

1 INTRODUÇÃO: O SURGIMENTO DA EXCEPCIONALIDADE NO ÂMBITO DO CONTROLE SOCIAL

A transição do Estado-providência à sociedade do risco, momento em que a sociedade assistencial se desintegra (triunfo do mercado e privatizações) e o medo regressa (heurística do medo), o risco reflexivo reflete nos juízos normativos, uma vez que o tempo, na lição de François Ost, passa a operar "fora dos gonzos". É o império do reino do instante (tempo virtual) ou da aceleração do tempo, instalando-se, no Direito, o tempo e a cultura da impaciência. Nesse cenário, os processos, premidos por imperativos midiáticos, são selvagens e imediatos, na lição do referido autor, na medida em que é preciso uma solução rápida, sem delongas. O Direito se põe a correr, estando, portanto, em trânsito, desaparecendo o tempo da duração, confirmando-se, no campo jurídico, a urgência, a temporalidade do excepcional, que se converte em regra¹, acarretando uma involução na função garantista do Direito.

Na era pós-moderna ou dos tempos hipermodernos (idade pós-disciplinar), em que os principais fenômenos espaciais são os da globalização e de um capitalismo financeiro (também denominado pós-fordista, pela adoção de orientação empresarial),² o controle social passou a ser orientando por uma política criminal que prima por segregar e excluir grupos de riscos,³ perdendo sua lógica inclusiva de reabilitação. Por tal motivo, vive-se em uma época em que irrompeu o que Riveira Beiras denomina de "fenômeno da violência política",⁴ que acomete diversos países europeus e se dissemina para o mundo, notadamente nos países que conheceram o problema do terrorismo e passaram a reagir contra ele.⁵ Inaugura-se, portanto, uma nova legislação, ou melhor dizendo, a cultura da emergência, especialmente pelo surgimento de leis antiterroristas, uma legislação processual que permite a incomunicabilidade de determinados detentos, e a flexibilização das garantias constitucionais, ampliação das competências e práticas policiais, com reforço da segurança nacional e, por fim, com a criação de Tribunais e Jurisdições especiais para julgamento de terroristas fora da área geográfica em que ditos crimes foram praticados.⁶

¹ OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 336-350. De relevo, no trato do tempo virtual, a leitura de: LÉVY, Pierre. *O que é o virtual?* 2. ed. Trad. Paulo Neves. São Paulo: 34. p. 15-24.

² Conforme LIPOVETSKI, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 13-48.

³ Ver PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 105-134.

⁴ Conforme PAVARINI, Massimo. Op. cit. p. 131, cuida-se, na pós-modernidade, de uma penalidade expressiva ou *economia do excesso*.

⁵ RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Recorridos y posibles formas de la penalidad*. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 120.

⁶ Idem, p. 122.

Cumprir notar que, em princípio, dita legislação tinha como foco combater somente os crimes de terrorismo, enquanto perdurasse a situação, tratando-se de uma legislação excepcional e temporária. Hodiernamente, mesmo com um certo controle de desaparecimento de tais crimes para cujo combate se edificou, a legislação de emergência continua em vigor e terminou por invadir outras esferas da vida ordinária. Agora, sob o fetiche da eficácia, converteu-se, como manobra política, em um discurso legitimado, expandindo a emergência para outros âmbitos, reafirmando as práticas de exceção.⁷

O cenário apresenta, nos termos de Wacquant,⁸ a transição de um Estado de bem-estar para um Estado penitenciário.⁹ Nessa transição paradigmática, o pensamento criminológico passa a ser orientado pelo atuarismo, cobertura teórica à cultura da excepcionalidade, que se constitui, na lente de Brandariz García,¹⁰ em um conjunto de práticas e procedimentos criminais que se remetem às lógicas econômicas próprias das empresas, a saber: controle flexível das fontes de perigo, que devem ser catalogadas nos moldes de um contrato de seguro, pois o que interessa é conhecer as fontes donde provêm os riscos e gestioná-las.

A partir do momento em que os estados passaram a competir com os grandes conglomerados financeiros, "abrindo mão" de receitas tributáveis, reduzindo sua capacidade de incrementar políticas assistencialistas, a conflituosidade social naturalmente se incrementaria. A consequência, portanto, afigurava-se previsível e, passou-se a aceitar as taxas de desempregos altas e duradouras para concorrer no mercado internacional, exaurindo as fontes de solidariedade social, formando uma nova classe social global: os underclass, ou uma subclasse representada na parcela marginalizada/segregadas na definição de Habermas.¹¹ No limite, neste ambiente de exclusão/violência/ressentimentos/criminalidade e insegurança, o terreno é fértil para o retorno dos discursos totalizantes do tipo lei e ordem, tolerância zero, a retórica militar de "guerra" ao crime, que se propagaram pelo mundo, numa velocidade alucinante.¹²

Em definitivo, nesse quadro de "luta" e "guerra" à criminalidade (germe da cultura da excepcionalidade), instrumentalizado no discurso hegemônico da "segurança mundial", o

⁷ RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Recorridos y posibles formas...* cit., p. 123.

