo método resulta da metodologia estabelecida em uma regra. O *accertamento* pela autoridade independe do método técnico, pois a forma corresponde ao exercício inerente ao poder. O *accertamento* pode ser em sentido positivo ou negativo, de acordo com a confirmação da versão do acusador ou do imputado. *Accertamento* positivo é o que condena o imputado. *Accertamento* negativo é o que o absolve ou reconhece alguma circunstância que reduza a pena (CORDERO, 1986, p. 30, 414-415 e 428-429)²⁸⁶.

Esse conceito foi introduzido no Brasil por Jacinto Coutinho como aportuguesamento do conceito jurídico italiano de *accertamento*, um aportuguesamento feito também em Portugal. Acertamento é o meio essencial do processo para escolha entre dois juízos diversos. A pena não é autoaplicável e nem autoexequível por imposição dos princípios constitucionais da taxatividade²⁸⁷ e do devido processo legal²⁸⁸ que se articulam e complementam para determinar a proscrição prévia de ações criminalizadas, a definição da pena e a instrumentalização da pena por meio do processo (COUTINHO, 1989, p. XV e 134).

Há muitas críticas a uma suposta ausência de processo em relação às saídas alternativas, instrumentos de justiça negociada que possibilitam a celebração de acordos entre as partes. Mas, na modalidade brasileira, existe processo, pois as saídas alternativas, composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo são negociadas entre as partes, perante um juiz que homologa o acordo. Ainda assim, nossas saídas alternativas são criticáveis, mormente pela quase nula margem de negociação das condições pela defesa e pelas violações cotidianas aos direitos dos imputados pelos juízes que admitem negociações em casos infundados. Até mesmo os acordos de delação premiada passam por homologação judicial.

Desse modo, a pena só pode ser aplicada por meio de um processo no qual são apurados, nesta ordem: a existência de fato, se e qual classificação jurídica cabe ao fato existente, se é ilícito o fato, qual a contribuição do imputado para o fato,

²⁸⁶ No sentido de que o *accertamento* negativo é somente o que não reconhece a culpa ao imputado (MANZINI, 1956, p. 198).

²⁸⁷ “Art. 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988).

²⁸⁸ “Art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

se o imputado pode ser punido²⁸⁹, qual o grau de responsabilidade criminal e qual a medida aplicável para a punição. Como a pena só pode ser aplicada pela jurisdição que atua em um processo criminal, o cumprimento de eventual pena imposta, chamado execução penal, pressupõe a reconstituição do fato criminoso pretérito, suficientemente para formar um juízo de certeza que exclua as dúvidas²⁹⁰. O juiz atua, no exercício da jurisdição e por meio do processo, para fazer o acerto do fato, concluindo se o imputado praticou o crime ou não e se deve ou não ser punido.

Portanto, acerto é a decisão judicial tomada pelo juiz depois de perscrutar o bivio, anunciado por Francesco Carnelutti, um caminho bifurcado pela dúvida, palavra derivada do latim *dubium*, um *duo* aberto em cada processo, quando o juiz decide entre uma das opções declarar o imputado inocente ou culpado. “O juiz deve escolher. Mas, para escolher, deve recorrer a um ou outro caminho, do contrário não poderia ver onde elas vão terminar” (CARNELUTTI, 2009, p. 46).

Essa decisão é tomada em consequência à análise das informações produzidas, nem sempre provas, nem sempre pelas partes e nem sempre em contraditório, na medida em que permanece a estrutura inquisitória que também estabelece regras informais que excepcionam as regras gerais. A valoração das informações, por autorização legal²⁹¹, pode ser feita livremente, bastando que a decisão seja fundamentada. Se basta fundamentar, tanto quem quiser condenar, quanto quem quiser absolver, poderá argumentar qualquer coisa que considerar

²⁸⁹ Usa-se o termo responsabilidade criminal porque as medidas socioeducativas e as medidas de segurança são consequências da prática de infrações criminais, portanto, verdadeiras hipóteses de responsabilidade criminal. Se fosse acertada a frequente negação do caráter criminal dos fatos e penal das punições, por que processamos e, sobretudo, por que punimos? Isso parece provar suficientemente que medidas socioeducativas e medidas de segurança são penas. Negar essa questão ontológica só serve aos detratores de uma modalidade diferenciada de responsabilidade criminal, destinada aos inimputáveis, que se valem de discursos mentirosos para autopromoção política contra a impunidade dos supostos “vagabundos perigosos”. É preciso explicar isso para que nenhum estelionatário à espreita se locuplete da ingenuidade dos brasileiros por meio da propagação de mentiras, sobretudo nos períodos eleitorais.

²⁹⁰ Dúvidas razoáveis, evidentemente. Pois dúvidas sempre existirão. Grosso modo, se as provas não colocarem o imputado na cena do crime, praticando o crime do qual é acusado, entende-se que haverá dúvida suficiente para absolver. Por exemplo, a simples prova de que, no tempo e espaço demarcados na denúncia, o imputado estava na cena do crime, não parece suficiente para formar um juízo de certeza sobre a prática do crime, apenas sobre o imputado estar na cena do crime no tempo e espaço delimitados na acusação. Pensa-se que uma dúvida como essa é mais do que razoável para fundamentar a absolvição.

²⁹¹ “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” (BRASIL, 1941b).

necessária e tudo estará feito nos “estritos limites da lei”. Apesar disso, Lenio Luiz Streck entende que o dever constitucional²⁹² de fundamentar as decisões abrange que os fundamentos sejam provas produzidas em um processo criminal no qual todos os direitos e garantias fundamentais foram assegurados. Assim, o texto constitucional teria estabelecido uma inversão do sistema de livre apreciação das provas (*rectius*: informações) pelo sistema de convencimento estritamente motivado com base nas provas estritamente apreciadas²⁹³.

Embora concordemos, não parece que isso possa contornar as exceções. Como as decisões são sempre políticas, ao menos no primeiro momento, reduzir a desaplicação das regras gerais só nos parece possível enquanto decisão civilizatória, pois pode ser necessário suspender até mesmo o direito à vida em casos como a legítima defesa. Talvez apenas desativando o direito possamos nos livrar de algumas amarras desse dispositivo que nos captura e, assim, nos abrir para uma nova forma de vida.

125. O conteúdo do processo criminal é essa reconstrução do fato criminoso pretérito. Constatada a impropriedade do conceito de lide para designar o conteúdo do processo criminal, algo precisava ser colocado no lugar. A palavra causa tampouco servia, porque é usada como sinônimo de processo. Controvérsia não serve, porque o imputado pode confessar e concordar com a imputação, assim também ocorre com a dúvida e a questão. Então, Jacinto Coutinho buscou no direito costumeiro um termo ainda sem uso no Brasil, o caso (*case*), e sugeriu-o como alternativa para eliminar a indeterminação. Caso é, para Coutinho, uma situação de incerteza, uma dúvida sobre a aplicação da pena ao agente que, ao agir, incidiu num tipo criminal (COUTINHO, 1989, p. 21, 89-91 e 134-135).

Sem compreender o que Jacinto Coutinho propôs, o jurista brasileiro Rogério Lauria Tucci (1929-2014) sugeriu o termo causa (TUCCI, 2003, p. 50-52) como conteúdo do processo criminal, sem atentar para a dupla equivocidade. Primeira, causa designa o estopim da relação causal que, no processo, é *locus* da ação. A

²⁹² “Art. 93, IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (BRASIL, 1988).

²⁹³ A expressão é do autor, mas argumentação é de Lenio Luiz Streck (2018, p. 11-26).

ação **causa** o processo, pois sem ação não há processo. Segunda, causa é usada como sinônimo de processo no ambiente forense, como advertiu Coutinho. A maioria dos juristas permanece usando o termo *lide*, sem se dar conta de que Francesco Carnelutti, desenvolvedor do conceito, o rejeitou posteriormente²⁹⁴.

A pena é acessória ao crime e, por isso, é discutida apenas em segundo plano (*nulla poena sine crimine*). Em primeiro plano interessa discutir o fato em três aspectos. Primeiro, a existência do fato. Segundo, a existência de tipo de ilícito, ou seja, a criminalização e a ilicitude do fato. Terceiro, somente se ilícito for o fato, será discutida a classificação jurídica. Em segundo plano será discutida a pena, apenas se for declarada a existência do fato, a configuração do tipo de injusto, a culpabilidade do imputado e a punibilidade do crime. Portanto, pensa-se que o caso, o conteúdo do processo criminal, mais que um caso penal, é um caso criminal composto por elementos diretos, fato e classificação jurídica do fato, e indiretos, pena. Por classificação jurídica entende-se o caráter lícito ou ilícito a partir da análise do tipo de ilícito, culpabilidade e punibilidade.

O caso não é o crime em si, mas o que é dito sobre o crime, traduzido quase perfeitamente como linguagem e, por isso, sujeito a deslizamentos, equívocos ocorridos no registro psíquico chamado de imaginário que nos levam a distorcer o ocorrido ou pensar que aconteceu o que não ocorreu. Não é um simples fato da vida, por isso o caso só é adjetivado como criminal se existir uma adequação típica, se o fato for um fato criminoso (COUTINHO, 2015, p. 217).

Contudo, não é apenas isso. O caso, por ser reconstituído pela linguagem, comporta pelo menos uma teoria sobre si, pelo menos uma teoria do caso. Nessa direção, o acusador apresenta uma teoria do caso a partir de uma hipótese formulada com base nas informações que tem em mãos. O imputado, concordando com a teoria do caso, não apresenta uma segunda teoria. Do contrário, apresenta uma teoria defensiva do caso²⁹⁵. Essa segunda teoria instala a dúvida no processo e abre o bívio, do qual falou Francesco Carnelutti.

²⁹⁴ Chegou até mesmo a dizer que a *lide* só existiria no processo civil se existisse também no criminal. Depois mudou de opinião (COUTINHO, 1989, p. 71 e 101-109).

²⁹⁵ Para uma visão mais aprofundada da complexidade da teoria do caso: (SILVEIRA, 2018, p. 375-384).

4.1 Os casos analisados

“A finalidade última da norma consiste em produzir um julgamento; este, porém, não tem em vista nem punir nem premiar, nem fazer justiça nem estabelecer a verdade. O julgamento é em si mesmo a finalidade, e isso [...] constitui o seu mistério, o mistério do processo.”
(**Giorgio Agamben**)

126. Em 17 de fevereiro de 2016 os ministros do Supremo Tribunal Federal inverteram o posicionamento sobre a prisão em segunda instância. Ao acertarem o caso do *habeas corpus* nº 126.292, decidiram admitir o início da execução provisória da pena após condenação em segundo grau de jurisdição, correspondente aos acertamentos dos casos pelos tribunais de justiça e pelos tribunais regionais federais (BRASIL, 2016a).

Conforme argumentado anteriormente, as regras instituídas pelo princípio da presunção de inocência se confundem, de modo que dividir as suspensões da presunção de inocência conforme as regras pode ser pouco proveitoso. Melhor parece ser pensá-las como estruturas das presunções. Cada decisão é um exemplo que serve para realizar analogias com a presunção de inocência e constatar as estruturas da suspensão da presunção de inocência. Essas estruturas são mais importantes do que as classificações.

O *habeas corpus* nº 126.292 é paradigmático para a compreensão da suspensão da regra de tratamento instituída pela presunção de inocência pela mudança de entendimento dos ministros do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, daí porque foi o ponto de partida. Não se analisou aqui porque já se o fez, em conjunto com Sandro Luiz Bazzanella, no artigo **Presunção de inocência ou exceção da inocência? Análise do acórdão do *habeas corpus* nº 126.292 julgado pelo Supremo Tribunal Federal**, publicado em 2017. Contudo, algumas observações são necessárias para demonstrar a importância do acórdão para o estudo da suspensão da presunção de inocência.

Dentre todos os argumentos lançados pelos ministros que admitiram a execução provisória da pena, quase nenhum estava relacionado à presunção de inocência. Em síntese, foram argumentos de segurança, excesso de recursos e, conseqüentemente, de trabalho, demora na tramitação processual, interpretações

baseadas em direito estrangeiro distinto do nosso, larga margem de insucesso dos recursos, além da fatídica interpretação que transplantou uma característica da decisão, a coisa julgada, para as provas. O raciocínio foi que, se os tribunais superiores não podem examinar novamente as provas, há uma coisa julgada para as provas que autoriza a execução provisória da pena (CANI; BAZZANELLA, 2017, p. 137-141).

127. No *habeas corpus* nº 126.292 há referência à mudança do entendimento firmado no *habeas corpus* nº 84.078. Usou-se essa referência para apresentar uma engenharia reversa nos julgados sobre o tema. Ocorre que nem todos os acórdãos estão disponíveis no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, bem como, em nem todos os acórdãos são referidos acórdãos anteriores no mesmo sentido. Daí porque, quando se chegou a becos sem saída, buscou-se por palavras-chave os termos na jurisprudência que permitiram minimamente realizar a genealogia proposta. Dentre os acórdãos analisados, estão alguns dos acórdãos em que a presunção de inocência foi aplicada.

O argumento forte utilizado no *habeas corpus* nº 84.078 é exatamente o trânsito em julgado, requisito para o início do cumprimento da pena (BRASIL, 2009b). Daí porque foi necessário o malabarismo linguístico para trasladar o trânsito em julgado da sentença para as provas no *habeas corpus* nº 126.292. Sem isso, ao que tudo indica, os ministros não teriam mudado o entendimento firmado. Ademais, o *habeas corpus* nº 126.292 foi quase integralmente reproduzido no *habeas corpus* nº 152.752. Em outros termos, não fosse o caminho pavimentado no *habeas corpus* nº 126.292, o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva (1945...) possivelmente estaria solto.

Escavou-se a partir de palavras-chave no sítio eletrônico de pesquisa de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2019e), em A Constituição e o Supremo (BRASIL, 2019d) pelos acórdãos relacionados ao art. 5º, LVII e LXI, da Constituição, bem como na plataforma *Corpus* 927 (BRASIL, 2019a) a partir da busca pelos acórdãos relacionados ao art. 283 do Código de processo penal²⁹⁶ e

²⁹⁶ “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva” (BRASIL, 1941b).

aos arts. 105, 147 e 164 da Lei de execução penal²⁹⁷. Assim se localizou os acórdãos necessários ao estudo. Naquilo que foi possível, se fez a genealogia, identificando os acórdãos citados nos acórdãos que analisamos. Analisar todos seria impossível, bem como possivelmente não haveria significativas variações, assim como não houve na literatura. Tanto por isso, quanto porque um paradigma é representativo de todos os elementos do mesmo conjunto, buscou-se acórdãos representativos dos conjuntos, isto é, dos sentidos de presunção de inocência analisados nesta dissertação.

Como o estado de exceção se apresenta como suspensão da norma, a norma não é retirada do ordenamento pela suspensão, por isso, permanece vigente e, em alguns casos é aplicada no acerto. Isso possibilitou que fossem encontrados, dentre os acórdãos que analisamos, alguns nos quais a presunção de inocência foi integral ou parcialmente aplicada. O poder soberano, nesses casos, decidiu não suspender a norma, uma decisão sobre o estado de normalidade, inerente ao poder de decidir sobre o estado de exceção.

A título de exemplo, a presunção de inocência foi observada nos *habeas corpus* nº 71.954-6, 79.589, 83.173-7, 83.415-9, 83.592-9, 83.943-6, 84.078, 84.087-6, 84.587, 84.677, 84.741-2, 84.859, 85.289, 86.498, 88.413, 88.741-4, 89.429-1, 89.435, 91.676-7, 93.883-3, 95.009-4, 100.742 e 100.959, bem como nos recursos extraordinários nº 482.006-4, 591.054 e 1.086.203, todos julgados nos anos 1994, 2000, 2004, 2006, 2007, 2008, 2009, 2014 e 2017. Analisou-se muitos outros, mas seria supérfluo elencar todos.

4.2 As justificativas das suspensões da presunção de inocência

“l'interesse fondamentale, che determina il processo penale, è quello di giungere alla punibilità del colpevole, di rendere cioè realizzabile la pretesa punitiva dello Stato contro l'imputato, in quanto risulti

²⁹⁷ “Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução. [...] Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do ministério público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares. [...] Art. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o ministério público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora” (BRASIL, 1984).

colpevole; perciò le norme processuali penali tutelano principalmente l'interesse sociale relativo alla repressione della delinquenza.
(Vincenzo Manzini)

128. No recurso em *habeas corpus* nº 31.748, aos ministros foi alegado que o imputado não era autor do crime do qual o acusaram porque, na data dos fatos, estava preso. O advogado apresentou como prova uma certidão do estabelecimento prisional dando conta de que o imputado esteve preso preventivamente entre 27 de julho de 1948 e 13 de outubro de 1948, enquanto o furto do qual foi acusado ocorreu em 24 de agosto de 1948.

Diante da prova da prisão, o relator reconheceu que o imputado não praticou o furto que ensejou à condenação, por isso votou pelo deferimento da ordem de *habeas corpus*, no que foi seguido por três outros ministros. Contudo, o quarto ministro a votar abriu divergência, por entender que o acusado deveria interpor revisão criminal, não *habeas corpus*, por isso votou pelo indeferimento da ordem. Esse entendimento foi vencedor e o *habeas corpus* foi indeferido, mesmo diante da prova de que o imputado não praticou o crime (BRASIL, 1952).

129. A primeira referência expressa que se encontrou à inversão da carga da prova²⁹⁸ está no *habeas corpus* nº 43.923, no qual foi arguida a ausência de cumprimento das formalidades legais na realização de reconhecimento pessoal no qual um policial teria insinuado qual dos fotografados teria praticado o crime para que o ofendido pudesse reconhecê-lo, bem como a existência de álibi defensivo que excepcionaria a acusação.

O ofendido alegou que o estelionatário era um pouco mais alto do que o imputado e não era calvo. Além disso, o juiz que condenou o imputado não permitiu ao defensor produzir provas. Contudo, foi considerado que o imputado não provou o descumprimento de formalidade legal no reconhecimento pessoal e nem o álibi, de modo que a ordem de liberdade foi negada por unanimidade (BRASIL, 1967).

130. Encontrou-se o entendimento de que o álibi controvertido não serve para conceder a ordem de liberdade no recurso em *habeas corpus* nº 61.036-6. Aparentemente, foi essa a primeira decisão do Supremo sobre o tema. Naquele

²⁹⁸ Embora a prova do álibi também seja uma inversão da carga da prova, não havia em 1952 uma referência à inversão do ônus e nem da carga da prova. Aparentemente a expressão não era utilizada ainda.

caso, o imputado ficou hospitalizado e apresentou o prontuário médico para provar que não praticou o crime. Os ministros entenderam que a ficha médica foi preenchida depois do fato e, por isso, não prova a inocência do imputado, somente cria um álibi controvertido.

A controvérsia do álibi seria consequência do não reconhecimento pelo acusador e do suposto confronto estabelecido com as demais provas. Assim, entendendo que o *habeas corpus* não serve para o exame aprofundado das provas, os ministros afirmaram que a prova da inocência deve ser feita no processo, não em *habeas corpus*. O entendimento foi unânime e a ordem foi negada (BRASIL, 1983).

131. O *habeas corpus* nº 67.707-0 (BRASIL, 1989b) foi impetrado em favor de paciente²⁹⁹ preso preventivamente com base em comprovantes de movimentações bancárias e no depoimento de outro imputado. De acordo com o outro imputado, o paciente teria comandado um homicídio, executado pelo delator em conjunto com outro imputado. A causa teria sido uma desavença comercial entre o ofendido e o paciente. Os comprovantes bancários provam transações comerciais entre o paciente e o ofendido.

A prova da existência do crime, para os ministros, eram os comprovantes bancários. Os indícios de autoria, os detalhes do depoimento do delator. Dentre muitas teses levantadas, a que interessa é a da violação à presunção de inocência por ser incompatível com a prisão preventiva. O ministro relator afirmou que a “presunção de não culpabilidade” obsta presunções contrárias ao imputado e punições antecipadas, mas há disposições constitucionais que excepcionam a presunção de inocência. Com isso, os ministros rejeitaram a argumentação e mantiveram preso o paciente.

132. Em 1991, um acórdão negou a inconstitucionalidade da prisão obrigatória para apelar. Os ministros entenderam que, de acordo com a jurisprudência do Supremo, não há qualquer inconstitucionalidade, na medida em que o art. 5º, LXI, da Constituição autoriza a prisão por ordem escrita e

²⁹⁹ Há três sujeitos no *habeas corpus*: impetrante, paciente e autoridade coatora. Impetrante é quem pede, paciente é em favor de quem é pedido e autoridade coatora é quem praticou constrição ilegal da liberdade do paciente. Como o *habeas corpus* pode ser impetrado por qualquer pessoa, o paciente pode ser também impetrante. “Art. 5º, LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (BRASIL, 1988).

fundamentada do juiz, bem como que há juízo seguro da culpa do imputado com a sentença condenatória confirmada em segunda instância. A decisão foi tomada por maioria, com voto contrário do ministro Marco Aurélio (BRASIL, 1991).

133. No *habeas corpus* nº 70.742-4 estava em discussão, dentre outras coisas, a possibilidade de atribuição de ônus probatório ao imputado que invoca, como defesa, um álibi. Ao paciente foi imputada a prática do crime de homicídio. Estava em discussão a possibilidade de o tribunal de justiça reverter a absolvição do imputado pelo júri a pretexto de haver provas para condenar³⁰⁰ porque o imputado não provou o álibi. O parecer do ministério público foi favorável à reforma e pela necessidade de prova do álibi, conforme previsto no art. 156 do Código de processo penal.

O relator citou os comentários do jurista brasileiro Damásio Evangelista de Jesus ao Código de processo penal para justificar a incumbência do ônus de provar às alegações a quem as fizer, de modo que o acusado deve provar legítima defesa, excludente de tipicidade (*sic*), ilicitude ou culpabilidade, bem como extinção da punibilidade. Outro ministro citou as supostas provas contrárias ao imputado: o depoimento do irmão do ofendido no sentido de que o imputado é autor do crime, uma testemunha que apenas viu o imputado empurrando uma moto, não recuperada para saber se era a moto do ofendido, e ouviu dois estampidos de arma de fogo, bem como uma suposta confissão em sede policial (BRASIL, 1994b). Portanto há apenas indícios a partir dos quais os ministros concluíram pela prática do crime, sem sequer mencionar a presunção de inocência.

134. O tema do ônus da prova do álibi foi retomado no *habeas corpus* nº 73.076-1. O imputado foi acusado de praticar crime de furto em data e hora nas quais, no interrogatório, alegou estar dormindo em casa. Como o imputado não salientou aspectos cuja demonstração poderia provar o álibi da permanência em casa, os ministros entenderam que o imputado não se desonerou de provar. Por isso, unanimemente, foi negada a ordem de *habeas corpus* (BRASIL, 1996).

135. A discussão instalada no recurso em *habeas corpus* nº 58.032 foi sobre a possibilidade de manutenção da liberdade provisória após condenação em

³⁰⁰ A expressão jurídica é “sentença contrária à prova dos autos”. Se é contrária à sentença, quer dizer que o oposto deveria ser feito, portanto, o que os desembargadores disseram é que o imputado deveria ter sido condenado.

segunda instância. O que há de mais importante nesse recurso é a data do julgamento, 20 de junho de 1980, distante da Constituição de 1988 em mais de 8 anos. Como não havia presunção de inocência positivada no ordenamento jurídico brasileiro, uma discussão como aquela tinha sentido, embora se discorde da necessidade de positivizar esse direito para reconhecê-lo, como argumentado no item 4.3.

De acordo com os ministros, o Código de processo penal possibilitava ao juiz manter o imputado em liberdade provisória, com ou sem pagamento de fiança, bem como, com alteração feita no art. 594, em 1973 por meio da Lei nº 5.941³⁰¹, passou a ser possível que o imputado interpusesse recurso de apelação sem ser preso, algo proibido no texto original de 1941. Os ministros do Supremo autorizaram a apelação em liberdade desde que o imputado não estivesse preso antes de apelar; contudo, confirmada a condenação em segunda instância, o “benefício” deixaria de existir (BRASIL, 1980).

136. No *habeas corpus* nº 70.351-8 foi enfrentado novamente o tema da execução provisória de pena. Na oportunidade foi citado, dentre vários outros, o *habeas corpus* nº 58.032. Um equívoco, pois a tese foi definida no recurso em *habeas corpus* nº 58.032. Nessa direção, os ministros reafirmaram que o Código de processo penal não prevê efeito suspensivo para os recursos especial e extraordinário, apenas devolutivo. Isso quer dizer que o tribunal superior apenas pode reanalisar a matéria de direito, não suspender a força do acórdão de segunda instância (BRASIL, 1994a).

