

## **ESTADO DE EXCEÇÃO E A PENA**

Marina Perini Antunes Ribeiro<sup>1</sup>  
Josué Justino do Rio<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Advogada e pós-graduada em Direito Contemporâneo pela Opet, mestranda em Teoria do Estado e do Direito pela UNIVEM. Integrante do Grupo de Pesquisa “Constitucionalização do Processo”, vinculado ao Programa de Mestrado do UNIVEM.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Bolsista da CAPES. Integrante do Grupo de Pesquisa “Constitucionalização do Processo”, vinculado ao Programa de Mestrado do UNIVEM. Advogado.

### **RESUMO**

O artigo tem como objetivo analisar o paradigma clássico do direito como violência instituidora e mantenedora do próprio direito, socorrendo-se, para tanto, dos argumentos articulados pelo filósofo italiano Giorgio Agamben e seus diálogos com Carl Schmitt e Walter Benjamin. Buscar-se-á, nesta perspectiva, trazer a lume os pensamentos centrais sobre o estado de exceção moderno e as dificuldades encontradas em conceituá-lo no plano político ou do terreno jurídico do direito. Os filósofos citados serão de suma importância para a investigação, por isso, os métodos dialético e indutivo, este como auxiliar, mostraram-se imprescindíveis.

**PALAVRAS-CHAVE:** Violência. Estado de exceção. Ordenamento jurídico.

### **ABSTRACT**

The short paper aims at analyzing the classical paradigm of law as violence and founding sponsor of the law, aiding to both the arguments articulated by the Italian philosopher Giorgio Agamben and his dialogues with Carl Schmitt and Walter Benjamin also. The article has summarized the main theoretical among others. Philosophers mentioned are of paramount importance for the investigation, so the dialectic and inductive methods, this as an aid, were indispensable.

**KEYWORDS:** Violence. The State of exception. System law.

## INTRODUÇÃO

O filósofo italiano Giorgio Agamben, como núcleo de seus estudos, se preocupa e traz luzes importantes para a compreensão das relações entre o Direito e a Política. Alerta para o fato de que o paradigma clássico do direito, renovado pelo normativismo que, por sua vez, perdurou durante todo o século XX e continua sólido nos dias de hoje, impede os juristas de visualizar a violência instituidora e mantenedora do direito e do estado de exceção, este ademais, convive com o direito desde sempre.

Na observação do pensador italiano, não uma teoria do estado de exceção no direito público. Neste sentido Agamben coloca a questão sobre o que significa agir politicamente, uma vez que o estado de exceção se coloca como paradigma de governo dominante na política contemporânea ou como técnica de governo nos dias atuais. Portanto, torna-se mais fácil entender os diversos elementos políticos, inclusive do próprio direito brasileiro, que inviabiliza o governo das pessoas, mesmo postando-se em confronto, com o ordenamento jurídico. Os atos administrativos excepcionais, as medidas provisórias, os decretos de toda ordem jurídica, justificados nos casos de perigo à segurança pública e de necessidade de defesa da ordem, concedem poder de regulamentação ao Poder Executivo, fazendo pouco, ou quase nada, do retórico princípio da tripartição de poderes.

Tomando o pensamento de Carl Schmitt, que afirma que o presidente da nação é o guardião da constituição, portanto é quem decide sobre as situações de exceção criando, de forma paradoxal, condições para que as normas tenham vigência, para o filósofo italiano, o estado de exceção não se coloca nem dentro e nem fora do ordenamento jurídico, mas se constitui como uma anomia, ou seja, um espaço vazio de direito.

Urge ressaltar que nos regimes democráticos, os juízes, costumeiramente, decidem sobre as situações não previstas no ordenamento jurídico. Por essa razão, as Cortes constitucionais assumem nominadamente, o papel de guardiãs das constituições, decidindo sobre a legitimidade ou ilegitimidade jurídica de tais situações e sobre a força de lei, mesmo na ausência da lei, sendo que esta lacuna a ser preenchida é uma das possibilidades de aparição da exceção soberana para Schmitt.

