

FUHRER NO DIREITO PÓS-MODERNO: REFLEXÕES ACERCA DO MAXIMALISMO ESTATAL EM FACE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

FUHRER IN THE POST MODERN LAW: REFLEXIONS ABOUT THE STATE MAXIMALISM IN FRONT OF THE DEMOCRATIC CONSTITUTIONAL PRINCIPLE

Norton Maldonado Dias¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Dos extremismos no regime democrático; 2. Dos discursos de legitimação: um comparativo com vertentes autocráticas; Considerações finais; Referências das fontes citadas.

RESUMO

As significativas mudanças sociais na pós-modernidade levaram a realidade humana para um estado constante de crise e de busca pelo reestabelecimento da ordem artificializada pelo viés da coação que esgota seu sentido no que diz respeito à voluntariedade inerente da dignidade, respeito e senso comunitário como forma de percepção do outro no convívio humano. O trabalho busca deflagrar radicais controles sociais similares aos movimentos conservadores de ultradireita em plena vigência do Estado Democrático, não só deflagrando indutivamente medidas estatais autocráticas, mas também comparando o discurso que legitimou os pretéritos regimes totalitários em face da argumentação jurídica legitimadora de similares autocráticos em plena vigência do Princípio Constitucional Democrático.

Palavras-Chave: Regimes totalitários; Princípio constitucional democrático.

ABSTRACT

The significant social changes in the post-modernity brought the human condition to a constant state of crisis and search for the reestablishment of the order artificialized by means of the coercion which strains its meaning regarding the

¹ Vinculado à docência superior da Faculdade de Direito de Sinop – Mato Grosso, sendo titular das disciplinas de Direito Constitucional I e II, Teoria Geral do Direito Civil e Direito Tributário I. Professor do programa de preparação de estudantes para os exames da OAB: projeto “Resolva Direito” oferecido pela mesma instituição. Advogado (2009). Atuação na pesquisa vinculada ao grupo Gramática dos Direitos Fundamentais do Centro Eurípides de Soares da Rocha, instituição de conclusão do mestrado em Direito (2016) e da graduação (2009). Especialização na pós-graduação da UEL – Universidade Estadual de Londrina – PR. Membro associado do Congresso Nacional de Pós-graduação em Direito (Conpedi). Email: maldonadodias@hotmail.com.br.

inherent voluntariness of dignity, respect and common sense in the way one perceives the other while living together. The work aims to deflagrate radical social controls in the current conjuncture similar to the right-wing extremist of last century as a Democratic State, not only deflagrating state measures inductively which are close to radical autocratic, but also comparing the discourse that legitimated the past totalitarian regimes in front of a legitimate juridical argumentation of autocratic similar in the Democratic Constitutional Principle.

Keywords: *Totalitarian regimes; Democratic Constitutional Principle.*

INTRODUÇÃO

A presente proposta tenta, por meio do método indutivo e estruturante, aprofundar-se na problemática que deflagra medidas e situações da atual realidade pós-moderna e democrática com similares medidas autocráticas dos antigos regimes totalitários que marcaram o século passado.

A hipótese que gera a suspeição da presente proposta surge em razão de episódios bastante atuais de maximalismo estatal, internos e internacionais, que relevam a reflexão e significativa abordagem, justamente, em razão de se tratar de imperativos estatais comungados e inseridos em um estado expressamente tido como de normalidade e marcado pelo aspecto democrático.

Pelo viés da metodologia indutiva, mantendo-se na linha de análises causuística e de hipóteses exemplificativas, a proposta busca abordar episódios específicos dispersados nos ordenamentos jurídicos e de casos que sofreram incidência de imperativos estatais merecedores da presente abordagem, dentre os quais, a política da *Zero Tolerance* do ex-prefeito de *New York*, Rudolph Giuliani, inclusive a própria cogitação de adoção desta política em outros países com base nos índices de reduções de criminalidade; ou mesmo a recente alteração do Código Brasileiro de Aeronáutica que intitulou a nova legislação responsável pela mudança como a famigerada “Lei do Abate”, pois permitiu que aeronaves fossem abatidas em pleno voo em situações de jurídicas de normalidade.