137. O argumento da ausência de efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário foi retomado no acerto do *habeas corpus* nº 79.972-8. O imputado respondeu o processo em liberdade, não tinha antecedentes criminais, compareceu a todos os atos dos quais foi comunicado e a sentença condenatória, reafirmada em segunda instância, não havia transitado em julgado.

Contudo, como os recursos extraordinário e especial “pela índole [*sic*] excepcional não têm efeito suspensivo, [...] ainda que porventura interpostos, nada impede seja expedido mandado de prisão contra o acusado. Precedentes da Corte.”

³⁰¹ “Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto” (BRASIL, 1973).

Como a presunção de inocência não seria suficiente para atribuir efeito suspensivo, a maioria dos ministros negou a ordem, exceto Marco Aurélio que entendeu haver conflito da execução provisória da pena com a presunção de “não culpabilidade” (BRASIL, 2000a).

138. Também nos *habeas corpus* nº 80.535-3 (BRASIL, 2000b) e 81.340-2 (BRASIL, 2001) foi preservado o entendimento de que é possível a execução provisória da sentença condenatória confirmada em segunda instância sob o argumento de ser conforme “a jurisprudência da corte”. Ressalva feita pelo ministro Sepúlveda Pertence que defendeu a necessidade de observar o princípio da “não culpabilidade”.

O argumento do ministro foi no sentido de a execução provisória da sentença ser uma hipótese semelhante ao lançamento do nome do condenado no rol de culpados. Se não é possível lançar o nome no rol de culpados, também não é possível impor o tratamento mais gravoso, de início do cumprimento da pena. No segundo *habeas corpus* sequer houve análise detida do caso, apenas síntese do caso e citação de acórdãos anteriores sobre o tema, todos posteriores à Constituição, mas reiterando a jurisprudência firmada em período anterior a 1988.

139. Na petição nº 2.861-9, o defensor comunicou ao Supremo a condenação do imputado ao cumprimento de duas penas alternativas, uma de prestação de serviços comunitários e outra de prestação pecuniária. O tribunal de justiça determinou o imediato início do cumprimento da pena enquanto o imputado aguardava julgamento do recurso extraordinário. Citando acórdãos anteriores sobre a possibilidade de cumprimento da pena após condenação em segunda instância, a petição foi indeferida, porquanto a reparação do dano em caso de absolvição, apesar de ser de “extrema dificuldade”, não obstaría o cumprimento da pena. A decisão foi unânime (BRASIL, 2003b).

140. O entendimento sobre a possibilidade de execução provisória de pena restritiva de direitos foi reiterado no *habeas corpus* nº 83.978-9. Dentre os argumentos está a suposta não afronta à presunção de “não culpabilidade”, conforme acórdãos anteriores do Supremo, todos da década de 1990, inclusive o acórdão da petição nº 2.861. O *habeas corpus* foi indeferido por maioria de votos, com a ressalva do ministro Gilmar Mendes que alegou a impossibilidade de

execução provisória de pena restritiva de direitos por imposição do art. 147 da Lei de execução penal (BRASIL, 2004a).

141. Nos *habeas corpus* nº 95.015-9 e 97.820-7 foi analisada a possibilidade de conceder liberdade provisória nos crimes instituídos na Lei nº 11.343/06 diante da proibição constitucional de fiança³⁰² e da proibição legal de fiança e de liberdade provisória³⁰³. O relator citou a jurisprudência do Supremo sobre a impossibilidade de conceder liberdade nesses crimes. Em um dos acórdãos foi referido que seria inconstitucional a Lei nº 11.343/06 se permitisse a fiança em crimes para os quais há vedação constitucional.

O acórdão foi decidido por unanimidade a pretexto de ser incabível a liberdade nos crimes previstos na lei de drogas ilícitas, com as divergências do ministro Marco Aurélio em ambos, no primeiro para reconhecer a ilegalidade da prisão em flagrante, realizada fora das hipóteses previstas no art. 302 do Código de processo penal, e no segundo para reconhecer o excesso de prazo da prisão preventiva, bem como a possibilidade de liberdade (BRASIL, 2009c). Marco Aurélio foi o único a perceber a diferença entre estado de coisas (liberdade) e contracautela (fiança), uma garantia de não fuga, prestada ao estado, mediante pagamento e obrigação de comparecer aos atos para os quais for convocado.

142. No *habeas corpus* nº 82.770-5, a prisão preventiva do paciente foi imposta para prevenir a reprodução do crime e para acautelar tanto o meio social, quanto a credibilidade da justiça diante da gravidade do crime e da repercussão social. O “respeito merecido” pelo tribunal do júri, pela cidade e pelo país foi justificativo da prisão do imputado pela juíza de primeira instância porque, solto, supostamente desrespeitaria ao júri, à cidade e ao país. Usou, então, como fundamentos, elementos estranhos ao processo, em vez de provas.

A pretexto de garantir a ordem pública, os ministros citaram acórdãos anteriores no sentido do cabimento da prisão preventiva porque o juiz não estaria

³⁰² “Art. 5º, XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem” (BRASIL, 1988).

³⁰³ “Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico” (BRASIL, 2006).

obrigado a motivar a decisão que determina que o imputado apele em liberdade, apenas deveria motivar se fosse para soltar. O *habeas corpus* foi indeferido por maioria, com exceção do ministro Celso de Mello que apontou a chicana da juíza de primeira instância ao fixar duas prisões preventivas. A primeira foi cassada pelo tribunal de justiça, então foi imposta a segunda para evitar a soltura do paciente (BRASIL, 2003a).

143. A primeira referência ao *in dubio pro reo* que se encontrou foi no recurso em *habeas corpus* nº 32.769. A imputação foi de um rapto e sedução de adolescente, com a constatação pericial do “desvirginamento”. O juiz de primeira instância decretou a prisão preventiva, mas o imputado se evadiu. O defensor impetrou *habeas corpus* preventivo no intuito de cassar a decisão que decretou a prisão preventiva. O tribunal de justiça negou e o advogado recorreu.

Os ministros mantiveram a prisão preventiva sob os argumentos de que, apesar de haver divergências nos depoimentos prestados pela suposta ofendida, perante o juiz, a suposta ofendida alegou coações praticadas pelo imputado para mentir, mas o ato sexual foi praticado com o imputado. Contudo o imputado teria persistido nos assédios e, por isso, a prisão seria cabível para a conveniência da instrução criminal. Pensaram que, solto, o imputado continuaria influenciando no ânimo da suposta ofendida. O ministro relator concluiu que a prisão preventiva não exige um juízo de certeza, apenas a suspeita da autoria. Na apreciação das provas não deveria prevalecer o *in dubio pro reo*, mas o *in dubio pro societate*. A decisão foi unânime (BRASIL, 1953).

144. O segundo foi um *habeas corpus*, impetrado em 1962, pelo advogado Marcial Ablas Caropreso. Dentre muitos outros argumentos: a prisão cautelar implica em prisão pena ao contrário do que afirmava Vincenzo Manzini, é necessário fundamentar a decretação da prisão preventiva, inexistia perigo para fundamentar a prisão preventiva, a prisão obrigatória era fruto de códigos fascistas, a compulsoriedade e indeterminação da prisão cautelar eram inconstitucionais, a prisão foi decretada com base apenas em fatos e documentos da investigação o que viola o contraditório, arbitrariedade da prisão preventiva e a decisão baseada exclusivamente em indícios produz equívocos.

Por unanimidade o *habeas corpus* foi negado, sob os argumentos do relator: nenhuma “dúvida razoável” teria sido levantada contra a constitucionalidade da prisão preventiva obrigatória nos mais de 20 anos de vigência, tampouco seria um desafio à democracia, as provas são oferecidas geralmente pelas partes e o juiz as aprecia, o *in dubio pro reo* somente prevalece para a condenação, não para a decretação da prisão preventiva (BRASIL, 1962).

145. O recurso em *habeas corpus* nº 50.376 foi interposto contra decisão que manteve o paciente preso preventivamente pela suspeita de matar a própria filha. O imputado alegou que ocorreu suicídio, as testemunhas não presenciaram nada. Em uma visita à filha numa clínica psiquiátrica, o imputado supostamente a teria matado. Ninguém viu, nem ouviu nada. O indício que fundamentava todo o caso foi a entrada do imputado no quarto, todo o resto, como não poderia ser diferente, era presunção.

Os ministros reiteraram que o *in dubio pro reo* não valeria para a prisão preventiva, que bastariam a prova da materialidade e indícios de autoria para a prisão preventiva. Citaram vários acórdãos anteriores para justificar a prisão. Os fundamentos da prisão foram a garantia da conveniência da instrução criminal, porque o imputado tentou prestar socorro à filha que agonizava e, com isso, alterou a cena do crime, bem como a garantia da aplicação da lei criminal sem qualquer justificativa. No último voto houve, ainda, referência à confiança do tribunal no juiz local, pelo contato imediato com o caso que permitiria aferir os fatos “melhor do que ninguém” (BRASIL, 1972).

146. A primeira arguição do *in dubio pro reo* como critério de desempate de votações colegiadas, no Supremo, ocorreu em 1974, no recurso extraordinário nº 79.557. O imputado ajuizou revisão criminal para tentar reverter condenação anterior. O tribunal de justiça negou o pedido com voto de desempate contrário ao imputado. O recurso extraordinário foi interposto sob a alegação de que, como houve empate na votação, o voto de desempate deveria ter sido favorável, não contrário ao imputado, por regra prevista no regimento interno do tribunal de alçada.

O advogado alegou que o acórdão violou o princípio constitucional do *in dubio pro reo*. O relator afirmou que o *in dubio pro reo* era “regra meramente prática, despida de qualquer valor científico” e, por isso, era “sem pertinência ao caso dos autos”. Além disso, os acórdãos citados pela defesa não estariam relacionados ao *in*

dubio pro reo na decisão de desempate e não havia preceito constitucional a apontar como violado, pois o *in dubio pro reo* não seria regra constitucional. O acórdão foi decidido por unanimidade (BRASIL, 1974).

147. Em 2002, o *in dubio pro reo* foi debatido novamente, no *habeas corpus* nº 82.027-1. Nesse caso, o imputado foi absolvido pelo juiz sob a alegação de inconsistência das provas e insuficiência para condenação. O ministério público apelou e, em segunda instância, obteve a reversão da sentença. Contra o acórdão do tribunal de justiça foi impetrado o *habeas corpus* porque havia inconsistência suficiente para absolvê-lo.

A pretexto de o acórdão estar baseado na interpretação do conjunto probatório conforme os “limites do livre convencimento do julgador, sem violar os princípios do contraditório, do devido processo legal”, bem como de ser aplicável o “aforismo” do *in dubio pro reo* apenas se houver dúvida, o relator votou pelo indeferimento do *habeas corpus* e foi acompanhado pelos demais ministros (BRASIL, 2002).

148. O brocardo *in dubio pro societate*, regra instituída pelo princípio inquisitório da presunção de culpa, foi reafirmado no recurso extraordinário nº 540.999-6. O imputado foi pronunciado³⁰⁴ sem provas suficientes de que tivera praticado crime de homicídio. Recorreu da sentença de pronúncia. O recurso em sentido estrito foi rejeitado. Então interpôs o recurso extraordinário. Em juízo foi obtida a delação de um coimputado, parcialmente confirmada pelos depoimentos de duas testemunhas. O relator não informou o conteúdo da delação e nem o conteúdo confirmatório. Os ministros reafirmaram que a presunção de inocência não exige provas capazes de subsidiar um juízo de certeza, por isso, para a pronúncia vale o *in dubio pro societate*. Dessa forma, de acordo com os ministros, fica preservada a competência exclusiva do tribunal do júri. O recurso foi negado por maioria, com voto divergente de Marco Aurélio (BRASIL, 2008).

149. O *habeas corpus* nº 84.680-7 foi impetrado para cassar decisão que decretou a prisão preventiva do acusado para garantir a ordem pública a pretexto de as testemunhas temerem agressões do imputado e de a localidade do crime ser insegura, uma localidade isolada com pequena presença do estado, o que a torna

³⁰⁴ A sentença de pronúncia é a sentença de envio do caso de crime doloso contra a vida para julgamento pelo tribunal do júri.

conhecida por violentos conflitos fundiários. A decisão do juiz que decretou a prisão foi fundamentada na possibilidade de o imputado prejudicar a ordem pública em razão da enorme repercussão nacional e clamor público envolvendo o crime.

Os argumentos de clamor social e de repercussão nacional foram considerados relevantes também pelo ministro relator que afirmou ser possível decretar a prisão preventiva nesses casos, para garantir a ordem pública. Destacou também a notícia de ameaça às testemunhas de acusação, sem identificação do coimputado responsável pelas ameaças. A “notoriedade” da violência da região foi acolhida pela maioria para negar o *habeas corpus*, com divergência do ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2004b).

150. O último *habeas corpus* analisado foi o de nº 152.752. Como já se disse, o acórdão do *habeas corpus* nº 126.292 pavimentou o caminho para admitir a execução provisória de pena. Mas outro detalhe nos interessa, menos percebido. Houve empate no julgamento. O desempate coube à ministra que presidia o Supremo na data. O voto foi tomado em prejuízo do imputado.

4.3 O estado de exceção manifestado nas suspensões da presunção de inocência

“A decisão proferida pelo Plenário do STF, no julgamento do HC 126.292, em 17 de fevereiro de 2016, não violou o núcleo da presunção e inocência e pode promover uma melhoria no funcionamento do processo penal brasileiro, bem como rechaçar o uso indiscriminado e abusivo de recursos protelatórios com vistas a obter a prescrição.”

(Antonio Henrique Graciano Suxberger e Marianne Gomes de Amaral)

151. O mais antigo dos casos analisados foi decidido em 1952. Não foram localizadas decisões anteriores no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, apesar de a criação do tribunal datar de 9 de janeiro de 1829, com o nome de Supremo Tribunal de Justiça (BRASIL, 2019g). De todo modo, bastaram os acórdãos analisados para concluir esta dissertação, pois a positivação da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu apenas em 1988.

Isso abre uma contradição aparente. Se não havia presunção de inocência positivada, pode parecer que não pode haver uma presunção de inocência a ser

violada antes de 1988. De fato, desde uma concepção legalista do ordenamento jurídico, pode não ser defensável uma interpretação como essa. Mas se entende a presunção de inocência como uma opção política pela civilidade³⁰⁵.

Ao final do processo criminal há sempre um pronunciamento de absolvição ou condenação. A absolvição, ainda que não seja acompanhada de uma declaração expressa de inocência do imputado, carrega esse conteúdo implicitamente, ainda que seja uma inocência ficta, como nas hipóteses de extinção da punibilidade³⁰⁶. A condenação, por outro lado, só deve ser consequência da culpa do imputado. Se o processo criminal prevê algum tipo de recurso que obsta o trânsito em julgado, isso só pode significar que o juízo de culpa só está formado ao final do processo. Do contrário, não haveria recurso e, talvez, sequer processo. Por isso entende-se que a presunção de inocência está implícita nos ordenamentos jurídicos, sempre com regras excepcionais de presunção de culpa, criadas conforme os interesses do poder soberano.

Não foram apenas os franceses que reconheceram a presunção de inocência na *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789. Em 10 de dezembro de 1948 a *United Nations* editou a **Universal declaration of human rights (Declaração universal dos direitos humanos)**, na qual a presunção de inocência foi inscrita no art. 11, (1): “Art. 11. (1) Toda pessoa acusada de uma infração criminal tem o direito de ser presumido inocente até provarem a culpa conforme o direito em um processo público no qual tenha as garantias necessárias para se defender”³⁰⁷. Falar em violações à presunção de inocência pode remeter tanto a uma condição imanente do processo, quanto ao direito humano à presunção de inocência inscrito em 1948 na declaração internacional.

³⁰⁵ A presunção de inocência é um “principio fundamental de civilidad [...] fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable” (FERRAJOLI, 1995, p. 549). Por isso: “o Direito, sem ser jusnatural, é muito mais que positivismo e legalismo!” (COUTINHO, 2013, p. 89).

³⁰⁶ “Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: I - pela morte do agente; II - pela anistia, graça ou indulto; III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; IV - pela prescrição, decadência ou perempção; V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; [...] IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei” (BRASIL, 1940).

³⁰⁷ “Article 11. (1) Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence.” (UNITED NATIONS, 1948, tradução livre).

152. Os casos analisados estão todos circunscritos às formas processuais de *habeas corpus*, recurso ordinário constitucional em *habeas corpus*, recurso extraordinário e petição. O volume excessivo de *habeas corpus* é consequência tanto do parco sistema recursal brasileiro³⁰⁸, cujos recursos para os tribunais superiores não têm efeito suspensivo e não são cabíveis para a defesa em alguns casos, quanto do excesso de abusos perpetrados pelo país, primordialmente pelo legislativo na criação de leis inconstitucionais, mas também pelo judiciário³⁰⁹. Portanto, não é um abuso do *habeas corpus*, mas um abuso das violações aos direitos e das restrições aos recursos defensivos.

A petição é direito constitucional de comunicar ilegalidades e abusos de poder aos poderes públicos³¹⁰. O recurso extraordinário é meio para atacar decisões em única ou última instância que, dentre outras coisas, contrariam disposições constitucionais e declaram a inconstitucionalidade de lei federal ou tratado internacional (BRASIL, 1988). O recurso ordinário em *habeas corpus* é meio para atacar decisões denegatórias de *habeas corpus* proferidas por tribunais de segunda instância ou de instância superior, de competência do Superior Tribunal de Justiça contra decisões denegatórias proferidas por tribunais de justiça ou tribunais

³⁰⁸ O descumprimento das normas, incentivado por “uma cultura *repressivista* conduzida pelos meios de comunicação e fincada no pensamento neoliberal, muitos juízes, na falência dos postulados da filosofia da consciência [...], têm adotado [...] *posturas* solipsistas e, como justiceiros, têm [...] *infligido baixas pesadas* [...] aos direitos e garantias individuais. Para tais situações, o sistema recursal do CPP, idealizado para um juiz ‘cumpridor da lei’, perdeu efetividade e, assim, contabilizaram-se – e se contabilizam – injustiças inomináveis. Por conta disso [...] os próprios magistrados [...] viram no HC, após a CR/88, uma saída rápida e eficaz, razão por que, de uma matriz de garantia do direito de ir e vir, acabou ele estendido a qualquer violação de direito” (COUTINHO, 2013, p. 90-91).

³⁰⁹ “Os dados da pesquisa indicam que, atualmente, as principais questões jurídicas discutidas em sede de *habeas corpus* – ou seja, os atos que representam os maiores riscos à liberdade individual – provêm do Poder Legislativo, mediante a edição de legislações que, posteriormente, são declaradas inconstitucionais (não sem antes gerar volumes enormes de impetrações apontando essa inconstitucionalidade), e também do próprio Poder Judiciário, na medida em que as decisões dos Tribunais Superiores demoram a ser incorporadas pelos magistrados de primeiro e segundo grau, gerando insegurança jurídica e alimentando a espiral de processos nos Tribunais Superiores. [...] Ademais, muitas impetrações decorrem da oscilação da jurisprudência e das divergências entre órgãos do mesmo tribunal superior. A falta de mecanismos que estimulem a uniformização de jurisprudência no âmbito dos próprios Tribunais Superiores também é um fator responsável pelas reiteradas impetrações de HC e RHC” (BOTTINO, 2016 p. 101).

³¹⁰ “XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder” (BRASIL, 1988).

regionais federais, ou do Supremo Tribunal Federal contra decisões denegatórias proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça³¹¹.

A expressão *habeas corpus* significa “tenhas o corpo”. Como anotou Agamben, a fórmula original, prevista na *magna charta* inglesa de 1215, era uma ordem de apresentação do *homo liber* ao tribunal. Em 1679, o *habeas corpus act* converteu a fórmula em uma lei que determinava a apresentação do corpo da pessoa presa, inaugurando uma política moderna de exclusão da *bios (homo)* e inclusão da *zoé (corpus)* (AGAMBEN, 2007, p. 129).

Os requisitos do pedido de *habeas corpus* estão previstos no art. 654, § 1º, do Código de processo penal. Primeiro, indicação do paciente cuja liberdade é violentada, coagida ou ameaçada de violência ou coação. Segundo, indicação da autoridade coatora. Terceiro, descrição da violência ou coação, ou justificativa do temor de ameaça de violência ou coação. Quarto, assinatura do impetrante. Quinto, indicação da residência do impetrante. Pelas disposições dos art. 661 e 662, se o *habeas corpus* for julgado por tribunal de segunda instância ou tribunal superior, os ministros e desembargadores devem pedir informações, exceto quando o *habeas corpus* deve ser indeferido liminarmente (BRASIL, 1941b). Nos *habeas corpus* apresentados aos juízes, a petição deve ser acompanhada da documentação que prova o alegado. Essa impossibilidade de produzir provas é a “via estreita”, a impossibilidade de uma instrução processual para além das hipóteses previstas. Mas essa impossibilidade de dilação probatória não proscree a análise aprofundada das provas documentais que instruem o *habeas corpus*³¹².

153. Maurício Zanoide de Moraes norteou a discussão sobre as principais violações da presunção de inocência ao abordar em quais sentidos deve ser

³¹¹ “Art. 102, II - julgar, em recurso ordinário: a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; [...] Art. 105, II - julgar, em recurso ordinário: a) os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória” (BRASIL, 1988).

³¹² “Não há que se confundir sumariedade na cognição com superficialidade da discussão. O HC não permite que se produza prova ou se faça uma cognição plenária, exauriente, com juízo de fundo, da questão. Mas, de modo algum, significa que somente questões epidérmicas ou de superficialidade formal possam ser objeto do *writ*” In: LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, p. 1122. Discorda-se apenas quanto à impossibilidade de cognição completa. As restrições legais são restrições à instrução, não ao conhecimento. Desde que existam provas documentais suficientes para uma cognição plena, não há justificativa legal para não analisar aprofundadamente as provas apresentadas.

interpretada. Toma-se como exemplos para descrever as principais violações. Primeiro, alargamento, pela criação de leis ou pela interpretação, do risco da liberdade do imputado (*periculum libertatis*) para justificar a restrição cautelar. Segundo, amplitude semântica e inconstitucional da ordem pública como fundamento de medida cautelar³¹³. Terceiro, ausência de revisão periódica da decisão judicial que determinou a medida coatora para avaliar a subsistência do fundamento. Quarto, dificuldade na obtenção de indenização por erro na decretação da medida. Quinto, interpretação das provas do modo mais desfavorável ao imputado a pretexto de um *in dubio pro societate* que ignora o imputado como membro da sociedade e os interesses sociais de evitar condenações de inocentes, sobretudo na decisão de admissibilidade da acusação e na sentença de pronúncia. Melhor o termo proposto por Alexandre Morais da Rosa, atento às permanências da inquisição canônica: na dúvida, para o inferno (*in dubio pro hell*) (ROSA, 2018, p. 17-31). Sexto, inscrição de uma absolvição de “segunda classe” dentre as hipóteses absolutórias, destinada à ausência de provas suficientes para condenar³¹⁴. Sétimo, não aplicação do *in dubio pro reo* na absolvição sumária³¹⁵. Oitava, inclusão provisória do nome do imputado no rol de culpados. Nona, prisão provisória de imputado enquanto couber recurso da decisão. Décima, execução provisória da pena. Décima primeira, abuso de exposição midiática. Décima segunda, inversão da carga probatória. Décima terceira, interpretação das normas dúbias, ambíguas e conflitivas em detrimento do imputado, o que, seguindo a trilha de Alexandre Morais da Rosa, chama-se de interpretação a favor de mandar o imputado para o inferno

³¹³ Mas o jurista aceita a ordem pública como fundamento das medidas cautelares, desde que restringida por três critérios cumulativos, relacionados ao caso. Primeiro, a proporcionalidade entre a medida cautelar e a pena cominada no tipo legal. Segundo, as circunstâncias do crime provadas nos autos, como o homicídio por esquartejamento. Terceiro, o tempo decorrido entre o descobrimento do crime e do autor e a data da decisão sobre as medidas cautelares, de modo que, quanto mais distante, menos devem ser deferidas (MORAES, 2010, p. 382-398).

³¹⁴ “Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...] VII – não existir prova suficiente para a condenação” (BRASIL, 1941b).

³¹⁵ “Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código [resposta do imputado à acusação], o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade; III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV - extinta a punibilidade do agente. [...] Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando: I – provada a inexistência do fato; II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato; III – o fato não constituir infração penal; IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime” (BRASIL, 1941b).

ou, de modo mais sintético, interpretação a favor do inferno (*favor helli*) (MORAES, 2010, p. 370-424, 440-461 e 509-523).

