

Sistema Penal & Violência

Revista Eletrônica da Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Porto Alegre • Volume 8 – Número 2 – p. 187-209 – julho-dezembro 2016

CRIMINALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Estado de exceção e criminalização da política pelo *mass media*

State of exception and criminalization of politics by mass media

ROGERIO DULTRA DOS SANTOS

Editor-Chefe
JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO
Organização de
ROGERIO DULTRA DOS SANTOS



Estado de exceção e criminalização da política pelo *mass media**

State of exception and criminalization of politics by mass media

ROGERIO DULTRA DOS SANTOS^a

Resumo

Este artigo analisa o processo recente de criminalização da política no Brasil e está dividido em três partes. Em primeiro lugar, examinam-se as origens e o sentido do conceito de estado de exceção, explicitando-se a sua gênese autoritária e ditatorial. Em segundo, estuda-se a ascensão e a relegitimação do retribucionismo como fundamento do poder punitivo. Argumenta-se que o sistema repressivo opera em sintonia com interesses reforçados pelos meios de comunicação de massa, o que é denominado de populismo penal. Por fim, avalia-se o fenômeno da criminalização através da relação do Poder Judiciário com os meios de comunicação de massa. Entende-se que neste processo o discurso jurídico se subordina aos critérios do mercado e dos *mass media*, reproduzindo a lógica do estado de exceção. Conclui-se que esta relação deslocou o poder de dizer o direito e de representar a legitimidade das decisões judiciais do foro para os veículos de comunicação.

Palavras-chave: criminalização da política; estado de exceção; meios de comunicação de massa; Poder Judiciário; populismo penal.

Abstract

This article analyzes the recent process of criminalization of politics in Brazil and it is divided into three parts. First, we examine the origins and meaning of the concept of state of exception, explaining its authoritarian and dictatorial genesis. Second, we study the rise and relegitimation of retributionism as the basis of punitive power. It is argued that the repressive system operates in tune with interests reinforced by the mass media, which is called criminal populism. Finally, the phenomenon of criminalization is evaluated through the relationship of the Judiciary with the mass media. It is understood that in this process the legal discourse is subordinated to the criteria of the market and mass media, reproducing the logic of the state of exception. It is concluded that this relationship shifted the power to say the law and to represent the legitimacy of the judicial decisions from the forum for the media.

Keywords: criminalization of politics; state of exception; mass media; Judicial Power; criminal populism.

*Agradeço as correções sugeridas pelos Editores e, em especial, as sugestões cuidadosas feitas pela Professora Gisele Silva Araújo.

^a Professor do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Salvador – UCSal (BA), Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (SC), Doutor em Ciência Política pelo antigo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – IUPERJ. Foi fundador e primeiro Coordenador do Mestrado em Direito Constitucional da UFF (2011-2014) e Presidente da Comissão da Verdade em Niterói (2015-2016).

Introdução

Com um processo política e juridicamente tumultuado, a destituição da Presidente Dilma Rousseff através de impeachment em 2016 rompeu com a estabilidade eleitoral dos 24 anos anteriores no Brasil.¹ Mais um momento de falseamento das instituições democráticas no país, a queda de Rousseff – e a ascensão do regime do Vice-Presidente Michel Temer – foi, num primeiro momento, amparada ativamente pelos meios de comunicação de massa e chancelada pelos Poderes da República – o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional à frente. Evento de origem e interpretação complexas – um golpe *soft* para uns ou um impeachment constitucional para outros –, merece ser examinado a partir de uma de suas mais fortes características: a desestabilização da relação entre direito e política. Tal *débâcle* – exemplificada no avanço criminalizador do Poder Judiciário sobre o Executivo e o Legislativo –, responde pelo recrudescimento da arbitrariedade do sistema repressivo, pela criminalização da política em geral e das instituições que representam a democracia formal (partidos e movimentos sociais ligados à esquerda), em particular.²

Nesse sentido, o fenômeno da criminalização da política no Brasil é expresso não somente pelas tentativas de alteração da legislação – na direção de um processo penal que, por exemplo, permite a negociação da culpa –, ou na modificação do comportamento dos Tribunais, do Ministério Público e das polícias na gestão da atividade repressiva. A mudança mais visível é que o artifício da criminalização passa a se realizar a partir da relação entre grupos políticos, poderes instituídos e meios de comunicação de massa, explicitando o fenômeno do populismo penal e confirmando o deslocamento do poder de dizer o direito para o *mass media*. Para alguns, este movimento visa controlar e/ou mesmo eliminar as democracias na América Latina.³

O fato político que inaugurou e deu coesão explicativa ao que tem acontecido até agora no século XXI foi o atentado às torres gêmeas em 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos da América. O terrorismo difuso e sem nome, desvinculado a Estados Nacionais, não somente tem pautado a política externa das nações como estabeleceu um paradigma de reação repressiva disseminado pelo mundo ocidental. Este paradigma que hoje organiza o “combate ao terrorismo” mesmo dentro de Estados ditos democráticos é o do *estado de exceção*, isto é, a situação na qual a autoridade política – e, conseqüentemente, os órgãos de segurança – se permite interromper a aplicação das normas jurídicas sob o pretexto de proteger a sociedade e, paradoxalmente, para fazer valer o direito. Assim, as garantias individuais e políticas são “suspensas” temporária ou indefinidamente em nome da guerra à ameaça terrorista ou em nome da ordem e da segurança coletivas. Nos últimos anos este mecanismo de gestão governamental da força repressiva voltou à sua carga para barrar a formação de um novo bloco de poder global (os países dos BRICS – Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul) e para sepultar as eventuais dissidências políticas internas que porventura fizeram ou fazem frente a um realinhamento comercial com os EUA.

¹ Aqui não se considera que o impeachment do Presidente Fernando Collor de Mello em 1992 tenha acontecido exatamente dentro das regras do jogo. Sua renúncia foi encaminhada ao Congresso Nacional antes de terminada a votação pelo impeachment, que prosseguiu independentemente deste fato.

² O indiciamento do Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva por corrupção, em setembro de 2016, indica que tal fenômeno atinge em especial as forças políticas de esquerda, dado o Ex-Presidente figurar então como forte candidato às eleições de 2018 e a sua eventual condenação em 2017 o incapacita para a corrida eleitoral (Cf. ANDERSON, 2016; DATAFOLHA, 2016).

³ Corroborando esta apreciação, ver exemplificativamente, Gentili; Santa María; Trotta (2016); Proner; Cittadino; Tenenbaum; Ramos Filho (2016); Souza (2016) e Mamigonian; Mattos; Bessone (2016). Por outro lado, existe vasta bibliografia internacional, com pesquisas empíricas de escopo variado, dando conta de que Golpes de Estado possibilitariam o aprofundamento da democracia (sic) em países que sofreram algum tipo de intervenção não constitucional, como ocorreu na Venezuela (2002) contra o Presidente Hugo Chávez, em Honduras (2009), contra o Presidente Manuel Zelaya, no Egito (2011), contra o Presidente Hosni Mubarak e no Paraguai (2012), contra o Presidente Fernando Lugo (nesse sentido, ver exemplificativamente Thyne; Powell (2014); Cameron (1998); Varol (2012); Jacobsen (2012) e Chin (2015)).

Não se pode, portanto, compreender os desdobramentos do que acontece no Brasil em sua história recente sem vincular a criminalização da política a um movimento global de disseminação do paradigma do *estado de exceção* como forma de governo, nos dizeres de Giorgio Agamben (cf. Agamben, 2003). Mas o modelo de estado de exceção não foi incorporado às práticas institucionais repressivas no Brasil diretamente a partir do padrão de repressão ao terrorismo. De fato, o que ocorreu na virada do século XXI sintetizou o que já vinha se alinhando no ocidente desde o final da Segunda Guerra Mundial: a mescla subterrânea entre um paradigma constitucional liberal-burguês e um modelo de juridicidade autoritária, ditatorial ou autocrática, que permeia não somente as instituições da República como orienta a compreensão de mundo de parte significativa do corpo social.

Esta mistura entre matrizes diversas de constitucionalismo não aconteceu somente pelo fato de que, em países como o nosso, ditaduras sangrentas impuseram-se violentamente, porém sob uma legitimação retórica de viés jurídico. A retomada formal da democracia no Brasil nos anos 1980 produziu-se através de compromisso, de acordo, realinhamento e reconhecimento das forças reacionárias como *players* no jogo político. A dita Nova República, que nasce com a constituinte de 1987, recebeu os influxos institucionais e ideológicos de uma Ditadura Empresarial-Militar que se “extinguiu” por moto próprio – e que, portanto, continuou a operar politicamente sob nova roupagem e novos representantes. Este caminho presidiu a configuração e a gestão das instituições repressivas, a dinâmica de pulverização do controle penal para agências da administração e a permanência de um ideário autoritário na sociedade civil.

Um dos atores que se renovaram com a democratização e se empoderaram com a Constituição de 1988 – sem perder elementos que o distinguiram como próceres da Ditadura – foi o Judiciário. Nos moldes da tradição imperial brasileira, reproduzindo, inclusive, a lógica do Poder Moderador, a cúpula do Judiciário brasileiro arroga-se a pretensão de funcionar como uma força contramajoritária, não eleita, com a capacidade de exercer o chamado “equilíbrio” entre os poderes e de substituir o legislativo e mesmo a administração pública quando lhe convém. Este movimento de desestabilização da relação entre direito e política já foi alcunhado de ativismo judicial, de judicialização da política (cf. SANTOS; ARAÚJO, 2013; MOTA e MOTTA, 2011). Como não é orientado pelo voto, e como as suas estruturas internas de poder são pouquíssimo porosas ao controle democrático, o nosso Judiciário tende, institucionalmente, a transformar-se em um poder altamente refratário a mudanças e reacionário à oxigenação, com consequências problemáticas para as instituições políticas e para a democracia.

Este afastamento do controle público leva este órgão da república a privilegiar pautas corporativas. Como exemplo, vê-se que uma questão que domina a agenda dos órgãos representativos dos juízes é a do aumento de salários e manutenção de privilégios. A redação proposta para a Lei Orgânica da Magistratura por estes movimentos previa um sem número de prebendas, penduricalhos e auxílios que catapultaram os ordenados do Judiciário brasileiro para um dos mais altos do mundo (cf. STF, 2016). Por outro lado, a ascensão funcional dentro deste poder está longe de ser democrática. Os desembargadores, por exemplo, são escolhidos a portas fechadas. Juízes de primeira instância e funcionários não participam da eleição. Esta estrutura hierárquica e engessada tem gerado, há décadas, uma instituição pautada sob o argumento – paradoxal e, portanto, meramente retórico – de moralização do direito e da política. Refratário à democracia, autoritário, portanto, o Judiciário convive com a possibilidade de fazer do país seu refém, na medida em que permite realizar, em sua prática institucional, alterações penais e processuais de grande alcance, como a relativização da presunção de inocência, sob o aplauso dos meios de comunicação.