Ainda, dentro desta mesma linha indutiva, a abordagem da subversão legislativa e estrangeira que tem orientado a *persecutio criminis* quanto ao tratamento de

“clandestinos imigrantes” em outros países, onde o modelo aplicado acaba sendo de um Direito do Sujeito e não do Fato (problemas atuais no tratamento estrangeiro acerca da imigração); e, ainda, a investigação estende sua abordagem para o famoso exemplo internacional do tratamento de prisioneiros da *Guantánamo Bay Detention Camp*, a prisão militar estadunidense, na base naval localizada na ilha de Cuba, principalmente após os ataques terroristas às Torres Gêmeas em Nova York em 11 de setembro².

Valendo o adendo expositivo de episódios que, em tese, não deveriam significar situações de exceção e movimentação de militares, justamente pelos fins que são realizados, tal como, o objetivo desportivos da Copa do Mundo da FIFA de 2014, mas que, surpreendentemente, atraiu investimentos por parte do governo federal em preparação de militares em plena vigência Estado Democrático.

Portanto, a problemática da pós-modernidade que assola a realidade com constantes crises merecem a presente abordagem sobre a qual circunda a respectiva hipótese, onde medidas e graus intensos de maximalismo estatal e de radicais controles sociais galgam similaridades em face da pretérita figura *Fuhrer*, gerando a presente suspeição e o comparativo dos discursos utilizados pelos movimentos conservadores de ultradireita e dos regimes totalitários que vigeram no século passado.

1. DOS EXTREMISMOS NO REGIME DEMOCRÁTICO

A pós-modernidade é marcada por significativas mudanças sociais com relevantes implicâncias nas relações humanas, onde a tônica da globalização, da forma transnacional de produção, da acentuação de concorrência, pela existência de um processo comunicativo global, destruição ambiental, surgimento de modos transnacionais de vida e, sobretudo, constantes momentos de crises³; onde o comportamento seria artificializado via coação sem sentido no que diz respeito à

² BALDWIN, C. Can there be justice in Guantánamo Bay? **Human Rights Watch**, 18 Feb. 2008. Disponível em: <<http://www.hrw.org/news/2008/02/18/can-there-be-justice-guantanamo-bay>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

³ SHECAIRA S. S. Tolerância zero. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, p. 165-176, 2009. p. 169.

dignidade, respeito e senso comunitário que gere a sensação do outro durante o convívio humano:

Na passagem da modernidade para a pós-modernidade, mudanças sociais atingiram o relacionamento do indivíduo com outros indivíduos [...] É que as comunidades auto sustentadas e auto reprodutivas são exemplos sólidos que teriam sido liquefeitos pelo capitalismo moderno cujas destruições teriam levado à inserção da maioria da população em uma rotina artificial, sustentadas pela coação e sem sentido no que diz respeito a dignidade, mérito ou honra ⁴.

Por isso é que se relevam investigativas e aprofundamentos, na atualidade, em deflagrar traços autocráticos em um tempo marcado pela constante crise e insegurança que pode gerar o surgimento ou o retorno de exageros na punição e fobias com a inserção de novas categorias dos efeitos da própria globalização:

Podem ser citados, dentre outras formas de expressão desse sentimento de insegurança (apropriado por um novo direito), alguns mecanismos de exacerbação da punição, movimento comum à pós-modernidade de um mundo dito globalizado: Direito Penal do Inimigo, o Movimento de Lei e Ordem e a Tolerância Zero com as várias formas de fobias raciais. Embora apresentem facetas distintas, há uma interpenetração dessas categorias [...] ⁵.

A análise da presente realidade, em tempos de pós-modernidade, releva o intento de comparar as razões autocráticas que marcaram os movimentos conservadores de extrema direita dos regimes totalitários do século passado com o objetivo de compará-los com as medidas imperativas e de controles sociais mais radicais da atualidade.