Zanoide citou outras hipóteses, como a espontaneidade da confissão, mas discorda-se que tenham relação com a presunção de inocência. Exigir que a confissão seja espontânea, fornecida por pessoas maiores de 18 anos e mentalmente sãs. Essas questões se cruzam, obviamente, mas estão mais relacionadas ao direito à liberdade e à vedação de tortura, tratamento desumano, cruel ou degradante³¹⁶. Assim também ocorre com a exigência de fundamentação das decisões que decretam medidas cautelares. Existe um dever imposto aos juízes, distinto do dever de tratar as pessoas como inocentes. São deveres complementares.

Como advertiu Aury Lopes Jr., a ordem pública e ordem econômica são inconstitucionais pela inexistência de caráter cautelar. As medidas cautelares têm a finalidade de assegurar a eficácia do processo. Servem para evitar obstruções à investigação ou ao processo, bem como evitar que o imputado fuja (LOPES JR., 2018, p. 646-652). Contudo pensa-se que isso é consequência imediata do princípio da legalidade a proscriver indeterminações nos textos normativos. Viola, em segundo momento, também a presunção de inocência, pois permite tratamento do imputado como se culpado fosse.

Na análise dos casos, partiu-se de uma concepção de presunção de inocência formada pela integração entre quatro proibições cumulativas. Primeiro, uma vedação a qualquer interpretação das provas de modo desfavorável ao imputado (*in dubio pro reo*), sobretudo decorrente de indícios cuja conclusão é sempre resultado de uma presunção. Segundo, vedação de qualquer interpretação das normas de modo desfavorável ao imputado (*favor rei*), de modo que qualquer amplitude semântica, ambiguidade ou dúvida sobre a norma aplicável deve ser interpretada do modo mais restritivo e favorável ao imputado. Terceiro, vedação de

³¹⁶ “Art. 5º, III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; [...] Art. 5º, XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis” (BRASIL, 1988). Se não pode haver pena cruel, de trabalho forçado, perpétua ou de banimento e a morte só pode ser aplicada nos crimes militares apenados com a morte, durante o estado de guerra, muito menos seriam admitidos esses tratamentos no ordenamento jurídico positivo antes de uma condenação definitiva. De todo modo, como a exceção se tornou regra, cotidianamente tudo isso e muito mais é feito, pela aplicação de regras costumeiras.

tratamento do imputado como culpado por quem quer que seja, exceto as permissões constitucionais de prisão³¹⁷, inclusive de divulgação do nome e/ou da imagem do imputado durante o processo. Quarto, vedação de qualquer exigência ao imputado de prova ou indicação de prova.

154. No recurso em *habeas corpus* nº 31.748 foi realizada discussão que permanece atual, consequência da chamada via estreita do *habeas corpus*, orientada pela mudança da liberdade política na modernidade. O atestado carcerário provou que o imputado estava preso na data do crime imputado, em razão do cumprimento de mandado de prisão preventiva expedido por outro juiz. Mas as formalidades, de acordo com os ministros, não permitiam absolvê-lo. Era necessária uma revisão criminal.

Nesse caso, a presunção de inocência foi integralmente violada. Primeira, pela exigência de que o imputado suportasse o fardo de provar que é inocente, mesmo havendo provas à disposição dos órgãos públicos para constatar que era inocente. Bastava ao promotor expedir um ofício ao departamento prisional para descobrir que acusou a pessoa errada. Um detalhe que não extrapola em nada as cautelas inerentes ao ato de acusar. Segunda, mesmo tomando ciência da inocência do imputado, foram exigidas formalidades desnecessárias a pretexto de não caber dilação probatória no *habeas corpus*. Não faria diferença, pois havia prova da inocência do imputado. Os ministros reconheceram ser uma “prova forte” emitida e chancelada por órgão estatal. Daí porque se entende como indevida qualquer limitação à cognição das provas documentais do *habeas corpus*. Terceira, a dúvida sobre a possibilidade de conceder o *habeas corpus*, uma dúvida sobre a interpretação normativa, foi interpretada do modo mais desfavorável ao imputado. Quarta, a dúvida sobre a ocorrência do fato que, nesse caso, foi uma dúvida sobre a possibilidade de o imputado fugir da prisão para praticar o crime e voltar em seguida, foi interpretada do modo mais desfavorável ao imputado.

155. A discussão no *habeas corpus* nº 43.923 é aquela da inversão da carga da prova, inspirada na dinamização da prova conforme a parte que alega o fato,

³¹⁷ Não se usou a palavra “constitucionais” sem motivo. Qualquer ampliação vaga ou ambígua das hipóteses constitucionais é inconstitucional tanto por violar o princípio da legalidade, quanto por permitir tratamento do imputado como culpado. É esse o caso das prisões em flagrante impróprio e presumido, pois ambas autorizam presumir que o preso seja o autor do crime (CANI, no prelo).

prevista no art. 156 do Código de processo penal. A inversão da carga da prova foi determinada também no recurso em *habeas corpus* nº 47.465 (BRASIL, 1969), no recurso em *habeas corpus* e no *habeas corpus* nº 67.709 (BRASIL, 1989c). No primeiro *habeas corpus*, o imputado arguiu o descumprimento de formalidade legal na realização de reconhecimento pessoal na medida em que o policial que conduziu o reconhecimento sugeriu o suspeito e que o ofendido alegou diferenças entre o autor do crime e o imputado.

As formalidades para o reconhecimento de pessoas foram inscritas no art. 226 do Código de processo penal³¹⁸. Para além da violação do princípio da legalidade, o que interessou foi a atribuição do ônus probatório ao imputado sobre o descumprimento das formalidades. Ademais de ser uma prova negativa, impossível porque só pode ser provado o que ocorreu, não o que não ocorreu, provar que o meio de prova foi utilizado corretamente integra a carga probatória do acusador, não do imputado.

Como observou o jurista brasileiro Afrânio Silva Jardim, a divisão do crime em elementos tem finalidade somente metodológica. O crime é indivisível, por isso o estado só deve³¹⁹ condenar o imputado cujo crime foi provado em todos os elementos: tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Por isso, para ele, apenas o acusador alega fatos que atribui ao imputado. Eventual afirmação contrária do imputado não é uma alegação, mas uma negativa do fato imputado na denúncia. Assim, o benefício da dúvida sempre deve ser do imputado, porque a dúvida é a prova de que o acusador não convenceu o juiz do fato típico, ilícito e culpável que imputou (JARDIM, 2002, p. 207 e 213).

³¹⁸ “Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. Parágrafo único. O disposto no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento” (BRASIL, 1941b).

³¹⁹ Afrânio Jardim usou o termo “poderá”. Como se parte do pressuposto de que o poder soberano pode tudo, inclusive afirmar que não existe ilegalidade, desloca-se a questão da relação ato-potência para a deontologia: não deve poder.

Discorda-se que uma negativa não seja uma alegação. Se não alegar, não pode negar. A negativa é o conteúdo da alegação que nega. De todo modo, o fato é que a carga probatória do acusador não é esgotada sem provar todos os elementos do crime. Tampouco se entende que exista um incremento na carga probatória do acusador pela negativa, porquanto, desde o início, deve suportar o fardo de provar o crime com todos os elementos, tomando o cuidado para não imputar excessivamente ou sem provas³²⁰.

Daí porque se entende haver uma violação à presunção de inocência nos casos de inversão da carga da prova, em pelo menos três sentidos. Primeiro, a carga probatória é redistribuída. Segundo, o imputado, quase imediatamente, é tratado como culpado. Terceiro, as dúvidas são convertidas em certeza por meio do deslocamento da carga probatória, de modo que as referências à “prova do álibi” funcionam como mantras para que os juízes consigam se livrar das dúvidas.

156. No recurso em *habeas corpus* nº 61.036-6 foi discutida a necessidade de prova pelo imputado do álibi controvertido. O prontuário médico apresentado pelo imputado foi considerado duvidoso pelo juiz, pelo tribunal de justiça e pelo Supremo por conta da data em que foi preenchido, posterior ao fato. Isso teria criado um álibi controvertido porque não aceito pelo acusador e nem pelos magistrados. Além disso, o *habeas corpus* não se prestaria para discutir essa matéria. Nesse caso, houve uma violação integral à presunção de inocência.

Primeira, as provas do acusador não colocaram suficientemente o imputado na cena do crime, do contrário o álibi apresentado, prontuário médico, não seria suficiente para gerar qualquer dúvida sobre a imputação. Segunda, instalada a dúvida em torno da imputação, o que se entende ser suficiente para trancar o processo, os ministros entenderam que o imputado não se desincumbiu totalmente de provar que era inocente. Por isso negaram a ordem e mantiveram o processo. Terceiro, ao não trancarem o processo, trataram o imputado como culpado, pois, se o imputado é presumido culpado e deve provar a inocência, só pode ser tratado como culpado. Aqui vale o mesmo raciocínio elaborado nos aforismos 154 e 155.

157. Esteve em pauta no *habeas corpus* nº 67.707-0 a discussão sobre a possibilidade de prisão de imputado com base em delação de coimputado aliada a

³²⁰ Esse excesso de acusação ou acusação sem prova é chamado de *overcharging* nos países de *common law*.

comprovantes de transferências bancárias como prova de desavença comercial. As provas do homicídio seriam os comprovantes bancários (*sic*) e a delação do coimputado o indício da autoria. Como havia provas de transações comerciais, os ministros presumiram que o imputado era responsável pelo homicídio do ofendido.

Sob a alegação de existência de exceções constitucionais à presunção de “não culpabilidade”, os ministros violaram pelo menos três vezes a presunção de inocência. Primeiro, flexibilizaram a carga probatória do acusador, admitindo comprovantes de transações bancárias como provas indiciárias de homicídio. A premissa maior do raciocínio é falsa, assim como a conclusão: pessoas envolvidas em transações bancárias são homicidas, logo o imputado matou o ofendido. Fosse verdadeira a premissa, todos seríamos homicidas, a contar da data da primeira movimentação bancária. Vale aqui o raciocínio do aforismo 155. Segundo, interpretaram os comprovantes bancários do modo mais desfavorável ao imputado para responsabilizá-lo pelo homicídio. Terceiro, trataram o imputado como culpado.

Ademais, há referência à presunção de “não culpabilidade” de Vincenzo Manzini, importada por Antonio Bento de Faria, Eduardo Espínola Filho e Hélio Bastos Tornaghi, sem qualquer referência aos autores. Uma presunção de não culpabilidade não é mais que uma presunção de culpa encoberta a pretexto de uma presunção “mitigada” para casos já defendidos por João Mendes de Almeida Júnior no fim do século XIX como presunção de culpa do imputado nas hipóteses de prisão em flagrante, confissão e reincidência (ALMEIDA JÚNIOR, 1959a, p. 350-351), sem se referir ao termo presunção de “não culpabilidade”, até mesmo porque o termo foi um disfarce criado por Manzini.

158. A declaração de constitucionalidade da prisão obrigatória feita no recurso extraordinário nº 133.489-4 teve como pressuposto tanto a exceção à presunção de inocência inscrita como possibilidade de prisão por ordem escrita e fundamentada do magistrado competente, prevista no art. 5º, LXI, da Constituição, quanto à existência de um “juízo seguro da culpa” decorrente da sentença condenatória em primeira instância.

A conclusão do processo não é pré-requisito para o início do cumprimento da pena em alguns países ocidentais. Esse argumento serve de justificativa muitas vezes para admitir a execução provisória da pena, como ocorreu no acerto do

habeas corpus nº 126.292 pelo Supremo, em 2016. A execução provisória de pena tem semelhanças com a prisão obrigatória, mas não se confundem totalmente. O que há de semelhante é o pré-requisito do trânsito em julgado da sentença condenatória, pois, à época do julgamento do recurso extraordinário nº 133.489-4 a Constituição estava vigente há mais 3 anos.

Como o art. 5º, LVII, da Constituição contém referência expressa ao trânsito em julgado, nem execução provisória de pena, nem prisão obrigatória são constitucionais. Ainda que não houvesse referência nesse sentido, o juízo de culpa só é formado ao final do processo. Do contrário não existiriam recursos e talvez nem processo. A prisão obrigatória também é semelhante à execução provisória de pena porque antecipa o cumprimento da pena, assim como era justificada para evitar fugas. Os elementos distintivos da prisão obrigatória são a obrigatoriedade e a prisão após condenação em primeira instância. Apesar disso, muitos desembargadores, desde o acerto do *habeas corpus* nº 126.292, passaram a determinar o cumprimento automático da pena após condenação em segundo grau.

Nessa direção, entendo que o acórdão violou a presunção de inocência por pelo menos três motivos. Primeiro, pela interpretação do *periculum libertatis* do modo mais desfavorável ao imputado (*in dubio pro reo*). Segundo, pela interpretação da presunção de inocência como insuficiente para atribuir efeito suspensivo aos recursos para os tribunais superiores (*favor hell*). Terceiro, porque a sentença condenatória não havia transitado em julgado.

159. O objeto do debate no *habeas corpus* nº 70.742-4, dentre outras coisas, foi a atribuição de ônus probatório ao imputado que invocou alibi como defesa e foi absolvido pelo tribunal do júri. A absolvição foi reformada pelo tribunal de justiça, em recurso do ministério público, a pretexto de não haver provas do alibi, o que tornaria a absolvição contrária às provas produzidas pelo acusador.

Aqui foram localizadas duas violações à presunção de inocência que, ao que parece, os ministros nem lembraram que existe. Primeira, a inversão da carga da prova, citando Damásio de Jesus, para quem o imputado deve provar excludentes de tipicidade (*sic*) (na verdade, a atipicidade do fato), de ilicitude e de culpabilidade. Por esse entendimento, quiçá os familiares sobreviventes tivessem o dever de provar a morte do imputado falecido em prazo de x dias, sob pena de condenação à

morte. Ademais, servem os argumentos do aforismo 155. Segunda, a interpretação da dúvida do modo mais desfavorável ao acusado para reconhecer a existência de prova suficiente para condenar diante da fragilidade do álibi alegado pelo imputado. Como já disse no aforismo 157, a dúvida só deve ser interpretada em benefício do imputado. Se houve dúvida, o acusador não se desincumbiu de suportar o fardo da prova.

160. No recurso em *habeas corpus* 58.032 foi discutida a possibilidade de continuar solto após condenação em segunda instância. O acerto data de 1980. O argumento dos ministros foi o da possibilidade de manter o imputado em liberdade apenas se não fosse condenado em segunda instância, pois os recursos para os tribunais superiores não têm efeito suspensivo. Esse julgado pode ter pavimentado o caminho para as discussões sobre o marco inicial da execução provisória de pena. Aqui também são aplicáveis os argumentos do aforismo 158.

161. Em sede do *habeas corpus* nº 70.351-8 os ministros discutiram novamente a possibilidade de execução provisória de pena, dessa vez em época posterior à Constituição de 1988. Contudo, ignoraram as exceções constitucionais somente nas hipóteses dos art. 5º, LXI, art. 136, § 3º e art. 139, II, todos da Constituição. Além desse argumento, são válidos aqueles do aforismo 158.

162. O tema da ausência de efeito suspensivo nos recursos para os tribunais superiores foi novamente enfrentado no *habeas corpus* nº 79.972-8, o que, para os ministros, seria uma autorização de execução provisória da pena. Tanto pelos argumentos dos aforismos 158 e 160, quanto pelo fato de o imputado ter respondido o processo em liberdade sem apresentar qualquer risco, inclusive comparecendo a todos os atos para os quais foi intimado, entende-se que houve violação à presunção de inocência pelos mesmos três motivos elencados no aforismo 158.

163. A execução provisória da pena voltou a ser debatida nos *habeas corpus* nº 80.535-3 e 81.340-2 conforme “a jurisprudência da corte”. No primeiro, somente o ministro Sepúlveda Pertence lembrou do princípio da “não culpabilidade” que impede o lançamento do nome do imputado no rol de culpados antes do trânsito em julgado. No segundo, a discussão foi superficial a ponto de reproduzir trechos de outros julgados. Nessa direção, entende-se que as violações à presunção de inocência se deram pelos motivos elencados no aforismo 158.

164. Na petição nº 2.861-9 foi discutida a possibilidade de execução provisória de penas restritivas de direitos, aplicadas alternativamente à pena privativa de liberdade. O tribunal de justiça determinou a execução provisória imediata, automática, enquanto o imputado aguardava o acerto do recurso extraordinário. As violações são as mesmas da execução provisória de pena privativa de liberdade, embora, obviamente, menos gravosas porque os imputados não foram presos. Os motivos são os mesmos do aforismo 158.

165. Novamente o tema da execução provisória de pena restritiva de direitos entrou em pauta de discussão, pelo *habeas corpus* nº 83.978-9, a pretexto de não afrontar ao princípio da não culpabilidade, conforme os termos de acórdãos anteriores, inclusive a petição nº 2.861-9. Conforme explicado no aforismo 160, a diferença entre execução provisória de penas privativas de liberdade e restritivas de direitos é a modalidade de pena executada, apenas. Os argumentos das violações são os mesmos do aforismo 158.

166. O tema da execução provisória de pena recebeu novas coordenadas, conforme a Constituição, no *habeas corpus* nº 84.078-7, julgado pelo plenário do Supremo para decidir o impasse entre os ministros das duas turmas. Os ministros de uma turma entendiam ser inconstitucional a execução provisória da pena. Os ministros da outra entendiam ser constitucional. Assim, o entendimento firmado em 1980, no *habeas corpus* nº 58.032, sobre a possibilidade de execução da pena após condenação na segunda instância se perpetuava. No *habeas corpus* nº 84.078-7, os ministros mudaram o entendimento para considerar inconstitucional o cumprimento provisório da pena (BRASIL, 2009a). Esse entendimento subsistiu apenas até o julgamento do *habeas corpus* nº 126.292, momento a partir do qual a execução provisória da pena voltou a ser admitida.

167. A discussão sobre a possibilidade de liberdade nos crimes de drogas ilícitas nos *habeas corpus* nº 95.015-9 e 97.820-7 foi encerrada com a conclusão unânime de que o art. 44 da Lei nº 11.343/06 era constitucional pela vedação constitucional à fiança para os crimes de tráfico de drogas. Contudo, a fiança é medida de precaução, algum valor ou objeto de valor prestado ao delegado ou ao juiz. O objeto da fiança fica armazenado para garantir eventual reparação do dano

causado com a prática do crime, bem como perdido em parte pelo descumprimento da obrigação de comparecer a todos os atos para os quais for intimado.

A liberdade pode ser deferida sem o pagamento de fiança, nesse caso, não há violação à vedação constitucional da fiança³²¹. A autorização de liberdade provisória sem fiança é compatível com a inafiançabilidade do terrorismo, do tráfico ilícito de drogas e dos crimes hediondos. Daí porque é inconstitucional qualquer vedação à liberdade para além das hipóteses de inafiançabilidade³²².

Corolário disso é que o acórdão violou a presunção de inocência pelo menos duas vezes. Primeira, ao tratar o imputado como culpado sem sentença condenatória transitada em julgado. Segunda, ao interpretar do modo mais desfavorável ao imputado (*favor rei*) as normas que regulamentam a liberdade durante o processo: de um lado, a inafiançabilidade do tráfico ilícito de drogas, de outro lado, a proibição de prisão quando cabível a liberdade, com ou sem prestação de fiança.

168. O entendimento sobre a impossibilidade de concessão de liberdade nos crimes previstos na lei de drogas ilícitas só foi revertido em 2012, no *habeas corpus* nº 104.339, no qual foi declarada incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão “liberdade provisória” do art. 44 da Lei nº 11.343/06 para reconhecer a possibilidade de concessão de liberdade nos crimes previstos nessa lei.

O preceito constitucional violado foi exatamente a presunção de inocência. Esse *habeas corpus* foi julgado pelo plenário do Supremo para resolver as divergências entre as duas turmas, porquanto uma reconhecia constitucional e a outra reconhecia inconstitucional a proibição de concessão de liberdade (BRASIL, 2012). Por ora não temos mais vedação à liberdade nos processos, somente vedação constitucional à fiança. Contudo, a liberdade pode ser restringida pelas medidas cautelares que são, como regra, aplicadas.

169. No *habeas corpus* nº 82.770-5 foi discutida a possibilidade de prisão preventiva para prevenir crime e acautelar a credibilidade da justiça no meio social

³²¹ “Art. 5º, LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (BRASIL, 1988).

³²² “Art. 5º, XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem” (BRASIL, 1988).

diante da gravidade do crime e da repercussão social. Além disso, a juíza decretou nova prisão após o acusado obter ordem de *habeas corpus*, apenas para assegurar que não fosse solto. A discussão sobre a necessidade de motivação escapa à presunção de inocência, embora seja inconstitucional por descumprir o dever previsto no art. 93, IX, da Constituição.

A juíza se utilizou de um argumento de emergência que decorreria da gravidade do crime, da repercussão social e do suposto respeito “merecido” pelo judiciário. Foi impossível deixar passar a pretensão de respeito a uma entidade despersonalizada e fictícia. O estado não merece respeito de ninguém. Não é humano para ser respeitado. O discurso da juíza não passa de uma pretensão absurda de personificar uma abstração em detrimento da condição humana.

De todo modo, o que interessam são as violações à presunção de inocência. Primeira, a dispensa de qualquer prova de que a liberdade do imputado colocaria em risco alguma das hipóteses que fundamentam a prisão preventiva, mesmo as inconstitucionais ordens, pública e econômica. Segunda, tratamento do imputado como culpado, restringindo a liberdade para além das exceções constitucionalmente admitidas (*periculum libertatis*). Terceira, a interpretação da dúvida em prejuízo do imputado, apesar de parecer haver mais certeza da necessidade de respeito à toga do que dúvida. Quarta, o alargamento das hipóteses de prisão em flagrante para incluir a “necessidade de respeito” como fundamento da prisão cautelar.

170. No *habeas corpus* nº 32.769 foi descoberta a primeira referência ao *in dubio pro reo*, em uma imputação dos crimes de rapto e de sedução com constatação de “desvirginamento”. O acerto ocorreu em 1953, ano do descobrimento do ácido desoxirribonucleico pelos biólogos estadunidenses James Dewey Watson (1928...) e inglês Francis Harry Compton Crick (1916-2004). Por isso, ainda não estavam difundidos os exames de DNA que permitiriam verificar a quem pertencia o sêmen, se fosse encontrado.

Havia nos autos a palavra da suposta ofendida e a palavra do imputado. Não se entende a confrontação entre as versões de ofendido e ofensor como uma questão que abrange em primeiro plano a presunção de inocência. Parece mais uma questão de igualdade que, em segundo plano, pode resultar em presunção de culpa. Contudo, o que viola a presunção de inocência é a consequência dessa

confrontação. No *habeas corpus* nº 32.769 houve vários desencontros nos depoimentos da ofendida que dão conta da insegurança quanto ao crime. Nada além disso foi provado.

Por isso, entende-se que, depois de violado o princípio da igualdade, foi violada a presunção de inocência por três vezes, no mínimo. Primeira, desonerando a carga probatória do acusador para reconhecer como suficientes para o processo os depoimentos contraditórios da suposta ofendida. Segunda, diante das inconsistências, não reconhecendo que havia uma insuficiência probatória e, por isso, aplicando o *in dubio pro societate* (*rectius: in dubio pro hell*) em prejuízo do imputado. Terceira, o imputado permaneceu preso.

171. No *habeas corpus* nº 39.292, o advogado Marcial Ablas Caropreso foi cirúrgico. Apesar de negado por unanimidade, tocou em temas centrais do direito, alguns dos quais foram abordados nesta dissertação: a orientação fascista e autoritária do Código de processo penal, a perpetuação do pensamento de Vincenzo Manzini, a necessidade de fundamentação das decisões, o autoritarismo da prisão obrigatória, a inconstitucionalidade de prisões decretadas com base em atos de investigação.

Especificamente em relação à presunção de inocência, as violações integrais. Primeira, a desoneração da carga probatória do acusador para decretar a prisão preventiva do imputado. Segunda, a interpretação da legislação autoritária do modo mais desfavorável ao imputado (*favor hell*). Terceira, a interpretação dos elementos apresentados do modo mais desfavorável ao imputado, inclusive presumindo o perigo para justificar a prisão preventiva. Quarta, tratamento do imputado como culpado.

172. No recurso em *habeas corpus* nº 50.376 o imputado, suspeito de matar a própria filha, foi preso por ter alterado a cena do crime, um quarto de clínica psiquiátrica. A alegação defensiva foi que a filha tentou se suicidar e o imputado tentou prestar socorro enquanto a moça agonizava. Os ministros ignoraram tanto a questão humanitária, proscrevendo a tentativa de prestar socorro à filha, quanto a presunção de inocência. Nesse sentido, entende-se que as violações são as mesmas indicadas no aforismo 171.

