

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

BARTIRA MACEDO MIRANDA SANTOS

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Matheus
Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-098-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3.
Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25.
: 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Segue a apresentação de trabalhos que nortearam as discussões do GT de Direito Penal e Constituição por ocasião do XXIV Congresso Nacional do Conpedi, em Belo Horizonte/MG. Os textos, ecléticos que são, trazem contornos críticos e modernos acerca da pena e das categorias dogmáticas do crime e apresentam, à luz da realidade, propostas transformistas para uma maior e melhor adequação do direito penal às demandas sociais.

Como legado, fica a ideia de que o direito penal, como espécie de controle social de caráter formal e residual, carece de transformações legislativas e, sobretudo, hermenêuticas, que tragam maior legitimidade à imposição de sanções mais adequadas e humanas, segundo o paradigma constitucional presente no título do próprio Grupo de Trabalho.

Mas não é só, pois a leitura dos textos traz a boa perspectiva de que os autores estão atentos não só à violência que se apresenta ao direito penal, mas também àquela que ele mesmo proporciona com a imposição de penas inadequadas e desproporcionais, o que, em âmbito prognóstico, deverá contribuir para práticas que venham a construir um direito penal mais condizente aos reclamos sociais e à própria Constituição. Afinal, a sociedade hodierna, complexa e plural, carece de novas e mais adequadas práticas que não estejam ancoradas em velhas e ultrapassadas premissas e tradições.

Que venham os bons frutos do livro que ora se apresenta.

Belo Horizonte, novembro de 2015.

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

BARTIRA MACEDO DE MIRANDA SANTOS

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

DECISIONISMO E POPULISMO PENAL MIDIÁTICO NA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA: UMA ABORDAGEM CRÍTICA FACE A VULNERABILIDADE DO SISTEMA PENAL

DECISIONISM AND MEDIA CRIMINAL POPULISM IN BRAZILIAN CRIMINAL POLICY: AN CRITICAL APPROACH FACE A VULNERABILITY OF CRIMINAL SYSTEM

Fernando Antonio Da Silva Alves

Resumo

Este artigo pretende demonstrar a influência do decisionismo no populismo penal midiático, mormente no que tange à investida neoconservadora no Legislativo brasileiro, de reduzir políticas assistências de proteção à juventude, por meio da defesa de projetos legislativos que atingem direitos fundamentais, tais como, por exemplo, a proposta de redução da maioria penal. A concepção de Estado-total na construção de um Estado-policial no lugar de um Estado de Bem-Estar social, e a utilização da distinção amigo e inimigo, própria da teoria do jurista alemão Carl Schmitt, no sentido de desenvolver, pelo discurso populista, uma cruzada pela expansão punitiva, revela-se como um perigo à manutenção e preservação dos direitos humanos, assegurados constitucionalmente no âmbito de um vigente Estado democrático de direito.

Palavras-chave: Decisionismo, Populismo midiático, Direito penal

Abstract/Resumen/Résumé

This article has an intention to demonstrate the influence of decisionism in the media penal populism, especially in reference of the neoconservative assault in the Brazilian legislature, to reduce assists youth protection policies through the defense of legislative bills that affect fundamental rights, such as, for example , the proposal to reduce the age of criminal. The conception about a total State becoming a police State, instead a State of social welfare and the use of the distinction friend and enemy, extracted by the theory of the German jurist Carl Schmitt, to develop, by the populist speech, a crusade for punitive expansion. It proves to be a danger to the maintenance and preservation of human rights, constitutionally guaranteed under an effective democratic State of law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Decisionism, Media populism, Criminal law

INTRODUÇÃO

Em 15 de abril de 1996, na comunidade de Acari, no Rio de Janeiro, o menino Maicon de Sousa Silva, com apenas dois anos de idade, foi morto por uma bala perdida e seu pai foi baleado, após um tiroteio realizado entre policiais militares do 9º BPM e supostos traficantes (SOARES, 2009, p. 19). A morte da criança gerou o boletim de ocorrência nº102396/96, na 39ª Delegacia, mas, diante de seu arquivamento, somente restou a família cobrar uma indenização do Estado, mas até o ano de 2009, ano em Maicon já seria um adolescente, caso estivesse vivo, nenhum familiar da criança morta recebeu indenização do Estado.

Na madrugada de 13 de setembro de 2005, um veículo blindado da Polícia Militar, mais conhecido como “Caveirão”, contendo em seu interior policiais e traficantes, oriundos da comunidade fluminense conhecida como “Parada de Lucas” teriam invadido a localidade de Vigário Geral, e sequestrado alguns jovens da periferia, como Douglas Roberto Alves Tavares, de 16 anos, que, juntamente com outros rapazes que foram pegos na rua e em sua própria casa, teriam sido torturados e assassinados, sem que ninguém desse conta dos corpos (SOARES, 2009, p.34). Os familiares de Douglas fizeram testes de DNA na Academia de Polícia, para compará-los com vestígios das vítimas encontrados no local do crime. O exame deu positivo, dando início à instauração do inquérito Policial nº 08/06 e a posterior ação penal nº 2006.001.030127-6. Entretanto, os acusados nunca foram levados a julgamento.