A ideia de elencar posturas estatais que estão ganhando a realidade vigente acerca das medidas antes exercidas pela figura do *fuhrer*, deflagrando imperativos estatais em tempos de pós-modernidade que relevam o retorno aos argumentos usados nos regimes conservadores de ultradireita do século passado

⁴ SHECAIRA S. S. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**. p. 169.

⁵ SHECAIRA S. S. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**. p. 170.

como forma de deflagrar a *ratio* usada no radicalismo atual, tanto na esfera internacional, bem como na interna.

Inclusive, vale também, o levantamento de legalizações de verdadeiras violações de prerrogativas humanas existentes neste tempo, tais como podemos verificar no exemplo externo de *Guantánamo Bay Detention Camp*, uma prisão militar estadunidense, na base naval localizada na ilha de Cuba, principalmente após os ataques terroristas às Torres Gêmeas em Nova York em 11 de setembro⁶.

Trata-se de uma realidade difícil de episódios de guerra civil, insurreição, resistência e outros exemplos, tais como, a ordem emitida pelo governo norte-americano em 2001, autorizando que qualquer cidadão seja detido e julgado por tribunal especial se suspeito de prática de terrorismo⁷, em razão dos famosos atentados de 11 de setembro de 2001.

Mantendo-se, o exemplo do Direito Internacional, podemos enfatizar, também, que este Direito com similaridades nos antigos regimes totalitários de maximalismo punitivo e de controles sociais pode ser verificável em nossa realidade, tal como a famosa política de *Zero Tolerance* do prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani⁸.

A famigerada "Tolerância Zero" de autoria de Rudolph William Louis Giuliani que foi prefeito de Nova York possui um dado curioso que vale ser transcrito, correspondente ao tempo de seu mandato no início de janeiro de 1994 a 31 de dezembro de 2002, haja vista que corresponde ao período em que houveram os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001.

Por isso é que o movimento conservador da "Tolerancia Zero" que havia começado nos inícios dos anos 90, combatendo à criminalidade, pode ser

⁶ BALDWIN, C. **Human Rights Watch**.

⁷ ASMANN, S. A diferença da biopolítica em Foucault e Agamben. Curitiba. Palestra ministrada no Programa de Pós Graduação em Direito da UFPR 06 maio 2011.

⁸ CAUCHON, D. Zero tolerance policies lack flexibility. **USA Today**: Education News, April 13, 1999. Disponível em: <<http://www.usatoday.com/educate/ednews3.htm>>. Acesso em: 2 jan. 2010.

analisado ao lado de outros movimentos, dentre os quais, o Direito Penal do Inimigo e o Movimento de Lei e Ordem.

O programa de tolerância zero teve seus primeiros aparecimentos por volta de 1982, em um artigo intitulado "*Broken Windows: the police and neighborhood safety*" que indagou razões da expressão "*Broken Windows*" como uma referência teórica que ficou conhecida como "Teoria das Janelas Quebradas" defensora, em suma, de uma ideia central baseada no pensamento de que pequenas infrações podem gerar cometimento de crimes mais graves quando tolerada⁹.

Os vários exemplos internacionais não são situações abstratas no Brasil, inclusive em uma reportagem do Jornal Folha de São Paulo; inclusive com entrevistas do pesquisador Llanud (Instituto Latino Americano das Nações Unidas), Tulio Kahn e o sociólogo Sérgio Adorno (Núcleo de estudos da Violência da USP), deflagra que houve cogitações sobre a adoção desta política pelo governo de São Paulo:

A política de 'Tolerância Zero', a maior marca de administração do ex-prefeito de Nova York Rudolph Giuliani, está sendo cogitada pelo governo de São Paulo como uma solução para crise de segurança que acomete o Estado¹⁰.