173. A primeira referência que se localizou ao uso do *in dubio pro reo* para justificar o voto de Minerva, provavelmente originado na Oresteia, está no recurso extraordinário nº 79.557, acertado em 1974. O voto de Minerva estava determinado no regimento interno do tribunal de alçada que julgou a apelação do imputado; contudo, mesmo ocorrendo desempate, o presidente do órgão colegiado, provavelmente uma câmara criminal, votou pela condenação do imputado.

No recurso extraordinário, os ministros afirmaram que não existia *in dubio pro reo* no ordenamento jurídico. Seria apenas uma regra prática sem qualquer “valor científico”. Em razão disso, por unanimidade, negaram o recurso. Assim, em dois graus de jurisdição distintos, a presunção de inocência foi fulminada. No tribunal de alçada, a não aplicação da regra regimental do voto de Minerva violou o *in dubio pro reo*. No Supremo, o não reconhecimento do voto de Minerva como norma implícita, ínsita ao processo, resultou em violação à interpretação das normas do modo mais favorável ao imputado (*favor hell*). Em ambos os casos o imputado foi tratado como culpado.

174. No *habeas corpus* nº 82.027-1 foi discutida a reversibilidade de sentença absolutória por falta de provas para a condenação, proferida em primeira instância, pelo tribunal de justiça. Em recurso de apelação do ministério público, os desembargadores do tribunal de justiça entenderam que havia prova suficiente e, por isso, condenaram o imputado. O *habeas corpus* foi impetrado contra essa decisão para trancar o processo por falta de provas. Os ministros entenderam que a condenação foi fruto do livre convencimento dos desembargadores. Deixando de lado a discussão sobre a reversibilidade de decisões absolutórias³²³, vale aqui a argumentação do aforismo 158.

175. Delação de coimputado, aliada a depoimentos de duas testemunhas, ensejou a pronúncia do imputado que interpôs o recurso extraordinário nº 540.999-6. Como não foram explicitados os conteúdos dos testemunhos, não foi possível auferir se alguma das pessoas testemunhou algo ou se havia apenas boatos, como

³²³ Entende-se ser uma característica exclusiva dos imputados, a ser negada aos acusadores. Nesse sentido, o Pacto de San José da Costa Rica prevê o duplo grau de jurisdição apenas para o imputado: “Art. 8, 2, h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior” (ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, 1969).

acontece com frequência. Consequentemente, não é possível dizer se a carga probatória foi ou não cumprida suficientemente para pronunciar o imputado.

Por isso, pode-se referir apenas ao discurso sobre o *in dubio pro societate* (*rectius: in dubio pro hell*), violador da presunção de inocência. Conforme os votos dos ministros, seria necessário pronunciar o imputado diante de dúvida para preservar a competência exclusiva do júri. Por isso, na instrução preliminar o *in dubio pro reo* não seria aplicável. Esse foi o entendimento unânime dos ministros que violou tanto o *in dubio pro reo* quanto o *favor rei*, na medida em que as normas e as provas foram interpretadas do modo mais prejudicial ao imputado.

176. O *habeas corpus* nº 84.680-7 foi impetrado para tentar reverter prisão preventiva decretada contra o imputado com base em questões geográficas do local do crime: notoriedade da violência, da ausência do estado e isolamento. Como se o imputado tivesse dado causa a algum desses fatores territoriais. A lógica é de responsabilização dos indivíduos pelas falhas estatais: não temos órgãos públicos, não vamos criar e, se alguém praticar crime, prendemos porque não temos como controlar e vigiar suficientemente. Além dessas razões o relator informou que as testemunhas temiam represálias, uma das quais chegou a dizer que foi ameaçada. O detalhe é que havia mais de um imputado no processo e a testemunha não soube dizer quem a ameaçou.

A presunção de inocência foi integralmente violada. Primeira, interpretação extensiva das hipóteses de cabimento da prisão em prejuízo do imputado (*favor hell*). Segunda, admissão da prisão sem qualquer requisito ou fundamento, desonerando o acusador da carga probatória. Terceira, interpretação das dúvidas sobre a existência de ameaças às testemunhas e de riscos de fuga do modo mais prejudicial ao imputado (*in dubio pro hell*). Quarta, o imputado permaneceu preso.

177. As duas discussões do *habeas corpus* nº 152.752 são a possibilidade de execução provisória de pena privativa de liberdade e necessidade do voto de Minerva a favor do imputado em caso de desempate. Os argumentos aqui são comuns aos dos aforismos 158 e 173. Contudo há algumas peculiaridades no *habeas corpus* nº 152.752. Diante do empate nas votações, o defensor arguiu a necessidade de que o voto de desempate, da presidente da corte, fosse o voto de

Minerva, conforme previsto no art. 146, parágrafo único³²⁴, do regimento interno do tribunal.

Por imposição dos art. 150, § 3º³²⁵ e 192, § 1º³²⁶, ambos do regimento, esse voto era aplicável ao caso. Contudo, a presidente colocou em votação a possibilidade de votar. Os ministros entenderam que a disposição era exclusiva para as hipóteses de ausência de algum ministro no julgamento, ignorando que os arts. 150, § 3º, e 192, § 1º determinam a aplicabilidade sempre. Assim, o acórdão violou o *in dubio pro reo*, o *favor rei* e a regra de tratamento (BRASIL, 2018b).

178. Os acórdãos são, na maioria, de poucas laudas. Há muita repetição de acórdãos anteriores, vários não relacionados aos casos em que estão referenciados e pouca discussão. Abundam as unanimidades, quase sempre monólogos do relator. Raramente há citação doutrinária. Quase exclusivamente leis e julgados. Pouco importam os fatos. Menos ainda as provas, ou melhor, as faltas de provas. A falta, constitutiva do ser, representa muito. A máquina jurídica opera por meio de referências vagas a outras referências vagas, enunciadas pelos *shifters* linguísticos. Na falta de sentido próprio, as decisões remetem a outras decisões e formam uma cadeia cuja origem tampouco parece ter sentido.

Abundam expressões como “melhor sorte não assiste à defesa”, “não merece prosperar”, “razão não assiste” e outros mantras judiciais produzidos e reproduzidos cotidianamente na máquina. Sobre a presunção de inocência consta pouco. As poucas referências à doutrina são resumidas a poucos autores, expressa ou implicitamente. De acordo com muitos ministros, a presunção de inocência não passa de mera presunção de não culpabilidade.

³²⁴ “Art. 146. Havendo, por ausência ou falta de um Ministro, nos termos do art. 13, IX, empate na votação de matéria cuja solução dependa de maioria absoluta, considerar-se-á julgada a questão proclamando-se a solução contrária à pretendida ou à proposta. Parágrafo único. No julgamento de *habeas corpus* e de recursos de *habeas corpus* proclamar-se-á, na hipótese de empate, a decisão mais favorável ao paciente” (BRASIL, 2019f).

³²⁵ “Art. 150. O Presidente da Turma terá sempre direito a voto. [...] § 3º - Nos *habeas corpus* e recursos em matéria criminal, exceto o recurso extraordinário, havendo empate, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente ou réu” (BRASIL, 2019f).

³²⁶ “Art. 192. Quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal, o Relator poderá desde logo denegar ou conceder a ordem, ainda que de ofício, à vista da documentação da petição inicial ou do teor das informações. § 1º Não se verificando a hipótese do caput, instruído o processo e ouvido o Procurador-Geral em dois dias, o Relator apresentará o feito em mesa para julgamento na primeira sessão da Turma ou do Plenário, observando-se, quanto à votação, o disposto nos arts. 146, parágrafo único, e 150, § 3º” (BRASIL, 2019f).

Cada uma dessas violações é, ao mesmo tempo, uma suspensão da presunção de inocência com a forma jurídica de decisão judicial, convertida em ato indecível do legislativo, executivo ou judiciário na medida em que a força de coisa julgada é atribuída pelo legislativo. A lei que atribui força à decisão judicial talvez seja o equivalente a uma delegação para que o judiciário emita ato com força-de-lei, assim como a delegação de força-de-lei a ato do executivo, mas também tem caráter executivo na medida em que o juiz, ao produzir prova, inclusive por meio de decisão judicial que determina perícia, juntada de documento etc., torna o sistema processual inquisitório para executar lei de ofício, especificamente o art. 156 do Código de processo penal. Esses atos são constituídos por elementos de atos judiciários, legislativos e executivos. A decisão judicial, desse modo, concentra as duas características centrais do estado de exceção: suspensão do direito e indecibilidade entre ato legislativo, executivo e judiciário.

Nos accertamentos, os ministros utilizam *shifters* para enunciar as decisões, remetendo o sentido das decisões a acertar para o sentido de decisões pretéritas, muitas das quais parecem sequer conhecer os conteúdos e os casos. Como a decisão é esvaziada de sentido e remetida ao sentido de outra decisão também vazia de sentido, o que ocorre é uma verdadeira decisão sem conteúdo algum. Com isso, operam o judiciário no vazio, produzindo e reproduzindo subjetividade. Pense que o uso dos *shifters* nas decisões judiciais produz o que Martin Heidegger chamou de “fenômeno entulhado”:

Diferentes são os modos possíveis de encobrimento dos fenômenos. Um fenômeno pode-se manter encoberto por nunca ter sido *descoberto*. Dele, pois, não há nem conhecimento nem desconhecimento. Um fenômeno pode estar *entulhado*. Isto significa: antes tinha sido descoberto mas, depois, voltou a encobrir-se. Este encobrimento pode ser total ou, como geralmente acontece, o que antes se descobriu ainda se mantém visível, embora como aparência. No entanto, há tanta aparência quanto ‘ser’. Este encobrimento na forma de ‘desfiguração’ é o mais frequente e o mais perigoso, pois as possibilidades de engano e desorientação são particularmente severas e persistentes. As estruturas do ser e seus respectivos conceitos disponíveis, embora entranhados em sua consistência, reivindicam os seus direitos talvez dentro de um ‘sistema’. Mas, em razão do encadeamento construtivo num sistema, eles se apresentam como algo que é ‘claro’ e não carecem de justificações ulteriores, podendo, por isso, servir de ponto de partida de uma dedução contínua (HEIDEGGER, 2005, p. 67).

A violência do direito se manifesta por meio da produção exacerbada de leis e da reprodução de decisões judiciais e administrativas, mas a hiperprodutividade de

atos normativos e decisões não é mais que uma característica da máquina jurídica que serve para atestar que opera no vazio. O que possibilita o controle e a vigilância dos corpos biológicos pelo judiciário são as técnicas do poder. A violência, todavia, se manifesta nas pequenas práticas, como o uso de *shifters* nas decisões judiciais para deixar de decidir. Assim, de violência em violência, a decisão judicial é convertida em forma jurídica do estado de exceção e a exceção é convertida em regra.

179. Apesar disso, os ministros não parecem se dar conta de nenhum desses aspectos, ou talvez se deem conta muito bem e, por isso, continuem agindo desse modo, para tentar converter o processo criminal, um ordenamento, em palco de espetáculo³²⁷, uma localização. As estruturas das presunções sobreviveram ao fim do Império Romano. Receberam novas tonalidades no direito canônico, sobretudo pelas práticas inquisitórias perpetradas quase que livres de limites, consolidadas mais na prática do que nos regulamentos emitidos pela igreja católica. Foi introduzida na *Ordonnance criminelle* francesa de 1670 e de lá transplantada no procedimento misto por Jean-Jacques-Régis de Cambacérès do *Code d'instruction criminelle* francês de 1808. O modelo do *Code* serviu de inspiração para vários países ocidentais e fez escola na Itália, onde inspiraram desde o primeiro Código de processo criminal até o *Codice de procedura penale* de 1930.

No Brasil o procedimento misto foi introduzido por meio do Código de processo criminal do império de 1832 e perpetuado no Código de processo penal de 1941. A presunção de culpa orientou as interpretações dos juristas brasileiros, inspirados nos europeus. João Mendes a defendeu. Vincenzo Manzini, em elaboração engenhosa, reduziu as discussões iluministas sobre a presunção de inocência a uma presunção de não culpabilidade a pretexto de ser ilógica a presunção de inocência. O raciocínio foi que, se os imputados quase sempre são

³²⁷ “Não só os instrumentos e as formas processuais perdem os contornos civilizatórios, mas também os réus, tal como ocorria na Inquisição, deixam de ser percebidos como sujeitos para serem tratados como objetos. [...] O desaparecimento da dimensão de garantia (garantia de todos/todos/todxs contra a opressão) do processo penal [penso que essa dimensão é mais discursiva do que verdadeira, mas concordo com a conclusão], portanto, coincide com a mercantilização das pessoas e dos valores envolvidos no caso penal. Ao mesmo tempo, o sistema de justiça [discordo de que seja possível adjetivar o sistema criminal de sistema de justiça] criminal, sempre seletivo, torna-se cada vez mais objeto de atenção dos meios de comunicação de massa que, com objetivos políticos e econômicos manipulam as sensações de medo, insegurança e impunidade na sociedade” (CASARA, 2018, p. 12).

condenados, não tem sentido uma presunção de inocência para proteger culpados. O raciocínio é falacioso. Os imputados eram quase sempre condenados porque não eram presumidos inocentes e, desse modo, nenhuma dúvida era interpretada favoravelmente, do mesmo modo que a carga probatória não acompanhava a função de imputar. Assim, com tudo caminhando contra os imputados, era difícil, se não fosse impossível, ser absolvido. Antonio Bento de Faria, Eduardo Espínola Filho e Hélio Bastos Tornaghi introduziram a presunção de “não culpabilidade” no Brasil e, com isso, reproduziram a violência.

Os ministros do Supremo decidiram muitas vezes com base na presunção de não culpabilidade, citando autores legatários dos ensinamentos de João Mendes e de Vincenzo Manzini, sem atentarem para os abusos e, após a promulgação da Constituição, para a existência de presunção de inocência. Os julgados anteriores permearam as discussões e pouco espaço existiu para repensar as bases do processo criminal pela estrutura constitucional, o que, uma vez mais, reforça a constatação agambeniana de que a máquina jurídica opera no vazio. Foram banalizadas expressões como “sempre há uma exceção para toda regra” e “nenhum direito é absoluto”, utilizadas cotidianamente para justificar barbaridades de todas as ordens. A emergência desponta a cada acórdão, se não a cada voto. Poucos se prestaram a defender o mínimo de civilidade que tentamos instituir a partir da Constituição³²⁸, embora, com Agamben, seja possível dizer que o direito não é suficiente para garantir nada, na medida em que não pode ir além da “coisa julgada”. Mais simples foi, e continua a ser, presumir a culpa. Os pretextos são vários, inclusive a desnecessidade de fundamentar a prisão automática ao mesmo tempo em que a liberação dos presos devia ser fundamentada. Isso evidencia o caráter retórico³²⁹ dos discursos de gravidade e de emergência³³⁰. Essa condição

³²⁸ “O substrato radical da *presunção de inocência* alude uma opção garantista de civilidade, como aponta Ferrajoli, ‘a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable’. Decisão política de princípio fundamental” (AMARAL, 2014, p. 336).

³²⁹ A sentença criminal se legitima através do preenchimento de requisitos formais, previstos em lei, e de requisitos retóricos, valorações comunitárias não incorporadas ao direito. Nilo Bairros de Brum destacou três requisitos retóricos. Primeiro, a verossimilhança fática, atribuição do efeito de verdade à versão dos fatos escolhida. Segundo, o efeito de legalidade na aplicação de normas vagas, ambíguas e iníquas que compõem o lacunoso e contraditório ordenamento jurídico, diante das quais os juízes se utilizam de argumentos de legalidade para maquiar a insegurança jurídica. Terceiro, a adequação axiológica, o juiz pode adequar os valores da sociedade às normas, demonstrando como estão expressos na literalidade dos textos, ou pode adequar as normas aos valores da sociedade, destacando como emergem dos textos (BRUM, 1980, p. 72-84). Entretanto, ao menos desde o

demonstra o autoritarismo judiciário, conformado a partir da sociedade brasileira, desigual e igualmente autoritária. A burocratização dos processos e a racionalidade instrumental utilizadas para operar a máquina jurídica pressupõem que o direito seja um fim em si mesmo. Isso constitui uma máquina ilegítima, sem conteúdo e que parece operar automaticamente.

180. A observação de Jacinto Coutinho sobre o direito parece imprescindível: diante da complexidade da vida, temos cada vez menos soluções para casos concretos, de modo que os atores jurídicos, sem a segurança propagada na modernidade, geram uma ansiedade, frequentemente transformada em angústia, antes inimaginável. Na tentativa de pôr fim à ansiedade ou angústia, tentam resolver com as armas das quais dispõem e, assim, muitas vezes caem nas armadilhas de um direito que só contém o dever ser como respostas que de pouco ou de nada adiantam. A falta de respostas suficientes esvazia os fundamentos das práticas jurídicas. Por outro lado, a ideologia dominante pressiona para editar textos normativos repletos de termos indeterminados, opacos, ambíguos, dúbios e até mesmo equivocados. Na fusão entre complexidade da vida e imprecisões dos textos

juízo do *habeas corpus* nº 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal, em 17 de fevereiro de 2016, parece ter sido cunhado um quarto requisito: a distorção dos limites dos sentidos das palavras em enunciados normativos com pouca margem para dúvidas, a pretexto de ter ocorrido uma mutação constitucional, mas “uma coisa é admitirem-se alterações no âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (*Normprogramm*), e outra coisa é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma *realidade constitucional inconstitucional*, ou seja, alterações manifestamente inoportáveis pelo programa da norma constitucional. [...] A necessidade de uma permanente adequação dialéctica entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da Constituição. O reconhecimento destas *mutações constitucionais silenciosas* (*stillen Verfassungswandlungen*) é ainda um acto legítimo de interpretação constitucional. [...] Problema mais complicado é o que se levanta quando existe uma radical *mudança de sentido* das normas constitucionais [...] Perspectiva diferente se deve adoptar quanto às tentativas de legitimação de uma interpretação constitucional criadora que, com base na *força normativa dos factos*, pretenda «constitucionalizar» uma alteração constitucional em inequívoca contradição com a *constitutivo scripta* (CANOTILHO, 1995, p. 231-232). O fenómeno da proliferação de alterações dos sentidos dos enunciados, a pretexto de falsas mutações constitucionais, não é exclusividade brasileira: “Se olharmos para as ‘mutações constitucionais’ ocorridas em Portugal, verificamos que certas ‘correções representativas parlamentares’ informalmente introduzidas transportam claras dimensões personalístico-plebiscitárias” (CANOTILHO, 2006, p. 313).

³³⁰ “*Tudo é grave*. Em tempos de perene urgência punitiva, aparentemente irrefreáveis, a decisão por uma postura firme se impõe, nem que seja pelo resto de vergonha que ainda nos sobreviva. Um “não” como germe persistente sobre aquilo que nos assola como imponderável deve subsistir. Os nada novos ares de *progresso* judicial hoje inspirados pela ode ao combate à impunidade (ou *slogans* afins) não cessam em deixar, no horizonte, sob escombros, o lastro das conquistas democráticas” (AMARAL, 2016, p. 3).

normativos, tende a excluir as diferenças e, por isso, fixar no sujeito as decisões, produzindo soluções solipsísticas. Vale o achismo das verdades pessoais convertidas em decisões (COUTINHO, 2018a, p. 194).

No ministério público não é diferente. Com muito poder, poucos limites e exceções que sempre possibilitam extrapolar os poucos limites colocados, os membros do ministério público, sem uma política clara de persecução criminal e descuidando de outras atribuições importantes, como o controle externo das polícias, geralmente se lançam em busca de condenações. Assim criamos um ministério público “exageradamente persecutório” (BERCLAZ, 2017b, p. 423-439), bem como atuante mais no discurso do que no combate à corrupção, como advertiu o jurista brasileiro Márcio Soares Berclaz (1978...) (2017a).

Concordando com Agamben, é possível dizer que os diagnósticos de Jacinto Coutinho e de Márcio Berclaz são frutos de uma conversão da exceção em regra, inerente ao funcionamento da máquina jurídica. Mas o diagnóstico é importante para aprimorar a compreensão do fenômeno do estado de exceção que se manifesta cada vez mais como regra geral nos estados modernos ocidentais.

Enquanto isso, continuamos sempre em frente, em busca do progresso prometido na modernidade e na defesa de uma técnica do poder chamada democracia que, a pretexto de nos proteger, é usada para nos administrar, sem sequer guardar alguma semelhança com a democracia ateniense antiga. Nessa empreitada, seguimos reproduzindo o lema fascista “pouco me importa” (*me ne frego*), como lembrou o jurista brasileiro Salah Hassan Khaled Jr. (2016).

181. Em 07 de fevereiro de 2019 foi apresentado um “projeto de lei anticrime” (BRASIL, 2019c) pelo ministro da justiça e segurança pública. Se aprovado no congresso nacional, o projeto, então na forma de lei, contribuirá para a conversão da exceção em regra geral, em consonância com as tendências repressivistas que campeiam pelo Brasil hodiernamente. Sustentado pelo discurso inquisitório, é importante barrar esse projeto para evitar outro massacre³³¹. Com a aprovação desse projeto, o Brasil se distanciará cada vez mais de qualquer possibilidade de profanação e de desativação dos dispositivos jurídicos. A aberração começa pelo

³³¹ “cuando aparece un discurso con estructura inquisitorial y nadie detiene su instalación, la consecuencia última es una masacre” quando aparece um discurso com estrutura inquisitória e nada detém sua instalação, a consequência última é um massacre (ZAFFARONI, 2012, p. 43).

nome do projeto de lei, uma contradição consigo mesmo, na medida em que o crime é consequência da criminalização por meio de uma lei. Portanto, uma lei só pode ser anticrime se abolir os tipos legais que criminalizam as ações (*abolitio criminis*), o que, evidentemente, não foi a intenção do ministro e passa ao largo da proposta. Dentre as disposições, diversas violam a presunção de inocência. Indica-se quais e os motivos que se tem para entender assim.

Com o início da execução penal, provisória ou definitiva, o juiz poderá determinar, inclusive de ofício, a avaliação e venda dos bens declarados perdidos. Essa será a nova redação do art. 133 do Código de processo penal, caso seja aprovada a lei “anticrime”. Obviamente, só será possível falar em violação à presunção de inocência na execução penal definitiva se existir um erro judiciário, o que não será duvidoso ocorrer como consequência das medidas incluídas nessa lei. Na execução penal provisória, haverá uma flexibilização da carga probatória, consequência das presunções probatórias e normativas contrárias ao imputado (*in dubio pro hell e favor hell*), bem como o despojamento dos bens antes do trânsito em julgado que acarretará em tratamento do imputado como culpado.

Também nessa direção está a autorização para uso, pelos órgãos públicos, de preferência de segurança pública, dos bens do imputado constrictos por meio de medidas assecuratórias, durante a tramitação processual, proposta como redação do art. 133-A do Código de processo penal. Mais grave, nesse caso, na medida em que sequer haverá sentença condenatória, apenas decisão interlocutória que determinará a constrição dos bens, reduzindo a carga probatória, interpretando o conflito com a presunção constitucional de inocência e as dúvidas probatórias do modo mais desfavorável ao imputado (*favor hell e in dubio pro hell*), transferindo o patrimônio do imputado para o estado, tratando-o como culpado.

O *in dubio pro reo* será convertido em *in dubio pro hell* com a nova redação do art. 283 do Código de processo penal, na qual será acrescentado o término da incidência da presunção de inocência no processo pelo julgamento por órgão colegiado, ao lado do trânsito em julgado. Assim, a presunção de inocência se esgotará pelo trânsito em julgado ou pelo julgamento por órgão colegiado, o que ocorrer primeiro. Essa nova regra excepcionará a presunção constitucional de inocência, considerando que o texto do art. 5º, LVII, da Constituição não estabelece

o julgamento por órgãos colegiados como termo da presunção de inocência. Assim, além da conversão do *in dubio pro reo* em *in dubio pro hell*, é possível que as dúvidas entre a aplicabilidade da presunção legal de inocência ou da presunção constitucional de inocência sejam resolvidas em favor da presunção legal, mais restrita (*favor hell*).

A proposta para o art. 492, I, e, do Código de processo penal possibilitará a execução provisória de pena imposta pelo tribunal do júri, e para o 617-A do Código de processo penal determinará a execução automática das penas após condenação em segunda instância. A diferença entre as propostas é que a primeira admite prova em contrário da desnecessidade da medida, enquanto a segunda gera uma presunção legal absoluta de executoriedade da pena. Em ambas as hipóteses, as dúvidas podem ser interpretadas em prejuízo do imputado (*in dubio pro hell*), as presunções normativas podem ser interpretadas em prejuízo do imputado (*favor hell*) e o imputado poderá ser tratado como culpado.