Assim, o paradigma político geral de exceção orientou não só a renovação do reacionarismo institucional do Judiciário brasileiro. Definiu e continua a definir no Legislativo uma mutação sensível na legislação repressiva,

estimulando a diferenciação no tratamento normativo entre os cidadãos e os considerados indesejáveis ou inimigos da sociedade, flexibilizando ou mesmo suprimindo garantias processuais. No Executivo, este modelo teórico faz compreender que o espaço da política deve ser manejado como situação em que direitos podem ser suspensos/eliminados na prática das agências de repressão (cf. CHOKUR, 2002; GARLAND, 2008; JAKOBS, 2009; ZAFFARONI, 2014). O debate sobre o processo recente de criminalização da política deve levar em conta, portanto, todos estes fenômenos. A fim de estabelecer uma aproximação inicial sobre o tema, este artigo está dividido em três partes. Em primeiro lugar, o próprio conceito de estado de exceção é examinado na sua origem constitucional, vinculado que está a uma perspectiva geneticamente autoritária e ditatorial. A ascensão do conceito coincide com a do regime nazista, na Alemanha e, inclusive, o cancela judicialmente, na medida em que é através dele que Hitler se transforma em um ditador “constitucional”, a partir de 1933.

Compreendido o alcance legitimatório da relação entre violência e direito presente nas origens do conceito de estado de exceção, passa-se a examinar como uma prática repressiva refratária ao controle estrito das normas avoluma-se no ocidente. A aplicação do sistema repressivo é estimulada pela flexibilização de direitos, pela decadência do que David Garland chama de previdenciário penal – a teoria e as práticas que justificavam a existência do sistema repressivo pela sua capacidade de ressocialização – e pela consequente relegitimação do retribucionismo como fundamento do poder punitivo. Neste diapasão, o sistema penal contemporâneo passa a operar em sintonia com interesses econômicos e políticos reforçados pelos meios de comunicação de massa, no fenômeno denominado de populismo penal.

E por último, procura-se compreender como a amplificação do domínio do Poder Judiciário sobre o fenômeno político – um elemento pontual do fenômeno do populismo penal – amparou-se, no Brasil, nos meios de comunicação de massa, em especial nos grandes conglomerados de mídia que monopolizam a comunicação no país. Dados os recentes influxos comocionais que reorientaram o funcionamento das instituições penais, o discurso jurídico é decomposto em sua higidez constitucional e passa a ser subordinado aos critérios fluidos e cambiantes do mercado e dos *mass media*, reproduzindo e reforçando a lógica do estado de exceção. Nesse sentido, observar-se-á que esta afinidade política e instrumental entre judiciário, mercado e mídia provocou um deslocamento do poder de dizer o direito e de representar a legitimidade das decisões judiciais do foro para os veículos de comunicação. Este processo tem ajudado a pulverizar direitos fundamentais, especialmente os ligados à proteção individual contra o arbítrio, reforçando o entendimento de que se experimenta uma situação de fragilização da democracia e de flerte direto com práticas de exceção.

Estado de Exceção: origem, sentido e disseminação política do conceito

A inflexão autocrática de regimes constitucionais e a justificação de golpes de Estado através do conceito de *estado de exceção* originaram-se num contexto de crise da democracia liberal e de ascensão de Estados de perfil autoritário e fascista, na primeira metade do século XX. A aparição dos Estados autoritários obedeceu à necessidade das elites econômicas de se colocar barreiras institucionais para a ascensão política das classes subalternas. Durante a República de Weimar (1919-1933) na Alemanha, e visando que se autorizasse a Presidência a intervir nos *Lands* sem as amarras constitucionais – relativas à observância de direitos fundamentais individuais – foi se consolidando, pela lavra da assessoria jurídica do Reich, uma interpretação anômala do Art. 48 da Constituição de 1919. Carl Schmitt, responsável por esta assessoria desde 1925, defendia que o Art. 48 não trataria do *estado de sítio*, conceito do constitucionalismo liberal que cercava a decretação do sítio de limitações materiais, temporais e espaciais e o subordinava à autorização e ao controle político do *Reichtag*. Para Schmitt, o Art. 48 representava a manifestação soberana de quem tinha o poder de suspender a Constituição – e, portanto, as garantias e os limites jurídicos da Administração Pública – a fim de

restabelecer a ordem social, econômica e/ou política, pela ação factual desimpedida e ilimitada, autorizada pelo direito.

A situação da Alemanha, sob a Presidência de Friedrich Ebert, serviu como justificativa para a utilização extensiva dos poderes de exceção previstos na Constituição de Weimar e o próprio Schmitt produziu nada menos que 250 pareceres de intervenção nos *Lands* sob este fundamento. Seriam quatro os motivos políticos fundamentais que o autor alega autorizarem a leitura da Constituição de 1919 a partir da atuação ditatorial do Presidente: a) o retorno de poderosos grupos sociais ameaçando o Estado na forma de movimentos sindicais; b) a fácil evocação do poderio monárquico, que na história alemã recente havia dizimado revoltas de caráter religioso através da utilização de poderes emergenciais; c) a alegada necessidade de neutralizar a ameaça do Estado populista soviético pela criação de uma direção carismática e plebiscitária para o Estado alemão, dando maior legitimidade à atuação do Presidente e; d) a necessidade de se criar um instrumento jurídico diferenciado que preenchesse o vácuo deixado pela *Teoria do Estado* liberal, naturalmente limitadora da soberania e, portanto, dos poderes de caráter excepcional (cf. MCCORMICK, 2004, p. 201). A ascensão da ditadura hitlerista com base nos argumentos de Schmitt em 1933 corrobora o caráter justificatório do conceito de estado de exceção na medida em que o mesmo autoriza que se interprete a violência de Estado como tendo natureza jurídica.

Para Schmitt, o valor do Estado deriva do fato deste ter o poder de realizar uma decisão última considerada infalível, isto é, para a qual não há possibilidade institucional de revisão (SCHMITT, 1996a, p. 60-66). Por isto, argumenta que “suspender a decisão no momento crucial, negando inclusive que houvesse algo a decidir” é o tipo de atitude do constitucionalismo liberal que não reconhece a possibilidade da existência do caso extremo, do conflito político de natureza existencial, que demarca a presença do próprio espaço da política. A atitude oposta, isto é, reduzir o Estado a uma decisão que não carece de justificativa, é uma ditadura pura e simples, mas não importa em legitimidade (idem, p. 69). Entre estes dois extremos encontra-se o caminho de Schmitt: uma ditadura legitimada pela Constituição.

O que Schmitt especifica é o fato de que o desenvolvimento histórico do conceito de soberania não acompanhou o desenrolar das lutas pelo poder político concreto, dando origem a uma lacuna na formação lógica de um conceito propriamente jurídico de soberania, pois o fundamento da ordem jurídica é uma decisão, não uma norma. Para reconstruir uma definição da soberania como conceito limite ou extremo, que represente a recuperação originária de um esquema da *Teoria do Estado* que no século XIX já havia se tornado abstrato e que indique a forma concreta de seu surgimento, Schmitt estabelece que toda ordem, seja jurídica, política, sejam a segurança e a ordem públicas, deriva de uma decisão (*Entscheidung*) sobre um caso excepcional. Isto significa que a soberania tem como função real (ou fática) determinar o que pode constituir ordem e segurança quando elas são perturbadas.

Para Schmitt, como “o poder nada prova através do direito”, resta assumir a definição que atribua autonomia ao conceito de soberania frente àquela literatura jurídica de origem liberal. Assim, a única definição passível do resgate concreto da historicidade do conceito em discussão dispõe: “É soberano quem decide sobre o estado de exceção (*Ausnamezustand*)”. O poder político é, portanto, estruturalmente provisório. O conceito schmittiano de soberania é especificado, então, a partir do desenvolvimento de dois conceitos ligados a sua identificação: *decisão* e *exceção*. Enquanto *exceção* diz respeito a um estado ou situação (*Zustand*) excepcional e conflitivo, não previsto pela ordem jurídica e que se define “como um caso de extrema necessidade, de perigo para a existência do Estado ou algo como tal, mas [que] não pode ser circunscrito numa tipificação (*tatbestandsmäßig*)”, *decisão* remete ao caráter *peçoal* da manifestação concreta do poder político, configurando o que será chamado, por Schmitt, de fundamento do pensamento jurídico-político decisionista (cf. SCHMITT, 1996a, p. 14-26).

Esta conceituação diferenciada da soberania permite a Schmitt recuperar a percepção do Estado como ordem social que opera à imagem e semelhança de uma pessoa humana, ou mais especificamente de um juiz capaz de resolver os conflitos sociais caso a caso. A própria decisão se realiza *através* de uma pessoa fisicamente identificável (o Presidente da República, por exemplo). À decisão sobre a aplicação constitucional do estado de exceção, a partir da qual será possível construir sua teoria da soberania, Schmitt acrescenta a necessidade de se verificar a singularidade do caso excepcional, acontecimento particular que contextualiza a decisão soberana. O poder soberano, com o caso particular em pauta, torna-se a realização concreta da ordem política pretendida, numa espécie de reconfiguração retórica da monarquia platônica com roupagem moderna. O soberano schmittiano é, no fundo, um monarca que opera e quer operar sem as amarras formais do direito e a ascensão histórica do *Terceiro Reich* marca esta perspectiva de forma cristalina.

Assim, os problemas identificados no constitucionalismo liberal por Schmitt são a ausência histórica de uma descrição do estado excepcional na ordem jurídica vigente e a dificuldade de caracterizá-lo na prática. Para o autor, uma Constituição somente pode indicar a quem é permitido atuar em tal circunstância, quem deve agir no estado de exceção:

Se esta ação não está submetida a nenhum controle, se não se distribui – como na prática da Constituição fundada no Estado de Direito – entre diversas instâncias que se limitam e se equilibram mutuamente, então é evidentemente claro quem é o soberano. Ele decide tanto sobre o caso de exceção extrema, como sobre o que deve ser feito para remediá-lo. Ele se situa fora da ordem jurídica vigente e, contudo, pertence a ela, pois é responsável pela decisão de se a Constituição pode suspender-se *in toto*. Todas as tendências do desenvolvimento do moderno Estado de Direito apontam o eliminar do soberano neste sentido (SCHMITT, 1996a, p. 14).