Para não distanciar da nossa realidade, temos no Brasil algumas alterações legislativas com bastante proximidade dessas políticas e regimes jurídicos mais radicais, tal como uma curiosa alteração do Código Brasileiro da Aeronáutica que disciplinou a possibilidade de aeronaves que vierem ocupar o espaço aéreo brasileiro serem abatidas em pleno voo pela simples suspeição do transporte de drogas, trazendo aos debates a regra da vedação da pena de morte prevista no artigo 5º inciso XLVII da Constituição Federal e sua possibilidade excepcional permitida em guerra declarada nos termos do artigo 84 inciso XIX desta mesma

⁹ SHECAIRA S. S. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**. p. 166

¹⁰ A POLÍTICA de "tolerância zero" para crimes, que foi adotada com sucesso em nova york, é aplicável ao brasil?. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 26 jan. 2002. Cotidiano. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2601200206.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2015

Constituição, sendo uma lei bastante repercutida em calorosos debates, a aclamada “Lei do Abate”¹¹.

O modelo de fazer justiça quando a situação se compreender em perigo, justificando um juiz supremo, sem separar o aspecto funcional, inclusive não reconhecendo uma autoridade constitucional superior é salutar no trabalho intitulado “El Fuhrer Defiende el Derecho” de autoria de Carl Schmitt:

El fuhrer está defendiendo el ámbito del derecho de los peores abusos al hacer justicia de manera directa em el momento del peligro, como juez supremo em virtude de su capacidade de líder (...) El auténtico líder siempre también juez. Quien pretende separar ambas capacidades o incluso oponerlas entre si convierte al juez em líder, opositor e el instrumento del mismo y busca desquiciar al Estado com la ayuda de la justicia (...) Em realidade el acto de Fuhrer correspondió a una jurisdicción auténtica. No está sometido a la justicia sino que constituyó em si la más alta justicia (...) 'Ninguna outra autoridade y menos que nadie los processos judiciales de um tribunal civil, pueden assumir esta terá inmensa – em la que también se concentra todo el peligro político – em lugar del partido o de la AS. Em esto dependen por completo de sí mismos' Así, se agrega esta razón específica, derivada de la cualidad particular del crimen, para convertir al líder político em juez supremo¹².

A ideia de maximização da intervenção punitiva também foi vislumbrada pelo movimento de Lei e da Ordem (*Law and Order*), onde os seus defensores deste pensamento irão partir de dois diferentes pressupostos de divisão social entre “homens bons” e “homens maus” como uma forma de criar medidas repressivas decorrentes de leis penais, impondo penas severas, de longa privação ou, até, de morte:

A segunda grande esfera de reação a maximizar a intervenção punitiva foi o movimento da Lei e da Ordem. A ideia central é dar uma resposta ao fenômeno da

¹¹ GOMES, L.F. **Lei do Abate: inconstitucionalidade**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> Acesso em 29 mar. 2010.

¹² AGUILAR, H. **Carl Schmitt**: teólogo de la política. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 115.

criminalidade com acréscimo de medidas repressivas decorrentes de leis penais ¹³.

Vale ainda ressaltar que reforçar leis penais que acresçam na severidade das penas tiveram expressões aqui no Brasil:

Tais ideias encontram eco, principalmente, na legislação de alguns Estados norte americanos. Entre nós, vemos um preocupante avanço de tais movimentos com a criminalização mais gravosa de determinadas condutas delituosas e com aumento da repressão estatal, sem quaisquer critérios científicos. Para tanto, basta que se vejam os efeitos das famigeradas Leis dos Crimes Hediondos e o do Regime Disciplinar Diferenciado, unanimemente criticada pela doutrina ¹⁴.