Os art. 492, § 4º e § 5º, e art. 637, cabeça e § 1º, do Código de processo penal passarão a proscrever o efeito suspensivo nos recursos de apelação e especial ou extraordinário, respectivamente. O efeito suspensivo poderá ser concedido apenas se o recurso não tiver propósito protelatório e levantar questão que poderá resultar em absolvição. Em outros termos, incluirão uma presunção legal relativa de protelação e impossibilidade de absolvição nos três recursos. Com isso, em que pese a possibilidade de prova em contrário, o fardo da prova deverá ser suportado pelo imputado, a dúvida probatória poderá ser interpretada em favor das presunções legais (*in dubio pro hell*), a dúvida sobre a presunção aplicável, constitucional de inocência ou legal de protelatoriedade e inviabilidade dos recursos, poderá ser interpretada do modo mais desfavorável (*favor hell*) e, com isso, o imputado poderá ser tratado como culpado mesmo enquanto recursos estiverem pendentes de julgamento.

A proposta de alteração do art. 310, § 2º, do Código de processo penal vedará a liberdade provisória para reincidentes, criminosos habituais ou membros de organizações criminosas. Nesse sentido, haverá uma presunção legal de risco que resultará numa presunção absoluta de culpa. Sequer a presunção constitucional de inocência é uma presunção absoluta. Uma norma infraconstitucional incluirá uma

previsão absoluta contrária à presunção constitucional. Assim haverá uma desoneração da carga probatória para o acusador, um tratamento do imputado como culpado, eventuais dúvidas sobre o risco concreto da liberdade do imputado (*periculum libertatis*) serão sempre interpretadas do modo mais desfavorável porquanto a disposição legal as tratará como indiferentes (*in dubio pro hell*). A dúvida sobre a incidência da norma legal de presunção absoluta de culpa e a norma constitucional de presunção relativa de inocência poderá ser interpretada em prejuízo do imputado (*favor hell*) e, seguindo a tendência do judiciário brasileiro, provavelmente o será.

Como a biopolítica contemporânea é paradigma de governo ocidental, as medidas anteriores converterão os imputados em corpos biológicos administráveis por técnicas do poder. Contudo, duas técnicas ainda mais incisivas estão elencadas dentre as propostas, também violadoras da presunção de inocência. Aliadas aos novos dispositivos técnicos, permitirão ampliar o controle, a vigilância e a administração dos imputados que, com isso, serão convertidos em meros *homini sacri*.

A primeira é a identificação genética compulsória para os condenados por crimes dolosos, antes do trânsito em julgado. Será introduzida no art. 9-A da Lei de execução penal para favorecer a investigação e punição dos malfeitores³³². Recusar-se a ser identificado, inerente ao direito a não produzir prova contra si (*nemo tenetur se detegere*), um dos aspectos centrais do direito à ampla defesa, será considerada falta grave, uma infração administrativa na execução penal punida com a regressão do regime prisional e diversos óbices aos direitos dos presos, dentre os quais o aumento do tempo de pena a cumprir em razão do deslocamento do marco do início do cumprimento da pena e as possibilidades de saída temporária e de trabalho externo. Para a presunção de inocência isso interessa porque possibilitará tratar os imputados como culpados antes do trânsito em julgado, bem como flexibilizará a carga probatória com o *in dubio pro hell* e possibilitará interpretar a presunção de culpa em prejuízo do imputado (*favor hell*). Quanto aos presos definitivos vale o comentário sobre erros judiciários.

³³² Malfeitores apenas quando são os Outros (CANI; BAZZANELLA, 2018b).

A segunda é a identificação multibiométrica de impressões digitais, íris, face e voz com a alteração do art. 7º-C da Lei nº 12.037/09, destinada aos presos provisórios, investigados e pessoas cuja identidade for “duvidosa”, submetidas à identificação criminal³³³. A medida será da mais absurda violência, na medida em que possibilitará a coleta do material inclusive para pessoas contra quem sequer exista suspeita. Algo do porte de grandes distopias, como **1984 (*Nineteen eighty-four*)** (ORWELL, 2003), do escritor indiano Eric Arthur Blair (1903-1950), com o pseudônimo George Orwell, e **Admirável mundo novo (*Brave new world*)** (HUXLEY, 1947), do escritor inglês Aldous Leonard Huxley (1894-1963), ou quiçá da anedota sobre a desventura de Pompônio Flato para defender o imputado do qual não era admitida a declaração de inocência, analisada pelo jurista brasileiro Luiz Fernando Meister (1986...)³³⁴. As violações à presunção de inocência são as mais graves dentre as medidas que parecem se fundar no estado de exceção, assim como o *schutzhaft*.

Em relação aos identificados criminalmente, não exigirá carga probatória alguma, interpretará qualquer dúvida sobre a identidade de alguém como suficiente (*in dubio pro hell*) para tratar como culpado e submeter à coleta de material multibiométrico, além de ignorar completamente a presunção de inocência (*favor hell*). Com relação aos investigados valerão quase os mesmos comentários, exceto que haverá alguma tentativa de ligá-los a algum crime. A situação dos apenados provisórios será um pouco distinta apenas em relação à existência de alguma prova,

³³³ “Art. 5º, LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei” (BRASIL, 1988). “Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando: I - o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; II - o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; III - o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; IV - a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do ministério público ou da defesa; V - constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; VI - o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais” (BRASIL, 2009).

³³⁴ “José é acusado por circunstâncias e convicção do acusador, sem provas contundentes, sem testemunhas confiáveis, somente como forma de se estabelecer justiça frente a um suposto assassinato e prestar contas à sociedade. [...] A acusação e os juízes, que já tem pronto seu julgamento – sim, antes da sessão oficial – demonstram a Pompônio que não há nada que se possa fazer. O próprio réu não levanta sua inocência, o que resta evidente como uma confissão tácita, uma forma de se dizer culpado, uma assunção de culpa indiscutível que deve levá-lo à morte na cruz. A novela faz rir e refletir. Pelo menos, quem a lê buscando os fios. Tem um quê de criação com apropriação de tudo que circunda o processo. [...] o que mais chama atenção é que ninguém investiga o que diz a Constituição quanto ao ocorrido” (MEISTER, 2018).

quando não forem meros indícios. Para os apenados em definitivo valerão os comentários sobre erros judiciários.

182. Os accertamentos analisados parecem reforçar alguns aspectos centrais do marco teórico. Primeiro, a presunção de culpa, já prevista no direito romano da baixa idade média, permanece como estrutura que, algumas vezes, serve para condenar o imputado, noutras vezes torna dispensável o processo. Segundo, essa dispensabilidade do processo pode ser apenas aparente, nos processos em que o imputado é presumido culpado, independente do que faça ou da existência de provas. Assim ocorre em milhares de mortes nas quais o reconhecimento da sacralidade da vida independe de processo. Basta exterminar as pessoas, sobretudo a pretexto de agir em legítima defesa. Terceiro, culpa e inocência coexistem e se integram para formar uma presunção indiscernível e imprevisível, suspensas conforme os interesses do poder soberano. Quarto, a relação entre regra e exceção vale para a relação entre as presunções, de modo que a presunção de inocência é regra geral, excepcionada por regras formais e informais que presumem a culpa. Quinto, o judiciário se apresenta como poder soberano que decide sobre o estado de exceção, suspendendo diversos direitos e garantias nos processos para aplicar as exceções por desaplicação das regras, ou, pelo menos, age por delegação do soberano estatal. Sexto, os imputados se tornam corpos controláveis, vigiáveis e administráveis pelo processo, dentre outros meios. Sétimo, nessa direção, o processo talvez seja uma técnica do poder, ou tenha se convertido em técnica, utilizada no paradigma do campo de concentração, ao lado do estado de exceção, mais uma ordenação sem localização que complementa a localização sem ordenação chamada campo ou, no mínimo, uma das estruturas que compõem o estado de exceção. Oitavo, a desaplicação da regra para aplicação da exceção é realizada pelo poder soberano a pretexto de não existir ilegalidade. Nono, uma presunção de culpa é mera regra que excepciona a regra geral da presunção de inocência. Décimo, os imputados, despojados do estatuto político-jurídico, são reduzidos à condição de meras vidas biológicas (*zoé*) incluídas na biogenicidade como recursos que alimentam a máquina jurídica. Décimo primeiro, a combustão da *zoé* por meio dos processos talvez seja um dos poucos motivos pelo quais a

máquina jurídica continua a operar no vazio, convertida em fim em si mesma, em vez de ser paralisada.

Enfim, pensa-se que esta pesquisa confirma a hipótese de Agamben: o fim das leis é produzir processos e os processos visam produzir coisa julgada, não justiça (AGAMBEN, 2008a, p. 28). Contudo entende-se que a hipótese é incompleta, o que é possível em uma resposta elaborada antes da pesquisa. A complexidade da presunção de inocência só ficou compreensível após a compreensão do referencial teórico. A relação inclusão-exclusão, regra-exceção, ainda que se a pense diferente de Agamben³³⁵, é fundamental para compreender que as presunções processuais são resultado das articulações entre presunções de inocência e de culpa que coexistem, de modo inconstitucional, no ordenamento jurídico.

Porém, o poder soberano, no exercício da soberania ora aplica presunções de culpa, ora presunções de inocência, compatibilizando-as pela relação regra-exceção e suspendendo o direito conforme os próprios interesses. Discussões sobre a emergência e sobre a inexistência de direitos absolutos justificam a desaplicação do princípio da presunção de inocência para aplicação da presunção de culpa. Posteriormente, o soberano declara a inexistência de ilegalidade. Tudo em nome da emergência e da proteção dos direitos, diagnosticada e prometida, respectivamente, mas nunca realizadas.

³³⁵ Se *homo sacer* era quem ofendia os deuses romanos e havia um direito divino (*fas*), pensa-se que a matabilidade era consequência jurídica prevista no direito divino, portanto, não um fora do direito, mas uma exclusão do direito dos homens (*jus*) mediante inclusão no direito divino (*fas*). Nessa perspectiva, o ordenamento político-jurídico não teria lacunas, mas seria continuado, nos limites, por outro direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Ora, se a essência da lei – de toda lei – é o processo, se todo direito (e a moral que está contaminada por ele) é unicamente direito (e moral) processual, então execução e transgressão, inocência e culpabilidade, obediência e desobediência se confundem e perdem importância.”
(Giorgio Agamben)

O projeto *homo sacer* é resultado de quase duas décadas de pesquisas de Giorgio Agamben em torno de temas centrais da política moderna. As pesquisas se deram pelo método paradigmático no qual, algumas vezes, realizou genealogias, e na maioria das vezes arqueologias. Nas pesquisas genealógicas, buscou interrogar o presente, a partir dos aspectos constitutivos do passado, realizando uma ontologia do presente. Dito de outro modo, questionou o que são as estruturas do presente a partir das permanências de estruturas do passado. Nas pesquisas arqueológicas, buscou as assinaturas deixadas pelos paradigmas nas origens dos fenômenos, sempre nas sendas abertas pela separação, localizadas nos cruzamentos de conceitos pelos diversos campos do saber.

A análise da obra *homo sacer* pressupõe a compreensão de cinco paradigmas fundamentais. A biopolítica que perpassa a civilização ocidental. O poder soberano, responsável pela gestão dos corpos biológicos. O estado de exceção, técnica do poder utilizada para gestão da vida nua individual e populacional. O campo de concentração, paradigma moderno da política contemporânea. A vida nua à qual somos reduzidos cotidianamente.

O marco para a compreensão da biopolítica é o cruzamento entre as obras de Michel Foucault e Hannah Arendt. Para Agamben, ainda que Arendt não tenha se referido expressamente à biopolítica, todo o trabalho da filósofa judia está centrado nesse tema, sobretudo nos temas da condição humana e do totalitarismo manifestado no nazismo e no stalinismo. A biopolítica é a política que incide sobre os corpos biológicos de indivíduos e populações para controle e vigilância, uma apropriação da vida como recurso administrável pelo poder soberano. Uma instrumentalização do biopoder, um poder de vida e de morte.

Foucault identificou a origem da biopolítica no pensamento político moderno, sobretudo nas discussões sobre soberania. Agamben divergiu; a biopolítica seria a forma normal da política ocidental que sempre incidiu sobre a vida e a morte e que sempre serviu para a apropriação dos corpos biológicos. O filósofo italiano parte do pressuposto de que a *arché* da biopolítica reside na antiga Grécia, pois o idioma grego antigo continha duas palavras para designar a vida, *bios*, uma vida qualificada pela participação política, e *zoé*, uma vida meramente vivida, reduzida às necessidades biológicas de subsistência. Essa separação correspondia à separação entre cidadãos e não cidadãos. A inclusão da vida nua (*zoé*) na cidade (*pólis*) é antiguíssima, de modo que a biopolítica não pode ser moderna. A diferença da antiguidade para a modernidade, de acordo com Agamben, é a posição da vida nua.

Concomitante a esse movimento, Agamben identificou a conversão da exceção em regra, em todos os lugares na contemporaneidade. Em vez de abolida, a exceção foi cada vez mais integrada a ponto de trocar de papel com a regra. Mas nem mesmo a regra foi excluída. A estrutura da *exceptio* processual romana era a de uma oposição de exclusão ou alteração do direito do autor. Nesse sentido é que regra e exceção são articuladas. Esses dois movimentos, de integração da vida nua no espaço político, e de conversão da exceção em regra, são, para Agamben, as características centrais da ocidentalidade, potencializada na modernidade e convertida em regra na contemporaneidade.

No contexto da modernidade e da afirmação do direito natural, cujo objetivo é o contrato social, a soberania ganha contornos específicos no pensamento político moderno. Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau pensavam em comum o estado como fruto de um contrato social. Nisso repousa a centralidade do contrato social, verdadeiro fundamento do estado para os jusnaturalistas.

Agamben refuta o contrato social como ato político originário, e propõe a colocação de uma zona de indiscernibilidade entre o poder soberano (*nómos*) e a vida nua (*phýsis*) no lugar, na qual a ligação estatal, sob a forma de bando, é sempre não estatal e pseudonatureza. O contrato social, para o filósofo romano, impossibilitou que as democracias modernas dessem conta do poder soberano e nos tornou incapazes de pensar uma política para além do estado. Daí porque o fundamento da soberania é a vida nua.

A posição de fundamento da ciência jurídica atribuído por Hans Kelsen para a soberania é a mesma posição da exceção para Agamben. Isso fica evidente com a centralidade do pensamento de Carl Schmitt para as análises do poder soberano. Primeiro, a definição: “Soberano é quem decide sobre o estado de exceção”. Segundo, a consequência: o poder de suspender a validade de uma norma possibilita que o soberano aja ilegalmente fora da lei de dois modos: definindo que a lei está fora dela mesma ou, situado fora da lei, declarando a inexistência de fora da lei. Isso é consequência do paradoxo da soberania, anunciado por Schmitt: o soberano está fora do ordenamento jurídico-político, mas decide o que ocorre no interior do ordenamento.

A estrutura da exceção (*ausnahme*) foi buscada por Agamben na concepção de Schmitt sobre a decisão. Exceção é o que é subtraído da hipótese legal e, ao mesmo tempo, evidencia a decisão como elemento jurídico. A verificação da exceção ocorre no momento em que deve ser criada a hipótese de aplicação das normas que atribui eficácia. As normas não são aplicáveis ao caos, mas a uma ordem que abrange também o caos. Criada a situação de normalidade, chamada de ordenamento, o soberano decide se preserva a normalidade. Nessa direção, o soberano não monopoliza a sanção ou o poder, mas a decisão, cujo objeto é a exceção. Não é mera decisão jurídica, mas uma decisão política sobre a preservação ou não da normalidade. A soberania é uma lei além da lei à qual somos abandonados.

No ensaio *Kritik der gewalt*, de Walter Benjamin, Agamben buscou a relação entre direito e violência que se constitui numa dialética entre três elementos: violência instituidora do direito, violência conservadora do direito e violência divina. A violência divina é aquela que não cria e nem conserva o direito, mas o de-põe (*entsetzt*) até que forças hostis criem um novo direito no lugar. Agamben busca a raiz da violência divina no vácuo entre violência e estado de exceção, pois o estado de exceção é uma violência que conserva o direito, mas também o institui ao excetuar-se do direito e colocar-se fora do ordenamento. Tanto a violência divina, quanto a violência soberana, não apenas instituem ou conservam o direito. Mas tampouco são sinônimos. A violência soberana cria uma zona de indistinção entre lei e natureza, externo e interno, direito e violência. No estado de exceção a decisão

soberana aparece como meio de passagem entre a violência que institui e a violência que conserva o direito. A violência divina está situada numa zona de indistinção entre regra e exceção. Não está situada entre violência instituidora e violência conservadora do direito, mas dissolve o nexo entre direito e violência.

Isso resulta na constatação de que a violência que institui o direito é o fundamento ontológico do ordenamento jurídico, a violência da decisão soberana que pode suspender a validade da lei, o estado de exceção. O fundamento último do direito, então, é o estado de exceção que subtrai a regra da aplicação e aplica a exceção. No estado de exceção a decisão é distinta da regra geral e a autoridade mostra a prescindibilidade do direito para criar o direito. Uma exceção complexa constitui a estrutura da soberania: o que está fora não é apenas incluído por uma interdição ou internamento, mas pela suspensão da validade do ordenamento de modo que o ordenamento fica impedido de abandonar a exceção. A exceção não subtrai a regra. A suspensão da regra dá lugar à exceção e é constituída como regra enquanto permanece em relação com a exceção.

A exceção cria uma situação paradoxal, nem de fato, nem de direito, mas inserida no limiar de indiferença entre situação de fato e situação de direito. Decorre somente da suspensão da norma, contudo, condiciona a validade da lei. Essa é a dispensabilidade do direito para criar o direito. Assim, o ordenamento jurídico é a localização fundamental (*Ortung*) que permite distinguir o que está dentro, a situação de normalidade, do que está fora, o caos. O estado de exceção é o limiar entre interno e externo, a partir do qual interior e exterior são relacionados topológica e complexamente para formar o ordenamento. Por isso, ordenamento do espaço para criar a situação de normalidade não é apenas a apropriação de um território (*Landnahme*) pela instituição de um ordenamento jurídico (*Ordnung*) e territorial (*Ortung*), mas a apropriação da exceção (*Ausnahme*) que está fora.

O ato cisório dos limites entre interno e externo é a decisão soberana atribuidora de determinadas normas a determinados territórios, do mesmo modo que a língua, como pura potência de significado, pode vir a significar, retirando e dividindo os âmbitos linguísticos e não linguísticos de todo discurso, a permitir abrir âmbitos de discurso significante. Esse é o motivo pelo qual a linguagem se estrutura como poder soberano e, ao agir em estado de exceção permanente, declara não

existir um fora da língua porque a língua está sempre além de si mesma. Essa estrutura da linguagem humana fundamenta a violência do direito na medida em que exprime o vínculo de exclusão inclusiva das coisas encontradas na linguagem. Assim, dizer é sempre dizer o direito (*jus dicere*).

O estado de exceção é um termo situado no limite entre o direito e a política, um problema considerado muito mais uma questão de fato do que um problema jurídico, baseada no estado de necessidade. Isso circunscreve um paradoxo: os limites entre política e direito resultam de períodos de crise política, portanto, devem ser compreendidos na esfera política. Mas as medidas de necessidades são medidas paradoxais, pois são juridicizadas, apesar de incompreensíveis na esfera jurídica. Por isso, o estado de exceção é uma forma jurídica de algo que não pode ter forma legal. A exceção, por outro lado, é um dispositivo por meio do qual o direito captura a vida biológica em si pela suspensão do direito. Portanto, estado de exceção é a técnica, exceção é o objeto da técnica. Por meio do estado de exceção, a exceção é aplicada.

Formular uma teoria do estado de exceção é condição de possibilidade para definir a relação, simultaneamente inclusiva e exclusiva, do vivente no direito, o ligando e o abandonando. Mas há uma relação estreita entre estado de exceção, guerra civil, insurreição e resistência que dificulta a compreensão do estado de exceção. A guerra civil está situada numa zona de indecibilidade sobre o estado de exceção, é oposta à normalidade. A zona de indecibilidade é uma resposta estatal a conflitos internos e extremos. Hitler criou um fenômeno chamado de guerra civil legal por meio do Decreto para a proteção do povo e do estado, em 28 de fevereiro de 1933, no qual determinou a suspensão de direitos previstos na Constituição de Weimar. Como esse decreto não foi revogado durante o terceiro Reich, Agamben entende que esse período pode ser considerado como um estado de exceção que durou 12 anos. O totalitarismo, por isso, é a instauração de uma guerra civil legal, por meio do estado de exceção, para eliminar adversários políticos ou grupos inteiros de pessoas.

Com o avanço da chamada guerra civil mundial, o estado de exceção foi convertido, paulatinamente, em paradigma de governo dominante no ocidente. Conseqüentemente, o estado de exceção passou a se apresentar como

indeterminação entre democracia e absolutismo. Agamben analisou duas medidas de emergência, o *USA patriot act* e o *military order*, ambos editados por George Walker Bush. A primeira autorizou o chefe do ministério público a prender, expulsar ou processar estrangeiros suspeitos de atividades perigosas para a segurança nacional. A segunda, anulou o estatuto jurídico dos indivíduos e, com isso, criou seres juridicamente inomináveis e inclassificáveis, como ocorreu com os talibãs capturados no Afeganistão, inclassificáveis como prisioneiros ou imputados, mas apenas como detentos dominados.

Dentre vários modos, o estado de exceção pode se manifestar pela atribuição de poderes, designados pela expressão plenos poderes (*pleins pouvoirs*), derivada da plenitude do poder papal (*plenitudo potestatis*), pelo legislativo ao executivo para promulgar decretos com força-de-lei. Essa ampliação dos poderes, para Agamben, é um retorno a um estado anterior à divisão do poder entre legislativo, executivo e judiciário. Por isso, Agamben pensa que o estado de exceção é um espaço vazio de direito, uma zona de anomia. Os plenos poderes não coincidem com o estado de exceção, mas possibilitam que o executivo opere em estado de exceção. Então, o estado de exceção apresenta duas características centrais: atribuição de força-de-lei a atos não legislativos e indistinção entre legislativo, executivo e judiciário. Assim também ocorre no momento em que o legislativo, por meio das leis, atribui força às decisões do judiciário, a força de coisa julgada.

A ideia de um paradigma de governo contemporâneo é resultado das análises de Agamben sobre os campos de concentração (*Konzentrationslager*) nazistas destinados ao extermínio dos judeus (*vernichtungslager*) ou ao trabalho forçado (*Arbeitslager*) para produzir riquezas que fizessem frente aos dispêndios da guerra. Mas a análise não se esgota nessa direção. Agamben utiliza o campo como exemplo a partir do qual desenvolve as chaves de leitura do paradigma contemporâneo de governo. A análise da experiência nazista foi, portanto, apenas o primeiro momento analítico.

Agamben partiu das constatações de Hannah Arendt e das histórias narradas pelos judeus sobreviventes aos campos de concentração para compreender a política contemporânea à luz da tradição civilizatória ocidental. Após apurada análise, chegou à conclusão de que o campo de concentração é o paradigma

político-jurídico dos países ocidentais contemporâneos. Com isso, Agamben não sugeriu que vivemos em campos de concentração, apenas que as relações sociais contemporâneas se desenvolvem do mesmo modo que eram desenvolvidas as relações sociais, políticas, econômicas e jurídicas contemporâneas constitutivas do campo. Assim como Hitler, soberano no campo, não estava dentro, mas decidia o que ocorria no interior, ainda que com intermédio de agentes da SS, o poder soberano nas democracias contemporâneas está assentado no paradoxo interno-externo, suspende a validade da lei, mas à lei não está sujeito.

Buscou o mais antigo arcano do poder soberano, o poder absoluto e perpétuo (*la puissance absolue et perpétuelle*) em **Os dois corpos do rei, um estudo da teologia política medieval** (*The king's two bodies, a study in medieval political theology*), livro escrito por Ernst Kantorowicz. No século VII, Kantorowicz identificou a gênese da doutrina dos dois corpos. O rei morto era substituído por uma efígie de cera que recebia tratamentos para simular a cura do rei. Isso possibilitava que a dignidade real sobrevivesse à pessoa física do rei (*le roi ne meurt jamais*). Havia uma analogia com o corpo místico de Cristo a assegurar a continuidade do corpo moral e político (*corpus morale et politicum*) do estado para possibilitar que fosse pensada a organização política.