Não obstante, salta aos olhos a presença cada vez mais cotidiana da exceção e da violência no Estado contemporâneo, a conviver com o eterno silêncio dos juristas. Por isso, é considerável a retomada de Carl Schmitt, com quem Agamben dialoga, “como um inimigo”, para melhor compreender o conceito de soberania, no sentido de aplicação do direito e, pois, da própria situação de normalidade. A exceção está fora do ordenamento jurídico, mas mantém relação viva com a norma, que se suspende em virtude da primeira. O próprio Agamben explica que a teoria da exceção não constitui patrimônio exclusivo da tradição antidemocrática, e neste particular mora o perigo. O estado de exceção, assim, se constitui um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei. Por outro lado, ao suspender-se a regra, dá lugar à exceção, estruturando as relações entre o direito e a vida, sendo objeto da decisão soberana.

Exemplifica em muitas situações o filósofo italiano que os campos de concentração e as prisões são alguns dos *lócus* objetivados da exceção, ocupando espaços determinados nas modernas democracias. Ainda, tal reflexão filosófica, lança luzes inquietantes sobre o discurso dos direitos humanos consagrados pelo direito constitucional e direito internacional, e que, para Agamben, constituem, na verdade, a concessão de poder ao soberano que visa a manutenção do poder e ao fortalecimento do biopoder, afastada a idéia kantiana de progresso moral da humanidade.

Propõe-se, em tintas benjaminianas, que apenas a ruptura com dialética perversa do poder-violência que institui o direito e o poder-violência que o conserva, ou seja, com o poder soberano poderá desenvolver uma ação de pura negação na política que vem e que não se alimenta com a eterna reconstrução de uma nova ordem capturada pelos mecanismos do (bio)poder e do estado. Agamben anseia a um novo direito, desapegado da tutela estatal, eivado de criatividade, que possa apontar nas pessoas, para o pensador italiano esse direito pode ser considerado mesmo como puro e simples objeto da imaginação.

A exceção, e o dispositivo e a forma da relação entre o direito e a vida, Agamben retoma a definição de Carl Schmitt do soberano como aquele que decide acerca do estado de exceção, quer dizer, da aplicação ou não da lei. A decisão acerca da aplicação ou não da lei e, em suma, uma decisão acerca do caso normal

ou, melhor, o “soberano, por meio da exceção cria e garante a situação”, da qual tem necessidade o direito para a própria vigência.

No entanto, exceção e soberania são conceitos e realidades paradoxais. A exceção estabelece uma relação, ao mesmo tempo de inclusão e exclusão. O soberano está a um tempo dentro e fora da lei, em outros termos, a soberania da lei não elimina o paradoxo; sem violência, ela carece de potência. E por isso, o estado de natureza não é uma etapa que tenha sido superada com a instauração do estado civil. A pessoa do soberano de fato, conserva o direito de exercer a violência.

Para Agamben, de fato, no curso do sec. XX, assistimos a um fato paradoxal, ao que se denominou uma “guerra civil legal”.

Para compreender o conceito de estado de exceção, resultam significativos alguns desenvolvimentos da abundante literatura sobre o conceito de “ditadura constitucional”, que teve lugar entre 1934 e 1948, em razão da crise e desmoronamento das democracias europeias. A partir de então, nas democracias ocidentais, é frequente que o poder legislativo limite-se só a ratificar os decretos provenientes do executivo (Agamben, 2012, p. 77).

Segundo o referido filósofo, há um instituto do direito romano, o *iustitium*, que nos permite observar o estado de exceção em sua forma pragmática e compreender também sua relação com a ditadura.

## 1 A PENA

O ser humano sempre viveu agrupado, enfatizando seu nítido impulso associativo e lastreando, um no outro, suas necessidades, conquistas, aspirações, enfim, sua satisfação.

Desde os tempos antigos o homem violou as regras de convivência, ferindo os semelhantes e a própria comunidade onde vivia, tornando necessária e imprescindível a aplicação de uma pena.

Sem dúvida, a despeito de antigamente não se entenderem as variadas formas de castigo como se fossem penas, no sentido técnico- jurídico que hoje possuem, denota-se que não passam de embriões do sistema vigente.