Em 31 de março de 2005, 30 pessoas foram alvejadas em diversas localidades da Baixada Fluminense, como os bairros de Moquetá, Posse, Cerâmica, Rua da Gama e Praça da Bíblia (em Queimados). No episódio conhecido como “Chacina da Baixada” (SOARES, 2009, p.41), as vítimas foram escolhidas de surpresa por seus atiradores e foram executadas sem chance de defesa. Dentre os mortos, estava Marcos Vinicius Sipriano Andrade, um adolescente de 15 anos, que ao sair de casa, às vinte e uma horas, foi surpreendido por homens encapuzados, no local conhecido como Praça da Bíblia. Sem ter como esboçar reação, Marcos foi assassinado com tiros de curta distância. Investigação posterior da polícia concluiu que a chacina se deu por conta de uma vingança de policiais militares, insatisfeitos com a prisão de colegas do 15º Batalhão da Polícia Militar de Duque de Caxias, além de protestarem contra o novo comandante do batalhão, que combatia desvios de conduta e corrupção. O Judiciário do Rio de Janeiro recebeu do governo do Estado o apoio para responsabilizar os culpados, mas somente cinco policiais foram pronunciados ao Tribunal do Júri, e três foram julgados, sendo que um deles

recebeu a pena de 543 anos de prisão. Diferentemente de outros fatos envolvendo chacinas e a ação de criminosos na periferia das grandes cidades, tal julgamento gerou pouca repercussão na imprensa.

Nos tristes relatos pessoais traçados acima, extraídos da obra “Auto de Resistência-relatos de familiares de vítimas da violência armada”, as pesquisadoras Barbara Musumeci Soares, Taliana Moura e Carla Afonso procuraram obter o relato de familiares de dezenas de jovens, vítimas da violência criminosa de agentes do próprio Estado, que mereceu reduzido ou nenhum espaço nos meios de comunicação, ao contrário do bombardeio midiático, quase diuturno, acerca da necessidade da expansão punitiva. Enquanto na periferia das grandes urbes do país, jovens adolescentes são assassinados periodicamente, com a conivência do poder público, a imagem desses jovens é vista com descrédito, e mesmo com terror por parte da sociedade, influenciando a opinião pública, toda vez que grandes meios de comunicação de massa divulgam fatos relacionados a infrações graves praticadas por adolescentes. O impacto disso na produção legislativa penal é imenso.

Pergunta-se por que se é exigida pelos meios de comunicação uma demanda punitiva, principalmente no que diz respeito aos mais pobres e favelados, se são esses os moradores da urbe que tanto sofrem com a violência cotidiana do crime, em especial de uma criminalidade que conta com a participação e até mesmo a conivência dos próprios agentes do Estado. O chamado Estado de bem-estar social (*Welfare State*) surgiu com o paradigma da prevenção e da ressocialização de delinquentes, considerados muito mais como vítimas de um sistema que inicialmente, em seus prolegômenos, não conseguiu lhes legar prosperidade, e uma vez alijados do processo de produção como mão de obra, deveriam retornar à força de trabalho, por meio de sua ressocialização. A crise da ideologia ressocializadora como finalidade nuclear do direito penal (GARCIA, 2007, p.16), acabou sendo a crise do Estado de Bem-estar social. Diante dessa crise, surge o populismo penal com um novo paradigma, dando um giro ou guinada punitiva no direito penal moderno. Ao invés do paradigma da prevenção e da ressocialização, o paradigma do populismo punitivo volta-se para a repressão, pura e simples. Incentivados pelos meios de comunicação, que quase sempre exortam a necessidade de se imporem os rigores penais, a partir do trabalho da polícia, “decidindo”¹ o que é certo ou errado nas ruas, ao se deparar com

¹ Tal paradigma desenvolvido pelo populismo encontra nas tendências conservadoras seus principais aliados. É a partir do discurso de guerra ao crime ou guerra ao criminoso, que a figura do delinquente passa a ser identificada como inimigo, no meio ao conflito. É como para a maior parte dos conservadores, o conflito é causado pela maldade das pessoas (origens no postulado hobbesiano), nada mais justo do que o Estado, através de seus representantes venha a decidir (e rápido) o conflito, através da repressão. (GOMES, 2013, p.37).

indivíduos suspeitos do que aplicando as próprias normas jurídicas, mediante o respeito ao devido processo legal, não é de se estranhar que alguns agentes públicos, na calada da noite, fora de serviço, escondidos por detrás de capuzes, considerem que a aplicação do castigo (o mais mortal ou doloroso possível), compete somente a eles.

Segundo Mello, Simões e Freire (2010, p. 53), a construção social e jurídica das favelas remonta, no caso do Rio de Janeiro, a uma política de urbanização e saneamento que se iniciou no começo do século passado, e que redesenhou o espaço urbano da cidade, através de impactos avassaladores na vida social dos moradores da urbe de baixa renda, que se viam deslocados para outros espaços da cidade, por meio de uma política de remoções e demolições de edificações, criando os assentamentos, que depois se tornariam as favelas dos dias atuais. Hoje, tais espaços passaram a ser identificados como a imagem da ilegalidade, o endereço do crime, ou simplesmente espaços onde se desenvolvia o tráfico de drogas, e, diante da maciça intervenção midiática e consequente cobrança da opinião pública de atitudes por parte dos gestores públicos, acabou por ser palco de intervenções penais rigorosas e violentas. Desta forma, tais áreas passaram a ser o palco sangrento de tiroteios, mortes, abuso policial e vítimas sucumbida por balas perdidas, o que apenas incendiou o discurso midiático, ao transmitir a imagem de um Estado vigilante, a combater a tiros bandidos situados em áreas que supostamente lhes pertenciam. Por meio dos meios de comunicação, o governante decidia onde o aparato estatal deveria intervir repressivamente, a todo custo, a fim de restabelecer um suposto sentimento de segurança coletiva; mesmo que tal decisão fosse proferida à revelia de disposições normativas asseguradoras de direitos fundamentais.