A relação entre *homo sacer* e soberano foi buscar na relação entre o funeral imperial imaginário dos romanos e o rito solene de devoção aos deuses manes, realizado antes de uma batalha, explicitada no artigo **Consagração** (*Consecratio*), de Elias Joseph Bickerman. O *homo sacer* foi associado ao devoto sobrevivente ao conflito que não pode realizar uma expiação vicária e nem ser substituído por um colosso. O corpo vivo do *homo sacer* é o penhor da sujeição a um poder de morte absoluto e incondicionado, sem que isso seja o cumprimento de um voto. A vida sacra é vida consagrada, insacrificável e além de qualquer cumprimento. Por isso, no *homo sacer* é um colosso de si mesmo, uma estátua viva. Tanto o devoto sobrevivente, quanto no *homo sacer* há uma vida que excepciona a si mesma em uma dupla exclusão das formas de vida profanas e religiosas. São convertidas em seres apenas relacionados com a morte, sem pertencer ao mundo dos defuntos. Essa é a dupla exclusão: não são mortos, nem vivos.

Eis os elementos centrais integradores da biopolítica, do poder soberano, do estado de exceção, do campo de concentração e da vida nua nos ordenamentos político-jurídicos contemporâneos. Dito isso, se demonstrou os elementos centrais da relação entre sistemas processuais e presunções na tradição político-jurídica ocidental que constituiu a presunção de inocência como princípio do processo criminal, bem como a relação com o pensamento agambeniano.

A discussão sobre os sistemas processuais ocorreu muito tempo após o aparecimento do processo, a partir do pensamento de Kant, por isso é uma explicação posterior ao processo estabelecido. Nesse sentido, há uma diferença entre modelo de processo e sistema processual. O modelo de processo é a estrutura processual resultante das relações sociais de poder, chamado na modernidade apenas de procedimento judicial. O sistema processual é a explicação científica do modelo.

A concepção tradicional de sistemas processuais é calcada na estrutura julgador-acusador. Nessa perspectiva, se o julgador é a mesma pessoa que acusa, o sistema é inquisitório, se há um terceiro encarregado de acusar, o sistema é acusatório. Contudo a explicação não satisfaz Jacinto Coutinho. Por isso, buscou na obra de Franco Cordero e de Immanuel Kant novas explicações.

Kant elaborou a arquetônica, a arte dos sistemas. Nessa perspectiva, sistema é uma unidade de conhecimentos diversos sob uma ideia. As duas características centrais do sistema são a ideia que unifica os conhecimentos e a finalidade. A ideia assume a condição de princípio unificador ou princípio reitor. Daí porque Jacinto Coutinho define os sistemas processuais como um conjunto de temas que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo pretensamente orgânico que se destina a um fim.

Cordero identificou a posição do juiz em relação à produção de provas como central nos sistemas processuais. Assentando a teoria de Cordero à concepção sistêmica de Kant, Jacinto Coutinho concluiu que a gestão da prova é a ideia ou princípio que unifica os conhecimentos para formar o sistema. Existem duas posições do juiz em relação às provas, afastamento ou aproximação. A cada uma dessas posições corresponde um princípio unificador distinto. O afastamento do juiz

da gestão da prova institui o princípio dispositivo, que funda o sistema acusatório. A aproximação institui o princípio inquisitivo, que funda o sistema inquisitório.

Na antiga Atenas havia quatro jurisdições criminais responsáveis por julgar crimes públicos e privados, divididos conforme o tipo de crime praticado. A acusação nos crimes públicos podia ser feita por qualquer cidadão. Em alguns crimes contra a pátria a acusação era feita pelos *tesmotetas* perante o Senado ou a Assembleia do Povo. Por fim, nos crimes privados a acusação podia ser feita pelas vítimas ou familiares, tutores ou senhores das vítimas. A acusação era feita perante *arcontes* que decidiam sobre o embasamento da acusação. Se havia embasamento, os *arcontes* designavam o tribunal competente e convocavam os cidadãos que julgariam em determinado dia. No lapso entre a acusação e o julgamento, a acusação era publicizada a fim de possibilitar que qualquer pessoa apresentasse provas e o imputado era noticiado para comparecer ao julgamento. As partes produziam provas, primeiro o acusador, depois o defensor do imputado ou o próprio imputado. As partes se manifestavam conforme tinham interesse, desde que não extrapolassem o limite temporal. Ao final o conselho de cidadãos decidia. O empate era resolvido com a absolvição. Esse foi um modelo acusatório, talvez o primeiro ocidental.

Apesar da contestação de Jhering, ao menos em parte, o modelo ateniense de processo parece ter sido importado para o Império Romano. As duas grandes codificações romanas foram criadas no período do baixo império (século III a 565): o *Codex theodosianus* e o *Corpus juris civilis*. O *Corpus juris civilis* permaneceu aplicável no Sacro Império Romano-Germânico até a implantação dos Basílicos a partir do século XII. Jhering encontrou fontes da coexistência de um direito divino (*fas*) e um direito laico (*jus*) desde a origem do Império Romano.

Qualquer violação ao *fas* era considerada uma ofensa aos deuses que resultava na declaração do ofensor como *homo sacer* e o reduzia à matabilidade. Contudo os deuses se vingavam contra todo o povo pelas ofensas recebidas. Por isso, matar o *homo sacer* era uma expurgação da ofensa. Portanto, matar o *homo sacer* era um dever imposto pelo *fas*, cujo descumprimento resultava na vingança dos deuses sobre todo o povo. Significativa é a alegoria de Romolo, fundador de Roma. Enquanto construía o muro que delimitava Roma, Remo, irmão de Romolo,

subiu no muro e pulou para o exterior. Imediatamente Romolo o matou porque, ao violar os limites da cidade, Remo teria ofendido os deuses e, com isso, fora convertido em *homo sacer*. Há uma divergência interpretativa no mito sobre a necessidade, ou não, de declarar *homo sacer* antes de matar.

O banimento era situação análoga a do *homo sacer*, com a distinção de que o banimento não era uma penalidade, mas um meio para escapar à punição cabível aos imputados até a condenação. Tanto o banimento, quanto o decreto de purgação de elementos impuros (*equae et ignis interdictio*) isentavam o estado da responsabilidade pelos atos individuais.

No direito romano havia outro instituto relevante para o estudo do processo, a defesa privada, destinada a pleitear direitos. A defesa só podia ser aplicada se o direito de uma das partes e a injustiça da outra eram evidentes. Apenas nos casos duvidosos o juiz romano atuava para dizer o direito após a atividade das partes. Atuava como árbitro e, por isso, os efeitos obtidos pela atuação do juiz podiam ser atingidos pelas partes de outras formas. O juiz atuava apenas por vontade das partes.

Jhering afirmou que o *fas* da Roma antiga foi convertido em *jus canonicum* na Roma do medievo. Em ambas as épocas existiram um *jus utrumque* de conhecimento obrigatório aos juízes eclesiásticos e juízes comuns. Na idade média os pontífices influenciaram de modo mais incisivo o direito laico, assumindo algumas ações anteriormente exclusivas do tribunal laico. Como o *Corpus juris civilis* subsistiu até o século XII, seguiu influenciando o direito europeu.

Na Inglaterra, em 1166, foi instituído o processo do júri (*trial by jury*) que reintroduziu o modelo acusatório de processo na Europa medieval. A acusação criminal foi entregue a um júri, formado por membros da comunidade local, posteriormente chamado de *grand jury*, do qual 24 cidadãos faziam parte, cuja função era decidir sobre a acusação de crimes graves conforme os conhecimentos que tinham, não conforme provas. O julgamento conforme a apreciação das provas era tarefa do *petty jury*, composto por 12 cidadãos, com decisões unânimes. As partes produziam provas e o júri decidia sobre a culpa ou inocência do acusado, uma estrutura que permanece vigente, com alterações.

Pouco tempo depois, no Sacro Império Romano-Germânico foi estabelecido o santo ofício da inquisição no caminho aberto por meio das bulas papais. Em 4 de novembro de 1184, a *Ad abolendam*, expedida pelo papa Lucius III. Em 25 de março de 1199, a *Vergentis in senium*, pelo papa Innocentii III. Em 15 de maio de 1252, a *Ad extirpanda*, por Innocentius IV. Assim foi pavimentado o caminho para a maior obra de engenharia jurídico-teológica do medievo a possibilitar as mais cruéis atrocidades da época, sempre justificadas pela emergência e a pretexto de expurgar a ameaça dos inimigos que celebraram pactos com o demônio. Todo o trabalho de acusação e julgamento era feito pelos inquisidores. A defesa, a partir do momento em que foi admitida, no século XVI, tinha a finalidade de convencer o “herege” a confessar.

Com outros inimigos e uma nova relação entre estado e igreja católica, decorrente, dentre outras coisas, da redução do poder canônico após a expansão econômica europeia e a reorganização social, na França foram criadas as *Ordonnance criminelle* de 1670, projetada pelos políticos Henri Pussort e Jean-Baptiste Colbert, e outorgada pelo rei Louis XIV. A ideia central permaneceu a mesma, um juiz incumbido de produzir provas e condenar. O poder probatório foi escamoteado pela instituição de procuradores do rei (*procurers du roi*), incumbidos de auxiliar o juiz, excepcionalmente, no procedimento de inquisição para formular denúncias e conclusões.

As reivindicações de direitos dos revolucionários franceses comprimiram algumas práticas inquisitórias com a finalidade de introduzir os ideais iluministas sobre o sistema criminal, dentre outras coisas, inspirados no *trial by jury* inglês, especialmente de Cesare Bonesana, cujas ideias foram difundidas na França a partir da tradução de André Morellet e do comentário de François-Marie Arouet de ***Dei delitti e delle pene***. Contudo, o imperador Napoléon tinha interesse em um modelo inquisitório renovado.

Jean-Jacques-Régis de Cambacérès foi o jurista encarregado do projeto. O segundo monumento da engenharia jurídica nasceu da montagem de dois blocos distintos, formando um processo bifásico. A investigação criminal (*instruction*) foi inspirada na *Ordonnance criminelle* de 1670: escrita, secreta, realizada pelo juiz, com obstáculos, se não impossibilidade de qualquer defesa. O processo perante o

júri (*jugement*) foi inspirado no modelo inglês: público, oral, produção de provas pelas partes, em contraditório e com direito de defesa. Entretanto, essa simples colagem poderia dar errado para os fins pretendidos por Napoléon. Daí a significativa ideia de Cambacérès: permitir no *jugement* o uso de todas as informações produzidas na *instruction*. Assim surgiu o procedimento misto. Não havia um sistema misto, porque havia duas ideias unificadoras distintas. Enquanto a gestão da prova na *instruction* pertencia ao juiz, no *jugement* pertencia às partes. A contradição entre as ideias, e também entre os princípios que expressam, torna também contraditório pensar em um sistema misto.

O procedimento misto foi difundido pela Europa ocidental. No território que hoje chamamos de Itália, influenciou o projeto de código elaborado por Gian Domenico Romagnosi, foi incluído no código borbônico de 1819, no parmegiano de 1820, no pontifício de 1831, no toscano de 1838, nos piemonteses de 1847 e 1859. Após a unificação dos territórios, com algumas variações nos códigos foi preservado em 1865 e 1913. No *Codice de procedura penale* de 1930 recebeu novos contornos, repaginado pelos membros da Escola Técnico-Jurídica, vinculados ao regime fascista, Alfredo Rocco, Arturo Rocco e Vincenzo Manzini. O primeiro golpe para derrubar o procedimento misto italiano foi dado com a reforma de 1955 (*riformetta del 1955*). A expulsão do procedimento misto ocorreu apenas em 1987 com o novo *Codice de procedura penale*.

O procedimento misto foi introduzido também no Brasil. No Código de processo criminal imperial de 1832, uma primeira fase, chamada de formação da culpa, uma instrução pelo juiz, preparava o julgamento público da segunda fase. A estrutura permaneceu no Código de processo penal de 1941, parcialmente copiada do *Codice de procedura penale* de 1930, mas a formação da culpa realizada pelo juiz de paz foi substituída pelo inquérito policial em razão do menor custo e da maior quantidade de policiais disponíveis no território brasileiro.

A primeira referência a algo que hoje chamamos de presunção de inocência provavelmente está no julgamento de Orestes, na tragédia grega escrita por Ésquilo, Oresteia, por um conselho formado pela deusa Atena para julgá-lo por matar a mãe e o amante da mãe em vingança ao assassinio do pai pelos dois. O número de juízes que compuseram o conselho não foi precisado, há apenas a informação de

que chegaram a um empate. Atena, antes da votação, declarou que votaria a favor de Orestes. Após a contagem dos votos, constatado o empate, Atena declarou a absolvição.

Não houve aí um voto de desempate da presidente do conselho, mas um voto desde sempre favorável ao imputado. Isso pode significar duas coisas. Primeiro, Atena desde sempre entendeu que a vingança excluiu o matricídio, por isso abriu o voto desde o início. Segundo, Atena entendeu que o voto do presidente deve sempre ser favorável ao imputado. No contexto da história, parece ser o primeiro caso, embora entenda-se que o voto do presidente sempre deva ser favorável ao imputado, pois, se não há dúvida, haverá apenas um voto favorável. Se a somatória do voto do presidente do órgão colegiado absolver, havia desde sempre dúvida sobre a culpa.

Independente de considerar o direito ateniense como inspirador do direito romano, ou não, com as invasões dos povos germanos à Roma antiga, a partir do século III, o direito romano do baixo império passou por reformas destinadas a combater os invasores chamados de bárbaros. Ao estudo das presunções, parece imprescindível a referência a três características do *homo sacer*.

Primeira, o *sacer* era proscrito das coisas civis e religiosas. Como estátua de si mesmo, o corpo, nem morto, nem vivo, podia ser morto, mas era insacrificável, pois o sacrifício era atributo exclusivo dos humanos vivos. A proscrição do *sacer* era distinta da proscrição do inimigo, pois havia um agravante psicológico: as maldições divinas e humanas. Segunda, o *homo sacer* não era punido, pois a pena era concebida como purgação do mal praticado contra os deuses, depois da qual o homem podia se reconciliar com os deuses. Entretanto o *homo sacer* não podia expiar a ofensa aos deuses, pois estava fora do direito criminal. Como estava fora e a purificação estava dentro do direito criminal, a purificação não podia atingi-lo. A figura do *homo sacer* antecedeu a ordem jurídica estabelecida, ladeava o forasteiro ou banido, era um lobo santo (*vargr i veum*). Terceira, a declaração de *homo sacer* (*sacer esse*) no direito romano antigo prescindia de qualquer procedimento posterior nos casos flagrantes, mas os fatos duvidosos eram objeto de caução prejudicial (*sponsio praejudicilis*) perante um magistrado. As leis sacras (*leges sacratoe*)

tornavam dispensável qualquer formalidade para matar um patrício que violava direitos do povo.

Nos casos flagrantes, imediatamente após matar o *homo sacer*, era necessário provar que o morto era *homo sacer*, sob pena de também ser morto. A declaração de *homo sacer* nos casos flagrantes demonstra uma dupla presunção de culpa, num primeiro momento do suposto *homo sacer* e num segundo de quem matava o *homo sacer*. Durante o baixo império, Ulpianus sugeriu uma fórmula indicada por Jhering como coexistente com a figura do *homo sacer*, apesar de contraditórias: é preferível deixar impune um culpado a condenar um inocente.

Com a romanização, movimento de difusão do direito romano pelos países Europeus, pelo menos ocidentais, após a queda do Império Romano, em maior ou menor grau a presunção de culpa relacionada ao *homo sacer* foi introduzida no direito de diversos países, dentre os quais o direito canônico. Nos séculos XIV e XV, portanto após a criação do santo ofício da inquisição, surgiram dois importantes textos de inquisidores: o ***Directorium inquisitorium*** e o ***Malleus maleficarum***. O primeiro, destinado aos hereges, quase exterminados após aproximadamente um século de inquisição. O segundo, destinado às bruxas, inimigas que substituíram os hereges para justificar uma nova emergência instalada pelos supostos pactos com o diabo. Além de ambos preverem procedimentos inquisitórios, como não poderia ser diferente no exercício de um ofício da inquisição, a presunção de culpa era outro elemento em comum. Havia um processo, talvez não propriamente judicial, com a finalidade de forçar o imputado a confessar, mesmo nos casos flagrantes.

A presunção de inocência só foi declarada expressamente em 1789, no art. 9º da *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, como resultado dos ideais revolucionários franceses: “Todo homem é presumido inocente até que seja declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário para assegurar que sua pessoa deverá ser severamente reprimida pela lei.” Assim, romperam com a tradição da *Ordonnance criminelle* francesa de 1670, fruto da romanização e das transformações forçadas por meio do direito canônico.

A presunção de inocência foi, dentre outras coisas, uma conquista inspirada no iluminismo. O principal texto a inspirar esses ideais foi o ***Dei delitti e delle pene***, de Cesare de Bonesana, publicado originalmente em 1764. Os direitos humanos

foram espalhados e incorporados pelos países europeus ocidentais. Na Itália, a presunção de inocência foi duramente criticada pelos integrantes da Escola Positiva, Cesare Lombroso, Raffaele Garofalo e Enrico Ferri, bem como da Escola Técnico-Jurídica, Arturo Rocco, Alfredo Rocco e Vincenzo Manzini. O mais duro golpe foi dado por Manzini, ao imputar uma ilogicidade à presunção de não culpabilidade, na medida em que a maioria dos imputados é condenado ao fim do processo.

Após a segunda guerra mundial, com a formação das *United Nations*, foi editada uma nova declaração de direitos humanos com pretensão de universalidade, a *Universal Declaration of Human Rights* na qual a presunção de inocência foi, uma vez mais, inscrita. Dos direitos humanos aos direitos fundamentais, a passagem se deu pela elaboração de novas Constituições dos estados, em razão do movimento chamado constitucionalismo democrático, cujo objetivo central foi fundar estados em contextos pensados sob as prerrogativas do modelo de democracia moderna ocidental.

No Brasil a presunção de inocência foi introduzida apenas na Constituição de 1988. Antes disso vigeu uma presunção de culpa inspirada em indícios, cujos raciocínios valorativos permitiam conclusões em quaisquer sentidos, mas sobretudo contrários ao imputado, nos escritos dos juristas, a começar pela expressividade de João Mendes de Almeida Júnior, passando por Galdino Siqueira, Sady Cardoso de Gusmão, Eduardo Espínola Filho, Antônio Bento de Faria, Hélio Bastos Tornaghi, Fernando da Costa Tourinho Filho e Fernando Capez. Após a consolidação do pensamento de Vincenzo Manzini no Brasil, os principais autores o citaram, ainda que sem saber, ao se referirem à presunção de “não culpabilidade”. Dentre esses autores, Hélio Bastos Tornaghi, Eduardo Espínola Filho, Fernando da Costa Tourinho Filho e Fernando Capez.

A tal presunção de não culpabilidade, um meio termo entre inocência e culpa, criado astutamente por Vincenzo Manzini, desde o início justificou o esvaziamento do conteúdo da presunção de inocência, e continua a justificar. Esses discursos sobre a presunção de inocência são de três ordens distintas. Primeiro, os discursos favoráveis à presunção de inocência, orientados por uma concepção de processo como instrumento de garantias, inspirada no *trial by jury*. Segundo, os discursos contrários à presunção de inocência, orientados por uma concepção de processo

como instrumento de punição, inspirada no processo inquisitório. Terceiro, os discursos que sintetizam e tentam conformar a caça aos hereges à garantia dos direitos, inspiradas no procedimento misto.

Considerando a inexistência de um sistema misto, por impossibilidade de um princípio unificador misto, bem como a inexistência de um sistema puro, na medida em que os modelos de processo são resultado de relações de poder que orientam a produção legislativa, não há um problema inerente ao caráter misto dos processos. Se todos os sistemas processuais são mistos, as presunções não podem ser pensadas para sistemas puros.

Tampouco há uma relação direta entre presunções e gestão da prova. A vinculação entre ambas está situada no momento em que se cruzam, na regulamentação da prova. Enquanto os princípios unificadores assinalam a quem cabe provar, as presunções servem como mecanismos de liberação da carga probatória diante da insuficiência da atividade probatória. Como presunções e sistemas não estão diretamente correlacionados, podem existir sistemas acusatórios com presunção de culpa e sistemas inquisitórios com presunção de inocência. Além disso, podem coexistir num mesmo sistema presunções de inocência e de culpa, como ocorre no Brasil. A relação mais direta da gestão probatória é com a carga probatória, como mecanismos de liberação da carga. Nesse sentido, carga probatória é o conteúdo probando. A gestão da prova é a atribuição do sujeito probante. Portanto, a articulação entre presunções e sistemas se dá na integração entre objeto probando (carga probatória) e sujeito probante (gestão da prova) como estruturas da prova.

John Rason Spencer identificou quatro equívocos nos estudos sobre a presunção de inocência. Primeiro, ao contrário do propagado, inexistente relação entre presunção de inocência e sistema acusatório. Segundo, a dificuldade para condenar alguém na Inglaterra é mais consequência das proibições de prova que da presunção de inocência. Terceiro, a profundidade da cognição realizada pelos juízes de instrução fulmina a possibilidade de absolvição do imputado. Quarto, na Inglaterra a presunção de inocência é menos protegida que em outros países, pois a execução penal é possível desde a condenação em primeira instância.

Andrew John Ashworth apontou quatro ameaças à presunção de inocência. Primeira, a restrição do sentido de presunção de inocência para interpretá-la como o oposto a “culpa conforme a lei”, em vez de “atribuição ao acusador da carga de provar a culpa para além de toda dúvida razoável”. Segunda, erosão por meio de exceções que a desfiguram, como prisões cautelares justificadas pela gravidade do crime e inversão da carga probatória. Terceira, evasão por meio de ordens civis para controlar as vidas de indivíduos, como as ordens contra pessoas envolvidas em atividades sexuais por no mínimo duas vezes, desde que exista causa razoável (*reasonable cause*). Quarta, desvio por meio de prisão durante a investigação, justificada com medidas excepcionais, e por meio de poderes extraordinários para restringir atividades de indivíduos que supostamente causam risco à segurança nacional.

Os diagnósticos de Spencer e Ashworth são complementares. O primeiro identificou os limites da presunção de inocência. O segundo, as ameaças. Pensa-se que os sentidos são aqueles propostos por Maurício Zanoide de Moraes. Primeiro, uma norma probatória a determinar o conteúdo e o meio de prova. Provas incriminadoras e robustas sobre materialidade e autoria do caso. Segundo, uma norma de tratamento a determinar que todos tratem o imputado como inocente. Esse tratamento vale para as medidas processuais e para as relações sociais com ênfase para a proibição de exposição midiática. Terceiro, duas normas de juízo. A primeira a determinar a interpretação do caso do modo mais favorável ao imputado (*in dubio pro reo*) e a segunda a determinar a interpretação das normas criminais do modo mais favorável ao imputado (*favor rei*).

A imprecisão da referência ao termo norma pode ser resolvida, dentre outros modos, com a teoria de Lenio Luiz Streck, para quem os princípios condicionam deontologicamente a experiência jurídica e legitimam a normatividade instituída. Nessa direção, os princípios instituem as regras. Mas isso não significa que há um princípio para cada regra; um mesmo princípio pode instituir várias regras. Ainda que seja questionável, até mesmo refutável a ideia de legitimidade advinda de um princípio, a articulação entre regra e princípio, as duas espécies de normas, permite dizer que a presunção de inocência institui regras probatórias, de tratamento e de juízo.

Refletindo a partir do marco teórico agambeniano, entende-se que há uma articulação entre essas regras que formam uma zona de indecibilidade. Nessa articulação incidem, concomitantemente, presunções de culpa e presunções de inocência, como exceções e regra. Isso também é possível porque princípios podem ter a aplicação afastada pela imposição de outros princípios. Já as regras, embora sejam removidas do ordenamento jurídico quando declaradas inválidas, podem ser excepcionadas por outras regras. As regras que resultam na descarga probatória em favor da culpa excepcionam as regras que descarregam a carga probatória em favor da inocência. Há uma proliferação das regras que excepcionam a presunção de inocência, por isso cada vez mais a exceção tende a se tornar regra geral. Essas exceções funcionam como suspensão da regra geral de inocência do imputado.

Essas constatações serviram de pressupostos nas análises dos casos acertados pelo Supremo Tribunal Federal. Acertamento é o aportuguesamento do conceito jurídico italiano *accertamento*. Consiste em uma decisão judicial sobre o caso. Pode ser positivo, a condenar o imputado, ou negativo, a absolvê-lo. É um meio essencial do processo para escolher dois juízos diversos, inocência ou culpa. Existe porque a pena não é autoaplicável, pressupõe um processo. O caso é o conteúdo do processo, uma reconstrução do fato pretérito aparentemente criminoso. Daí a importância de adjetivar o caso como criminal. O adjetivo demarca a existência de um crime. Não é apenas um fato, mas um fato criminoso.