Nos primórdios, verifica-se que a pena não passava de mera desforra do ofendido sobre o delinqüente, não possuindo em seu bojo qualquer sentimento de justiça. Com o passar dos tempos, tem-se que o escopo da reprimenda penal foi se

modificando completamente, passando-se a tratar o criminoso não mais como uma coisa, mas sim como um sujeito de direitos.

Estabelecidas essas assertivas, passa-se a analisar a intrincada evolução do instituto da pena, a fim de melhor entender seu atual panorama sócio-jurídico.

A história do direito penal implica na análise do gênese do direito repressivo de outros períodos e povos na evolução da sociedade.

Nesta senda a desobediência levou a coletividade a punir o infrator. O castigo aplicável consistia no sacrifício da própria vida do criminoso.

Na verdade, a pena em sua origem distante representava o simples revide à agressão sofrida pela coletividade, absolutamente desproporcional e sem qualquer preocupação com a justiça.

Esta fase de despreocupação com a justiça foi denominada de fase da vingança divina, que resultou da grande influência exercida pela igreja na vida dos povos antigos. O castigo para o infrator era aplicado por delegação divina, pelos sacerdotes, com penas cruéis, para a purificação da alma do criminoso, cuja finalidade maior era a intimidação.

Posteriormente, esta ausência de justiça, evoluiu-se para o revide privado, que poderia envolver desde o indivíduo isoladamente até seu grupo social. Quando a infração fosse cometida por membro do próprio grupo social, a punição era o banimento, deixando-o a disposição de outros grupos, que inevitavelmente acabariam por matá-lo.

No entanto, quando a violência fosse praticada por alguém estranho ao grupo, a punição era a “vingança de sangue”, verdadeira guerra entre grupos.

Com a evolução dos grupos, para evitar que as tribos se dizimassem, surge a lei do talião, determinando a reação proporcional ao mal praticado: olho por olho, dente por dente. Esta lei representou a primeira tentativa de humanização da sanção criminal. Porém, com o passar do tempo, em decorrência da lei do talião, como o número de transgressores desta lei era grande, as populações foram ficando menores (BITENCOURT, 2006, p.36).

Em vista desse fenômeno, a lei do talião evoluiu para a composição, lei segundo a qual o infrator comprava sua liberdade, livrando-se do castigo. Este tipo de repressão foi largamente aceita, na sua época, e constitui um dos antecedentes modernos da reparação civil e das penas pecuniárias do direito penal.

Contudo, a sociedade não parou de evoluir, o que culminou na melhoria da organização social, fazendo assim, com que o Estado afastasse a punição privada, assumindo o poder-dever de manter a ordem e a segurança social, surgindo então, a vingança pública.

Nota-se, que nesta fase de vingança pública, a primeira finalidade era garantir a segurança do soberano, por meio da aplicação da sanção penal, ainda dominada pela crueldade e desumanidade.

Superando a fase da vingança divina e da vingança privada, chegou-se à vingança pública, cuja repressão criminal manifestava-se como garantia da segurança do soberano pela pena, que preserva características de crueldade.

A centralização do poder fez nascer uma forma mais segura de repressão, sem dar margem ao contra-ataque.

De qualquer modo, nenhuma dessas fases de vingança houve a ruptura com o caráter religioso da sanção penal, menos ainda se reconheceu a responsabilidade individual penal.

As leis em vigor eram baseadas em idéias e atitudes de excessiva crueldade. O direito era um instrumento gerador de privilégios, o que permitia aos juízes, julgar os homens de acordo com suas condições sociais.

A reforma desta situação não podia mais esperar. E na segunda metade do século XVIII começa a dissolver as velhas concepções arbitrárias: os filósofos, moralistas, juristas dedicam suas obras a censurar abertamente a legislação penal vigente, defendendo a liberdade do indivíduo e destacando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Cumprido esclarecer, que o presente trabalho visa destacar os filósofos que achamos que mais contribuíram para o conceito de pena no direito penal moderno; Cesare de Beccaria e Michel Foucault.

Em 1764, Marquês de Beccaria publica seu famoso livro *Dos Delitos e das Penas*, que foi de grande contribuição para o direito penal, principalmente pelo caráter humanitário da sua obra.