Nesses termos, o Estado funciona como um modelo especial de juiz que, na situação em que aplica o estado de exceção, e autorizado pelo direito – mas não necessariamente limitado por ele –, decide, de forma soberana, sobre como a normalidade jurídica e social deve ser reintroduzida. Giorgio Agamben lembra, no livro *Estado de exceção*, que a soberania deve ser examinada enquanto manifestação originária de uma forma jurídica específica, pois tem como escopo regular ou reinstalar a ordem jurídica numa situação de desordem somente mensurada de forma objetiva pelo próprio soberano (cf. AGAMBEN, 2003, p. 9). O duplo sentido do conceito de estado de exceção (jurídico e político) remete, portanto, à origem dual do conceito de soberania de Schmitt, que não pode ser absorvido por uma definição exclusivamente jurídica, a não ser que se reconheça sua precedência em relação à própria ordem jurídica, ou seja, que se identifique com clareza seu caráter concreto. Um poder excepcional, segundo Schmitt, deve ser supremo e sem limites.

Em razão disso Schmitt critica o constitucionalismo liberal, já que para ele não é conveniente identificar o poder soberano a remédios constitucionais como o estado de sítio, o decreto de emergência ou uma medida policial qualquer, pois todas estas faculdades extraordinárias estão juridicamente limitadas em suas concretizações, limitadas pelo regulamento da Constituição do Estado de Direito “que, ao dividir as competências e instaurar o mútuo controle, procura adiar (*hinauszuschieben*) a questão da soberania o máximo possível” (SCHMITT, 1996a, p. 17-18). Schmitt reconhece que, por outro lado, ao se definir a soberania a partir da decisão sobre como resolver ou pôr fim a um caso de desordem excepcional, o que se está realizando é uma circunscrição jurídica das faculdades concedidas. Esta limitação jurídica da capacidade de ação significa, para o jurista alemão, a sua substancial repressão (*zurückgedrängt*). Mesmo reprimida, no entanto, a soberania não desapareceria, basicamente porque esta identificação da juridicidade da situação excepcional é de natureza

intelectual (ibidem). A decisão de um poder soberano personalizado, que aqui se remete à figura de um juiz, não significaria, assim, a ausência completa da juridicidade.

Com este argumento complexo, constrói-se retoricamente o afastamento da lógica do constitucionalismo liberal e a possibilidade normativa da suspensão de toda ordem jurídica vigente para que não se deixe de identificar concretamente a própria existência do Estado, a fim de preservá-lo. A decisão que reconhece e declara o estado de exceção pretende recobrir-se de um sentido jurídico, pois funciona como elemento criador de condições concretas de normalidade para que um preceito jurídico qualquer possa ter validade. Como a norma precisa de um “meio homogêneo” para valer – uma sociedade estabilizada –, a situação de normalidade faz parte da “validez imanente” do direito (idem, p. 19).

O estado excepcional pode ser dimensionado a partir do momento em que Schmitt o identifica com o *estado de necessidade* – termo que, para Agamben, é a fonte doutrinária da discussão sobre o estado de exceção. O estado de necessidade define uma situação onde a lei perde o seu caráter obrigatório e se torna, de forma tautológica, “o fundamento último e a fonte mesma da lei”, pois tem o poder geral de justificar uma ação inicialmente ilícita, transformando-a em algo permitido pelo direito. A teoria medieval do Estado sustentava que “a necessidade age aqui como uma justificação de uma transgressão em um único e específico caso através de uma exceção”. Mas é somente nos autores do final do século XIX e início do século XX que a ideia de necessidade vai receber o significado de um “estado” da lei, onde deixa de significar uma situação isolada e singular de não obrigatoriedade da lei e se reveste efetivamente de fundamento da ordem jurídica. O motivo desta transformação, segundo Agamben, é que os juristas, de Jellinek a Duguit, “vêm na necessidade o fundamento de validade dos decretos com força de lei, emanados pelo executivo, no estado de exceção” (AGAMBEN, 2003, p. 35-7).⁴

Para Hasso Hofmann, intérprete de Schmitt, como a eficácia da norma jurídica passa a depender da ideia de normalidade, ela só pode ser um conceito sociológico e não normativo. Nesse sentido, a homogeneidade do meio, que garante a realização do direito, pode ser caracterizada como um “princípio unitário de estrutura da realidade social” e indica a relação entre ordenamento e normalidade factual: a homogeneidade é, para Schmitt, a essência da unidade política (cf. HOFFMANN, 1999, p. 96). O estabelecimento desta situação de ordem das condições de vida demonstra quem é o soberano “O caso de exceção revela a essência da autoridade estatal da maneira mais clara. Nele, a decisão se separa da norma jurídica e (em uma formulação paradoxal) a autoridade demonstra que não necessita ter direito para criar direito”. A tentativa da *Teoria do Estado* liberal de regulação jurídica minuciosa dos casos em que a exceção se faz necessária para preservar a ordem, não passa, para Schmitt, da tentativa fracassada de “circunscrever com exatidão o caso em que o direito se auto-suspende” (SCHMITT, 1996a, p. 19-20).

⁴ Vale lembrar que o objetivo de Agamben é identificar o processo histórico-jurídico a partir do qual o estado de exceção passa a ser uma forma corriqueira de regulação da ordem social nas democracias contemporâneas. Para este autor, “a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que seja eventualmente não declarado em sentido técnico) se transformou em uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, mesmo daqueles considerados democráticos. (...) Este deslocamento de uma medida provisória e excepcional em técnica de governo ameaça transformar radicalmente – e já tem de fato sensivelmente transformado – a estrutura e o sentido da distinção tradicional das formas de constituição. O estado de exceção se apresenta, nesta perspectiva, antes como um limiar de indeterminação entre democracia e absolutismo” (p. 11). Foi por esta razão que Agamben fixou-se em Schmitt para desenvolver esta análise dos fundamentos propriamente jurídicos da conformação do estado de exceção, pois é com Schmitt que o problema toma dimensões históricas dramáticas, já que a discussão conjuntural específica concerne a possibilidade da suspensão da ordem constitucional da República de Weimar a partir de uma interpretação extensiva do Art. 48 da Constituição de Weimar que previa a possibilidade da declaração do estado de exceção pelo Presidente do *Reich*. No seu livro *O Guardião da Constituição* (1931), Schmitt defende que as “medidas necessárias” previstas na primeira parte do § 2º do art. 48 não poderiam ser limitadas pela estipulação, no mesmo parágrafo, dos direitos a serem suspensos pelo Presidente, se este tem o aval do *Reichstag* (Parlamento). Com a autorização parlamentar o Presidente poderia soberanamente infringir a maioria dos artigos da Constituição que se tornassem impedimento para a restauração da ordem social (Cf. SCHMITT, 1996a; BENDERSKY, 1983, p. 74 e ss.).

Como com este arrazoado a ordem social só existe por conta da decisão soberana que reconhece a existência da situação excepcional e providencia sua eliminação, o passo seguinte é sustentar, como o faz Schmitt, que “A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia que esta instaura não é (ou ao menos pretende não ser) sem relação com a ordem jurídica” (AGAMBEN, 2003, p. 34). Assim, a definição da essência – jurídica e/ou política – do estado de exceção diz respeito ao local onde ele se situa. Para Schmitt, fica patente que a busca de clareza conceitual na definição da soberania não é possível através do exame da situação normal, pois “O normal não demonstra nada, a exceção demonstra tudo” (SCHMITT, 1996a, p. 21).

O problema, aqui, é mensurar objetivamente uma situação concreta que só pode ser avaliada subjetivamente. A determinação das circunstâncias em que o estado de necessidade (e o de exceção) está confirmado depende, portanto, de uma *decisão* de caráter *pessoal*. Isso significa que, com a teoria da soberania schmittiana, o direito passa a demandar uma validade substancial e não meramente formal – uma consequência não pouco relevante é, nos dizeres de um jurista antípoda de Schmitt, que há uma absolutização não democrática dos valores morais que conformam esta perspectiva material do direito (cf. KELSEN, 2001). A ordem social que emana de uma decisão nos moldes “judiciais”, isto é, de uma decisão que só tem validade em relação à situação concreta para a qual existe é uma ordem social se orienta e se submete ao que o Estado define. Assim, em Schmitt, a decisão soberana não regula somente a existência do direito, mas permite a existência, a partir de determinados parâmetros, da própria sociedade. A legitimação de uma Constituição situa-se, desta forma, fora da dinâmica jurídica, tendo a ver especificamente com a ordem política que dá autoridade à Constituição – ordem esta considerada inquestionável. Para Schmitt, a decisão soberana que pode suspender a Constituição funda a própria ordem social, caracterizando-se como uma decisão política ordenativa, da qual origina o pensamento decisionista propriamente dito. Segundo o jurista alemão, no livro *Sobre os três modos de pensar a ciência jurídica* (1934), a partir do filósofo inglês Thomas Hobbes,

[t]odo direito, todas as normas e leis, todas as interpretações de leis, todas as ordens são para ele essencialmente decisões do soberano, e o soberano não é um monarca legítimo ou uma instância competente, mas o soberano é exatamente aquele que decide soberanamente. Direito é lei e lei é o comando que decide uma disputa jurídica: *Auctoritas, non veritas facit legem* (SCHMITT, 1993, p. 23).

A decisão significa o surgimento de uma vontade soberana que elimina a desordem existente no estado de natureza através da fundação da ordem Estatal: “[a] decisão soberana é o princípio absoluto”, numa referência à Hobbes, uma “*ditadura* estatal” criadora, estabelecida sobre a insegurança anárquica pré e infraestatal (idem, p. 24). É quando o soberano, efetivamente, atua como um juiz que decide de acordo com a contingência, o contexto concreto que informa o caso excepcional. A necessidade que tem Hobbes de compreender os desígnios concretos da realidade social leva-o, como jurista, a identificar a decisão como a forma fundamental da unidade do Estado – lembra Schmitt, na *Teologia Política*:

A forma pela qual [Hobbes] procurava se encontrava na decisão concreta, tomada por uma instância específica. Sendo a decisão independente, o sujeito que decide passa a ter um significado desligado do conteúdo da decisão. O importante para a realidade da vida jurídica é quem toma a decisão (SCHMITT, 1996a, p. 40).

Entender a decisão como determinante de uma forma específica de organização jurídico-política (o Estado ditatorial), contaminou os filósofos católicos contrarrevolucionários, que negavam a conversação

eterna como uma metafísica romântica e assumiam que o tempo histórico da política sempre exige uma decisão (idem, p. 59). A história da Revolução Francesa mostra que um modelo de relação entre política e Estado estava sendo efetivado pela burguesia: substituir, exatamente, a resolução do conflito através da decisão, pelo entabular de uma discussão – é este o romantismo burguês, cuja expressão institucional mais característica é o Parlamento.

Numa época de crise social não é possível pôr fim aos conflitos orientando a atividade política para discursos na imprensa e no Parlamento. Supor o caso extremo sempre presente é o que leva seu decisionismo identificar, na ditadura, o oposto da discussão e o caminho do restabelecimento da ordem violada (idem, p. 67). Para Schmitt, portanto, se o direito é necessário como forma do Estado, por excelência, a legitimação da ordem política não se dá pela via jurídica a não ser que ela esteja informada pela autoridade existencial da decisão soberana.