⁸ DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud*. Trad. José Àngel Brandariz García e Hermán Bouvier. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006. p. 128-129.

⁹ DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia...* cit., p. 133.

¹⁰ BRANDARIZ GARCÍA, José Àngel. *La construcción de los migrantes...* 2008. p. 147.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos da teoria política*. 2. ed. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2001. p. 140-141. No conceito habermasiano, os *underclass* constituem os grupos pauperizados, que se veem abandonados a si mesmos, sem forças para alterar sua situação social. São os miseráveis que habitam o mundo e, com suas atitudes despropositadas e autodestrutivas, só podem ser controlados com recursos repressivos.

¹² WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. p. 30.

Direito passa a ser funcionalizado como uma "arma, trazendo consideráveis perigos ao Estado de Direito. Nesse entorno dramático, soam importantes questionamentos de ordem político-criminal de Massimo Donini,¹³ a saber: se o Direito é instrumentalizado como arma, como pode servir de garantia? Como o Direito poderá tutelar as garantias do cidadão se é visto como meio para golpear inimigos? Razão assiste a Donini quando ensina que o denominado Direito Penal de luta, que vincula intimamente a magistratura, que não o vê como ilegítimo, possui uma orientação de ordem político-normativa próxima ao Direito (?) Penal do inimigo, de Jakobs,¹⁴ especialmente pela propaganda bélica que propõe, porque, no pensamento de Jakobs, o Estado de Direito não dialoga com inimigos, que devem ser combatidos pelo Estado de exceção.

Assim, com a normalização da luta no Direito, esta passa a funcionar sob a lógica da emergência, especialmente nos crimes organizados, terrorismo, corrupção, crimes patrimoniais e sexuais, mormente pela antecipação da punição e flexibilização das garantias constitucionais, chegando a um momento de verdadeira ruptura com o princípio da legalidade. Dessa forma, o julgador se encontra submetido (ou superexposto, na visão de Moccia)¹⁵ a duas lógicas contrapostas: a dimensão serena das garantias, com o foco no passado, versus o combate da criminalidade, absorvendo, aqui, as funções de política e polícia, com os olhos voltados para o futuro (segurança cognitiva).¹⁶ Em tal dualismo, arma e Direito, luta ou garantia,¹⁷ que pauta o sistema jurídico, o Estado de Direito aproxima-se da forma do Estado de exceção.

Cabe observar que, nesse cenário em que as práticas excepcionais permeiam o sistema do Direito, em que a cultura da emergência e a prática da exceção restam impregnadas na produção legislativa, assiste-se ao fenômeno que Ferrajoli vaticina como a involução do ordenamento jurídico, implicando uma ruptura entre o Estado de Direito e a crise do princípio da legalidade, que é apresentada pela crescente divergência entre o dever normativo e o ser efetivo. Veja-se a questão da flexibilização da teoria da prova ilícita, a ampliação do espectro das prisões cautelares, na ampliação dos poderes discricionários dos juízes. De tais exemplos paradigmáticos, edificados sob o telos da razão do Estado, constrói-se um imaginário social no

¹³ DONINI, Massimo. Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el derecho penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; PÉREZ, Laura Pozuelo (org.). *Política criminal en vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. Madrid: Thomson Civitas, 2008. p. 29-75.

¹⁴ Os contornos do "direito penal do inimigo", de formulação jakobsiana, consultar CANCIO MELIÁ, Manuel. De nuevo: "derecho penal" del enemigo? In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo: en discurso de la exclusión*. Buenos Aires, Montevideo: IBDEF, 2006. vol. 1, p. 341-382.

¹⁵ MOCCIA, Sergio. O controle da criminalidade organizada... cit., p. 33.

¹⁶ Conforme FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...* cit., p. 807-837.

¹⁷ DONINI, Massimo. Op. cit., p. 38-39.

sentido de que as práticas excepcionais fazem bem ao Estado e à sociedade na luta contra o inimigo, justificando os procedimentos excepcionais.¹⁸

Dessa forma, no presente ensaio, parte-se do fato de que o "emergencialismo",¹⁹ que gera o uso simbólico/populista do controle penal, caracterizado, especialmente, pelo rigorismo repressivo e fragilização das garantias,²⁰ contaminou o Direito penal, o qual, submetido à eficácia similar à do espetáculo do mercado, se "põe a correr", premido, sobretudo, por reações emocionais e midiáticas, que culminam na violação do princípio da imparcialidade do juiz, que já não se apresenta como um terceiro/garantidor na dialética entre a acusação e defesa.²¹ Cumpre, num primeiro momento, demarcar o surgimento das práticas excepcionais no âmbito do Direito, que, como já observado, está intimamente relacionado com o desmonte do Estado social e sua substituição pelo Estado policial,²² "ponto cego" da verdadeira revolução policial operada no âmbito do Estado de Direito.