Partiu-se do *habeas corpus* nº 126.292 para buscar acertamentos que permitissem analisar a suspensão da presunção de inocência. Ao não localizar os acórdãos referidos, buscou-se palavras-chave na pesquisa de jurisprudência no sítio eletrônico do Supremo. Nas pesquisas foram encontrados tanto casos acertados positiva quanto negativamente. Utilizou-se apenas dos acertamentos positivos. Buscou-se acórdãos referidos nos acórdãos que se analisou e, assim, se tentou reconstituir genealogicamente a ontologia do presente da suspensão da presunção de inocência. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha sido criado em 9 de janeiro de 1829, com o nome de Supremo Tribunal de Justiça, não foram localizados acórdãos anteriores a 1952.

Pesquisar presunção de inocência em acórdãos anteriores à posituação da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro pode parecer uma

contradição consigo mesma. Uma interpretação legalista provavelmente resultaria nessa conclusão. Mas não se entende desse modo. A presunção de inocência é uma opção política de cultura contra a barbárie, ainda que ambas se integrem nas práticas cotidianas. Ao final do processo há sempre uma declaração de inocência ou culpa do imputado, mesmo na extinção da punibilidade, em que a inocência está implícita, como ficção. Não fosse para verificar a inocência ou culpa, diante de uma dúvida, não haveria sentido em existir processo. Por esses motivos, entende-se que a presunção de inocência existe, ao menos implicitamente, como razão de ser do processo.

As insuficiências e inconsistências do sistema recursal criminal resultam na impetração de muitos *habeas corpus* para os tribunais, inclusive para o Supremo, pelo fácil manejo e pela rapidez se comparado às dificuldades e aos atrasos nos acertamentos do recurso próprio, chamado recurso extraordinário. Consequência disso foi a predominância de *habeas corpus* dentre as formas processuais que se analisou, bem como a justificativa da via estreita, a impossibilidade de produzir provas além das documentais, para tergiversar o acerto.

Os casos analisados foram os recursos em *habeas corpus* nº 31.748, 47.465, 50.376, 58.032, 61.036-6, 67.709 e 70.742-4, os *habeas corpus* nº 32.769, 39.292, 43.923, 67.707-0, 70.351-8, 79.972-8, 80.535-3, 81.340-2, 82.027-1, 82.770-5, 83.978-9, 84.078-7, 84.680-7, 95.015-9, 97.820-7, 104.339 e 152.752, a petição nº 2.861-9, e os recursos extraordinários nº 79.557, 133.489-4 e 540.999-6.

Os acórdãos foram, na maioria, de poucas laudas. Há muita repetição de acórdãos anteriores, bastantes não relacionados ao caso em análise e pouca discussão. Abundam as unanimidades, quase sempre monólogos do relator. Raramente há citação doutrinária. Quase exclusivamente leis e julgados. A falta, constitutiva do ser, representa muito. A máquina jurídica opera no vazio. São referências vagas a outras referências vagas, enunciadas pelos *shifters* linguísticos. Na falta de sentido próprio, as decisões remetem a outras decisões e formam uma cadeia cuja origem tampouco parece ter sentido.

Abundam também expressões como “melhor sorte não assiste à defesa”, “não merece prosperar”, “razão não assiste” e outros mantras judiciários produzidos e reproduzidos cotidianamente na máquina. Sobre a presunção de inocência, muito

pouco consta, quase nada. As poucas referências à doutrina são resumidas a autores como Damásio Evangelista de Jesus, Hélio Bastos Tornaghi e Vincenzo Manzini, expressa ou implicitamente. De acordo com muitos ministros, a presunção de inocência não passa de mera presunção de não culpabilidade.

Mesmo após a Constituição, os julgados anteriores permearam as discussões e pouco espaço existiu para repensar as bases do processo criminal pela estrutura constitucional. Proliferaram expressões como “sempre há uma exceção para toda regra” e “nenhum direito é absoluto” como argumentos de justificação das suspensões da presunção de inocência. A emergência desponta a cada acórdão, se não a cada voto. Poucos se prestaram a defender o mínimo de civilidade que tentamos instituir a partir da Constituição. A exceção se converteu em regra geral há muito e a presunção de inocência teve vida curta. Aproximadamente 7 anos, no lapso temporal entre a mudança de entendimento sobre a execução penal provisória, ocorrida no *habeas corpus* nº 87.078, e o retorno ao posicionamento encontrado em 1980, no recurso em *habeas corpus* nº 58.032, mas que pode ser bastante anterior.

Em 7 de fevereiro de 2019 foi apresentado um pacote “anticrime”, também analisado pela expressividade daquilo que pode resultar daí. É medida equiparável ao *USA Patriot Act* estadunidense, de 2001, analisado por Agamben. A ser aprovado, a presunção de culpa estabelecerá tantas exceções à presunção de inocência a ponto de o pouco que resta servir para pouco ou nada. A exceção já foi convertida em regra na desaplicação cotidiana pelo Supremo, assegurada pela força atribuída por lei à coisa julgada, além de tornar indiscerníveis o legislativo, o executivo e o judiciário, tornou permanente o estado de exceção. O processo virou técnica do poder a ser somado ao estado de exceção, duas ordenações sem localização, para governar os corpos biológicos no campo, uma localização sem ordenação. O judiciário agiu, e continua a agir, como poder soberano ou talvez com delegação estatal da soberania. Os imputados com frequência são reduzidos à condição de meros sobreviventes (*zoé*), bonecos de si mesmos que sequer podem ser sacrificados, nem vivos, nem mortos.

Os accertamentos analisados parecem reforçar alguns aspectos centrais do marco teórico. Primeiro, a presunção de culpa, já prevista no direito romano da baixa

idade média, permanece como estrutura que, algumas vezes serve para condenar o imputado, noutras vezes torna dispensável o processo. Segundo, essa dispensabilidade do processo pode ser apenas aparente, nos processos em que o imputado é presumido culpado independente do que faça ou de existirem provas. Assim ocorre em milhares de mortes nas quais o reconhecimento da sacralidade da vida independente de processo. Basta exterminar as pessoas, sobretudo a pretexto de agir em legítima defesa. Terceiro, culpa e inocência coexistem e se integram para formar uma presunção indiscernível e imprevisível, suspensas conforme os interesses do poder soberano. Quarto, a relação entre regra e exceção vale para a relação entre as presunções, de modo que a presunção de inocência é regra geral, excepcionada por regras formais e informais que presumem a culpa. Quinto, o judiciário se apresenta como poder soberano que decide sobre o estado de exceção, suspendendo diversos direitos e garantias nos processos para aplicar as exceções por desaplicação das regras, ou, pelo menos, age por delegação do soberano estatal. Sexto, os imputados se tornam corpos controláveis, vigiáveis e administráveis pelo processo, dentre outros meios. Sétimo, nessa direção, o processo talvez seja uma técnica do poder, ou tenha se convertido em técnica, utilizada no paradigma do campo de concentração, ao lado do estado de exceção, mais uma ordenação sem localização que complementa a localização sem ordenação chamada campo ou, no mínimo, uma das estruturas que compõem o estado de exceção. Oitavo, a desaplicação da regra para aplicação da exceção é realizada pelo poder soberano a pretexto de não existir ilegalidade. Nono, uma presunção de culpa é mera regra que excepciona a regra geral da presunção de inocência. Décimo, os imputados, despojados do estatuto político-jurídico, são reduzidos à condição de meras vidas biológicas (*zoé*) incluídas na biologicidade como recursos que alimentam a máquina jurídica. Décimo primeiro, a combustão da *zoé* por meio dos processos talvez seja um dos poucos motivos pelos quais a máquina jurídica continua a operar no vazio, convertida em fim em si mesma, em vez de ser paralisada.

Enfim, pensa-se que a pesquisa confirma a hipótese de Agamben: o fim das leis é produzir processos e os processos visam produzir coisa julgada, não justiça (AGAMBEN, 2008a, p. 28). Contudo a hipótese é incompleta, o que é possível em

uma resposta elaborada antes da pesquisa. A complexidade da presunção de inocência só ficou compreensível após a compreensão do referencial teórico. A relação inclusão-exclusão, regra-exceção, mesmo que entendida diferente de Agamben, é fundamental para compreender que as presunções processuais são resultado das articulações entre presunções de inocência e de culpa que coexistem, de modo inconstitucional, no ordenamento jurídico.

Porém, o poder soberano, no exercício da soberania ora aplica presunções de culpa, ora presunções de inocência, compatibilizando-as pela relação regra-exceção e suspendendo o direito conforme os próprios interesses. Discussões sobre a emergência e sobre a inexistência de direitos absolutos justificam a desaplicação do princípio da presunção de inocência para aplicação da presunção de culpa. Posteriormente, o soberano declara a inexistência de ilegalidade. Tudo em nome da emergência e da proteção dos direitos, diagnosticada e prometida, respectivamente, mas nunca realizadas.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. Ecletismo. *In*: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 298.

AGAMBEN, Giorgio. **A linguagem e a morte**: um seminário sobre o lugar da negatividade. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

_____. **Altíssima pobreza**: regras monásticas e forma de vida. *Homo sacer* IV, 1. Trad. Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2014b.

_____. Como a obsessão por segurança muda a democracia. **Le Monde Diplomatique Brasil**, São Paulo, 06 jan. 2014d. Disponível em: <<https://diplomatie.org.br/como-a-obsessao-por-seguranca-muda-a-democracia/>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

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

_____. Estado de exceção e genealogia do poder. Trad. Daniel Arruda Nascimento. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 108, pp. 21-40, 2014c.

_____. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007a.

_____. **L'uso dei corpi**: homo sacer IV, 2. Vicenza: Neri Pozza, 2014a.

_____. **Meios sem fim**. Notas sobre a política. Trad. Davi Pessoa. Belo Horizonte: Autêntica, 2015a.

_____. O que é um dispositivo. **Outra Travessia**, Florianópolis, n. 5, p. 9-16, 2005.

_____. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha**. Trad. Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008a.

_____. **O reino e a glória**: uma genealogia teológica da economia e do governo: homo sacer II, 2. Trad. Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2011.

_____. **Profanações**. Trad. Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007b.

_____. **Signatura rerum**. Sul metodo. Torino: Bollati Bolinghieri, 2008b.

_____. **Stasis**: la guerra civile come paradigma politico: homo sacer II, 2. Torino: Bollati Bolinghieri, 2015b.

_____. Studenti. **Quodlibet**, Macerata, 15 maio 2017. Disponível em: <<https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-studenti>>. Acesso em: 18 dez. 2018.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959a, t. I.

_____. **O processo criminal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959b, t. II.

AMARAL, Augusto Jobim do. **O dispositivo inquisitivo**: entre a ostentação penal e a estética política do processo penal. 2014. 499 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

_____. Presunção de inocência - A pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC 126.292/SP pelo STF. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 281, p. 3-5, 2016.

ANCIENT ROME. Imperatoris Theodosii Codex. Liber decimus sextus. **De fide catholica**. Disponível em: <<http://ancientrome.ru/ius/library/codex/theod/liber16.htm#1>>. Acesso em: 02 jan. 2019.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Compreender**: formação, exílio e totalitarismo. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

_____. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Ensaio introdutório, texto grego com tradução e comentários de Giovanni Reale. Trad. M. Perine. São Paulo: Loyola, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito**: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira. 4. ed. Lisboa: Verbo, 1987.

ASHWORTH, Andrew. Four threats to the presumption of innocence. **The international journal of evidence & proof**, s. l., v. 10, p. 241-279, 2006.

ASSMANN, Selvino José. Sobre o autor. *In*: AGAMBEN, Giorgio. **Profanações**. Trad. Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007.

AUGUSTO, Walter Marquezan. **Desativar o direito**: um caminho a partir da obra de Giorgio Agamben. 2014. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2014.

AZAMBUJA, Celso Candido de. Introdução ao método genealógico de Nietzsche. **Ethic@**, Florianópolis, v. 12, n. 1, p. 127-142, jun. 2013.

BABINI, Maurizio. Traduttori traditori: a tradução em francês de *Dos delitos e das penas* de Cesare Beccaria. **Cadernos de tradução**, Florianópolis, v. 2, n. 20, p. 125-139, 2007.

BACON, Francis. **The new organon**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARSALINI, Glauco. **Estado de exceção permanente**: soberania, violência e direito na obra de Giorgio Agamben. 2011. 215 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2011.

BARTOLOMÉ RUIZ, Castor. Giorgio Agamben, genealogia teológica da economia e do governo. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos**, São Leopoldo, 01 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/4862-castor-bartolome-ruiz-12>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

_____. O campo como paradigma biopolítico moderno. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos**, São Leopoldo, edição 372, 05 set. 2011. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4063&secao=372>. Acesso em: 02 dez. 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **modernidade e holocausto**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

_____. **Vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAZZANELLA, Sandro Luiz. 70 anos depois: Auschwitz entre nós. **Agamben Brasil**, Canoinhas, 20 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.agambenbrasil.com.br/index.php/textos-e-producao/cinema-3/61-auschwitz-entre-nos>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

_____. **A centralidade da vida em Nietzsche e Agamben frente à metafísica ocidental e a biopolítica contemporânea**. 2010. 472 f. Tese (Doutorado Interdisciplinar em Ciências Humanas) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

_____. A sacralização do dispositivo da economia e o esvaziamento da política. **Revista do Instituto Humanitas da Unisinos**, São Leopoldo, 29 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/6022-sandro-luiz-bazzanella>>. Acesso em: 16 out. 2017.

_____. O permanente estado de exceção em terras tupiniquins. *In*: FÁVERI, José Ernesto de; CANI, Luiz Eduardo; BAZZANELLA, Sandro Luiz. (Org.) **Realidade nacional e crise atual**: entre a cultura e a barbárie. São Paulo, LiberArs, 2018, p. 137-159.

BAZZANELLA, Sandro Luiz; ANDRADE, Paulo Flavio de. Para uma ética e uma política que vem: a figura do muçulmano nos campos de concentração. **Profanações**, Canoinhas, v. 3, n. 2, p. 65-82, 2016.

_____; CANI, Luiz Eduardo. É preciso devolver ao uso comum a economia e o direito. **Sala de Aula Criminal**, Curitiba, 02 jul. 2018a. Disponível em: <<http://www.salacriminal.com/home/e-preciso-devolver-ao-uso-comum-a-economia-e-o-direito>>. Acesso em: 18 dez. 2018.

_____; CANI, Luiz Eduardo. O fundamento ontológico: a violência originária constitutiva da lei. **Sala de Aula Criminal**, Curitiba, 24 maio 2018b. Disponível em: <<http://www.salacriminal.com/home/o-fundamento-ontologico-a-violencia-originaria-constitutiva-da-lei>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Torino: Einaudi, 1973.

BECKER, Howard S. **Segredos e truques da pesquisa**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BELDA INIESTA, Javier. Excommunicamus et anathematisamus: predicación, confesión e inquisición como respuesta a la herejía medieval (1184-1233). **Anuário de derecho canónico**, n. 2, p. 97-127, 2013.

BENEDETTI, Leonardo de. Depoimento sobre Monowitz. *In*: LEVI, PRIMO; BENEDETTI, Leonardo de. **Assim foi Auschwitz**: testemunhos 1945-1986. Trad. Federico Carotti. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

_____; LEVI, Primo. Relatório sobre a organização higiênico-sanitária do campo de concentração para judeus de Monowitz (Auschwitz – Alta Silésia). *In*: LEVI, PRIMO; BENEDETTI, Leonardo de. **Assim foi Auschwitz**: testemunhos 1945-1986. Trad. Federico Carotti. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

BENJAMIN, Walter. **Crítica da violência – Crítica do poder**. Trad. Willi Bolle. *In*: BENJAMIN, Walter. Documentos de cultura, documentos de barbárie: escritos escolhidos. Trad. Celeste H. M. Ribeiro de Sousa et al. São Paulo: Cultrix, pp. 160-175, 1986.

_____. Sobre o conceito da história. *In*: BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política**. Obras escolhidas. 3. ed. Trad. Sergio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BERCLAZ, Márcio Soares. MP atuou mais no discurso do que em ações de combate à corrupção. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 04 jan. 2017. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2017-jan-04/retrospectiva-2016-mp-atuou-discurso-combate-corrupcao>>. Acesso em: 22 jan. 2019.

_____. Por uma crítica da razão e uma teoria da decisão para o ministério público. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 07 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-07/mp-debate-critica-razao-teoria-decisao-mp>>. Acesso em: 22 jan. 2019;

_____. Um ministério público sem política de persecução penal. *In*: GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017.

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

BICKERMAN, Elias Joseph. Consecratio. *In*: BOER, Willem den. (Coord.). *Le culte des souverains dans l'empire romain*. Genebra: Foundation Hardt, 1973. Disponível em: <https://www.fondationhardt.ch/wp-content/uploads/2017/10/Entretiens_XIX_1972_Le-culte-des-souverains-dans-lEmpire-Romain.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BONESANA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.

BOTTINO, Thiago. **Habeas corpus nos tribunais superiores**: uma análise e proposta de reflexão. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

BOUCHERON, Patrick. O arqueólogo e o historiador: diálogo com Giorgio Agamben. Trad. Benjamin Brum Neto. **Flanagens**, Curitiba, 25 ago. 2017. Disponível em: <<http://flanagens.blogspot.com/2017/08/o-arqueologo-e-o-historiador.html>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 8.045/2010. **Substitutivo, de 13 de junho de 2018**. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776&filename=SBT+1+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 jan. 2019.

_____. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. **Promulga o Código Penal.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 23 jan. 2019.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 jan. 2019.

_____. Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941a. **Lei das contravenções penais.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 22 jan. 2019.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941b. **Código de processo penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 02 dez. 2018.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941c. Código de processo penal. **Exposição de motivos.** Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/dica-amr-a-ratio-da-exposicao-de-motivos-francisco-campos-do-novo-cpp>>. Acesso em: 23 jan. 2019.

_____. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 01 jan. 2019.

_____. **Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969a.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 23 jan. 2019.

_____. Escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados. **Corpus 927.** Disponível em: <<http://corpus927.enfam.jus.br/>>. Acesso em: 05 jan. 2019a.

_____. Lei de 29 de novembro de 1932. **Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 23 jan. 2019.

_____. Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841. **Reformando o código do processo criminal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM261.htm>. Acesso em: 23 jan. 2019.

_____. Lei nº 2.033 de 20 de setembro de 1871. **Altera diferentes disposições da Legislação Judiciária.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM2033.htm>. Acesso em: 23 jan. 2019.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 02 jan. 2019.

_____. Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973. **Altera os artigos 408, 474, 594 e 596, do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de processo penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5941.htm>. Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de execução penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989a. **Dispõe sobre prisão temporária**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7960.htm>. Acesso em: 04 fev. 2019.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 20 jan. 2019.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad**; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009a. **Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm>. Acesso em: 07 fev. 2019.

_____. Ministério da educação. Cadastro Nacional de Cursos e Instituições de Educação Superior. **Cadastro e-MEC**. Disponível em: <<http://emec.mec.gov.br/>>. Acesso em: 03 fev. 2019b.

_____. Ministério da Justiça. **Projeto de lei anticrime**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime-mjsp.pdf>>. Acesso em: 07 fev. 2019c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Histórico**. Disponível em:
<<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>.
Acesso em: 20 jan. 2019g.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402**. Rel. Min. Marco Aurélio, j. em: 07 dez. 2016b. Disponível em:
<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=4210802&tipoApp=RTF>>.
Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o supremo**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em: 05 jan. 2019d.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 104.339**. Rel. min. Gilmar Mendes, j. em 10 maio 2012. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3164259>>.
Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 126.292**. Rel. min. Teori Zavascki, julgado em 17 fev. 2016a. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>.
Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 152.752**. Rel. min. Edson Fachin, j. em 04 abr. 2018. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>>.
Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 32.769**. Rel. min. Nelson Hungria, j. em 30 set. 1953. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87938>>.
Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 39.292**. Rel. min. Luiz Gallotti, j. em 29 ago. 1962. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=56636>>.
Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 43.923**. Rel. min. Aliomar Baleeiro, j. em 09 maio 1967. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=59347>>.
Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 67.707-0**. Rel. min. Celso de Mello, j. em 07 nov. 1989b. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=70424>>.
Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 67.709**. Rel. min. Sepúlveda Pertence, j. em 21 nov. 1989c. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=70425>>.
Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 70.351-8**. Rel. min. Paulo Brossard, j. em 22 mar. 1994a. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72376>>.
Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 70.742-4**. Rel. min. Carlos Velloso, j. em 16 ago. 1994b. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72649>>.
Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 73.076-1**. Rel. min. Marco Aurélio, j. em 10 jun. 1996. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74229>>.
Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 82.027-1**. Rel. min. Sydney Sanches, j. em 20 ago. 2002. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78933>>.
Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 82.770-5**. Rel. min. Celso de Mello, j. em 27 ago. 2003a. Disponível em:
<www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=79143>. Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 83.978-9**. Rel. min. Carlos Velloso, j. em 13 abr. 2004a. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384858>>.
Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 84.078-7**. Rel. min. Eros Grau, j. em 05 fev. 2009b. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>.
Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 84.078-MG**. Rel. Min. Eros Grau, j. em 05 fev. 2009c. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>.
Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 84.680-7**. Rel. min. Carlos Britto, j. em 12 dez. 2004b. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358024>>.
Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 95.015-9**. Rel min. Ricardo Lewandowski, j. em 15 set. 2009d. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603598>>.
Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 05 jan. 2019e.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 2.861-9**. Rel. min. Ellen Gracie, j. em 29 abr. 2003b. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86369>>.
Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em habeas corpus nº 31.748**. Rel. min. Rocha Lagoa, j. em 02 jan. 1952. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87576>>.
Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em habeas corpus nº 47.465**. Rel. min. Aliomar Baleeiro, j. em 13 nov. 1969b. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=92559>>.
Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em habeas corpus nº 50.376**. Rel. min. Luiz Gallotti, j. em 17 out. 1972. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=94046>>.
Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em habeas corpus nº 58.032**. Rel. min. Leitão de Abreu, j. em 20 jun. 1980. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=97674>>.
Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em habeas corpus nº 61.036-6**. Rel. min. Djaci Falcão, j. em 24 jun. 1983. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=99315>>.
Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em habeas corpus nº 79.972-8**. Rel. min. Nelson Jobim, j. em 22 fev. 2000a. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102670>>.
Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em habeas corpus nº 80.535-3**. Rel. min. Sepúlveda Pertence, j. em 12 dez. 2000b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78430>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em habeas corpus nº 81.340-2**. Rel. min. Maurício Corrêa, j. em 18 dez. 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78706>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 133.489-4**. Rel. min. Paulo Brossard, j. em 03 dez. 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207699>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 540.999-6**. Rel. min. Menezes Direito, j. em 22 abr. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535185>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 79.547**. Rel. min. Rodrigues Alckmin, j. em 20 set. 1974. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=174931>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2019f.

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BURNAZOS, Stratis. Agamben: A democracia é um conceito ambíguo. Entrevista especial com Giorgio Agamben. Trad. Selvino José Assmann. **Blog da Boitempo**, São Paulo, 04 jul. 2014. Disponível em: <<https://blogdaboitempo.com.br/2014/07/04/agamben-a-democracia-e-um-conceito-ambiguo/>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CANI, Luiz Eduardo. **O efeito alucinatório causado pela cognição judicial do auto de prisão em flagrante no processo 'inquisitório garantista'**. No prelo.

_____; BAZZANELLA, Sandro Luiz. A culpa é do Outro: ódio e intolerância nos discursos sobre uma certa criminalidade. **Sala de aula criminal**, Curitiba, 30 mar. 2018b. Disponível em: <<http://www.salacriminal.com/home/a-culpa-e-do-outro-odio>>

[e-intolerancia-nos-discursos-sobre-uma-certa-criminalidade](#)>. Acesso em: 28 dez. 2018.

_____; _____. O que é um campo de concentração?. **Sala de aula criminal**, Curitiba, 30 jul. 2018a. Disponível em: <<http://www.salacriminal.com/home/o-que-e-um-campo-de-concentracao>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

_____; _____. Presunção de inocência ou exceção da inocência? Análise do acórdão do habeas corpus nº 126.292 julgado pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Jurídica (FURB)**, Blumenau, v. 21, n. 46, p. 129-150, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARMIGNANI, Giovanni. **Teoria delle leggi della sicurezza sociale**. Pisa: Presso I Fratelli Nistri e Cc., 1831, t. I.

_____. **Teoria delle leggi della sicurezza sociale**. Pisa: Presso I Fratelli Nistri e Cc., 1832, t. IV.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russell, 2009.

_____. **Lições sobre o processo penal**. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004, v. 1.

_____. Poner en su puesto al ministerio público. *In*: CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1994.

_____. Verdade, dúvida e certeza. Trad. Eduardo Cambi. **Folha Acadêmica do Centro Acadêmico Hugo Simas**, Curitiba, n. 116, p. 5, 1997.