O objetivo deste breve estudo é, portanto, analisar as linhas gerais do decisionismo, enquanto corrente do pensamento jurídico moderno, desenvolvida por teóricos como Carl Schmitt, dentro de um contexto muito identificado com o surgimento de movimentos totalitários e tendo por corolário a busca da legitimidade da aplicação do direito em estados de exceção, mormente no que diz respeito ao direito penal, combinado com um dos grandes agentes impulsionadores desse direito que é o populismo penal midiático. Buscar-se-á demonstrar até que ponto, a alusão a conceitos schmittianos de Estado, direito e democracia, podem ser interpretados pelos defensores da expansão punitiva, como defesa do Estado-força e reforço do paradigma punitivo. Também deve ser enfatizada a crítica a esse expansionismo por conta do aviltamento aos direitos humanos, através da demonstração de algumas realidades construídas por meio da atuação decisionista dos operadores jurídicos, tanto no âmbito da atividade policial, do Legislativo e do Judiciário, na formação de uma racionalidade que tende,

por meio do populismo, a limitar, reduzir ou mesmo suprimir à margem das garantias sobre direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, como o direito à liberdade.

1. O DECISIONISMO SCHMITTIANO E A FORMAÇÃO DO ESTADO-TOTAL

O decisionismo schmittiniano pode ser caracterizado surge como uma doutrina político-jurídica de linha antinormativa, constitucionalista e nacionalista. Na verdade, ao se falar da teoria de Schmitt, o correto seria não empregar unicamente o termo “decisionismo”, mas sim se valer da expressão plural de “decisionismos”, uma vez que tal teoria desdobra-se em aspectos políticos, jurídicos, morais e teológicos (GUERRA, 2013, p.61).

Para Ronaldo Porto Macedo (2011, p. 35), o decisionismo pode ser definido como uma teoria inicialmente política, que tem suas origens na filosofia de Bodin e Hobbes, este último, o primeiro a estabelecer o conceito clássico do decisionismo, ao dizer que, todo e qualquer direito, todas as normas e leis e todos os ordenamentos são essencialmente decisões do soberano. O Direito aqui é identificado não somente como lei, mas também como aquilo que está por trás dela; ou seja, daquele que decide soberanamente. O Direito seria, portanto, a lei (ordem) que decidiria o conflito. A decisão, para Schmitt (1998, p.15), é um ato de soberania, que se dá, sobretudo, num estado de exceção. Entretanto, sua definição de estado de exceção em nada corresponde à definição jurídico-tradicional da teoria do Estado de definir essa condição não em termos normativos, como um decreto de estado de defesa ou estado de sítio; mas sim com uma definição não jurídica de soberania.

Na verdade, a decisão ocorre num momento de estado de necessidade em que as normas não são suficientes para solucionar o conflito. Não se trata aqui de uma decisão que se dá internamente; como na decisão judicial baseada num ordenamento ou sistema do direito, mas sim de uma decisão concebida numa ideia de soberania que beira ao pensamento de Jean Bodin, admirado por Schmitt (1998, p.18), por conceber uma teoria jurídico constitucional em que o soberano nem sempre está sujeito às leis ou obrigado perante às convenções sociais. Analisado por Schmitt, os limites do contrato social em Bodin ganham novos contornos, quando o filósofo francês estabelece que o compromisso do soberano com o povo está fundado na promessa, que por sua vez tem suas bases numa ordem, no direito natural. Entretanto, é nessa mesma ordem natural que pressupõe o direito vigente no pacto, que a promessa pode ser descumprida em caso de necessidade. É nesse momento que surge uma concepção de ordem que será muito cara ao pensamento de Schmitt e que irá acompanhar todo o seu desenvolvimento teórico, enquanto jurista eminentemente conservador. Porém, será com

Hobbes que o decisionismo schmittiano irá confortavelmente encontrar um mais profundo assentamento teórico, no conceito hobbesiano de decisão soberana como um “nada normativo” (MACEDO, 2011, p.36).

Se o decisionismo apresenta-se como uma teoria de “nadas normativas”, como tal pensamento desenvolve-se no direito enquanto teoria jurídica? Para se entender os contornos jurídicos do decisionismo, é necessário observar a crítica de Schmitt ao positivismo jurídico. O positivista seria um decisionista em seu ponto de partida e um normativista em seu ponto de chegada. Isso implica em dizer que, num primeiro momento, o positivismo jurídico inicia sua concepção de Direito a partir da vontade do legislador ou da lei, para depois se afastar dessa vontade e conceber o sistema jurídico como um edifício meramente normativo. Ao se prender a própria norma, o positivista se afastaria da vontade que originou a norma, dando primazia ao princípio da validade positiva da norma, deixando para trás a força ordenadora, fática, que seria o fundamento último da norma; aquilo que os constitucionalistas definiriam como poder constituinte (MACEDO, 2011, p. 37).

Em uma série de conferências proferidas em 21 de fevereiro de 1934, em Berlim, Schmitt explanou sobre o decisionismo e sua diferenciação do positivismo jurídico, a partir da distinção entre os tipos de pensamento jurídico, seja conceituando o direito como regra, como decisão ou como ordenamento (MACEDO, p.38). Para Schmitt, entre os diferentes tipos de pensamento jurídico que se desenvolveram historicamente, precisamente no século XIX, a ciência jurídica voltou-se para um normativismo de linha liberal-constitucionalista, em que o direito passou a ser concebido como um conjunto de regras ou como um ordenamento jurídico.