Inclusive, vale salientar a existências de doutrinas criminais brasileiras que apontam o aspecto dos antigos regimes totalitários que geram um Direito do Sujeito; voltado não a incidência de um fato, mas acusando perseguições penais (*persecutio criminis*) sobre características pessoais, concepções filosóficas, religiosas, enfim, incidência sobre subjetividades quando, por exemplo, fazem uma crítica ao RDD – Regime Disciplinar Diferenciado previsto e regulamentado na LEP – Lei de Execuções Penais, inclusive tal crítica ganhou alcunha de “Execução Penal do Inimigo, em que pese esta vertente crítica ao RDD - Regime Disciplinar Diferenciado da LEP – Leis de Execuções Penais restringe-se ao campo doutrinário, haja vista que o entendimento do STJ – Superior Tribunal de Justiça é bastante majoritário no sentido de reconhecimento e legitimidade do regime disciplinar diferenciado previsto na Lei de Execuções Penais.

Nesse contexto em retratar hipóteses que vislumbrem medidas autocráticas e conservadoras em plena vigência de um regime democrático que questionem acerca do Regime Disciplinar Diferenciado também ganha significativa relevância, pois se atrelam aos presos que sejam apontados como de alto risco para sociedade e segurança do estabelecimento, ou com suspeitas de participação em organização criminosa.

¹³ SHECAIRA S. S. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**. p. 170

SHECAIRA S. S. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**. p. 171

O RDD – Regime Disciplinar Diferenciado incide nos presos suspeitos de envolvimento em organizações criminosas para conseguir ser aplicada, afastando-se de um Direito Penal do Fato para um *persecutio* contra subjetividades (Direito Penal do Autor), aplicando uma sanção pelo que supostamente tenha feito.

O estabelecimento de um Direito Penal do Autor é um retrocesso em termos de colocar o *persecutio criminis* a serviço da discriminação e da uniformidade política que pregava o discurso dos teóricos totalitários na definição estatal de estereótipos, valendo, inclusive, a lamentável lembrança da contravenção da vadiagem que estava prevista no artigo 59 do Decreto-Lei 3688/41.

O STJ – Superior Tribunal de Justiça (2006) tem entendido o RDD – Regime Disciplinar Diferenciado como uma medida necessária dentro dos estabelecimentos penitenciários, inclusive atendendo a proporcionalidade.

Porém, é curiosa a expressão desta doutrina minoritária que intitula esta crítica ao RDD – Regime Disciplinar Diferenciado quando alcunha a Lei de Execuções Penais de “Execução Penal do Inimigo”, pois essas noções de amigo e inimigo possuem uma tradição com pensamentos conservadores mais radicais que buscam a definição de um inimigo político para defenderem violações de direitos humanos, tal como no exemplo da famosa “Lei do Abate” que alterou o Código Brasileiro da Aeronáutica:

Os conceitos de amigo, inimigo e luta adquirem seu real sentido pelo fato de terem e manterem primordialmente uma relação com a possibilidade de aniquilamento físico. A guerra decorre da inimizade, pois esta é a negação ontológica de outro ser. A guerra é apenas a realização extrema da inimizade. Ela não carece de ser algo de cotidiano, algo normal, nem precisa ser compreendida como algo de ideal ou desejável, contudo precisa permanecer presente como possibilidade real, enquanto o conceito de inimigo tiver sentido¹⁵

¹⁵ SCHIMITT, C. **O conceito de político**. Tradução de Alvaro L. M. Valis. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 59.

Por isso que este pensamento defende a necessidade estatal, como uma unidade política, de determinar um inimigo interno:

Esta necessidade de satisfação dentro do Estado leva, em situações críticas, a que o Estado, enquanto unidade política, enquanto se mantém, determine por si mesmo também o 'inimigo interno'.¹⁶.

A conhecida "Lei do Abate" é uma suspensão salutar de direitos e garantias fundamentais, tais como, presunção de inocência e contraditório, além de introduzir uma medida de guerra quando a guerra ainda não está declarada, pois a Constituição de 1988 é muito clara no que tange a possibilidade da pena de morte em caso de guerra declarada.