_____. **Verso la riforma del processo penale**. Napoli: Morano, 1963.

CARRARA, Francesco. **Programma del corso di diritto criminale**. Parte generale. 3. ed. Lucca: Giusti, 1867.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. **Processo penal do espetáculo (e outros ensaios)**. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

CERF, Juliette. Giorgio Agamben: A Filosofia da Coragem. Trad. Pedro Lucas Dulci. **Outras Palavras**, São Paulo, 09 jul. 2014. Disponível em:

<<http://outraspalavras.net/posts/giorgio-agamben-pensamento-como-coragem-de-transformacao/>>. Acesso em: 19 out. 2018.

CHAVES JUNIOR, Aírto. **A construção de sentidos em torno das violências nas prisões**: a violência sistêmica do universo intramuros e o seu (violento) reflexo no mundo externo. 2017. 266 f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí e Universidad de Alicante, Itajaí e San Vicente del Raspeig, 2017.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. Trad. Lydia Cristina. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1999.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CORDERO, Franco. **Gli osservanti: fenomenologia delle norme**. Torino: Nino Aragno, 2008b.

_____. **Guida alla procedura penale**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1986.

_____. **Ideologie del processo penale**. Milão: Giuffrè, 1966.

_____. Miserie della procedura penale. **Costituzionalismo**, Roma, 02 out. 2008a. Disponível em: <<http://www.costituzionalismo.it/articoli/288/>>. Acesso em: 03 jan. 2019.

_____. **Procedura penale**. 9. ed. Milano: Giuffrè, 2012.

COSTA, Flavia. Entrevista com Giorgio Agamben. Trad. Susana Scramim. **Revista do Departamento de Psicologia - UFF**, Niterói, v. 18, n. 1, p. 131-136, 2006, p. 132-133.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1989.

_____. A língua das salas de justiça (a língua do juiz e a língua do advogado). *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Vol. 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018a.

_____. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim IBCCRIM**, v. 188, p. 11-13, 2008.

_____. Direito penal e reforma processual. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, a. 16. n. 3, 2006.

_____. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

_____. Legibus Solutio: a sensação dos que são contra a reforma global do CPP. **Boletim IBCCRIM**, v. 210, p. 2-2, 2010.

_____. Lei nº12.403/2011: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 223, p. 4-4, 2011.

_____. Manifesto contra os juizados especiais criminais. *In*: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. (Org.). **Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Mettere il pubblico ministero al suo posto – ed anche il giudice. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 200, p. 23-24, julho 2009a.

_____. Novo código de processo penal pede nova mentalidade. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 06 abr. 2009b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-abr-06/revisao-codigo-processo-penal-demanda-sistema-acusatorio>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. O hc no sistema processual penal brasileiro hoje (o problema da substituição recursal). **Revista Judiciária do Paraná**, Curitiba, v. 7, n. 4, p. 87-95, 2013.

_____. O lugar do poder do juiz em Portas abertas, de Leonardo Sciascia. *In*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Org.). **Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura**. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, v. 175, p. 11-13, 2007.

_____. Os sistemas processuais agonizam?. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Vol. 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018b.

_____. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 186, p. 103-116, 2009c.

D'URSO, Flávia. **Perspectivas sobre a soberania em Carl Schmitt, Michel Foucault e Giorgio Agamben**. Tese (Doutorado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

DAMASKA, Mirjan. **Las caras de la justicia y del poder del estado**. Análisis comparado del proceso legal. Trad. Andrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

DEBORD, Guy. **La société du spectacle**. 3. ed. Paris: Gallimard, 1992.

DELEUZE, Gilles. **Nietzsche e a filosofia**. Trad. Ruth Joffily Dias e Edmundo Fernandes Dias. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

DERRIDA, Jacques. **Force de loi: le «Fondement mystique de l'autorité»**. Paris: Galilée, 1994.

DESCARTES, René. **Discours de la méthode**. 2. ed. Paris: CH. Poussielgue, 1901.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESMEIN, Adhémar. **Histoire de la procédure criminelle en France**. Depuis le XIII^e siècle jusqu'a nos jours. Paris: L. Larose et Forcel, 1882.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal anotado**: comentários aos arts. 63-184. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. II.

_____. **Código de processo penal anotado**: comentários aos arts. 185-372. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. III.

ESPOSITO, Roberto. **Bios**. Biopolítica e filosofia. Trad. M. Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010.

ÉSQUILO. **Oréstia**. Trad. Mário da Gama Kury. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Cámara de Diputados. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 5 de febrero de 1917**. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_270818.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2019.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Comentários de Francisco de la Peña. Trad. Maria José Lopes da Silva. 2. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1993.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FARIA, Antônio Bento de. **Código de processo penal**: (Dec.-lei n. 3689 de 3 de outubro de 1941). 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1960, v. I.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et. al. Madrid: Trotta, 1995.

FERRI, Enrico. **Sociología criminal**. 4. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1900.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Macho e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro, NAU, 2002.

_____. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1978-1979). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008a.

_____. O nascimento da medicina social. *In*: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

_____. **Segurança, território, população**. Curso dado no Collège de France (1977-1978). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008b.

_____. **Surveiller et punir**: naissance de la prison. Paris: Gallimard, 1975.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARCIA, Néson Jahr. Apresentação. *In*: HITLER, Adolf. **Minha luta** (Mein Kampf). Disponível em: <https://issuu.com/tanialamara/docs/adolf_hitler_-_minha_luta_-_mein_ka>. Acesso em: 18 dez. 2018.

GAROFALO, Raffaele. **La criminología**. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidade. Trad. Pedro Borrajo. Madrid: Daniel Jorro, 1912.

GAUER, Ruth. **A fundação da norma**: para além da racionalidade histórica. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2009.

GENTIL, Plínio Antônio Britto; LIMA, Charles Hamilton Santos; LIVIANU, Roberto; BERCLAZ, Márcio Soares; RODRIGUES, Tiago de Toledo; COSTA, Gustavo Roberto. Intervenção do ministério público nos acordos de leniência é imprescindível. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 12 out. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-12/mp-debate-intervencao-acordos-leniencia-imprescindivel>>. Acesso em: 22 jan. 2019.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. O Discurso e o direito. *In*: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Direito e discurso**: discursos do direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad. António Manuel Hespanha. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, v. 1.

GNOLI, Antonio. Giorgio Agamben: "Credo nel legame tra filosofia e poesia. Ho sempre amato la verità e la parola". **Repubblica**, Roma, 15 maio 2016. Disponível em:

<www.repubblica.it/cultura/2016/05/15/news/giorgio_agamben_credito_nel_legame_tra_filosofia_e_poesia_ho_sempre_amato_la_verita_e_la_parola_-_139833519/?refresh_ce>. Acesso em: 23 nov. 2018.

GOLDSCHMIDT, James. **Teoria geral do processo**. Trad. Leandro Farina. Campinas: Minelli, 2003.

GOMES, Roberto. **Crítica da razão tupiniquim**. 13. ed. Curitiba: Criar, 2001.

GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. Introdução: Bases da reforma processual penal no Brasil. *In*: GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. (Dir.). **Desafiando a inquisição**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017, v. 1.

GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel; FANDIÑO, Marco. Balance y propuestas para la consolidación de la justicia penal adversarial en américa latina. *In*: FUCHS, Marie-Christine; FANDIÑO, Marco; GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. (Dir.). **La justicia penal adversarial en américa latina**: hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2018.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Atividade probatória complementar do juiz como ampliação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro**. 2015. 771 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

GUSMÃO, Sady Cardoso de. **Código de processo penal**: (breves anotações). Rio de Janeiro: Jacintho, 1942.

HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. **Lua Nova**, São Paulo, n. 58, p. 193-224, 2003.

HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. Trad. Marco Aurélio Werle. **Scientiae studia**, São Paulo, v. 5, n. 3, pp. 375-398, 2007.

_____. **Ser e tempo**: parte I. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

HÉLIE, Faustin. **Traité de l'instruction criminelle, ou théorie du code d'instruction criminelle**. 2. ed. Paris: Henri Plon, 1866, t. 1.

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Cuauhtémoc Nattahí. Separación, soberanía y nuda vida. A propósito de la crítica de la separación en Giorgio Agamben. **Athenea Digital**, v. 18, n. 3, e2057, 2018.

HESPANHA, António Manuel. **História das instituições**. Épocas medieval e moderna. Coimbra: Almedina, 1982.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Leviatã. Capa**. Disponível em: <https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/a/a1/Leviathan_by_Thomas_Hobbes.jpg>. Acesso em: 02 dez. 2018.

HOBSBAWM, Eric J.. **A revolução francesa**. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. O atual e o inatual na obra de Leopold von Ranke. **Revista de História**, São Paulo, v. L, n. 100, pp. 431-482, 1974.

HOLOCAUSTO: a libertação de Auschwitz. Prod. desconhecida. [S. l.]: [s. p.], 1985. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=vwzq2vC_2YM>. Acesso em: 02 jan. 2019.

HUXLEY, Aldous. **Brave new world**. London: Chatto & Windus, 1947.

INNOCENTIS VIII. A bula de Inocêncio VIII. *In*: KRAEMER; SPRENGER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Trad. Paulo Fróes. Rio de Janeiro: BestBolso, 2015.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JHERING, Rodolf von. **L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement**. Trad. Octave de Meulenaere. 2. ed. Paris: A. Marescq, 1880b, t. II.

_____. **L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement**. Trad. Octave de Meulenaere. 2. ed. Paris: A. Marescq, 1880a, t. III.

_____. **L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement**. Trad. Octave de Meulenaere. 2. ed. Paris: A. Marescq, 1880c, t. IV.

_____. **O espírito do direito romano nas diversas fases do seu desenvolvimento**. Trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943, t. I.

JUNGES, Márcia. A idade média e o riso sob um prisma moral. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos**, São Leopoldo, 27 jun. 2011. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3962&secao=36>. Acesso em: 10 jan. 2019.

JUNGES, Márcia; MACHADO, Ricardo. O mal como resultado do processo civilizatório moderno: entrevista com Oswaldo Giacoia Junior. **Revista do Instituto Humanitas da Unisinos**, São Leopoldo, ed. 438, 24 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/5396-oswaldo-giacoia-junior>>. Acesso em: 18 out. 2018.

JUSTINIANUS. Corpus juris civilis. **Digesta**, I. XLVIII, 48.19.5. Disponível em: <<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest48.shtml>>. Acesso em: 22 jan. 2019.

KAFKA, Franz. **O processo**. Trad. Modesto Carone. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

KHALED JR., Salah Hassan. Me ne frego: a presunção de inocência apunhalada pelo STF. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 281, p. 5-7, 2016.

KRAEMER; SPRENGER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Trad. Paulo Fróes. Rio de Janeiro: BestBolso, 2015.

LACAN, Jacques. **“Nomes-do-Pai”**. Trad. André Telles. Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 2005.

LAMPEDUSA, Giuseppe Tomasi di. **O gattopardo**. Trad. Marina Colasanti. Rio de Janeiro: Record, 2000.

LANDSCHAFTSVERBAND WESTFALEN-LIPPE. **Die Verfassung des Deutschen Reichs, Bonn 11. August 1919**. Disponível em: <<https://www.lwl.org/westfaelische-geschichte/que/normal/que843.pdf>>. Acesso em: 25 dez. 2018.

LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 37, p. 4-51, 2017.

LE GOFF, Jacques. **A civilização do ocidente medieval**. Trad. José Rivair de Macedo. Bauru: EDUSC, 2005.

_____. **O deus da idade média**: conversas com Jean-Luc Pouthier. Trad. Marcos de Castro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

LEMOS, Flavia Cristina Silveira; CARDOSO JÚNIOR, Hélio Rebello. A genealogia em Foucault: uma trajetória. **Psicologia & Sociedade**, Porto Alegre, v. 21, n. 3, p. 353-357, 2009.

LEMOS, Márcia Santos. Os embates entre cristão e pagãos no Império Romano do século IV: discurso e recepção. **Dimensões**, Vitória, v. 28, p. 153-172, 2012.

LEVI, Primo. A Europa dos campos de concentração. *In*: LEVI, Primo; BENEDETTI, Leonardo de. **Assim foi Auschwitz**: testemunhos 1945-1986. Trad. Federico Carotti. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

_____. **A trégua**. Trad. Marco Lucchesi. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

_____. Aquele trem para Auschwitz. *In*: LEVI, PRIMO; BENEDETTI, Leonardo de. **Assim foi Auschwitz**: testemunhos 1945-1986. Trad. Federico Carotti. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

_____. Deportação e extermínio dos judeus. *In*: LEVI, Primo; BENEDETTI, Leonardo de. **Assim foi Auschwitz**: testemunhos 1945-1986. Trad. Federico Carotti. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

_____. **É isto um homem?**. Trad. Luigi del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

_____. **Os afogados e os sobreviventes**. Trad. Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

LEVI, Primo. Testemunho para Eichmann. *In*: LEVI, PRIMO; BENEDETTI, Leonardo de. **Assim foi Auschwitz**: testemunhos 1945-1986. Trad. Federico Carotti. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

_____; BENEDETTI, Leonardo de. **Assim foi Auschwitz**: testemunhos 1945-1986. Trad. Federico Carotti. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

LOMBROSO, Cesare. **L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie**. 5. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1896, t. 1.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

_____; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUCA, Giuseppe de. **Primi problemi della riforma del processo penale**. Veneza: Sansoni, 1962.

MACHADO, Roberto. Introdução: por uma genealogia do poder. *In*: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

MACHIAVELLI, Niccolò di Bernardo dei. **Il principe**. Edição de riferimento a cura di Luigi Firpo. Torino: Einaudi, 1961.

MAIER, Julio B. J. El ministero público: ¿un adolescente?. *In*: MAIER, Julio B. J. (Comp.). **El ministero público en el proceso penal**. Ad-Hoc: Buenos Aires, 1993, p. 22-23.

MANZINI, Vincenzo. **Trattato di diritto procesuale penale italiano**. 5. ed. Torino: UTET, 1956, t. I.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965a, v. I.

_____. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965b, v. II.

MEISTER, Luiz Fernando. A assombrosa viagem de Pompônio Flato, a confissão tácita do réu e a convicção. **Sala de aula criminal**, Curitiba, 04 mar. 2018. Disponível em: <<http://www.salacriminal.com/home/a-assombrosa-viagem-de-pomponio-flato-a-confissao-tacita-do-reu-e-a-conviccao>> Acesso em: 10 jan. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENESES, Ramiro Délio Borges de. A desconstrução em Jacques Derrida: o que é e o que não é pela estratégia. **Universitas Philosophica**, Bogotá, v. 60, p. 177-204, jan.-jun. 2013.

MICHAELIS. Galère. *In*: MICHAELIS. **Dicionário escolar francês online**. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/escolar-frances/busca/frances-portugues/gal%C3%A8re/>>. Acesso em: 08 jan. 2019.

MILLS, Catherine. Giorgio Agamben. *In*: The University of Tennessee. **Internet Encyclopedia of Philosophy**. Martin: The University of Tennessee at Martin, 2018. Disponível em: <<https://www.iep.utm.edu/agamben/>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado, Tomo II: Bens. Fatos jurídicos**. Atual. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Prisão temporária é inconstitucional, segundo parecer exarado pelo Procurador de Justiça Rômulo de Andrade Moreira. **Empório do Direito**, Florianópolis, 17 jul. 2015. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/prisao-temporaria-e-inconstitucional-segundo-parecer-exarado-pelo-procurador-de-justica-romulo-de-andrade-moreira>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

NASCIMENTO, Daniel Arruda. **Do fim da experiência ao fim do jurídico**: percurso de Giorgio Agamben. 2010. 194 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2010.

NIETZSCHE, Friedrich. **A gaia ciência**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia de Bolso, 2012.

_____. **A vontade de poder**. Trad. Marcos Sinésio Pereira Fernandes e Francisco José Dias de Moraes. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

_____. **Assim falava Zaratustra**. Trad. Alfredo Margarido. Lisboa: Guimarães, 2004.

_____. **Genealogia da moral**: uma polêmica. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). **O fim do livre convencimento motivado**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

OBSERVATÓRIO DA MENTALIDADE INQUISITÓRIA. **Quem somos**. Disponível em: <<http://mentalidadeinquisitoria.com.br/institucional/>>. Acesso em 22 jan. 2019.

OFM, Agusti Boadas Llavat. Nicolau Eimeric, un dominico antilulista. *In*: BUENO GARCÍA, Antonio; PÉREZ BLÁZQUEZ, David; SERRANO BERTOS, Elena. (Ed.). **Dominicos**. Labor intelectual, lingüística y cultural. 800 años. Salamanca: San Esteban, 2016.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **Convenção americana sobre direitos humanos, de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 30 jan. 2019.

ORLANDI, Renzo. Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana. **Sistema penal & violência**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 1-18, 2011.

ORWELL, George. **Nineteen eighty-four**. San Diego: Harcourt Brace, 2003.

PENNINGTON, Kenneth. Innocent until proven guilty: the origins of a legal maxim. **The jurist**, Washington, v. 63, n. 1, p. 106-124, 2003.

PICH, Santiago. Adolphe Quetelet e a biopolítica como teologia secularizada. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 849-864, 2013.

PINTO, Álvaro Vieira. **O conceito de tecnologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005, 2v.

POLI, Camilin Marcie de. **O inquérito policial e sua utilização na fase processual penal**: (des)conformidade com o devido processo legal. 2015. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

RAMIA, Javier. La presunción de inocência em uma inestable sentencia latina. **Revista de Llengua i Dret**, Barcelona, n. 67, p. 294-302, 2017.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

REPUBBLICA ITALIANA. Gazzetta Ufficiale. **Decreto del presidente della repubblica 22 settembre 1988 n. 447**. Disponível em: <www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/penale>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. Gazzetta Ufficiale. **Legge 19 giugno 1955 n. 517**. Disponível em: <http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto_dataPubblicazioneGazzetta=1955-06-30&atto.codiceRedazionale=055U0517&elenco30giorni=false>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. Gazzetta Ufficiale. **Regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1399**. Disponível em: <<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1930/10/26/030U1399/sq>>. Acesso em: 22 jan. 2019.

REPUBBLICA ITALIANA. Senato della Repubblica. **Costituzione della Repubblica Italiana, 27 dicembre 1947**. Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2019.

REPÚBLICA PORTUGUESA. Parlamento. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 23 jan. 2019.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Assemblée Nationale. **Code civil des Français**: édition originale et seule officielle. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil-1804-1.asp>>. Acesso em: 01 jan. 2019.

_____. **Code d'instruction criminelle, 17 novembre 1808**. Disponível em: <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56124600.textelImage>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. **Code des délits et des peines du 3 brumaire, an 4**. Disponível em: <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56729589/f1.image.textelImage>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. Conseil Constitutionnel. **Constitution de 1791**. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1791>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

_____. Conseil Constitutionnel. **Constitution de 1848, I^{le} République**. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1848-ii-republique>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

_____. Conseil Constitutionnel. **Constitution du 22 Frimaire An VIII**. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-du-22-frimaire-an-viii>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. LegiFrance. **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789**. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

_____. **Ordonnance de Louis XIV**. Roy de France et de Navarre. Donnée à Saint Germain en Laye au mois d'Aoust 1670. Pour les matieres criminelles. Disponível em: <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9602565z.textelImage>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. *In*: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". 13. ed. São Paulo: Ática, 2001, v. 1.

ROCCO, Alfredo. **Scritti e discorsi politici**. La lotta contro la reazione antinazionale (1919-1924). Prefazione di S. E. Benito Mussolini. Milano: Giuffrè, 1938.

ROCCO, Arturo. **L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale**. Torino: Fratelli Bocca, 1913.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo penal como *bricolage* de significantes**. 2004. 430 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

_____. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

_____. In dubio pro hell: o processo penal do inimigo. *In*: ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR., Salah Hassan. **In dubio pro hell**: profanando o sistema penal. 3. ed. Florianópolis: EMais, 2018.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 86.

RUST, Leonardo Duarte. Bulas inquisitoriais: ad abolendam (1184) e vergentis in senium (1199). **Revista de História**, São Paulo, n. 166, p. 129-161, 2012.

_____. Bulas inquisitoriais: ad extirpanda (1252). **Revista Diálogos Mediterrânicos**, Curitiba, n. 7, p. 200-228, 2014.

SALVÀ, Peppe. “Deus não morreu. Ele tornou-se Dinheiro”. Entrevista com Giorgio Agamben. Trad. Selvino José Assmann. **Blog da Boitempo**, São Paulo, 31 ago. 2012. Disponível em: <<https://blogdaboitempo.com.br/2012/08/31/deus-nao-morreu-ele-tornou-se-dinheiro-entrevista-com-giorgio-agamben/>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito, 2012.

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

SECONDAT, Charles-Louis de. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SENEILLART, Michel. **As artes de governar**: do *regimen* medieval ao conceito de governo. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Ed. 34, 2006.

SHOAH. Direção: Claude Lanzmann, Produção: Claude Lanzmann. Paris: New Yorker Films, 1985, 6 DVD.

SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers état?**. Paris: Éditions du Boucher, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do código de processo penal brasileiro. *In*: PAULA, Leonardo Costa de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: anais do congresso

internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, v. 1.

_____. **Por uma teoria da ação processual penal**: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

_____; PAULA, Leonardo Costa de. Bulas medievais, cultura punitiva e processo penal: sobre as raízes da mentalidade inquisitória. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América latina. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, v. 3, p. 133-141.

SIQUEIRA, Galdino. **Curso de processo criminal**: com referencia especial á legislação brasileira. 2. ed. São Paulo: Magalhães, 1917.

SOTO POSADA, Gonzalo. Introducción, traducción y notas a De contemptu mundi sive de miseria conditionis humanae. Libri tres. **Revista Cuestiones Teológicas**, v. 45, n. 103, pp. 179-254, 2018.

SPANGHER, Giorgio. História do processo penal italiano. *In*: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. (Org.). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SPENCER, John Rason. Introduction. *In*: DELMAS-MARTY, Mireille; SPENCER, John Rason. (Ed.). **European criminal procedures**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO. Arcibasilica papale. **San Giovanni in Laterano**. Disponível em: <http://www.vatican.va/various/basiliche/san_giovanni/index_it.htm>. Acesso em: 03 jan. 2019.

STEIN, Ernildo Jacob. Dialética e hermenêutica. Uma controvérsia sobre o método em Filosofia. **Síntese – Revista de Filosofia**, Belo Horizonte, v. 10, n. 29, p. 21-48, 1983.

STOPPINO, Mario. Autoridade. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. De 458 a.C. a 2018 d.C.: da derrota da vingança à vitória da moral. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-25/senso-incomum-458-ac-2018-dc-derrota-vinganca-vitoria-moral>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. O que é decidir por princípios? A diferença entre a vida e a morte. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 06 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/senso-incomum-decidir-principios-diferenca-entre-vida-morte>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

_____. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959a, v. IV.

_____. **Instituições de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959b, v. V.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010a, v. 1.

_____. **Processo penal**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010b, v. 3.

TRECCANI. **Rocco, Alfredo**. Disponível em: <<http://www.treccani.it/enciclopedia/alfredo-rocco/>>. Acesso em: 20 jan. 2019b.

_____. **Lateranense IV, concílio (Federiciana)**. Disponível em: <http://www.treccani.it/enciclopedia/concilio-lateranense-iv_%28Federiciana%29/>. Acesso em: 03 jan. 2019a.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal**. Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

UNITED KINGDOM. Legislation. **Bill of Rights [1688]**. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/introduction>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

UNITED NATIONS. **The universal declaration of human rights**. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Congress. Library. **United States constitution, june 21, 1788**. Disponível em: <<https://cdn.loc.gov/service/rbc/bdsdcc/c0802/c0802.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

VILELA, Túlio. 1ª Guerra Mundial - Atentado contra arquiduque deu início ao conflito. **UOL Educação**, São Paulo, 23 jul. 2013. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia/1-guerra-mundial-1-atentado-contra-arquiduque-deu-inicio-ao-conflito.htm>>. Acesso em: 02 jan. 2019.

VOLTAIRE. **Comentaire sur le livre Des délits et des peines, par un avocat de province**. S. l.: S. e., 1766. Disponível em: <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9608050n/f13.image.texteImage>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao direito, II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Trad. José Luís Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

_____. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La cuestión criminal**. Buenos Aires: Planeta, 2012.

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

_____. **Tratado de derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: EDIAR, 1987, t. II.

_____. **Tratado de derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: EDIAR, 1981, t. III

_____; CROXATTO, Guido Leonardo. Friedrich Spee: de la caza de las brujas al moderno derecho penal. **Revista pensar en derecho**, Buenos Aires, n. 11, p. 61-104, 2017.