Vê-se, pela descrição da teoria constitucional e política por trás do conceito schmittiano de estado de exceção os motivos óbvios pelos quais este complexo conceitual deu fundamento operacional e legitimou discursivamente modelos autocráticos de poder político durante todo o século XX. A diminuição ou extinção das instituições de representação política, a centralização da burocracia, o controle da produção cultural através da censura, o poderio militar, os apelos por sacrifícios em nome da nação e a mobilização das massas para a realização – ou pelo menos legitimação – de conquistas de cunho imperialista caracterizaram notadamente estas formas de governo. Diante deste conjunto de elementos, que configura uma nova forma de gestão das instituições políticas, Agamben tenta esclarecer os fundamentos do que, no fundo, representa uma aproximação entre meios violentos e justificativas constitucionais.

O filósofo italiano identifica Auschwitz como o ícone do poder político contemporâneo caracterizado pela ingerência sobre a vida e a morte dos indivíduos e pelo estabelecimento de tecnologias de controle da massificação da espécie humana. Estes efeitos do poder político reconfiguram o conceito de soberania como o “direito de fazer viver e deixar morrer”. Enquanto a definição aristotélica de *polis* serve para a distinção entre viver (*zên*) – a “vida nua” do *homo sacer*, justificadamente exterminável pelo direito romano arcaico – e viver bem (*eu zên*), vinculada a existência do homem enquanto animal político, a biopolítica de Agamben aponta para a incorporação e para a “confusão”, pela política, de algo até então marginal, excepcional, a vida nua, que se torna o “objeto do ordenamento político e de seus conflitos, o ponto comum tanto da organização do poder estatal quanto da emancipação dele”. Nesse sentido, o Estado passa a dominar o que deve ser considerado digno de viver e passível de morrer, atingindo a sacralidade da vida e apontando para a possibilidade terrena da catástrofe política (cf. AGAMBEN, 2002, p. 17-19).

Agamben argumenta que o que está em questão na ideia da relação entre anomia e direito é a vinculação subjacente entre violência e direito, “em última análise, o estatuto da violência como código da ação humana”. Ou seja, o problema fundamental do conceito schmittiano de estado de exceção é exatamente a ausência de limitação jurídica. Os Estados contemporâneos exercem rotineiramente a violência através de uma ficção, de um espaço vazio que, para o autor, é o estado de exceção. A violência governamental que deriva dessa pretensa manifestação jurídica ameaça tornar essas duas esferas – a violência e o direito – “indiscerníveis”. O estado de exceção pode ser, portanto, resumido a esta fórmula: a violência ilimitada legitimamente institucionalizada. Na verdade, desvendar a vinculação forçada entre violência e direito – entre o poder concreto e suas justificativas – confere à ação política um significado específico. Para Agamben, separar a violência dos procedimentos jurídicos de sua legitimação é a função essencial da ação política (cf. AGAMBEN, 2003). Pode-se acrescentar, no mesmo sentido que, ao se examinar o processo de criminalização da política, torna-se essencial separar-se a prática da violência institucional do discurso pseudo-jurídico que a justifica.

Criminalização da política e populismo penal

A lógica ditatorial do estado de exceção como modelo ordenativo das instituições políticas contemporâneas adere sem muito esforço às práticas repressivas, orientando suas agências. A fórmula do estado de exceção aplicada ao sistema punitivo elimina o controle normativo sobre a atividade repressiva, permite que se estabeleçam políticas públicas de segurança diferenciadas para extratos sociais distintos – suprimindo o núcleo do constitucionalismo liberal que é a igualdade perante a lei – e justifica-se pela aprovação emocional da população através dos meios de comunicação. Curiosamente, este processo ocorreu com a colaboração não intencional das críticas que a própria esquerda acadêmica produziu acerca do modelo de controle social implementado pelo sistema repressivo durante o século XX.

Nesse sentido, a principal contribuição de David Garland, em seu livro *A cultura do controle* (2008), é apontar como, desde final dos anos 1970, especialmente nos EUA e na Grã-Bretanha, houve um declínio do modelo de reabilitação, ressocialização, ou modelo do previdenciarismo penal (teoria “re”) e, no seu lugar, surgiu o modelo institucional, cultural e político de monitoramento e controle das populações criminosas. Esta modificação da dinâmica do sistema repressivo explicita a permanência de instituições e elementos do sistema repressivo de natureza previdenciária “entrelaçados” com o novo modelo de gestão. A lógica individualizadora da ressocialização, da reeducação, da reabilitação – pautada pelo controle das ciências sociais, da psicologia, da assistência social – implicava na participação e no domínio dos processos institucionais pelo Estado provedor. A reinserção desses indivíduos na vida produtiva demandava, em tese, a atividade direta do poder público num processo complexo que respondia pela ideia de readequação social. Tal movimento passou a sofrer uma contestação teórica e acadêmica que apontava não somente para a seletividade do sistema, mas para a impossibilidade lógica das teorias “re”. A partir dos anos 1970 o diagnóstico das práticas e resultados do previdenciarismo penal passa a ser altamente negativo. Independentemente da qualidade de seu funcionamento, o sistema repressivo é visto como um instrumento de estigmatização dos indivíduos a ele submetidos. O “rótulo” social de egresso do sistema prisional “adere” de forma inafastável e, portanto, as políticas de ressocialização são desnudadas em sua ineficácia.

Esta crítica ao modelo de reabilitação, politicamente engajada, de esquerda, paradoxalmente, ao desconstituir a legitimidade do previdenciarismo penal, permite e autoriza a renovação, a redescoberta e a relegitimação das políticas criminais de caráter retributivo – olho-por-olho, dente-por-dente – orientadas juridicamente pelo modelo de estado de exceção. Vê-se, a partir de então, a ascensão de uma resposta explícita e exclusivamente punitivista, de caráter repressivo, onde o que importa é proteger a sociedade contra o crime, neutralizar o criminoso e não ressocializá-lo. O ressurgimento das políticas criminais retributivas no final do século XX é a relegitimação das velhas ideias do positivismo criminológico – Garofallo, Lombroso e Ferri – centradas na profilaxia social, nos criminosos incorrigíveis ou, ao menos, na necessidade de impedir o risco causado pela circulação livre desses indivíduos. A evitação do risco que a atividade criminosa produz na vida social é a tônica do novo retribucionismo, calcada na lógica da neutralização e afastada do respeito aos parâmetros jurídicos na sua implantação.

O risco social, conceito penal de grande abstração que antecede e mesmo pode substituir o dano na definição típica da ação criminosa, o retorno da lógica da prevenção, da antecipação ao crime, é diretamente responsável pela substituição dos limites característicos da normatividade penal em prol da discricionariedade do direito administrativo e da flexibilização dos direitos individuais, como o da presunção de inocência, por exemplo. É nesse sentido que o processo criminal passa a ser um mero apêndice de práticas criminalizadoras que transcendem o âmbito das instituições estatais e passam a repousar em espaços distintos e variados da sociedade civil, como os meios de comunicação de massa. Essas práticas

prescindem de fato de limites normativos, estabelecendo-se operacionalmente como medidas institucionais de exceção.

A expansão das estruturas sociais de prevenção e repressão ao crime – incluindo a mídia, as empresas privadas e a privatização do sistema prisional e do policiamento ostensivo – se desenvolve também pela negação do modelo pretensamente racional, estatístico e burocrático do previdenciarismo penal, legitimado na origem pela lógica legal/ilegal. Em lugar de justificativas de caráter jurídico, analítico e técnico, percebe-se a ascensão da legitimidade majoritariamente emocional do sistema penal retributivo. A gestão da política criminal e da segurança pública se desloca das burocracias e da pretensão de cientificidade do previdenciarismo para as demandas emocionais da população, galvanizadas por parte da classe política e pelos meios de comunicação de massa, dando origem ao fenômeno do populismo criminal. Assim, a pouca ou nula visibilidade que a mídia confere ao tratamento estatístico – quando opta pela exposição da violência por casos exemplares – estimula a criação artificial de “bodes expiatórios” facilmente identificáveis pelo público. A criminalização destes canaliza os sentimentos difusos de medo e de injustiça, produzindo legitimidade social à repressão e realimentando o sistema penal, mesmo que sob falsos parâmetros. A alocação de recursos financeiros ao sistema se modifica a partir do momento em que passa a prevalecer esta lógica emocional (cf. SANTOS, 2008).

Políticas criminais e políticas legislativas se descolam dos dados numéricos e a sensação de proteção do público se torna mais importante que a estatística. Como consequências: a) a atividade jurisdicional se pauta pela repercussão de suas decisões na mídia, o que – em termos mais gerais – submete as instâncias repressivas tradicionais ligadas ao Estado a agências da sociedade civil e a interesses econômicos afastados do escrutínio e do controle públicos; b) o poder legislativo atua movido por impulsos oportunistas de curta duração gerados por momentos de comoção, recaindo na multiplicação da legislação criminal, na ampliação temporal das penas, no endurecimento de seus regimes de cumprimento e na limitação de direitos constitucionais, e; c) as agências de administração pública do Executivo vêem o seu poder sobre a atividade repressiva ser compartilhado e pulverizado (cf. SANTOS, 2007; GARLAND, 2008, p. 77 e ss.).

Depois de mais de uma década do aparecimento do texto de Garland, percebe-se o aumento da semelhança entre os sistemas repressivos referenciados por ele e o sistema punitivo brasileiro. Hoje se consolida no país uma flexibilização extrema da aplicação do direito penal e do processo penal. Isto acontece independentemente do grau de rigidez da legislação criminal brasileira – retoricamente ainda vinculada em fundamentos normativos e constitucionais dominantes no século XX, no sentido de que a Constituição se atrela a princípios do liberalismo penal como o da ampla defesa, o do contraditório, o do devido processo e o da presunção de inocência, etc. Como comprovam inúmeros estudos empíricos,⁵ ao ser aplicada, a legislação penal se modificou no sentido de trazer para o ordenamento jurídico pátrio mecanismos característicos do sistema anglo-saxão, como a possibilidade da negociação da culpa, da barganha, da premiação da delação, etc. Esse conjunto de legislação – que vem desde a lei de crimes hediondos e a dos Juizados Especiais Criminais, indo até a recente legislação de drogas e de criminalidade financeira – trabalha no sentido da maleabilidade e da disponibilidade política do processo. Assim, há também o desenvolvimento de um modelo de aplicação do processo penal que também é flexibilizado, através, por exemplo, da expansão quase que “normativa” de instrumentos considerados excepcionais pela legislação, como a prisão provisória.⁶

⁵ Ver, nesse sentido e exemplificadamente, Santos; Leite (2015); Lemgruber (2013); Jesus et al. (2011); Lima, Eilbaum; Pires (2009); Conselho Nacional de Justiça (2011); Centro de Estudios de las Justicias de Américas (2013).