2 A EXCEPCIONALIDADE PENAL COMO CARACTERÍSTICA DO SUBSISTEMA DE EXCEÇÃO

É sabido que as teorias políticas e jurídicas do plano normativo se caracterizam pela admissão de postulados valorativos e descritivos, que se constituem em saberes da realidade, isto é, juízos de valores e a descrição do real (crítico e ideal). Em outras palavras, cuida-se da distinção entre teoria e realidade, sendo de notar, com Pietro Navarro, que a teoria transcende, em certo sentido, as urgências da prática, mas não escapa delas.²³ Todavia, a referida evidência, na atualidade, é submetida a uma prova de fogo, principalmente pelo fato de que a "vigência do contrato social", que se instrumentalizou sob pilares da segurança e direitos (denominada como a normalidade política), tem se apresentado de forma frágil. Por isso, segundo Pietro Navarro, a normalidade do contrato social dá-se com a estabilização das potências originárias que lhe dão suporte: poder constituinte e estados políticos de exceção. O primeiro instrumentaliza-se nas instituições jurídico-constitucionais, enquanto o segundo viria dominado pelas contemplações constitucionais das hipóteses de exceção.²⁴ A problemática que se impõe na

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...* cit., p. 807-813.

¹⁹ Leonardo, SICA. *Direito penal de emergência e as alternativas à prisão*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 82 e seguintes.

²⁰ Idem, p. 34-35.

²¹ DONINI, Massimo. Op. cit., p. 65-69.

²² GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 246-249.

²³ PIETRO NAVARRO, Evaristo. Excepción y normalidad como categorías de lo político. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; POZUELO PÉREZ, Laura (org.). *Política criminal en vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. Navarra: Thomson Civitas, 2008. p. 77-136.

²⁴ Idem, p. 78.

atualidade repousa no fato de que, nos dias atuais, o tempo de normalidade parece ter sofrido uma forte convulsão, desvelando a fragilidade de tal relação, que é decorrente de sua construção artificial.

A paisagem da política moderna passa a ser informada pela excepcionalidade e inimizada, elementos que refundam o nomos moderno, tornando opaca a relação entre o político e o jurídico, revelando a necessidade de se repensar os conceitos de soberania e exceção, que põem em questão a compreensão consolidada da política jurisdicional no âmbito do Estado de Direito, a fim de não perder de vista a capacidade "contaminante" da exceção, que altera a normalidade do funcionamento do entramado normativo-institucional. Ora, com a excepcionalidade, a nudez do político ou razão do Estado²⁵ retorna violentamente, expondo, de forma crua, a questão da soberania, minando o espaço conferido ao subsistema jurídico. Não é por outro motivo que a emergência do crime de terrorismo político na Europa e EUA impulsionou o desenvolvimento das práticas da exceção,²⁶ trazendo, à tona, um antigo tema de filosofia jurídica: o tratamento dos delitos políticos, que são os que ofendem, diretamente, cidadãos e instituições estatais, lesionando a soberania de Estado e seus interesses políticos fundamentais.²⁷ Dessa maneira, ante o delito de *laesa maiestatis*, a razão de Estado, entendida como um princípio normativo de política ligada ao bem do Estado, legitima-se como forma de se manter a potência estatal.²⁸

A excepcionalidade corresponde a uma decisão política que parte da distinção entre amigo/inimigo, como condição de reafirmação da soberania estatal, acarretando uma releitura do contrato social, na medida em que o soberano pode decidir sobre o estado de exceção. E é dotada de atualidade, principalmente pela proliferação de guerras mundiais e totalitarismos modernos, em que a excepcionalidade tende, cada vez mais, a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea".²⁹ Nesse cenário de guerras, segundo Agamben, o estado de exceção permite não só a eliminação física de adversários políticos, mas também a de categorias inteiras de pessoas, que, por qualquer motivo, não se apresentem como integráveis a determinado sistema político.³⁰ É a biopolítica do Estado de exceção, que, na sua

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...* cit., p. 807-808.

²⁶ Conforme Emilio Viano para quem o maior impacto dos acontecimentos de 11.09.2001 sobre a criminologia e direito penal se referem à diminuição da importância e centralidade dos direitos humanos, constitucionais e processuais, o que corresponde à centralidade da preocupação com a questão da segurança o que culmina por legitimar a violência estatal e abuso do poder executivo. VIANO, Emilio C. "Medidas extraordinárias para tiempos extraordinários"; política criminal tras el 11.09.2001. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*. vol. 52. p. 286-308. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2005.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...* cit., p. 809.