A copa do mundo realizada no Brasil em 2014 reforçou o apoio da presidência à "Lei do Abate", atentando-se investimentos e organização militar em eventos esportivos de dimensões internacionais como este de 2014 que ocorreram, em tese, em vigência de normalidade democrática e as várias notícias de militares e aeronaves da Força Aérea se posicionam para garantir a segurança do evento é algo releva estudos sobre noções do que seria normal e anormal quando a sensação de insegurança e as crises que constantemente assolam este momento de pós-modernidade.

Vale um retorno as discussões no âmbito internacional, uma vez que não dá para negar a movimentação militar em eventos de cunho desportivos, tal como este da Copa Fifa 2014, pois há um receio de significativa influência desta vertente mais radical que teve sua ascensão após os ataques terroristas de 11 de setembro contra as Torres Gêmeas, em Nova York, pois foi, justamente, a concepção filosófica utilizada para legitimação da guerra ao terror, de sorte que o próprio Jakobs faz referência ao episódio em um curioso artigo escrito em 2004, intitulado "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht" (Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo):

"A quem tudo isso ainda pareça obscuro, a este seria proporcionado um esclarecimento relâmpago através de uma

¹⁶ SCHIMITT, C. **O conceito de político**. p. 92

referência aos fatos de 11 de setembro de 2001. O que, no caso do delinquente cotidiano ainda é natural, tratá-lo não como indivíduo perigoso, mas como pessoa que age de modo errado, já se torna difícil, como mostrado agora mesmo, no caso de autor por tendência, ou no caso de autor integrado em uma organização, (...) e culmina no caso do terrorista, como quem aqui é designado aquele que nega, em princípio, a legitimidade da ordem jurídica, e por isto se propõe a destruir a ordem jurídica¹⁷.

Existe uma obra do professor espanhol Jesus Maria Silva Sanches intitulada "A Expansão do Direito Penal"¹⁸ que atrai assuntos bastante recorrentes, dentre os quais, o Direito Penal dos Riscos, Direito Penal Moderno, Direito Penal das Velocidades e o famoso "Direito Penal do inimigo" onde está inserido no que diz respeito à aclamada "terceira velocidade", resgatando um modelo de pena de prisão por excelência, já que, dentro desta vertente, inconcebível falar em penas alternativas para crimes de terrorismo.

Vale, também, ressaltar que não há um ineditismo absoluto de Günter Jakobs quanto a este pensamento, pois podemos verificar construções muito mais antigas às anunciações de Günther Jakobs no final do século XX, por exemplo, em obras literárias como "O Conceito de Político" de Carl Schmitt, onde noções de amigo e inimigo são retomadas a partir dos ideais de homogeneização social passando pelas noções de política que, por sua vez, relaciona-se a ideia de Estado como garantidor do monopólio do poder, sendo até uma crítica do jurista alemão à democracia que submete o Estado à sociedade civil, dando margem a uma luta de particulares para defesa de seus interesses perante o poder.

2. DOS DISCURSOS DE LEGITIMAÇÃO: UM COMPARATIVO COM VERTENTES AUTOCRÁTICAS

Carl Schmitt é considerado, por muitos, o filósofo do nazismo e retomou noções muito próximas por meio das ideias de valor e não valor em um famoso texto

¹⁷ JAKOBS G. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. **HRRS**: Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht, März 2004, Caderno 3, p. 88-95. Disponível em: <<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/04-03/indez.php3?seite=6>>. Acesso em: 19 jan. 2015. p. 88.

¹⁸ SILVA SANCHES, Jesús-Maria. A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo. RT, 2002.

escrito após a Segunda Guerra Mundial chamado "*Die Tyrannei der Werte*" de 1960 que é bastante relevante principalmente no campo da atualidade onde vigora a força normativa dos princípios, pois tal trabalho não deixa de ser um referencial na filosofia dos valores.

Pontos bastante reiterados como "O valor maior tem direito e até mesmo o dever de submeter o valor inferior, e o valor, como tal, tem toda a razão de aniquilar o sem valor como tal"¹⁹ que podemos encontrar na tradução de Anima Schmit de Otero são bastante relevantes para alguns paralelos com o Direito Penal do Inimigo.