⁶ Nesse sentido, o sistema prisional é utilizado não mais como instrumento de recuperação ou de ressocialização dos indivíduos, mas como instrumento de contenção física desses indivíduos, independentemente de comprovação de culpabilidade, independentemente de sentença condenatória. Estatisticamente o sistema prisional brasileiro está cada vez mais ocupado por presos provisórios (em 2016 a taxa de presos provisórios já chegou aos 40%).

Independentemente da incorporação de elementos estranhos à sua tradição ou da modificação de institutos existentes, o processo penal brasileiro sempre funcionou como um instrumento de criminalização das classes populares. Subordinadas ou mesmo apartadas do processo produtivo, estas colaboram para o andamento do sistema capitalista como objetos passivos da engrenagem econômica do aparato repressivo do Estado. Nesse sentido, o sistema jurídico pátrio sempre se orientou sob a lógica do estado de exceção: os parâmetros normativos, os limites da legislação processual e penal para o arbítrio, nunca operaram na prática cotidiana do sistema penal. As polícias prendem sem motivo, os Ministérios Públicos acusam sem fundamento e os juízes brasileiros mantêm presos e condenam cidadãos sem provas e sem que sua responsabilidade criminal seja atestada no processo (cf. SANTOS e LEITE, 2015).

Esta é a situação usual de um sistema que caminha a largos passos para se assentar majoritariamente nas prisões cautelares. Ou seja, o sistema penal brasileiro – o quarto maior do mundo em população carcerária –, tende a abdicar de sentenças conclusivas na determinação das prisões. Já funciona como uma burocracia de encarceramento regular e automático dos indivíduos alcançados pelos aparelhos policiais. E o juiz, esta figura complexa que transpõe racionalidade imparcial e se submete sem constrangimento à necessidade de atender a “opinião pública”, transforma-se em um gerente. Gerente de expectativas sociais e do andamento do processo, para além dos constrangimentos e limites que as normas jurídicas possam estabelecer. Flexibiliza-se o processo na direção da eficiência gerencial e mesmo contábil e na configuração do andamento das causas penais tendo em vista a matemática dos resultados. Escancara-se com isto o caráter decisionista do direito, isto é, o fato incontornável de que as razões políticas e econômicas do processo orientam a sua gestão. O juiz é, assim, um agente sobredeterminado por questões outras que não as estritamente jurídicas no momento em que decide sobre o caso penal (nesse sentido, dentre outros, DIETER, 2012; SANTOS e LEITE, 2015).

O nível de investimento no sistema repressivo hoje é significativo, tanto mais quando a ampliação do sistema carcerário também responde pela legitimação do sistema (cf. ZAFFARONI, 1991). Um processo de aprofundamento de privatização do sistema prisional, através de parcerias público-privadas anda pari passo com a expansão do policiamento ostensivo e das próprias polícias. A criação das Guardas Municipais também representa um sinal de aumento de recursos públicos no setor de segurança. A ampliação do orçamento na área da segurança pública estimula a classe política a implementar medidas legislativas que dilatam a atividade repressiva e a disseminam para além das instituições do Estado. Este movimento permite que os políticos alcancem maior legitimidade através da criação legislativa que recrudescer a atividade repressiva (cf. ALBERNAZ, REMÉDIO NETO e SANTOS, 2016). A classe política entende que a reação ao crime pode se dar via legislação e respostas de caráter populista. Nas últimas duas décadas é possível observar no Brasil o aumento daquele populismo legislativo, da legislação de comoção. Assim, o encarceramento em massa, a amplificação da atividade repressiva como instrumento de controle de população – e não mais como “reforma” de indivíduos considerados problemáticos – e a incorporação da punição como resposta legislativa aos anseios por mais punição, por um lado, e por legitimidade política por outro, tudo isto representa uma aproximação preocupante com o fenômeno britânico e norte-americano de *mass incarceration* e criminalização das classes subalternas. Estes fenômenos, que começam no Brasil a se aproximar da gravidade e da abrangência do que ocorre nos EUA, é estimulado fortemente pelos meios de comunicação de massa e chancelado quase que cegamente por todas as instâncias do Poder Judiciário.

Criminalização da política e *mass media*

O paradigma do estado de exceção também revela seus contornos antidemocráticos quando se percebe que sua finalidade global é a neutralização das oposições políticas. Este processo se realiza de forma mais

expressiva pelo funcionamento arbitrário e massivo do sistema repressivo, como visto acima. O funcionamento da lógica binária amigo/inimigo, orientadora da exceção, se estabelece igualmente no controle, na censura e na criminalização da opinião. E isto, tanto mais quanto a crítica opinativa se volta para as agências repressivas propriamente ditas. Nesse sentido, o escrutínio público e democrático ou a crítica de decisões ou procedimentos do Poder Judiciário tem tomado usualmente a dimensão de “obstrução da justiça”. Demandar o devido processo é considerada hoje uma atitude utilitária de criminosos ou de seus defensores, e não uma necessidade básica que torna possível a convivência social das diferenças, ou uma garantia coletiva, racional e objetiva da liberdade, para ficar no âmbito da tradição do constitucionalismo liberal. Não interessa os “direitos” dos que são tidos como maculados pela corrupção, vistos como sendo estruturalmente violentos ou criminosos. O juízo criminalizador tem precedido e mesmo substituído quaisquer fatos. O populismo penal objetiva, assim, a “neutralização” definitiva de quem considera *a priori* criminoso.

Este fenômeno de criminalização calcado em critérios claramente políticos é o que produz, segundo o jurista alemão Otto Kirchheimer, a *Justiça política*. Para o autor, o objetivo de uma justiça política é ampliar a capacidade de ação e a influência política de grupos através do recrutamento dos tribunais em seu apoio, com o objetivo de debilitar o poder dos adversários políticos. Nesse sentido, um determinado grupo ou mesmo um regime político podem alcançar o poder, manter-se ou derrubar opositores – sejam indivíduos, grupos ou movimentos sociais estabelecidos – “manobrando a opinião pública mediante um juízo político” (KIRCHHEIMER, 1968, p. 460). Segundo ele,

Na luta ideológica para dominar a mentalidade do povo, as cortes são organismos conectados intimamente com os assuntos públicos. Pelo menos em países não totalitários, permanecem fora do controle direto do Poder Executivo; entretanto, sua peculiar posição de confiança pública tem feito com que a conduta que adotam nos juízos de caráter político se torne em elemento decisivo no processo político. Ao mesmo tempo, aumenta consideravelmente o perigo inevitável de tais juízos: a deformação, devido à parcialidade, de suposições e procedimentos a eles submetidos (KIRCHHEIMER, 1968, p. 18).

No Brasil observa-se fenômeno senão idêntico, até mais radical: o da utilização meramente legitimatória de um procedimento judicial ou mesmo policial (abertura de investigação, denúncia, prisão sem culpa formada, etc.) pelos meios de comunicação para antecipar a criminalização e, conseqüentemente, para neutralizar adversários políticos. O falseamento dos procedimentos judiciais propriamente ditos também colabora para este objetivo. Não por acaso, Juízes criminais críticos dos desmandos e da corrupção do devido processo já comparam a “Operação Lava-Jato” à ideia da *guerra* (cf. ROSA, 2015; CASARA, 2016), visto que a disseminação da lógica da delação faz comuns estratégias como a barganha, a trapaça e o blefe para enfrentar os “criminalizados” que não respeitam a coisa pública.

Nesse sentido, a criminalização é um conceito que merece ser reformulado. Não é mais a simples acusação judicial, ou a imputação de um delito em processo criminal. A partir da operação conjunta entre mídia e sistema de justiça, criminalizar passa a ser atuar institucionalmente para rotular ideias, indivíduos, grupos políticos e movimentos sociais como criminosos, independentemente de sua danosidade ou culpa e sem a necessidade da existência de investigação ou processo – estes passam a ser opções utilizadas de acordo com a conveniência. A criminalização camufla, desse modo, objetivos de natureza política.⁷ E faz operar, ainda segundo Kirchheimer, um efeito psicológico sobre a população em geral e sobre os partidos políticos em situação oposição e de aliança ao regime através desse recurso aos tribunais:

⁷ A criminalização atende inclusive, nos termos da conjuntura brasileira atual, a um objetivo de natureza geopolítica – que respeita ao domínio das reservas hídricas, da tecnologia nuclear e à exploração da bacia do Pré-Sal.

Em qualquer caso, o regime (...) seleciona um ato passado de seu adversário como campo de batalha conveniente sob o qual influir na configuração da ação política futura. Se o oponente for eliminado da competição política, o ministério público tratará de rodear o fato de sua derrota com um marco mais vasto de justificação histórica e moral (KIRCHHEIMER, 1968, p. 463).

Criminalizar é, inicialmente, e independentemente do processo judicial – ele existindo ou não – fazer crer que há crime e que determinado indivíduo é criminoso: criminalizar é etiquetar social e politicamente, de forma caluniosa e difamatória, com o objetivo de inviabilizar a legitimidade política ou status social e os benefícios dali advindos. E a criminalização, quando ocorre através da mídia, significa não só a condenação antecipada, mas a sobreposição da decisão judicial pela decisão noticiada. E, nesse sentido, a criminalização hoje parece independe – ou depende relativamente – de seus pressupostos jurídicos tradicionais, como violação da lei, investigação policial, processo, formação judicial de culpa ou sentença condenatória. Considera-se que há mais realidade e verdade na narrativa imagética da mídia do que nas regras do devido processo. Ou melhor, a imagem negativa de um adversário político é corroborada pela mídia de forma estratégica através de uma decisão judicial. Esta última recobre de objetividade, imparcialidade e perenidade o estrago originalmente produzido pela mídia sobre a imagem de um adversário. A decisão judicial instrumentalizada pela mídia “parece elevar a imagem do campo dos acontecimentos e interpretações partidárias privadas a uma esfera oficial, autorizada e quase neutra, e se dá ao público a oportunidade quase única de participar em uma nova criação da história, com o propósito de delinear o futuro” (KIRCHHEIMER, 1968, p. 464).

Fecha-se o circuito de colaboração entre poder judiciário e meios de comunicação. Pois a simples exposição de alguém ou de algum grupo, movimento, tendência ou ideia política nos *mass media* como suspeito(a) de ter feito ou mesmo de representar algo considerado mau ou errado é suficiente para criminalizá-lo(a). Isto significa dizer que a criminalização midiática não é orientada ou limitada de forma estrita pelos marcos jurídico-normativos, mas apenas legitimada pelos mesmos. Para este novo paradigma de criminalização, não interessa mais se alguém cometeu ou poderia ter cometido um crime. Basta, apenas, a disposição de criminalizar e a autoridade ou autorização para tal. A partir desta decisão, que comporta um – de novo – óbvio componente político/moral, é suficiente insinuar que se fez ou se representa algo de reprovável na perspectiva de quem realiza a narrativa disseminada (cf. SANTOS, 2016a). Importam menos as balizas formais do processo de criminalização que o efeito de condenação produzido.