²⁸ Idem, p. 810.

²⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção* cit., p. 13.

³⁰ Idem, *ibidem*.

estrutura original, inclui em si o vivente por meio da própria suspensão de seu status jurídico e que tende a se tornar a regra, transformando-se em prática duradoura de governo, principalmente pela proliferação mundo afora. Efetivamente, nos dias de hoje, no momento em que as grandes estruturas estatais e sociais entram em crise e dissolução, a emergência torna-se a regra, reascendendo a definição de Schmitt no sentido de que o "soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção", apresentando-se como um lugar comum de uma nova ordem planetária.³¹ Convive-se, enfim, com formas de suspensão de validade de ordenamentos jurídicos, um novo *nómus soberano* (ou exceção soberana): zonas de indiferença entre a natureza e o direito, operacionalizando-se, no dizer de Agamben, uma "exclusão inclusiva", que serve para incluir o que é expulso.³²

Nesse estado da arte, razão assiste a Pietro Navarro quando alude que o marco da contemporaneidade impõe um retorno a Schmitt, como forma de se proceder a um diagnóstico do novo clima político forjado para dar resposta aos perigos da modernidade, especialmente do Direito Penal do inimigo³³ e propostas legislativas em matéria da luta contra o terror, que têm provocado um profundo desassossego.³⁴ Com efeito, como alude Agamben, com o aporte específico da teoria schmittiana, é possível, de forma paradoxal, uma articulação entre o estado de exceção e a ordem jurídica, a ponto de existir uma ordem, mesmo que não jurídica, já que a Constituição pode ser suspensa, sem, no entanto, deixar de estar em vigor.³⁵ Cuida-se de um espaço "anômico", ou seja, de "pura força da lei sem lei"³⁶ Em outros termos, seguindo os passos de Agamben, "o estado de exceção é, nesse sentido, a abertura de um espaço em que a aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força (...) "³⁷ realiza o Direito, desaplicando a norma.

De relevo, notar que a urgência do estado de exceção habita, com centralidade, o biopolítico Estado moderno, tendo atingido, seu máximo desdobramento planetário, visto que o espaço normativo do Direito pode ser violado/contestado/suspenso por uma "razão de Estado" e sua violência governamental, que passa por alto pelo sistema de garantias do Direito, produzindo um estado de exceção permanente,³⁸ que está levando o Ocidente rumo a uma

³¹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer...* 2007. p. 19.

³² *Idem*, p. 28-29.

³³ *Idem*, p. 131-135.

³⁴ *Idem*, p. 96-97.

³⁵ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção* cit., p. 54-55. Com razão, afirma Agamben que o estado de exceção separa, portanto, a norma de sua aplicação para tornar possível a aplicação, introduzindo no Direito uma zona de anomia, a fim de tornar possível uma normatização efetiva do real.

³⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer...* cit., p. 61.

³⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção* cit., p. 63.

³⁸ *Idem*, p.131.

guerra mundial, em que a vida nua se encontra totalmente à disposição da biopolítica.³⁹ Assiste-se a um deslocamento e a um progressivo alargamento, para além do estado de exceção, da decisão sobre a vida, na qual consistia a decisão soberana, não havendo mais distinção entre a linha que separa a decisão sobre a vida e sobre a morte (o "tanatopolítica" de Agamben).⁴⁰ E de tal política de poder dar a morte, ressurge, dramaticamente, a metáfora do Leviatã, uma vez que os corpos dos súditos, na lente de Agamben, são "absolutamente matáveis".⁴¹ Nesse cenário, não é sem motivo que, no continente europeu e da América, transbordam refugiados, imigrantes, miseráveis e criminosos, os novos apátridas,⁴² que constituem o fenómeno mais significativo na ordem jurídica global, especialmente pela existência de normas que permitem a "desnaturalização e a desnacionalização" em massa de cidadãos (uma vida nua privada de sentido político), o que passa pela afirmação do "campo" como o nomos do moderno.

3 A FORMATAÇÃO DO SUBSISTEMA PENAL DE EXCEÇÃO E O DECLÍNIO DO SISTEMA DE GARANTIAS: O HABITUS DO CARÁTER EMERGENCIAL NO ÂMBITO DO CONTROLE PENAL

O Direito Penal ordinário, aquele cercado das garantias constitucionais e respeitoso com os direitos humanos, corresponde, em certa medida, à fórmula do Estado de bem-estar, que priorizava a proteção e a reabilitação do desviante. Entretanto, com a deriva do modelo do Estado social na modernidade recente ou reflexiva, o controle evoluiu para um subsistema de exceção. Esse modelo corresponde à superação da lógica da inclusão, conferindo relevância social à questão da segurança e da gestão segregadora de determinadas populações. A realidade, como já visto, apresenta a cultura da emergência ou excepcionalidade penal. Os fatores que determinam essa transcendência são a crescente obsessão social por segurança, que assume contornos globais, e, por fim, numa articulação do controle social jurídico-penal com lógicas bélicas.⁴³ Há, portanto, uma indiferenciação entre guerra-controle penal e uma tendência de que a expressão guerra se acomode em termos jurisdicionais. Em outras palavras, a guerra transformou-se numa condição geral, representando uma potencialidade constante ou um estado generalizado de guerra global.

³⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer...* cit., p. 126-131.

⁴⁰ Idem, p. 128.

⁴¹ Idem, p. 133-134.

⁴² ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 300-336.

⁴³ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempo de declive del estado social y crisis del estado-nación*. Granada: Comares, 2007. p. 201.

O contexto da guerra global permanente⁴⁴ assume contornos mais dramáticos, a partir do atentado de 11.09.2001, pois, a partir deste evento, se criou a oportunidade política de se globalizar a ideologia de guerra, na qual os conflitos bélicos abandonam a morfologia de confronto entre Estados soberanos, assumindo maior flexibilidade e, como difusos, adaptando-se ao entorno nacional. A guerra passa a ser permanente, e, não mais, algo temporário e excepcional,⁴⁵ como é o calendário de guerra ao terrorismo.⁴⁶ A guerra converte-se em uma condição geral, fato normal, na medida em que a violência letal se manifesta constantemente.⁴⁷

Por tais razões, a guerra configura-se, na atualidade, como um regulador das transformações sistêmicas em curso, especialmente, demarcando o surgimento de uma soberania global-imperial. Dessarte, os Estados, para a garantia da ordem interior, passaram a adotar instrumentos com características bélicas, o que se detecta quando forças militares intervêm contra riscos criminais, ou quando os adversários das forças públicas transcendem a referência clássica de infrator, adquirindo o status de inimigo.

Assim, o inimigo bélico já não é mais um Estado soberano, aproximando-se dos perfis tradicionais da criminalidade, como lógicas ou cruzadas do "bem contra o mal". Em tais "guerras justas", o inimigo é o infrator criminal tradicional: o traficante, o criminoso sexual; enfim, o delinquente tradicional, que, geralmente, com sua conduta, atenta contra bens jurídicos básicos, que vão, pouco a pouco, adquirindo caráter de normalidade, perdendo a característica de ruptura, que sempre caracterizou os conflitos bélicos. As atividades bélicas aparecem funcionalmente normais como operações destinadas à manutenção da ordem social sob o slogan da luta contra a criminalidade, permanentemente incorporada ao controle jurisdicional.⁴⁸

É inegável que o caráter de inimigo, que se adapta, com facilidade, ao criminoso tradicional, legitimando a legislação penal de exceção,⁴⁹ que se expande pelos ordenamentos jurídicos, contando com a porosidade do conceito de terrorismo, que se apresenta com notável potencialidade de expansão difusa, pode alcançar, inclusive, o mero dissidente político, o que, em termos políticos, é totalmente perverso. Na oportuna observação de Brandariz García, o subsistema de exceção, que conta com potencialidades para incrementar a sensação social de insegurança e gerar consenso, agora pode reforçar um estatuto de alteralidade apto a despojá-

⁴⁴ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión...* cit., p. 201.

⁴⁵ Conforme HART, Michael; NEGRI, Antonio. Op. cit., p. 21-22.

⁴⁶ Por todos, ver CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Reus, 2010. p. 17-51.

⁴⁷ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión...* cit., p. 203.

⁴⁸ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión...* cit., p. 210-213.

⁴⁹ LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Imigração: criminalização e subsistema penal de exceção*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 335-366.

lo da condição de cidadão ou de pessoa, fomentando um renovado subsistema penal de exceção: Direito Penal do inimigo. Legitimam-se, assim, privações de liberdade de forma indiscriminada e reservada, com a cobertura normativa do crime de terrorismo, que, funcionalizada, fundamenta a privação de liberdade e a exceção. Cuida-se de uma nova anomia do ordenamento jurídico.⁵⁰