Contrário a pena de morte e às penas cruéis, pregou Beccaria, o princípio da proporcionalidade da pena à infração praticada, dando ênfase ao dano que o crime havia causado a sociedade.

Este caráter humanitário da sua obra foi um marco para o direito penal, até porque se contrapôs ao arbítrio dos juízes, batendo na idéia de que as leis poderiam fixar as penas, não cabendo aos magistrados interpretá-las, mas somente aplicá-las tal como postas.

O marquês de Beccaria posicionou-se contrário a tortura como método de investigação criminal e pregou o princípio da responsabilidade pessoal, buscando evitar que a pena atingisse a família do condenado, o que naquela época era praxe.

A pena segundo ele defendeu, além do caráter intimidativo, deveria sustentar-se na missão de ressocializar o criminoso.

Nas palavras de Bitencourt (2004, p.49):

A obra de Beccaria deve ser examinada dentro do contexto cultural que prevalecia em todos os campos do saber. As idéias filosóficas que a informam não devem ser consideradas como um conjunto de idéias originais. Trata-se na verdade, de uma associação do contratualismo com o utilitarismo. O grande mérito de Beccaria foi falar claro, mas ao grande público. Dessa forma, conseguiu, através de sua eloquência, estimular os práticos do Direito a reclamarem dos legisladores uma reforma urgente.

Importante anotar que Beccaria destaca em sua obra, que a finalidade da pena é de impedir que o condenado cause novos danos a sociedade e servir de exemplo aos que pensam em agir deste modo. E que, é necessário selecionar quais penas e quais modos de aplicá-las, de tal modo, conservando as proporções que causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa ao corpo do condenado.

Se assim não fosse, a conseqüência que decorre do uso da tortura é que o inocente é posto em piores condições que o culpado.

Realmente, se ambos são submetidos ao suplício, o primeiro tem tudo contra si, uma vez que ou confessa o delito e é condenado, ou é declarado inocente, mas sofreu pena indevida, ao passo que um caso é favorável ao culpado quando residindo à tortura com firmeza, deverá ser absolvido como inocente, trocando a pena maior pela menor.

Neste condão, contrárias ao próprio fim de prevenir os delitos, derivam conseqüências danosas no que toca a crueldade das penas.

A primeira é que não é tão fácil preservar a proporção essencial entre delito e pena, porque embora uma engenhosa crueldade tenha contribuído para fazer

variar grandemente suas espécies, a pena, não pode, ainda assim, ultrapassar a última força a que estão limitadas a organização e a sensibilidade humana. Assim, não se encontraria penas maiores correspondentes aos delitos mais danosos e atrozes, o que seria oportuno para preveni-los.

Outra conseqüência é que a própria impunidade nasce da atrocidade dos suplícios.

Ainda segundo o Marquês, a prisão é pena que, por necessidade deve diversamente de todas as outras, ser precedida da declaração do direito, mas que somente lei determine os casos em que o homem mereceu a pena. E esta lei, deve provocar temor nos homens.

Estas idéias de Beccaria sobre a prisão, colaboraram para o processo de humanização e racionalização de pena privativa de liberdade. Não renuncia a idéia de que a prisão tem caráter punitivo ou sancionador, mas já insinua uma finalidade reformadora da pena privativa de liberdade.

Noutro giro, Michel Foucault em sua obra *Vigiar e Punir* contribuiu, assim como Beccaria, para o direito penal moderno.

Destaca Foucault, em sua obra, primeiramente o suplício, o grande espetáculo que era assistir, em praça pública, a aplicação da pena em um condenado.

Suplício, segundo ele, era (1991, p.26):

Pena corporal, dolorosa, mais ou menos atroz, é um fenômeno inexplicável a extensão da imaginação dos homens para a barbárie e a crueldade. Uma pena, para ser um suplício, deve obedecer a três critérios principais: em primeiro lugar, produzir uma certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar; a morte é um suplício na medida em que ela não simplesmente privação do direito de viver, mas a ocasião e o termo final de uma graduação calculada de sofrimentos: desde a decaptação- que reduz todos os sofrimentos a um só gesto e num só instante: o grau zero do suplício- até o esquartejamento que os leva quase ao infinito, através do enforcamento, da fogueira e da roda, na qual se agoniza muito tempo; a morte-suplício é a arte de reter vida no sofrimento. O suplício penal não corresponde a qualquer punição corporal: é uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune.