Como consequência, a criminalização atinge o grande público, produzida em boa parte pelos *mass media*, fora de parâmetros que possam ser controlados publicamente. No final da cadeia de produção, o arranjo institucional que permite a circulação da notícia como, por exemplo, a decisão de gabinete do editor, informada por motivos secretos e influências políticas e econômicas não alcançáveis, é que indica quem ou o quê deve ser desacreditado. Nos dizeres do teórico da comunicação de massa John B. Thompson, atua aqui um conjunto de mecanismos institucionais e de poder capacitados à implementação *restrita* – limitadora, reorientadora –, das formas simbólicas (cf. THOMPSON, 2011, p. 224-245).

A criminalização opera, nesse caso, a partir de um paradigma de moralidade bastante específico e que não é compartilhado por todos – pois, se o fosse, poderia facilmente transformar-se em norma jurídica. A criminalização é uma decisão privada, capturada pelos procedimentos técnicos da produção da notícia, ocultada do público e que, em geral, depende da publicidade dos meios de comunicação. Assim, embora a criminalização esteja submetida à publicização para produzir os efeitos desejados, não figura como a resultante de um processo público guiado por normas republicaneamente produzidas. Assim, é a notícia de tv, a reportagem da revista, a manchete de jornal que acusam, julgam e condenam, de forma instantânea, quem ou o que quer que se deseje

criminalizar, pelo motivo que for, sem que com isto seja demandada a regularidade de procedimentos de qualquer instituição estatal. A *performance* e o espetáculo predominam sobre a forma legal e a criminalização cristaliza-se como expressão social do modelo de estado de exceção.

Com este mecanismo de substituição do direito pela narrativa de *mass media*, opera-se a ilusão de que a narrativa criminalizadora é a própria realidade dos fatos. É óbvio que este fenômeno não pode ser considerado como universal, atingindo de forma diferenciada, em especial, sociedades marcadas pela concentração do poder econômico e político e com baixa densidade democrática, como é o caso do Brasil contemporâneo. Mas o fato é que, estimulados pela oligopolização, os poucos grupos dominantes da mídia no país controlam as narrativas criminalizadoras. Estas, pela repetição reiterada e romantizada, pelo fato de representarem um recorte enviesado da realidade, redefinem fatos e re-hierarquizam situações a seu bel-prazer. Theodor Adorno e Max Horkheimer chamavam a atenção para este fenômeno quando do advento do cinema falado e da televisão. Para eles,

O mundo inteiro é forçado a passar pelo filtro da indústria cultural. A velha experiência do espectador de cinema, que percebe a rua como um prolongamento do filme que acabou de ver, porque este pretende ele próprio reproduzir rigorosamente o mundo da percepção quotidiana, tornou-se a norma da produção. Quanto maior a perfeição com que suas técnicas duplicam os objetos empíricos, tanto mais fácil se torna hoje obter a ilusão de que o mundo exterior é o prolongamento sem ruptura do mundo que se descobre no filme. Desde a súbita introdução do filme sonoro, a reprodução mecânica pôs-se ao inteiro serviço desse projeto. A vida não deve mais, tendencialmente, deixar-se distinguir do filme sonoro. Ultrapassando de longe o teatro das ilusões, o filme não deixa mais à fantasia e ao pensamento dos espectadores nenhuma dimensão na qual estes possam, sem perder o fio, passear e divagar no quadro da obra fílmica permanecendo, no entanto, livres do controle de seus dados exatos, e é assim precisamente que o filme adentra o espectador entregue a ele para se identificar imediatamente com a realidade (ADORNO, 1985, p. 118-119).

Esta *mimesis* entre a narrativa do meio comunicacional e a realidade – que submete a interpretação sobre o real ao controle da narrativa –, produz como consequência política a modificação dos parâmetros institucionais e normativos geralmente encarregados do processo de criminalização. A narrativa ficcional, transformada em notícia e condenação em rede nacional modificam, pela imposição social e política de sua “verdade”, o próprio processo jurídico. A interpretação pronta que criminaliza é repetida – rotinizada – e convertida em um fenômeno “natural”, isto é, que não necessita ser questionado em sua naturalidade. Por um lado, as notícias que circundam os escândalos políticos nacionais – como a AP 470, conhecida como o processo do “mensalão” do PT no STF e o “maior caso de corrupção” na Petrobras, supostamente “revelado” pela “Operação Lava-Jato” – são organizadas segundo as características estruturais do drama – conflito narrativo, personagens em ação dramática (mocinhos, vilões, testemunhas, etc.) e lições de moral (cf. COUTINHO, 2003). Por outro, a força política dos conglomerados de comunicação, uníssonos em reproduzir *ad nauseam* a narrativa criminalizadora, impôs um constrangimento real – uma “opinião pública” manifesta como “comoção popular” – às instituições legítimas e originalmente encarregadas da persecução penal, estimulando-as responder politicamente à altura do drama criado pela narrativa e transformado em fato. Este constrangimento “estrutural” sempre foi interpretado pelo Judiciário como um termômetro dos anseios da sociedade. Mas longe de ser submetido à “opinião pública”, o Judiciário entrou em uma *sintonia ideológica* com os meios de comunicação e suas pautas antidemocráticas, reforçando através deles seu autoritarismo classista.

Por conta deste fenômeno social complexo, confirma-se a tese de Garland de que a aproximação estratégica de setores do Poder Judiciário com a grande mídia tem operado um deslocamento simbólico e concreto do poder de dizer o direito. Não só a autoridade do Legislativo foi suplantada pelo código enviesado

criado pelos *media*, como a caneta dos juízes perdeu a autoridade exclusiva de “jurisdição” e, no lugar das sentenças e do processo, a decisão que criminaliza foi transferida para os microfones e para os holofotes. Se o Poder Judiciário se molda e se orienta – nas suas decisões – aos parâmetros estabelecidos pelo sistema de comunicação e entretenimento de massa, este fenômeno representa o processo sociológico da *dominação* das instituições judiciais pelos conglomerados de comunicação (sobre dominação, WEBER, 1997). Os *mass media*, ao determinar o conteúdo e o sentido dos processos judiciais terminam por sutilmente avassalar os atores do Judiciário, numa espécie de submissão voluntária. Estimulam os mesmos a uma composição com os vetores e com os parâmetros midiáticos de criminalização a fim de estabilizar a relação mídia/justiça. Isto é, com o objetivo de evitar um confronto direto – que nem mesmo é aventado como possibilidade remota por ambos –, e que produziria a deslegitimação da justiça perante a opinião publicada, membros do judiciário aderem à pauta e ao poder da mídia, chancelando juridicamente os “vereditos” instantâneos das notícias.

Então, conclui-se que duas alterações profundas operam na democracia e no direito brasileiros. *Em primeiro lugar*, relativiza-se o primado da lei, a ideia legitimadora do sistema de justiça criminal segundo a qual alguém só pode sofrer persecução criminal por ter realizado uma ação descrita expressamente como crime pela legislação. Há uma distância oceânica entre programação normativa e prática repressiva – e, portanto, a legalidade não funciona como parâmetro de atuação concreta das instituições repressivas. Assim, na prática, a legitimidade das instituições jurídicas se dá pelo modo com são apresentados os resultados (encarceramento em massa apresentado como um dado positivo, por exemplo), somado à crença de que seus procedimentos são legais ou, se não o são, operam dentro de uma margem socialmente tolerável. Os fins justificam-se pelos meios. E isto, a permanência da legalidade como justificativa de existência e funcionamento do sistema de justiça criminal, autoriza e permite o controle narrativo sobre as reformas legislativas. Isto significa que qualquer alteração do marco legal ou de gestão de políticas de segurança depende não de um debate democrático acerca dos modos de funcionamento da atividade judicial e repressiva do Estado, mas da adesão dos meios de comunicação às propostas em disputa. Isto deriva do fato de que a narrativa retórico-midiática substitui a descrição legal. A propaganda substitui a norma constitucional, legitimando-se como instrumento de pacificação e moralização.

Em segundo lugar, o judiciário perde a exclusividade e o controle sobre o processo criminal que, de um procedimento complexo e burocrático, transformou-se em um acontecimento instantâneo e espetacular. A criminalização midiática impossibilita o sistema republicano de controle das agências repressivas, pois transforma o processo em notícia, elimina o meio (o devido processo) e faz subsistir apenas o fim (a decisão criminalizadora). De fato e “de direito”, a mídia controla os efeitos do processo enquanto espetáculo e substitui o judiciário na criminalização. Seguindo-se a lógica autocrática schmittiana, se são os *mass media* que decidem sobre o estado de exceção, os *mass media* é que são soberanos em dizer o direito.

Este deslocamento do poder de produção de juridicidade, que vai do judiciário para o sistema de comunicação de massa, elimina os mecanismos de controle social e político da criminalização. Isto não se dá automaticamente, entretanto. O processo de criminalização via mídia poderia ser também submetido ao escrutínio democrático – e seria obviamente barrado – se houvesse legislação reguladora da comunicação, instituições legitimadas, independentes e capacitadas para tanto e se a pluralidade no controle econômico dos meios de comunicação fosse uma realidade no país. Mas este não é o caso. A proibição constitucional da existência de monopólios e oligopólios no setor de comunicação de massa não recebe regulamentação. A propriedade cruzada de meios de comunicação, a concentração do financiamento para algumas poucas redes, tudo colabora não só para a inexistência de pluralismo na informação, mas para uma mediação da informação exclusivista, enviesada e interessada – seja econômica ou politicamente – que seleciona a informação

que chega ao público. A realidade social e política apresentada aos indivíduos é previamente – e em larga medida –, definida, interpretada e hierarquizada pelos meios de comunicação. Assim, no lugar da produção ou recepção crítica, independente e individualizada da informação, pode haver – mas não necessariamente – um “consumo coletivo de bens padronizados” por uma massa ajustada e submetida a uma ordem cultural e social predominantemente mercantil (cf. MCCOMBS, 2002; THOMPSON, 2002; THOMPSON, 2011).

É claro que os mecanismos de recepção e assimilação de produtos culturais são complexos e demandam uma continuidade temporal do processo de interpretação nos indivíduos, ou seja, a constante avaliação do que é consumido de alguma forma pode proteger os indivíduos de uma informação propagada massivamente, mas de forma instantânea e fugaz (cf. THOMPSON, 2011, p. 139). Mas, se não é pacífico que o cidadão é necessariamente manipulado por um sistema de comunicação oligopolizado, pouco democrático e com uma pauta privada e autointeressada, pode-se afirmar que, atualmente, a circulação social da informação sobre a política no Brasil tem operado alterações sensíveis nas próprias instituições políticas.