O habitus de caráter emergencial, que se torna recorrente na medida em que se volta os olhos à questão da segurança cognitiva dos indivíduos, põe em discussão as garantias individuais fundamentais, empurrando o sistema processual ao arbítrio, conferindo espaço extraordinário eficientismo, que, segundo Moccia,⁵¹ constitui uma variante do Direito Penal de emergência, uma degeneração que tem acompanhado, desde sempre, o sistema do controle penal moderno. Ora, com o acolhimento da orientação emergencial, apagam-se as conquistas do Estado social de Direito, que, em uma democracia, ainda que em face das formas graves de criminalidade, deve respeitar os princípios de legalidade, de tutela da dignidade da pessoa humana, de presunção da inocência, de juiz natural, de inviolabilidade dos direitos de defesa,⁵² De tudo isso, para fins processuais, ainda segundo o mestre italiano, derivam consequências fundamentais, tais como a ilegalidade de técnicas acusatórias fundadas sobre teoremas, e, não, sob encontros probatórios; as práticas extorsivas de declarações não espontâneas (uso de meios ilícitos como ameaças e violências; a ausência da figura do juiz imparcial) e, por fim, o uso desvirtuado da custódia cautelar. Por tudo, o processo penal passa a ser funcionalizado a serviço do poder punitivo, deixando de cumprir o importante papel de limitação de tal poder e de garantir os direitos do acusado.⁵³ E o exemplo mais significativo de tal tendência de restrição das garantias constitucionais em favor do interesse público ou defesa social vem da banalização da aplicação do princípio da proporcionalidade para relativizar princípios constitucionais, principalmente na admissão de provas ilícitas ou na busca de legitimação de práticas excepcionais, fazendo tábula rasa na questão se existem, efetivamente, mandamentos de criminalização nas cartas constitucionais.

No limite, sob influxos da excepcionalidade e emergência, o processo penal resta desconfigurado, atuando como um instrumento de luta e combate da criminalidade a qualquer custo, mesmo sacrificando o sistema de garantias.⁵⁴ Todavia, com tal funcionalização, o

⁵⁰ Idem, p. 231-232.

⁵¹ MOCCIA, Sergio. A involução pós-moderna do sistema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 100. p. 42-43. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2013.

⁵² MOCCIA, Sergio. A involução pós-moderna... cit., p. 43-45.

⁵³ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 72.

⁵⁴ GARAPON, Antoine. *Bem julgar...* cit., p. 40-51.

processo penal não se presta para encenar a justiça, deixando, pois, de encarnar o espaço do sagrado e da simbolização da ordem.⁵⁵ É consabido que o processo penal busca ordenar o caos e a violência existente na sociedade e intensificada pelo crime. Logo, a aplicação da lei penal, no "templo simbólico da justiça", propicia a assunção de novos compromissos sociais, de uma aproximação entre as partes e a normalização da violência existente na sociedade, culminando no estabelecimento de responsabilidades penais.

Dita sacralização do processo, observando um tempo formalizado respeitoso à legalidade e às máximas garantistas, confere visibilidade aos conflitos sociais, retirando-os do manto da invisibilidade determinadas categorias da população.⁵⁶ Entretanto, essa cena judiciária já não se revela mais possível, pois, sob forte orientação da cultura da sociedade do risco e sua heurística do medo,⁵⁷ fatores sociológicos da emergência, o processo se põe a correr, acarretando um atropelo nas garantias constitucionais na busca de uma eficiência punitiva maior. Sob o império do efêmero ou da sociedade do tempo real (Lipovetski), modelo sociológico em que o tempo é apartado do poder integrador do passado e sua tradição (veja-se que o tempo atual é o tempo das trocas rápidas, anônimas e infindáveis na acurada observação de Ost),⁵⁸ a urgência (aquilo que não pode esperar) deixa de ser um registro excepcional e se constitui numa modalidade geral de ação (tirania da urgência).⁵⁹

Nesse quadro desolador, há um retorno do militarismo, que, normalmente advém quando as grandes mobilizações políticas e ideológicas dão lugar a reivindicações individualistas e a confrontos ideológicos, premidos na "urgência da emoção midiática" na acurada observação de Ost,⁶⁰ impondo a todos o dever de agir em tempo real, sem combater os problemas pela raiz e aplicar-lhes um tratamento em profundidade.⁶¹

O problema que se revela é que a justiça passa a buscar a arbitragem da opinião ou a aprovação popular sob influência da mídia, conferindo ao julgador uma arma terrível que é o desvio populista, entendido por Garapon como "política que pretende encarnar o sentimento

⁵⁵ GARAPON, Antoine. *Bem julgar...* cit., p. 40-51.

⁵⁶ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 48-49.

⁵⁷ OST, François. Op. cit., p. 336-340.

⁵⁸ OST, François. Op. cit., p. 350-351.

⁵⁹ Idem, p. 351-353.

⁶⁰ Idem, p. 351.

⁶¹ Idem, p. 356.

profundo e real do povo".⁶² É o populismo⁶³ ou simbolismo punitivista, na dicção de Cancio Meliá,⁶⁴ apresentando-se como arma terrível a serviço de punições excepcionais e exemplares.