O figurativamente chamado inimigo invoca um Direito Penal para um estado de guerra (de exceção interna), colocando a definição do inimigo no campo da política criminal que irá responder quais as qualidades e peculiaridades para que alguém seja tratado como tal, sendo uma nítida referência a um modelo proibido do Direito Penal do Autor.

Perceba, por exemplo, esta concepção dentro do que a nossa doutrina chamou de *iter criminis*, onde a definição de quem seria este inimigo poderá se estender para a punição na fase da cogitação, inclusive com peculiaridades práticas muito suspeitas verificáveis no próprio episódio do ataque terrorista as Torres Gêmeas, em Nova York, como o excesso de normas penais em branco que são preenchidas por decretos e portarias expedidas pelo Poder Executivo como atos essencialmente militares.

Ainda no âmbito internacional, existe uma significativa crítica acerca do tratamento de imigrantes clandestinos nos Estados Unidos e em países europeus, pois já há algum tempo que se denuncia que a política criminal, principalmente, europeia vem elegendo o imigrante como inimigo dos Estados e o uso do Direito Penal como forma de repelir o chamado clandestino imigrante.

O autor da obra "*Política criminal de La Exclusión*" de autoria de José Angel Brandariz Garcia; defende, justamente, o sistema penal como uma forma de

¹⁹ SCHIMITT, C. La Tirania de los valores. Tradução de Anima Schmitt de Otero. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, n. 115, p. 65-81, Enero-Febrero 1961. p. 75.

governo ou de gestão de exclusão social²⁰; valendo a extensão para a exclusão atualmente verificável do Direito Penal Italiano de exclusão do imigrante.

A Política Criminal têm sido orientada no sentido de repelir o imigrante, por isso a criação do agravante penal da clandestinidade ou, no exemplo italiano, a criação do crime de clandestinidade que, por ser permanente, admite flagrante a qualquer tempo, responsabilizando o clandestino imigrante que poderiam ser tratado administrativamente com meios bem menos severos, tais como, deportação, assegurando a "*ultima ratio*" e princípios como a intervenção mínima do Direito Penal, valendo inclusive asseverar a distinção entre o amigo e o inimigo que tem sido usado contra o imigrante clandestino:

A distinção especificamente política a que podem reportar-se as ações e os motivos políticos é a discriminação entre amigo e inimigo [...] a possibilidade do reconhecimento e entendimento correto e, com isto, a competência de opinar e julgar dá-se, aqui, apenas pela participação e pelos interesses existenciais. O caso extremo de conflito só pode ser decidido pelos próprios interessados; a saber, cada um deles tem de decidir por si mesmo, se a alteridade do estrangeiro, no caso concreto do conflito presente, representa a negação da sua própria forma de existência, devendo, portanto, ser repellido e combatido, para preservação da própria forma de vida, segundo modalidade de ser.²¹

O receio de forças opositoras internas ascenderem a ponto de alcançarem o poder acerca do que seria o caso de guerra:

Se as forças opositoras econômicas, culturais ou religiosas forem tão fortes a ponto de, por si sós, determinarem a opção acerca do caso de guerra, estas tornam-se justamente a nova substância da unidade política.²²

Perceba que discursos como do ex-prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani, em sua famosa política do "Zero Tolerance"²³ que se defendem no sentido de se

²⁰ GARCIA, José Angel Brandariz. **Política Criminal de la Exclusión**. Granada: Comares, 2005, p. 293.

²¹ SCHIMITT, C. **O conceito de político**. p. 51-52.