Neste contexto específico, o sistema político fica, ele próprio, submetido à possibilidade de criminalização pela mídia. Isto é possível, por um lado, devido à fragilidade sobre o controle e a circulação do caráter avaliativo (juízo de valor) da informação sobre figuras públicas. O *gerenciamento da visibilidade*, fenômeno que Thompson atribui ao surgimento de um espaço público desterritorializado e mediado pelas tecnologias da comunicação de massa, é a ideia de que os atores políticos possam estabelecer uma relação relativamente controlada de sua exposição pública. Mas o fato de que esta exposição extrapola os limites tradicionais das instituições, elimina a oposição entre espaço público e espaço e situações privadas. O escrutínio permitido pela visibilidade total revela-se como a possibilidade da observação, da avaliação e do exame totais. Como consequência, a perda de controle do agente político sobre a sua visibilidade é uma ameaça real, seja à sua reputação, seja à estabilidade das instituições que este agente representa, tanto mais se não há controle público democrático sobre os meios de comunicação (cf. THOMPSON, 2011, p. 320 e ss.).

Por outro lado, a atuação repetida e constante de meios variados, como telejornais de diferentes redes, jornais impressos, revistas semanais, programas de rádio, etc., forja uma massiva nuvem de informação avaliativa que sobrecarrega de signos específicos – geralmente negativos – indivíduos, eventos, instituições e/ou ideias. Isto se dá até que estes sucumbam a uma compreensão geral que corrobora a interpretação disseminada, desqualificando-os. Na verdade, este é um dos princípios estratégicos da propaganda, como defendida por Joseph Goebbels, ministro nazista de Hitler (cf. DOOB, 1950, p. 435). Assim sendo, por trás de uma pauta aparentemente respaldada pelo direito subjaz um projeto moralizador, autoritário, que elimina as garantias características do Estado de Direito e que é, em essência, refratário ao funcionamento naturalmente plural e contraditório da democracia. A criminalização da política, ao se realizar pelos *mass media*, se revela puro estado de exceção.

Considerações finais⁸

O complexo processo de mutação institucional pelo qual passou o Brasil nas últimas décadas cristalizou um sistema político aparentemente bifronte, alicerçado retoricamente nos princípios constitucionais do liberalismo político e orientado na prática pelos elementos ideativos do estado de exceção. Ocorre que não existe a possibilidade da convivência harmônica entre modelos constitucionais, institucionais e políticos tão diametralmente distintos quanto o do Estado de Direito e o da ditadura pura e simples. No choque entre os dois, e justificada politicamente a permanência de ambos, prevalece a exceção. Foi assim no nazismo, foi assim

⁸ Parte do texto das considerações finais foi derivado de artigo de opinião no blog O’Cafezinho (cf. SANTOS, 2016b).

na nossa Ditadura Civil-Empresarial-Militar, e se materializa este caminho no pós-Constituição de 1988, em especial no pós-Dilma Rousseff.

Nesse sentido, a instabilidade política dos dias que correm não diz respeito tão somente à fragilização dos direitos operada pela prática seletiva do sistema repressivo. As políticas públicas de segurança e o funcionamento enviesado do sistema de justiça criminal não são os únicos responsáveis pela fragilização do projeto normativo centrado em direitos fundamentais. Embora seja possível contabilizar o volume e a extensão globalizantes de práticas revéis ao estatuto da legalidade, estas instituições não caminham a sós. Ao seu lado, e exercendo uma influência central e sobredeterminante, encontra-se o sistema de comunicação de massa. Pautado por interesses econômicos e políticos não alcançáveis pelo público, infensos a qualquer tipo de limitação e controle de suas atividades e concentrado nas mãos de poucos, os *mass media* funcionam no Brasil como um verdadeiro poder político instituído, capaz de produzir a narrativa que bem entender a fim de preservar seus interesses. Faz isto com o apoio do Poder Judiciário e tem colaborado para a criminalização da política numa escala nunca vista.

Assim, sob o véu de um Estado Democrático de Direito, e sob a aparência do funcionamento regular de suas instituições políticas, o país observa a estabilização do estado de exceção, fundamento operativo das ditaduras. Paralelamente ao grande cenário geopolítico – que situa o Brasil como mais uma peça do xadrez internacional de desmonte das democracias tendentes à independência político-econômica –, assiste-se ao mais abrangente processo de criminalização da política no Brasil. Desde 2013, o discurso de combate à corrupção tem encontrado respaldo e materialidade no aparato judicial e repressivo do Estado. Nesse sentido, a saída de Dilma Rousseff da Presidência representou um marco histórico. O embate da classe política tradicional com a burocracia policial/judicial sob o patrocínio político dos meios de comunicação tem produzido a erosão da lógica da legalidade como orientação do funcionamento das relações sociais.

Nesses termos, o estado de exceção opera a todo vapor. As regras do jogo democrático estão sendo substituídas à luz do sol pelo poder e arbítrio de um aparato institucional que deseja funcionar à imagem e semelhança da “Operação Lava-Jato”, isto é, sem estar submetidos de fato aos parâmetros normativos do Estado de Direito. No processo histórico recente parece que não se compreendeu a necessidade de se completar a transição da ditadura para a democracia, alimentando-se o leviatã que hoje as engole de forma despudorada. Foram curiosamente os governos do PT – hoje os objetos preferenciais do processo de criminalização da política – que cevaram o corporativismo antirrepublicano das agências de controle. Nenhuma instituição pode compreender ser possível ter hegemonia – ao menos neste cenário de pavorosa instabilidade. A classe política desbaratada, os movimentos sociais criminalizados, os partidos políticos sem legitimidade popular e o povo sem representação e articulação não serão alternativas.

Por outro lado, a onda global de xenofobia e de obscurantismo expressa nas eleições norte-americanas traz a certeza de que o mundo não fez o devido *back-up* de suas experiências do século XX e revive em *looping* a perspectiva do terror dos extremismos fascistas de então. Não por acaso o nazismo e o fascismo têm ecoado incessantemente nas narrativas que tentam explicar as subversões contemporâneas da ordem política ocidental. Assim, as experiências radicais de violência anteriores geralmente indicam uma espécie de antecipação das “regularidades” burocráticas atuais. É a revivescência da “banalidade do mal”. Não se trata de simples “repetição” da história, até porque as condições sociais e econômicas do momento e as ações de indivíduos e grupos influenciados por elas ditam o modo como a ação social se dá. A história se faz em acordo com os elementos da conjuntura e, nesse sentido, não se repete. A caseira “saída” militar, portanto, não está dada de antemão por conta da “repetição da história”. Mas se pode com certeza reviver em larga escala experiências do passado sob outra estrutura, sob outras roupagens.

De fato, não apenas a ciência avançou a partir dos experimentos da II Guerra, mas a administração do Estado, a propaganda, a organização dos partidos, os discursos políticos e as tecnologias de organização da vida social – especialmente o controle e a repressão das populações – também se valeram em larga medida de experimentos obtidos muitas vezes com a brutalidade excepcional dos pioneiros. E, conseqüentemente, é possível afirmar, ao menos em tese, que a experiência radicalizada da opressão em escala global, do capitalismo selvagem e da dominação de nações por impérios aportam, nos horizontes de hoje – como diria Tocqueville –, como um temível despotismo, característico das nações democráticas. Diante da demonização da política, e de uma experiência democrática recente e pontual (vai-se às urnas de dois em dois anos e a participação popular cumpre o seu papel), aparentemente não há razão para deixar de cuidar da própria sobrevivência afim de agir no espaço político, cada vez mais desprezível e corrupto. A resposta para esta situação, característica das democracias modernas, é o despotismo “doce” que seduz e aliena os indivíduos, afastando-os de suas responsabilidades coletivas e políticas. Os americanos passaram a chamar isto de *smart power*. É a ditadura da mídia e das burocracias – incluindo-se a burocracia judicial –, em colaboração.

Hoje, quase duzentos anos depois de Tocqueville, vemos com assombro a docilização do povo, provocada pelo “pão e circo” dos meios de comunicação oligopolizados, interessados em ampliar os seus tentáculos para controlar os negócios da política, dominar as instituições de Estado e operar com liberdade com vistas à ampliação da própria lucratividade. O liberalismo conservador de Tocqueville entendia também que a Suprema Corte norte-americana era um substitutivo funcional para a força dirigente da sociedade que a aristocracia representava no Ancien Régime. Ele via, assim, no ativismo judicial, um elemento socialmente positivo. Os direitos garantidos pelo judiciário eram um modo de transformar os interesses individuais em interesse público. Mas este diagnóstico hoje, ao menos no Brasil, deve ser profundamente questionado. Os meios de comunicação e o judiciário são eles próprios engrenagens submetidas a um conjunto de interesses que, como já se disse, transcendem os agentes e as agências nacionais e pouco têm a ver com o interesse público.

Mídia e judiciário cumprem, conscientemente ou não, uma pauta alienígena. O desmonte do país – que orienta o regime político pós-Dilma Rousseff – não servirá necessariamente, em médio e longo prazos, para os meios de comunicação e para as agências repressivas. Muito menos as legitimará enquanto avalistas da república e da democracia. Embora Tocqueville entendesse essencial para as sociedades democráticas imprensa livre e judiciário forte, a interpretação que nas últimas décadas se deu para este projeto de sociedade igualitária não significava um poder judicial fundado no ativismo e na liberdade para retorcer a lei ao bel-prazer dos interesses de ocasião. Muito menos um judiciário que operasse em afinidade submissa com os meios de comunicação. Nesse sentido, é quase obrigatória a advertência do magistrado francês no final do seu *Democracia na América*. Ali Tocqueville aponta quais os riscos para as democracias que hoje se vislumbra com tanta clareza em nosso horizonte:

A igualdade sugere aos homens várias inclinações perigosas para a liberdade, para as quais o legislador deve estar sempre de olhos abertos. Recordarei apenas as principais.

Os homens que vivem nas eras democráticas não compreendem facilmente a utilidade das formas; eles sentem um desprezo instintivo por elas. Expliquei em outra parte os motivos disso. As formas provocam o desprezo e muitas vezes o ódio deles. Como comumente aspiram apenas a gozos fáceis e presentes, lançam-se impetuosamente para o objeto de seus desejos; as menores demoras desesperam-nos. Esse temperamento, que transportam para a vida política, os indispõe contra as formas que os atrasam ou os refreiam cada dia em alguns de seus projetos.