4 ALGUMAS CONCLUSÕES PARCIAIS

Pode-se concordar com Pavarini quando ele adverte que a penalidade, na pós-modernidade, não obstante a ênfase dada aos valores da racionalidade burocrática, da eficiência e do cálculo, termina por se entregar a uma economia do excesso ou de uma penalidade expressiva. Na atualidade, a pena vem informada pelo excesso; por isso, pode ser definida como grotesca, funcionando como um verdadeiro poder de vida ou de morte, na lição de Pavarini. A penalidade expressiva é motivada, segundo ele, pela crise da democracia representativa e pela irrupção de uma prepotente "democracia de opinião", que exalta a percepção emocional do sujeito, principalmente as mais elementares: o medo e o rancor.

O novo discurso político tende, cada vez mais, a se articular sobre tais emoções e nos sentimentos das vítimas. A justiça penal, nesse entorno, assume um protagonismo inédito na produção simbólica do sentido, na busca de consolidar a fidelidade da maioria e como forma de organização social.⁶⁵ A aludida orientação forja um "governo de segurança", decorrente da crise do Estado social e da práxis da política neoliberal, que suplanta o governo político da segurança social, constituindo um modelo cultural apropriado para naturalizar a imposição de novos modelos de exclusão social.

Logo, cabe à política neoliberal determinar os novos critérios para o acesso aos direitos, mas, somente "aqueles que merecem". Conforme Pavarini, excluem-se as pessoas dos benefícios do Estado social (e do sistema laboral do pleno emprego), para incluir/excluindo pela criminalização.⁶⁶ Enfim, as sociedades assumem atitudes opostas e hostis em relação a quem é advertido como perigoso, na esperança de neutralizar sua periculosidade, incluindo-o no corpo social para, ao depois, vomitá-lo para fora como estranho, numa espécie de anorexia e bulimia que abarca toda a organização social e seu sistema de penalidade.⁶⁷

⁶² GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia...* cit., p. 66.

⁶³ Os contornos do uso político e espetacular do Direito Penal (denominados, a partir de fundamentos sistêmicos, como *alopoesis* do sistema penal) são dados em HOMMERDING, Adalberto; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014. p. 81-111.

⁶⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel. Errores en la graduación de las penas. In: MTUS, Jean Pierre (dir.). *Becaria 250 años después dei delitti e delle pene*. Montevideo, Buenos Aires: IBDEF, 2011. p. 93-102.

⁶⁵ Idem, p. 133-134.

⁶⁶ Idem, p. 228-231.

⁶⁷ As expressões são de PAVARINI, Massimo. Op. cit., p. 122.

O subsistema penal de exceção transita, pelas investigações sobre organizações criminosas, pelo crime de terrorismo e tráfico de drogas, corrupção política, nos quais podem ser suspensas as garantias da liberdade individual pela detenção preventiva ilimitada, podendo-se, de igual sorte, violar o princípio da inviolabilidade de domicílio ou das correspondências. Nesse contexto, há, efetivamente, uma atribuição de poderes excepcionais ou de espaços isentos de controle, que restringem os direitos fundamentais, como, por exemplo, no estímulo à delação premiada e "justiça negociada".⁶⁸ Não é por acaso que as garantias constitucionais, que se apreendem pela facticidade atual do Direito Penal do inimigo, são apresentadas, pelo discurso oficial midiático, como um obstáculo à luta contra as formas mais graves de violência organizada (os etiquetados como fontes do mal), propugnando-se que o Direito do Estado somente seja conferido aos cidadãos,⁶⁹ já que para os inimigos vale a razão do Estado⁷⁰ e toda sua potência militarizada.

O que é velado pelo discurso da excepcionalidade penal é que a jurisdição penal desempenha um papel essencial para o funcionamento do Estado de Direito, que consiste na anulação dos atos inválidos (quando violadores dos direitos fundamentais) e a sanção pelos atos ilícitos, assegurando, enfim, os limites e vínculos de proteção dos direitos. Ao Direito penal corresponde dar cumprimento às garantias secundárias de anulação de atos que violem o sistema de garantias, bem como sancionar os atos que violem garantias primárias de direitos de outrem (ilícitos penais). Portanto, a legitimidade da jurisdição, na acurada observação de Sanchís, não é democrática; ao contrário, é contramajoritária (constitui o que Ferrajoli denomina como o não decidível/indisponível ou garantias negativas),⁷¹ porque a maioria (envolta em sentimentos primários do medo líquido e identificação com as vítimas, num processo de demonização do criminoso) concebe o sistema penal e processual como instrumento inesgotável de defesa social, que, no limite, pode desembocar num terrorismo penal.

O Direito penal deve preservar as garantias constitucionais do acusado, parte débil da relação processual. Nisso constitui o paradoxo da relação processual (Malan), já que deve haver uma convivência entre duas finalidades inerentes ao sistema processual, a saber: a eficácia na realização da justiça e a proteção dos direitos fundamentais do acusado. Referida tensão

⁶⁸ SANCHÍS, Luis Pietro. *Garantismo y derecho penal*. Madrid: Iustel, 2011. p. 92-93.