Esta barbárie era cometida com freqüência nos condenados, em meados do século XVI, mesmo que pudessem ser inocentes.

A título de ilustração, pois, não é possível mensurar o horror do suplício, escreve Michel Foucault (1991, p.10) que em “[...] cumprimento da sentença, tudo foi reduzido a cinzas. O último pedaço encontrado nas brasas só acabou de se consumir às dez e meia da noite. Os pedaços de carne e o tronco permaneceram cerca de quatro horas ardendo”.

Contudo, com o passar dos anos o corpo do condenado foi deixando de ser o alvo das aplicações das penas, passando a surgir o modelo de prisão como temos hoje, como meio de isolamento do condenado, a fim de que ele possa ressocializar-se e após este período em terapia prisional, voltar ao convívio da sociedade.

Para Foucault (1991, p. 13-14):

A punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada no processo penal, provocando várias consequências: deixa o campo da percepção diária e entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à fatalidade não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens. O essencial é procurar corrigir, reeducar, curar. A prisão, a reclusão, os trabalhos forçados a servidão de forçados, a interdição de domicílio, a deportação – são penas físicas: com exceção da multa, se referem diretamente ao corpo. Mas a relação corpo-castigo não é idêntica ao que ela era nos suplícios. O corpo encontra-se aí em posição de instrumento ou de intermediário; qualquer intervenção sobre ele pelo enclausuramento, pelo trabalho obrigatório visa privar o indivíduo de sua liberdade considerada ao mesmo tempo como um direito e como um bem. O sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena. Os delitos do mesmo gênero serão punidos pelo mesmo gênero de pena, quaisquer que sejam a classe ou condição do culpado.

Diante da análise dos primórdios, constata-se que a pena é indispensável, ainda que se possa falar em um mal necessário, mas de total relevância e importância no atual estado imperfeito no qual a humanidade se encontra.

O Estado tendo o controle da aplicação da pena, busca a paz social acima de tudo, pois, se assim não fosse, seríamos levados a fazer justiça com as próprias mãos, retrocedendo aos tempos da barbárie.

A pena sempre terá caráter de servir a repressão ou castigo àquele que delinuiu, satisfazendo o inconsciente coletivo de vingança primitiva.

Frise-se que como forma de castigo, as prisões terminam em modelos mal-acabados de cárcere, assemelhando-se às antigas masmorras, e mesmo assim

constata-se que é viável, em retribuição ao crime, impor pena, vez que ainda não se pensou em nada melhor.

Ensina Foucault (1991, p.196) que “[...] se a prisão degenera, não há quem sugira um cenário sem sua presença: os índices de criminalidade e a necessidade de segregar delinquentes perigosos, capazes de matar, assaltar, sequestrar, extorquir etc., conspiram contra utopia”.

Destaque-se que a prisão, como pena privativa de liberdade, surgiu apenas no século XVII. E esses sistemas penitenciários, que consagraram as prisões como lugares de cumprimento de pena, foram principalmente, os surgidos nas colônias americanas.

Sob outro prisma, há também na pena, além do caráter repressivo, segundo o filósofo Foucault, o caráter preventivo.

Aplicando-se a sanção penal ao delinquente objetiva-se demonstrar aos demais membros da sociedade que a ordem jurídica há de ser respeitada, sob a ameaça de imposição da reprimenda mais grave admitida pelo direito, que pode ser a privação de liberdade.

Retirando-se o condenado do convívio social, diante da imposição de pena privativa de liberdade, está-se, em verdade, prevenindo novos delitos.

Vê-se que a pena trata-se de sanção imposta pelo Estado, que se valendo do devido processo legal, ao autor da infração penal, como retribuição ao delito e busca-se com a punição, a prevenção de novos crimes.