Ocorre que a decisão antecipa, ou mesmo prescinde da norma na construção do conceito do direito na teoria de Schmitt. Em primeiro lugar, para o jurista alemão, normas ou regras não criam o ordenamento concreto, pois este não é constituído propriamente de normas, mas sim de normas que foram aplicadas a casos concretos, de onde essas normas se originaram, na dimensão de uma facticidade que requereu uma decisão (SCHMITT, 2011, p. 136). Desta forma, as leis, enquanto normas, não podem ser aplicadas ou executadas por si mesmas, pois por detrás delas encontram-se pessoas, com maior ou menor capacidade de decidir. Nesse sentido, pode-se deduzir da visão schmittiana do direito que juízes e legisladores teriam um papel mais importante do que as próprias normas. Schmitt (2011, p. 140) critica o normativismo pela distância que esta forma de pensar o direito se distancia da realidade dos fatos concretos, que requerem decisões concretas. Pelos critérios de validade e invalidade, o normativismo positivista ignora a ordem ou a desordem num ambiente social, preocupando-se tão somente

em definir se uma determinada conduta ou fato enquadra-se num determinado tipo legal e ou não. Para Schmitt, normatividade e facticidade são planos distintos, pois o normativismo isola a dimensão do dever-ser da dimensão social do ser. Isso implica em dizer que, em sua feroz crítica ao estilo de vida liberal-burguês, um conservador tradicionalista, como Schmitt, zombaria de uma artificial normalidade normativa apregoada pelo positivismo jurídico, uma vez que, na crítica decisionista ao positivismo, a concepção de ordem e autoridade dessa corrente de pensamento é de uma ordem jurídica supraindividual e alheia a outras formas de vida que constituem uma ordem social concreta.

Em termos de ordenamento concreto, determinadas instituições tradicionais até mesmo resistem a uma tentativa de normatização integral. Desta forma, para Schmitt, todo ordenamento (incluindo-se o ordenamento jurídico) deve-se adequar às instituições às quais se propõe regular, como ocorre, por exemplo, no caso da família. Schmitt (2011, p.142) coloca tanto o legislador, quanto o jurista aplicador da lei, na responsabilidade de abandonar conceitos genéricos sobre as instituições, na tentativa de estabelecer uma regulação integral destas, e, ao contrário, convida os operadores do direito a traçar representações concretas no ordenamento de instituições concretas.

A tese principal de Schmitt quanto às instituições e seu papel na formação do direito, é de que, em sua visão, todo e qualquer ordenamento está vinculado a conceitos concretos, que não derivam de normas genéricas, mas sim o contrário, pois são as normas das próprias situações concretas que criariam um ordenamento. Entendendo a realidade das situações concretas como mutável (sujeita a decisões políticas), Schmitt rejeita o normativismo positivista, conferindo um maior valor às normas e regras casuísticas que disciplinam caso a caso, situações do conflito mutante, pois é a própria mutação do conflito que gera a regra, do que às normas gerais e abstratas defendidas pelos positivistas no direito; por entender ser a realidade social uma realidade cambiante, não afeita a normatizações generalizantes. Desta forma, surge o pensamento de decisão, e toda sua teoria decorrente, pois o infatigável teórico alemão, na defesa de suas teses, encontrava a gênese da decisão não na norma, mas sim na vontade (SCHMITT, 2011, p. 145).

O Estado, nessa construção dogmática, é o ente responsável pela emissão da vontade soberana. Schmitt cita Puffendorf ao entender que, desde os tratadistas do Direito Natural do século XVII, o problema da soberania do Estado resume-me muito mais à decisão em casos excepcionais (SCHMITT, 1998, p.20). O Estado é o principal ente decisionista, aquele que decide a contenda, no estado de guerra de homens contra os próprios homens, decidindo o

conflito em definitivo, através da ordem e da segurança pública. As bases do Estado policial encontram terreno fértil no decisionismo de Schmitt, uma vez que é através dele que a ordem jurídica é efetivamente materializada, pois tal ordem somente se manifesta a partir da decisão.

Destaque significativo na obra de Schmitt é sua visão de Estado conforme a dicotomia amigo X inimigo. Em suas obras, Schmitt procura destacar que o inimigo político não é propriamente mau, e sequer tem que surgir como concorrente econômico, pois pode até se negociar com ele (SCHMITT, 1992, p.52). A questão é que o inimigo é identificado como o outro, o estrangeiro, aquele que difere do Estado. Schmitt (1998, p.47) tem uma compreensão de Estado e sociedade como uma unidade política, portanto, em sua teoria, a sociedade é o Estado e o Estado é a sociedade, não havendo aquela dicotomia que separa ambos, preconizada pelo pensamento liberal. O Estado pode até ser um Estado burguês, mas ele tem que se apresentar na vida dos indivíduos como onipotente, assim como é Deus para a Igreja Católica, e deve ser um Estado entre iguais, visto como iguais pela politização da vida social, que somente o Estado consegue conferir. Do desdobramento dessa teoria decorre que toda democracia, na concepção desicionista schmittiana, deve ser uma democracia entre iguais que se veem como iguais, abolindo as distinções trazidas pela despolitização. Tem-se, portanto, mais do que um Estado-força, a ideia de um Estado-total, que une as demais organizações sociais, mas se eleva sobre elas, mantendo-as unidas (SCHMITT, 1998, p.49).

Para que esse Estado-total se torne um Estado-policial basta aplicar em seu conceito o paradigma punitivo. Sendo Schmitt um conservador e fundador do populismo penal num neoconservadorismo que considera que o crime é uma mera opção individual, assim como na visão de Estado schmittiana, o outro é identificado como inimigo, não faz parte da comunidade do “nós”, e sim dos “outros”, e desta forma, o delinquente não é reconhecido como um cidadão, integrante do meio social. A política criminal como política de extermínio passa a ser a lógica defendida pelos acólitos da expansão punitiva, ao propor um agigantamento do Estado punitivo, em detrimento da liberdade individual e do Estado social (GOMES, 2013, p.198).