Esse inconveniente que os homens das democracias encontram nas formas é, no entanto, o que torna essas últimas tão úteis para a liberdade, sendo seu principal mérito servir de barreira entre o forte e o fraco, o governante e o governado, retardar um e dar ao outro tempo de se reconhecer. As formas são mais necessárias à medida que o soberano é mais ativo e mais poderoso e que os particulares se tomam mais indolentes e mais fracos. Assim, os povos democráticos têm necessariamente mais necessidade de formas do que os outros povos e, naturalmente, respeitam-nas menos. Isso merece séria atenção (TOCQUEVILLE, 2000, p. 387 e ss.).

As formas a que Toqueville se refere são a forma da lei, a forma da Constituição, a forma do devido processo legal. Formas que estamos dispensando a cada dia que passa com mais facilidade e irresponsabilidade maior ainda. Assim, dificilmente esta nova situação política de criminalização funcionará a nosso favor, por mais que haja torcida para os heróis de ocasião.

Referências

- ADORNO, Theodor W. A Indústria cultural: o esclarecimento como mistificação das massas. In: ADORNO, T. W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento*: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. p. 113-156.
- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua. Tradução de Enrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- _____. *Stato di eccezione (Homo sacer, II, 1)*. Torino: Bollati Boringhieri, 2003.
- ALBERNAZ, E. R.; REMEDIO NETO, A.; SANTOS, R. D. Segurança Pública, Polícia e Guarda Municipal na cidade do Rio de Janeiro: alguns elementos para o debate. In: RODRIGUES, Theófilo (Org.). *O que queremos*: propostas para uma cidade inclusiva. Rio de Janeiro: Núcleo Piratininga de Comunicação, 2016. p. 161-173.
- ANDERSON, Perry. Crisis en Brasil. In: GENTILI, Pablo; SANTA MARÍA, Víctor; TROTTA, Nicolás (Org.). *Golpe en Brasil*: genealogía de una farsa. Buenos Aires: CLACSO; Fundación Octubre; UMET, Universidad Metropolitana para la Educación y el Trabajo, 2016. p. 35-63. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20160624045419/GolpeEnBrasil.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2016.
- BENDERSKY, Joseph W. *Carl Schmitt: theorist for the reich*. Princeton: Princeton University Press, 1983.
- CAMERON, Maxwell A. Presidential Coups D'État and regime change in Latin American and Soviet successor States: lessons for democratic theory. Working Paper #249. *The Hellen Kellogg for International Studies*. Notre Dame: 1998. p. 1-45. Disponível em: <<https://kellogg.nd.edu/publications/workingpapers/WPS/249.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.
- CASARA, Rubens R. R. *Processo penal do espetáculo*: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. São Paulo: Empório do Direito, 2016.
- CENTRO DE ESTUDIOS DE LAS JUSTICIAS DE AMERICAS. *Prisión Preventiva en América Latina*: enfoques para profundizar el debate. Santiago, 2013. 361 p. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30357.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2016.
- CHIN, John J. Military Coups, Regime Change, and Democratization. *Princeton University*. Princeton: 2015. p. 1-48. Disponível em: <https://scholar.princeton.edu/sites/default/files/jchin/files/military_coups_regime_change_and_democratization_2015.09.15.pdf>. Acesso em: 20 set. 2016.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Mutirão Carcerário*: raio-x do sistema penitenciário brasileiro. Brasília, 2011. 192 p.
- COUTINHO, Iluska Maria da Silva. *Dramaturgia do telejornalismo brasileiro*: a estrutura narrativa das notícias em TV. Tese (Doutorado em Comunicação Social) – Universidade Metodista de São Paulo, São Bernardo do Campo, 2003.
- DATAFOLHA. Intenção de voto para presidente da República PO813867 14 e 15/07/2016. *Datafolha Instituto de Pesquisa*. São Paulo: 2016. p. 1-70. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2016/07/18/intencao_de_voto_presidente.pdf>. Acesso em: 21 set. 2016.
- DIETER, Maurício Stegmann. *Política Criminal Atuarial*: a criminologia do fim da história. 319f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Curitiba: 2012. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/28416/R%20-%20T%20-%20MAURICIO%20STEGEMANN%20DIETER.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

- DOOB, Leonard W. Goebbel's principles of propaganda. *The Public Opinion Quarterly*, v. 14, n. 3, p. 419-442, Autumn, 1950 (Oxford University Press on behalf of the American Association for Public Opinion Research Stable). Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2745999>>. Acesso em: 27 set. 2016.
- GALLI, Carlo. *Genealogia della politica: Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*. Bologna: Il Mulino, 1996.
- _____. Apresentação. In: SCHMITT, Carl. *Catolicesimo romano e forma politica* (seguido da La Visibilità della Chiesa: uma riflessione scolastica). Milano: Giuffrè, 1986. p. 3-27.
- GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. (Pensamento Criminológico, 16).
- HOFMANN, Hasso. *Legittimità contro legalità: la filosofia politica di Carl Schmitt*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.
- JACOBSEN, Christa. *The Honduran Coup d'État and the Defense of Democracy in the Americas*. Copenhagen: Roskilde University, 2012. p. 1-37. Disponível em: <<http://rudar.ruc.dk/bitstream/1800/7582/1/The%20Honduran%20coup%20d%27%20C3%A9tat.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.
- JAKOBS, Günter. *Direito penal do inimigo*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- JESUS, Maria Gorete Marques de et al. (Org.). *Prisão provisória e lei de drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. São Paulo: Núcleo de Estudos sobre Violência, 2011. 154 p.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- KIRCHHEIMER, Otto. *Justicia politica: empleo del procedimiento legal para fines políticos*. México: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1968.
- LEMGRUBER, Julita et al. *Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro: avaliação do impacto da Lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Centro de Estudos de Segurança e Cidadania, 2013. 52 p.
- LIMA, Roberto Kant de; EILBAUM, Lucía; PIRES, Lenin. Construcción de verdad y administración de conflictos en Río de Janeiro: una mirada sobre las reformas de las instituciones judiciales y policiales. *Avá, Posadas*, v. 16, p. 33-59, 2009.
- MAMIGONIAN, Beatriz Gallotti; MATTOS, Hebe; BESSONE, Tania Maria (Org.). *Historiadores pela democracia: O Golpe de 2016 – A força do passado*. São Paulo: Alameda, 2016.
- McCOMBS, Maxwell. *The Agenda-Setting Role of the Mass Media in the Shaping of Public Opinion*. University of Austin, Texas, 2002. Disponível em: <http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/mccombs01.pdf>. Acesso em: 26 set. 2016.
- McCORMICK, John P. From constitutional technique to Caesarist ploy: Carl Schmitt on dictatorship liberalism and emergency powers. In: BAHER, Peter; RICHTER, Melvin (Ed.). *Dictatorship in history and theory: bonapartism, caesarism, and totalitarianism*. Washington, D.C./Cambridge: German Historical Institute/Cambridge University Press, 2004. p. 197-219.
- MOTA, Maurício; MOTTA, Luiz Eduardo (Org.). *Sociedade, Política e Judicialização*. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2011.
- PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; TENENBAUM, Marcio; RAMOS FILHO, Wilson (Org.). *A resistência ao golpe de 2016*. Curitiba: Canal 6 Projetos Editoriais, 2016.
- ROSA, Alexandre Morais da. Com “lava-jato” concedemos poder ao Estado em nome da “guerra justa”. In: *Consultor Jurídico – CONJUR*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-17/limite-penal-lava-jato-demos-poder-estado-nome-guerra-justa>>. Acesso em: 23 set. 2016.
- SANTOS, Rogerio Dultra dos. As controvérsias da criminologia, a penalização dos adolescentes e o sistema penal como última ratio. *Revista Depoimentos (FDV)*, v. 13, p. 109-134, 2008.
- _____. O ataque da Globo a Jandira Feghali: criminalização da política e ditadura. *O cafezinho*. Rio de Janeiro, 2016a. Disponível em: <<http://www.ocafezinho.com/2016/06/11/o-ataque-da-globo-a-jandira-feghali-criminalizacao-da-politica-e-ditadura/>>. Acesso em: 21 set. 2016.
- _____. O golpe deu certo. Para quem? *O cafezinho*. Rio de Janeiro, 2016b. Disponível em: <<http://www.ocafezinho.com/2016/11/21/o-golpe-deu-certo-para-quem/>>. Acesso em: 23 nov. 2016.
- _____. Os Adolescentes dignos de pena: notas acerca da redução da maioria penal. In: *Cedes – Centro de Estudos Direito e Sociedade – Boletim/abr. 2007*. Disponível em: <<http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/07abril/rogerio.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2016.

- SANTOS, Rogerio Dultra dos; ARAÚJO, Gisele Silva. Judicialização da política: o poder contramajoritário do Tribunal Constitucional entre a tirania da maioria e o governo aristocrático dos juízes. *Boletim CEDES*, Rio de Janeiro, PUC-Rio, v. 2013, 12 p., 2013. Disponível em: <http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/abril_2013/Judicializacao_da_Politica.pdf>. Acesso em: 23 out. 2016.
- SANTOS, Rogerio Dultra dos; LEITE, Douglas Guimarães. Excesso de prisão provisória no Brasil: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico (Bahia-Santa Catarina, 2008-2012). *Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL)*. Brasília: MJ (SAL); IPEA, 2015. 112 f. (Série Pensando o Direito, 54).
- SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1996a (1931).
- _____. *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. Berlin: Duncker & Humblot, 1996b (1922/1933).
- _____. *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Berlin: Duncker & Humblot, 1993 (1934).
- SOUZA, Jessé. *A Radiografia do golpe*. São Paulo: Leya, 2016.
- STF. *Minuta do Anteprojeto do Estatuto da Magistratura*. Brasília: STF, 2016, 96 f. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/estatuto-magistratura-juizes-loman-stf.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2016.
- THOMPSON, John B. *Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.
- _____. *O escândalo político: poder e visibilidade na era da mídia*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.
- THYNE, Clayton L.; POWELL, Jonathan M. Coup d'État or Coup d'Autocracy? How Coups Impact Democratization, 1950-2008. *Foreign Policy Analysis*, 2014. p. 1-22. Disponível em: <http://www.uky.edu/~clthyn2/thyne_powell_FPA2013.pdf>. Acesso em: 20 set. 2016. <https://doi.org/10.1111/fpa.12046>.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracia na América* (Vol. II: Sentimentos e opiniões). São Paulo; Martins Fontes, 2000.
- VAROL, Ozan O. The Democratic Coup d'État. *Harvard International Law Journal* (Cambridge), v. 53, n. 2, p. 291-356, 2012. Disponível em: <<http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2010/05/HLI203.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.
- WEBER, Max. *Economia y sociedad*. Traducción de José Medina Echavarría et al. México: Fondo de Cultura Económica, 1997 (1922).
- ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- _____. *O Inimigo no direito penal*. 3. ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

Data de submissão: 05/12/2016

Data do aceite: 02/01/2017