## 2 O ESTADO PERMANENTE DE EXEÇÃO E PUNIÇÃO

Afirmando que a exceção é o dispositivo e a forma da relação entre o direito e a vida, Agamben retoma a definição de Carl Schmitt do soberano como aquele que decide acerca do estado de exceção, isto significa da aplicação ou não da lei. Assim, na exceção, de fato, um determinado caso é excluído do ordenamento jurídico, localizando-se fora dele. Porém, está excluído só na medida da relação com a norma jurídica. Por isso, pode-se dizer que, nesse caso, a norma *aplica-se desapplicando-se*. Como explica Agamben:

Não é a exceção a que se subtrai, mas a regra que suspendendo-se, dá lugar à exceção e só desse modo se constitui como regra, mantendo-se em relação com ela. O particular “vigor” da lei consiste nessa capacidade de manter-se em relação com uma exterioridade.

Chamamos relação de exceção a essa forma extrema de relação que inclui algo só por meio de sua exclusão.

Por estes motivos explanados é que a soberania finalmente pode ser compreendida enquanto exceção soberana, ou seja, não é externa à ordem jurídica, mas é a estrutura original pela qual o direito refere-se à vida e a inclui em si mesmo pela própria suspensão. É essa terra de ninguém, entre o direito público e o fato político, e entre a ordem jurídica e a vida, que a presente pesquisa se propõe a explorar.

Faz-se pertinente tal pesquisa tendo em vista o fato do incessante avanço do que foi definido como uma “guerra civil” mundial e, assim, o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. E essa passagem de uma medida excepcional e provisória para uma técnica de governo ameaça radicalmente a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. Nesta perspectiva, o estado de exceção se apresenta como um patamar de indeterminação ou de “íntima solidariedade” entre democracia e absolutismo.

Forçoso convir que hoje tem-se claramente diante dos olhos, ou seja, que a partir do momento em que o estado de exceção tornou-se a regra, ele não somente se apresenta mais como técnica de governo e medida excepcional, mas deixa aparecer a sua natureza de paradigma constitutivo da ordem jurídica. Ao que tudo indica tem-se hoje que uma ditadura constitucional (isto é estado de exceção) tornou-se de fato, um paradigma de governo.

Mais um sinal desse estado é que o princípio democrático da divisão dos poderes está efêmero e que o poder executivo absorveu, ao menos em parte, o legislativo. O parlamento não é mais o órgão soberano a quem compete o exclusivo poder de obrigar os cidadãos pela lei: ele se limita a ratificar os decretos emanados do poder executivo e, em sentido técnico, a República não é mais parlamentar e sim governamental. E é significativo que semelhante transformação da ordem constitucional, que hoje ocorre em graus diversos em todas as democracias ocidentais, apesar de bem conhecida pelos juristas e pelos políticos, permaneça totalmente despercebida por parte dos cidadãos.

Na verdade, o problema do estado de exceção não é nem exterior e 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. Desta maneira, a compreensão do problema do estado de exceção apresenta-se essencialmente como uma disputa sobre o local que lhe cabe no ordenamento jurídico.

Contribui para a presente pesquisa a leitura da teoria schmittiana da soberania como uma resposta à crítica benjaminiana da violência. Para Benjamin estado de exceção é uma violência absolutamente fora e além do direito e que, como tal, poderia quebrar a dialética entre violência que funda e violência que o conserva, já para Schmitt ao contrário trata-se de trazer tal violência a um contexto jurídico.

Então a distinção entre violência que funda o direito e violência que o conserva, corresponde de fato, à oposição schmittiana. A violência soberana de Carl Schmitt responde a violência pura de Benjamin por meio de um poder que não funda e nem conserva o direito, mas o suspende. A discussão entre eles se dá numa zona de anomia, que, de um lado deve ser mantida a todo custo em relação com o direito e, de outro, deve ser libertada dessa relação. O que está em questão na zona de anomia é a relação entre direito e violência. Neste contexto, o estado de exceção não é um direito especial, como o direito de guerra, por exemplo, mas enquanto suspensão da própria ordem jurídica define seu patamar ou conceito limite.