2.A POLÍTICA CRIMINAL POPULISTA SOB A ÉGIDE DO DECISIONISMO: UMA CRÍTICA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS E DO PLURALISMO

Ante a tendência populista de atender a um suposto clamor das massas por mais segurança (leia-se: vigilância), os neoconservadores, embalados pelo discurso populista punitivo, chegam a rechaçar os pilares básicos do Estado de bem-estar social, ao não reconhecer direitos fundamentais como o direito à proteção da infância e juventude, previsto no inciso XV

do artigo 25 e artigo 223, inciso II da Constituição Federal. A defesa populista da proposta de redução da maioria penal, por exemplo, revela a contaminação decisionista na proposta de apontar soluções para o problema da delinquência juvenil, solapando-se a flagrante inconstitucionalidade de tal proposição, face o medo da violência e a crença de que o Estado moderno, gerido numa normatividade constitucional, seria incapaz de gerir a segurança pública (GOMES, 2013, p. 47). Diante da incapacidade do Estado de bem-estar social de conter o avanço da criminalidade e seus terríveis reflexos na escalada da violência, caberia ao legislador assumir para si a vontade soberana do Estado-total, e desta forma resolver um problema ocasionado por décadas de ausência de assistência social aos mais jovens, por meio de uma única e eficaz medida punitiva.

Segundo Habermas (2014, p.468), o Estado de bem-estar social é uma continuidade, e não uma ruptura do Estado liberal. Ao surgir, o Estado liberal pretendia ordenar não apenas a si próprio, e sua relação com a sociedade, mas sim regular o contexto da vida social como um todo. Nesse sentido, a teoria de Estado como esfera pública constitucionalizada aproxima-se e distancia-se de Schmitt, ao menos nos seus pressupostos. Assim como Schmitt, Habermas entende que não há uma separação elementar entre Estado e sociedade, com preconiza o pensamento liberal; entretanto, a teoria deste último distancia-se do que defendia seu compatriota mais antigo, por entender a importância do Parlamento, na formação dessa esfera pública, ideia a qual Schmitt rejeita (GUERRA, 2013, p.58-59), uma vez que para ele, haveria uma ausência de vontade geral no sistema representativo parlamentar moderno, pois o sistema de tomada de decisões em comissões fechadas seria a própria negação dessa representatividade. O Parlamento perderia seu sentido se não se convertesse em esfera pública de decisão, e deixar parlamentares fechados em um prédio somente para que se digladiem em intermináveis discussões, não representaria efetivamente os interesses de uma sociedade.

Ao tecer suas considerações sobre o Estado de bem-estar social, Habermas entenderá que a constituição estatal apresenta uma pretensão jurídica de fixar também a constituição das organizações sociais. É por isso que o Estado de bem-estar social apresenta-se como portador da ordem social, definindo determinações positivas e negativas sobre os direitos fundamentais, garantindo os direitos humanos e democráticos dos cidadãos, e protegendo-os de qualquer intrusão invasiva do próprio Estado, evitando que tais direitos sejam reduzidos ou suprimidos; exatamente o que o populismo punitivo vai de encontro, uma vez que, pelo discurso populista do medo da violência e apelo à segurança pública, até mesmo direitos fundamentais podem ser atingidos.

Por teoria do populismo penal, entende-se, através de seus pressupostos teóricos na teoria criminológica do *labeling approach* e da criminologia crítica, que se trata de um saber que busca no método hiperpunitivista, por meio da exploração do senso comum, a existência de um discurso populista fundado no medo do delito, com o objetivo de obter um consenso em torno da população sobre a necessidade de se ampliarem os rigores penais, como solução para o problema da criminalidade (GOMES, 2013, p.28).

No âmbito dos direitos humanos, o populismo penal midiático esbarra em um dos seus postulados básicos: a tolerância.² Em nações da América Latina como o Brasil, a intolerância está mais relacionada com as grandes desigualdades sociais e econômicas (BARRETO, 2010, p.186). No âmbito do direito, essa intolerância pode se dar por meio da discriminação legal, que tem como consequência diferentes tipos de exclusão social, tal como a questão de considerar legalmente que adolescentes infratores, em sua maioria integrantes de classes sociais menos abastadas, devem receber o mesmo tratamento penal de adultos. Tal caso é um dos exemplos dessa exclusão, assim como a intolerância no direito também pode ser dada quando o sistema jurídico consagra a exclusão através da impunidade. Nesse último caso, pode-se listar a realidade da chacina de centenas de jovens, na periferia das grandes cidades, em grande parte vítimas da ação de agentes do próprio Estado, o que leva a intolerância a níveis críticos, que, nos exemplos já traçados no início deste artigo, sequer chegam a ser levados em conta pelos meios de comunicação. Pela lógica do populismo punitivo, prefere-se ver jovens pobres, negros e favelados como criminosos, antes do que vítimas.

A vulnerabilidade do sistema penal diante dos meios de comunicação, como principal cadeia de transmissão do discurso populista punitivo, dá-se, pelo ponto de vista da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, sob a forma de acoplamentos estruturais entre o sistema do direito e o sistema midiático, onde o código ilícito X lícito do primeiro confunde-se com o código informação X não informação do último, segundo Luhmann (2005, p.39). Concebidos como sistemas fechados, dotados de operações (comunicações) internas próprias, direito e meios de comunicação viveriam uma intensa relação de invasões (irritações) entre um sistema e outro, quando, em casos isolados, ocorre o julgamento antecipado de lides penais pelos meios