⁶⁹ Como quer JAKOBS, Günther. La autocompresión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BUKHARDT, Björn (coord.). *La ciência del derecho penal ante el nuevo milenio*. Trad. Teresa Manso Porto. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 53-64.

⁷⁰ SANCHÍS, Luís Pietro. Op. cit., p. 94.

⁷¹ Ver FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos...* 2009. p. 36-37.

dialética, mesmo para combater a criminalidade mais grave, entende-se que não pode ser resolvida com o abrandamento dos direitos fundamentais do réu, sob pena de se colocar em questão a própria existência do Estado de Direito.⁷² Enfim, o Direito não se constitui num instrumento de luta e, tampouco, pode estar em trânsito; ao contrário, deve buscar neutralizar a violência reinante na sociedade. Nesse sentido, a jurisdição não se presta a correr, uma vez que a cena judiciária reclama certa temporalização, tempo diverso dos meios de comunicação e das trocas mercadológicas, informados pelos imperativos do transitório, efêmero e da instantaneidade.

Portanto, deverá manter certa distância com relação aos imperativos midiáticos, revelando-se discutível a crescente mediação das audiências e dos julgamentos, bem como a busca do ideal da efetividade, muitas vezes, informando julgamentos rápidos, céleres e exemplares ao sabor do poder midiático e sua democracia de opinião. No limite, a jurisdição é um poder vinculado, cujos atos devem atentar para a fiel aplicação das normas substanciais (princípios constitucionais), guardando considerável diferença com relação aos demais poderes discricionários e autônomos: o Legislativo e o Executivo, que apenas se movem em respeito à Constituição. Por isso, na lição de Sanchís,⁷³ amparado pela doutrina garantista de Ferrajoli, o poder judicial e a jurisdição constituem-se num poder-saber, que será mais legítimo quanto maior for o saber, e mais ilegítimo quanto maior for o poder. Dessa forma, em tempos de excepcionalidade e emergência penal, não é necessária muita imaginação para se saber para onde pende a questão.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 2. ed. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (org.). *Guerra global permanente: la nueva cultura de la inseguridad*. Madrid: Catarata, 2005.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento. Funcionalidad y consecuencias para el sistema penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; POZUELO PÉREZ, Laura (org.). *Política criminal en vanguardia:*

⁷² Idem, p. 250-251.

⁷³ SANCHÍS, Luís Pietro. Op. cit., p. 150-151.

inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada. Navarra: Thomson Civitas, 2008.

_____. *Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempo de declive del estado social y crisis del estado-nación*. Granada: Comares, 2007.

CANCIO MELIÁ, Manuel. De nuevo: "derecho penal" del enemigo? In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo: en discurso de la exclusión*. Buenos Aires, Montevideo: IBDEF, 2006. vol. 1.

_____. Errores en la graduación de las penas. In: MTUS, Jean Pierre (dir.). *Becaria 250 años después dei delitti e delle pene*. Montevideo, Buenos Aires: IBDEF, 2011.

_____. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Reus, 2010.

DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la ultitud*. Trad. José Àngel Brandariz García e Hermán Bouvier. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006.

DONINI, Massimo. Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el derecho penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; POZUELO PÉREZ, Laura (org.). *Política criminal en vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. Navarra: Thomson Civitas, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 6. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2004.

_____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2009.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

_____. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos da teoria política*. 2. ed. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2001.

HOMMERDING, Adalberto; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

JAKOBS, Günther. La autocompresión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BUKHARDT, Björn (coord.). *La ciência del derecho penal ante el nuevo milenio*. Trad. Teresa Manso Porto. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 53-64.

LIPOVETSKI, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Imigração: criminalização e subsistema penal de exceção*. Curitiba: Juruá, 2013.

MOCCIA, Sergio. O controle da criminalidade organizada no estado social de direito: aspectos dogmáticos e de política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 92. p. 31-57. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2011.

_____. A involução pós-moderna do sistema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 100. p. 42-43. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2013.

OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

_____. Excepción y normalidad como categorías de lo político. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; POZUELO PÉREZ, Laura (org.). *Política criminal en vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. Navarra: Thomson Civitas, 2008.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Recorridos y posibles formas de la penalidad*. Barcelona: Anthropos, 2005.

SANCHÍS, Luis Pietro. *Garantismo y derecho penal*. Madrid: Iustel, 2011.

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e as alternativas à prisão*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

VIANO, Emilio C. "Medidas extraordinárias para tiempos extraordinários"; política criminal tras el 11.09.2001. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 52. p. 286-308. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2005.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.