Não menos importante, o governo americano alega que esses detentos não fazem jus ao status de prisioneiros de guerra sob a Convenção de Genebra, as quais estipulam que prisioneiros de guerra devem pertencer a uma alta parte contratante e ter operado a serviço de forças armadas regulares em uma convencional.

O fato paradoxal gira em torno do fato de que o acordo da Convenção de Genebra sobre os prisioneiros de guerra funciona também como um discurso civilizado que favorece a prisioneiros de Estado pertencentes a Estados nação constituídos.

O termo proposto pelo governo norte-americano; detentos em campo de batalha ou combatentes ilegais, designa um lugar que ainda não está sob a lei que, com efeito, está a margem da lei de modo relativamente permanente. Não possui, os prisioneiros, sequer a segurança se serão julgados, uma vez que já foi declarado que eles podem ser mantidos indefinidamente sem julgamento.

Desta maneira, o aprisionamento desses soldados se justificaria na medida em que eles estão combatendo permanentemente e não representam nenhum país, irrefreáveis poços de violência incivilizada.

Eles estão a margem da lei, fora do quadro de referencia de países em guerra concebido pela lei, e portanto a margem dos protocolos que regulam o conflito civilizado.

A questão de saber quem merece ser tratado humanamente pressupõe que tenhamos primeiro estabelecido quem pode e quem não pode ser considerado humano. E aqui o debate entre civilização ocidental e a sua pena e o Islã não é apenas um debate acadêmico, uma espúria persistência no orientalismo.

O fato gira em torno da efetiva questão, não é apenas que alguns humanos sejam tratados como humanos e outros sejam desumanizados antes, é que essa desumanização se torna uma das táticas pelas quais uma civilização “ocidental” supostamente distinta busca se definir em relação e por oposição a uma população compreendida, por definição, como ilegítima.

## CONCLUSÃO

O conceito do estado exceção ainda é um dos temas mais tormentosos, uma vez que a sua definição, como afirma Agamben, está situada entre o limite da política e do direito. Não obstante, a sua relação com a guerra civil, por exemplo, é também um dos elementos que dificulta ainda mais a sua conceituação.

No entanto, pretende-se investigar se o estado de exceção se apresenta na nova ordem imposta pelos Estados Unidos da América, após o fatídico 11 de setembro de 2001, mediante a materialização de uma exceção em escala global, ao “declarar guerra ao terror”, com a elaboração de inúmeros “atos patrióticos” (como por exemplo *Usa patriot act*), o que acarreta as detenções atemporais de Guantánamo, em que talibãs capturados no Afeganistão, além de não gozarem do *estatus* de prisioneiro de guerra de acordo com a Convenção de Genebra, não o gozam do *status* de acusado, segundo as leis norte-americanas. Ou seja, nem prisioneiro, nem acusado, apenas *detainees*, logo, objetos de uma pura dominação de fato. Por fim, o único exemplo de tamanha situação de perigo e extremamente grave que o estado de exceção se fez presente foi quanto à situação jurídica dos

judeus no nazismo, porquanto eles perderam a identidade jurídica, mas conservaram ao menos a identidade de judeu.

A pena ao que tudo indica tem evoluído a um viés ideológico e não somente mais de caráter punitivo e repressor, se entendermos que vivemos hoje o estado de exceção de forma claro em nosso ordenamento jurídico e também no pleno internacional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Tortura e maus tratos no Brasil: desumanização e impunidade no sistema de justiça criminal**. Brasil: Nova Prova, 2001. 96 f.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GIACÓIA, Gilberto. **Histórico luso-brasileiro e perspectivas criminológicas da reação penal**. 2001. 426 f. Grau: Pesquisa em nível de Pós-Doutoramento – Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Coimbra, 2001.

PAIXÃO, Antônio Luiz. **Recuperar ou punir? : como o Estado trata o criminoso**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1991. (Coleção Polêmica do nosso tempo, v. 21).

PRIESTO, Evaristo. **Poder, soberania e exceção: uma leitura de Carl Schmitt**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte. N. 105, pp. 101-150. jul./dez. 2012.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Elisete Antoniuk; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. **La dictadura**. Traducción del alemán por José Días García. Madrid: Ediciones de la Revista de Occidente., 1968.