² A palavra tolerância, oriunda do latim, *tolerantia*, significava entre os autores da Antiguidade a aceitação submissa e conformada à dor e a adversidade. No século XVI a palavra passou a ser utilizada com o significado de permissão, no caso específico da Paz de Augsburg em 1555, durante a reforma protestante, a expressão envolvia liberdade religiosa. Com a modernidade e o advento do Estado liberal, tolerância passou a se corresponder também com o conceito de pluralismo (BARRETO, 2010, p.173-177), termo rebatido na teoria decisionista de Schmitt face sua concepção de Estado como unidade política que identificava o pluralismo como inimigo (SCHMITT, 1992, p. 63).

de comunicação ou quando ocorre uma reportagem, cujas consequências não podem ser ignoradas no decorrer do processo, a influenciar a opinião do julgador. ³Tais situações, aliadas a uma forma peculiar de retratar a realidade, faz com que os meios de comunicação sejam portavozes de um discurso midiático sobre o crime e o direito penal que levam, progressivamente, a ensejar um expansionismo punitivo. Como não busca produzir uma construção consensual da realidade, pois reproduz a todo tempo diversidade de opiniões (LUHMANN, 2005, p. 118), o sistema dos meios de comunicação trabalha a noticiar conflitos que, dentro de uma cultura social autoritária, existente na sociedade brasileira (GOMES, 2013, p.47), exhibe um terreno fértil para a investida neoconservadora, principalmente no que diz respeito ao âmbito penal.

Com a influência dos meios de comunicação na ordem social, o mundo passa a ser conhecida apenas pela notícia (SILVA ALVES, 2010, p. 308). As reportagens, por exemplo, não lidam obrigatoriamente com acontecimentos diários, pois lidam com o seu próprio tempo, ao sabor do momento exato em que serão conhecidas pelo público espectador. Existe, portanto, um tempo de maturação dos fatos até se transformarem em notícia, aproveitando-se da particularidade de relatos de violência em determinadas e pessoas, numa seletividade a que já se referiu Luhmann (2005, p. 55). Como as notícias e reportagens envolvem uma presunção de verdade, para o espectador torna-se simples difundir a ideia do medo da violência, como moeda de troca da liberdade, em prol de mais segurança, e, conseqüentemente, maior rigor penal.

O argumento decisionista ganha espaço no discurso populista, quando, na indicação de quem serão os destinatários do rigor punitivo, identifica-se o delinquente como o outro, o estrangeiro, aquele que não faz parte da comunidade social identificada como o próprio Estado. Tratar-se-ia de eliminar o outro, o inimigo, aquele que não é identificado como um igual, no espectro político da luta do Estado em guerra ao designar seu inimigo (SCHMITT, 1992, p.71). A produção de um direito penal bélico está relacionada com a visão de um Estado militarizado, que Schmitt já concebia em sua teoria política, pois em seu *jus belli* Schmitt entendia que o Estado, como unidade política decisiva, deveria reforçar na vida do povo a prontidão para morrer e matar quem estivesse ao lado do inimigo. Entretanto, Schmitt (1992, p. 72) asseverava que em situações normais que não envolvessem um estado de guerra, o Estado normal deveria produzir em seu interior uma sensação de segurança, tranquilidade e ordem. O problema é que,

³ Para Luhmann, os meios de comunicação interessaram-se pelo que é verdadeiro num âmbito fortemente restrito, uma vez que enfatizam nas suas operações internas a surpresa, a preferência pelo conflito, às quantidades e a transgressão à norma (LUHMANN, 2005, p.57-59). Assim, não é à toa que a maioria dos noticiários e programas de televisão enfatizem a espetacularização do crime e do criminoso, com chamadas e destaques em telejornais, a divulgação de repetidos casos de violência e a conseqüente difusão de uma sensação de medo do crime e insegurança coletiva.

em nível interno, existe também dentro do Estado, enquanto unidade política, um inimigo interno, identificado desde a república grega como os *hostis*, sujeitos ao desterro, ao banimento ou ao desamparo legal. É este segmento social, que na realidade moderna pode ser identificado tão e simplesmente como delinquência, que faz insurgir o discurso populista punitivo, onde, na concepção schmittiana, os inimigos internos, que com suas práticas contribuem para uma desestabilização da ordem e formação da insegurança, deveriam ser combatidos dentro e fora da Constituição, pela força das armas.

Como se sabe, toda a gama de excluídos, especialmente adolescentes infratores são considerados párias sociais, dentro do discurso de exclusão outrora oculto no discurso populista punitivo, ao serem encontrados os grupos de risco, dentro da seletividade do controle penal, cuja dinâmica já havia sido percebida por teorias criminológicas como a teoria do etiquetamento ou *labeling approach* (GARCIA, 2007, p. 126). Nessa realidade de expansão punitiva, além dos narcodependentes, as classes perigosas da vez na sociedade brasileira são os adolescentes infratores, considerados os reais responsáveis por toda escalada da violência criminal, que pulula nas telas de televisão, com imagens de atos violentos praticados por jovens infratores sendo espalhadas por todo território nacional, através dos meios de comunicação. Nessa condição de *hostis* ou inimigos internos, os jovens delinquentes são alvo fácil de políticas criminais repressivas, sendo que a mais recente e com maior capacidade de repercussão negativa ao intensificar a exclusão social desse segmento social é a proposta de redução da maioria penal, em tramitação no Congresso Nacional. Importante salientar que, no tocante ao aspecto do decisionismo, a teoria de Schmitt defende que o poder soberano é exercido pelo povo, num momento de normalidade democrática e prevalência do Estado democrático de direito (SILVEIRA E SILVA, 2007, p.37). Ocorre é que, assim como afirmam seus seguidores, ao defender a imagem de Schmitt diante de seus detratores, que, durante séculos, o identificaram como principal jurista do nazismo, se o pensamento do célebre constitucionalista alemão foi utilizado de forma oportunista por Hitler e seus asseclas, por que não dizer que o neoconservadorismo atual de alguns legisladores e juízes também não poderia se valer do mesmo oportunismo, para justificar o expansionismo punitivo? O decisionismo, enquanto teoria jurídica de extrema relevância para o constitucionalismo moderno (até por conta de sua inegável contribuição teórica ao conceito de poder constituinte), também pode ser utilizado para justificar a repressão penal na política criminal de países como o Brasil, e, nesse sentido, seus reflexos podem ser sentidos com maior nitidez a partir do populismo penal midiático.

Quanto aos destinatários dessa política criminal do tipo decisionista, impulsionada pelo populismo penal midiático, interessante é observar o conceito de “associal”, analisado no século passado por Mezger, no contexto histórico do direito penal que era aplicado na Alemanha, sob a égide do nacional-socialismo (CONDE, 2005, p. 182). Se o delinquente é o outro, o não-igual, o inimigo, o conceito de associalidade, na sua ambiguidade, pode identificar como identificados nessa categoria todos aqueles que sejam considerados estranhos à comunidade. Assim, jovens delinquentes que praticam infrações ainda na adolescência (geralmente filhos de mães sociais, que na época do nazismo, também estavam incluídas entre as classes perigosas, face a defesa da família monogâmica), homossexuais e toda a gama de excluídos poderiam ser destinatários das normas penais. Esses indivíduos associais nos tempos atuais, dentro da realidade brasileira, são desvendados pelos conservadores, no seu discurso populista punitivo (GOMES, 2014, p.37-38), como sendo principalmente os pobres (por conta de sua preguiça, pois não queriam trabalhar), homossexuais (cujas condutas depravadas moralmente deveriam ser restringidas ou até mesmo coibidas), e migrantes (principalmente das regiões norte e nordeste do país; pois com sua chegada à metrópole, contribuíram para o caos social, desemprego e conseqüente aumento da criminalidade), além de usuários de drogas (pois seriam estes os principais destinatários das reprimendas penais, tendo em vista que sua conduta errática, incrementada pelo uso de substâncias ilícitas, contribuiria para a prática de delitos).

A política criminal populista interfere no direito penal criando uma política de controle do crime centrada numa legislação retaliadora (GARLAND, 2008, p. 315). A defesa de penas mais severas e aumento do encarceramento, o aprisionamento de jovens, políticas de tolerância zero e penas restritivas de certos comportamentos e o uso da retórica da “lei e da ordem” são algumas das estratégias de segregação punitiva, que se revelam, sobretudo, populistas, que empobrecem a discussão sobre a criminalidade e o criminoso, uma vez que a opinião pública é cada vez mais privada da opinião de especialistas, em detrimento de legisladores oportunistas, que se valem muito mais de assessores e conselheiros, tão somente para atingir objetivos políticos pessoais. Ao conceder um lugar privilegiado às vítimas, muito embora só seja captada sua dor com a trauma sofrido pelo delito, e não necessariamente seus sentimentos e opiniões sobre sua própria realidade e a de sua comunidade, o legislador do tipo decisionista, valendo-se do aparato midiático, apresenta como forma de decisão soluções repressivas e aprisionadoras, como solução para o sofrimento presente ou futuro da vítima, reforçando a legislação penal de plenos sentimentos retributivos (GARLAND, 2008, p. 316).

A produção legislativa, segundo Ripollés (2005, p.123) passa pelo mesmo empobrecimento de racionalidade, observado anteriormente por Garland, no debate sobre os fundamentos do Direito Penal. Na construção de uma racionalidade legislativa sobre o Direito Penal, o critério científico-tecnocrático seria um dos exemplos a ser traçados para a formação de um conjunto normativo que fosse além de um sistema de crenças presente em determinada sociedade (no caso da sociedade brasileira, marcada altamente por uma carga de autoritarismo e influência do neoconservadorismo). Entretanto, Ripollés alerta que uma política criminal especializada, baseada nos conhecimentos das Ciências Sociais, só obteria êxito na sua pretensão de obter moderação nos níveis de intervenção penal, com base nos princípios da proporcionalidade, lesividade e fragmentariedade, se a crença na necessidade de um conhecimento especializado sobre a produção legislativa, não estivesse profundamente sufocada pela evolução populista (RIPOLLÉS, 2005, p. 185).

Nesse sentido, diante de um Estado Constitucional cujo ambiente democrático não remonta ainda trinta anos, como no caso do Brasil, para que o fundamento do Direito Penal não seja o punitivismo puro e simples, tomado de assalto pela explosão populista, a saída se daria muito mais num âmbito externo ao direito, reconsiderando-se o papel da opinião pública diante de grupos de interesse distintos, identificados com o pensamento decisionista neoconservador, e alinhados a grupos econômicos e administrativos. Juristas como Ripollés (2005, p.195) defendem a formação de uma opinião pública a partir de uma sociedade civil organizada, por meio de associações espontâneas, apoiadas em direitos fundamentais como a liberdade de expressão, retratando um pluralismo social. Esse pluralismo, identificado outrora como inimigo na teoria decisionista de Schmitt, agora surgiria como alternativa ao discurso populista, já que o Legislativo se desvencilhou do saber formulado por especialistas, para se ater a um saber precário, ditado pelo senso comum e alarma social diante do medo da violência e do delito. Talvez dessa forma, aludindo à vontade soberana de uma sociedade plural e não de uma sociedade estatista, como quis ver a fórmula schmittiana, pode-se realmente falar de um Direito Penal de um Estado democrático, em oposição ao modelo autoritário de um Estado policial que se faz insurgir por meio do discurso populista.

CONCLUSÃO

Não se diz aqui de maneira alguma que a teoria de Schmitt fundamenta apenas a opção jurídica e política por regimes totalitários. Entretanto, é sabido que seus pressupostos, vinculados a existência de uma vontade soberana, podem servir a vários senhores, tanto aqueles que acreditam que a decisão advém do povo, num regime democrático, como de um monarca

ou tirano, num regime monárquico. A utilização de seus pressupostos teóricos sobre Estado e sociedade podem muito servir a ideais neoconservadores, mormente no que tange à produção legislativa brasileira, no âmbito do Direito Penal.

Por conta do populismo, identificados como representantes do povo, muitos indivíduos podem querer exercer em caráter singular a defesa do povo, decidindo em seu lugar, questões controvertidas que são solucionadas a partir do uso da força daquele que decide, e não mediante uma solução democrática obtida pelo consenso. Influenciados pelo decisionismo, tanto legisladores como juízes podem considerar que estão atuando virtuosamente em nome de uma vontade soberana; pois, como agentes políticos, encontram-se num sistema republicano na qualidade de autoridades investidas dos poderes do Estado.

Valendo-se desse mister, legisladores e juízes decisionistas por vezes se valem do decisionismo para assegurar uma expansão punitiva. À revelia do processo democrático de tomada de decisões, mediante o desenvolvimento de uma racionalidade que nasce numa fase pré-legislativa, em termos éticos, por meio de um sistema de crenças difundido na sociedade, uma intervenção penal do tipo decisionista é estimulada por meio do populismo penal midiático, por sua vez fundado numa opinião pública empobrecida do debate científico sobre o crime e a necessidade de normas penais.

O populismo penal acaba exercendo o papel da crítica decisionista ao rejeitar o ideal criminológico liberal, baseado no paradigma ressocializador. O paradigma punitivo entra em seu lugar, num ambiente de despolitização onde inexistente um franco debate sobre a repercussão das leis penais a afligir a liberdades dos indivíduos, justamente por imperativos de insegurança e medo do crime e da violência. Assim como Schmitt rejeitava a despolitização liberal ao transformar inimigos em concorrentes, na política criminal os inimigos serão vistos como os novos infratores, os herdeiros de uma delinquência que, no alarmismo do discurso vitimizador, parece assolar inteiramente uma sociedade, a ponto de se exigir do legislador ou magistrado uma decisão drástica: qual seja, o abandono da preservação e defesa de direitos fundamentais, em prol do punitivismo.

No amadurecimento em uma cultura democrática que necessita a sociedade brasileira, face seu passado autoritário, deve ser dado maior relevo e especial destaque aos movimentos da sociedade civil, especialmente aos de familiares de vítimas da violência estatal, como forma de estabelecer uma contraposição ao discurso punitivo; que, por muitas vezes, penaliza sensivelmente os mais fracos economicamente e etnicamente, em detrimento dos mais fortes,

em suas condições sociais. Somente dessa forma, a dor dos familiares das jovens vítimas de um assassino modelo repressor, impulsionado pela máquina midiática populista, poderão ter seu devido destaque no combate à impunidade pelo sistema penal, e não o seu contrário. Diferentemente do que pensam os conservadores, as maiores vítimas não estão entre os brancos e mais abastados cidadãos da urbe, e nem os delinquentes são apenas jovens de periferia, pobres e negros de baixa instrução, pois, diferente das ilusões populistas, algozes e vítimas são todos aqueles que, na ausência do amplo debate, são cegados por soluções legislativas demagógicas e sem o menor fundamento constitucional.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CONDE, Francisco Muñoz. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo**: estudos sobre o direito penal do nacional-socialismo. Tradução Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCIA, José Ángel Brandariz. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Editorial Colares, 2007.

GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Tradução de André do Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GUERRA, Elizabeth Olinda. **Carl Schmitt e Hanna Arendt**: olhares críticos sobre a política na modernidade. São Paulo: LiberArs, 2013.

GOMES, Luiz Flávio, ALMEIDA, Débora de Souza. **Populismo penal midiático**: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O Estado democrático de direito e direito penal correspondente. In: MENDES, Gilmar Ferreira, BOTTINI, Pierpaolo Cruz, PACELLI, Eugênio. **Direito penal contemporâneo**: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Tradução Denilson Luiz Werle. São Paulo: Editora UNESP, 2014.

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. Tradução Peter Naumman. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Antonio da Silva, SIMÕES, Soraya Silveira, FREIRE, Letícia de Luna. Um endereço na cidade: experiência urbana carioca na conformação de sentimentos sociais e sociabilidades jurídicas. IN: KANT DE LIMA, Roberto, EILBAUM, Lucía, PIRES, Lenin (org.). **Conflitos, direitos e moralidades em perspectiva comparada**. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

RIPOLLÉS, José Díez. **A racionalidade das leis penais**: teoria e prática. Tradução Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA ALVES, Fernando Antonio da. Sociedade de risco, direito e meios de comunicação: uma relação entre o sistema midiático e os aparatos de segurança, conforme a teoria sistêmica. **Revista dos Estudantes da UNB**. Brasília: Editora da UNB, N°9, 2010.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Tradução Alvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. **Teologia política**. Traducido por Francisco Javier Conde. Buenos Aires: Editorial Struthart & Cia, 1998.

SILVEIRA E SILVA, Frederico. O decisionismo de Carl Schmitt e sua relação com a discricionarietà e a medida provisória. **Revista CEJ**. Brasília, Ano XI, n. 39, p. 36-43, out./dez. 2007.

SOARES, Barbara Musumeci, MOURA, Tatiana, AFONSO, Carla (org). **Auto de resistência**: relatos de familiares de vítimas da violência armada. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2009.