²² SCHIMITT, C. **O conceito de político**. p. 65

²³ CAUCHON, D. **USA Today**: Education News, 1999.

tratar de uma situação de perigo e de se tratar de crises da segurança pública são os exatos argumentos usados por pensamentos mais radicais que justificaram medidas intolerantes no fim de reestabelecimento da ordem e da segurança:

Com el fin de poner em claro esta distinción, voy a permitirme anticipar una exposición que hago em outro lugar y traer aqui colación el estado de excepción regulado el art. 48 de la Constitución alemana del 11 de agosto de 1919, toda vez que arroja tanta luz sobre el desarrollo antes mencionado que él mismo resulta incomprensible sin este desarrollo Según la sec. 2 deste articulo, si em el Reich alemán se altera o pone em pelifro gravemente la seguridad y el orden públicos, el presidente del Reich puede adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de la seguridad y el orden públicos, interviniendo em caso necesario com la ayuda de las fuerzas armadas.²⁴

Neste ponto é que surgem discussões sobre um possível fantasma do *Fuhrer* que, para alcançar seus objetivos de restabelecer a ordem e a segurança, podem suspender direitos humanos e fundamentais constitucionalmente protegidos:

[...] el que para alcanzar este fin (es decir, el restablecimiento de la seguridad y del orden públicos) el presidente del Reich puede suspender temporalmente la vigencia (el lapso no está limitado de uma manera precisa), de todos o de parte de los derechos fundamentales establecidos em el art. 114 (libertad personal), art. 115 (inviolabilidad del domicilio), art. 117 (secreto de la correspondência y del correo), art. 118 (libertad de prensa y de censura). Art. 123 (libertad de reunión), art. 124 (libertad de asociación) y art. 153 (propriedade privada)²⁵.

As medidas intolerantes que deflagram o *Fuhrer* na atualidade, defendem suas medidas intolerantes com causídicos emergenciais, uma espécie de autorização no caso concreto para o ilimitado:

El presidente del Reich puede adoptar, según esto, todas las medidas necesarias, si bien su necesidad es apreciada por su próprio arbitrio, de acuerdo com la situación de las cosas.

²⁴ SCHIMITT, C. **La dictadura**. Tradução de Jose Diaz Garcia. Madrid: Revista Occidente, 1968. (Biblioteca de Política y Sociología). p. 257

²⁵SCHIMITT, C. **La ditadura**. 259-260.

*Por ello puede también, como admitió el ministro de justicia del Reich, Schiffer em la Asamblea Nacional, cubrir ciudades com gases venenosos si em caso concreto es esta la medida necesaria para el restablecimiento de la seguridad y del orden. Aquí no existe ninguna limitación como tampoco existe em ningún outro obstáculo a lo que exija la situación de las cosas para alcanzar um fin.*²⁶

Neste discurso a Constituição aparece como algo que deve ser defendido e que justificaria a suspensão dos direitos e garantias:

*La ditadura comisarial suspende la Constitución in concreto, para proteger la misma Constitución em su existência concreta. Desde siempre se há repetido el argumento (sobre todo y com mayor frecuencia desde Lincoln) de que si la existência de la Constitución nestá amenazada. Debe asegurarse mediante uma suspensión temporal de la misma (...) La Constitución puede ser suspendida sin dejar de tener validez, pues la suspensión solamente significa uma excepción concreta*²⁷.

Por isso, também, a necessidade de distinguir entre o amigo e o inimigo: "Les parecerá inaudito que el Estado alemán actual posea la fuerza y la voluntad necesarias para distinguir entre sus amigos y enemigos"²⁸.

Valendo, assim, pontuar os argumentos que revitalizam o *Fuhrer*, dentre os quais, reestabelecimento da ordem, questão de segurança pública (não que a segurança pública não seja algo imprescindível de alcançar, porém a forma de sua atuação é o questionamento da proposta), busca de validade da própria norma autorizando suspensão da mesma:

O Estado, como a unidade política decisiva, concentrou um enorme poder (Befugnis); a possibilidade de fazer guerra e de com isso dispor abertamente sobre a vida dos homens. Pois jus belli inclui uma tal disposição; ele significa a possibilidade dupla: de exigir dos que pertencem ao próprio povo prontidão para morrer e para matar, e de matar homens que estejam do lado do inimigo. A função bem desempenhada de um Estado normal consiste porém sobretudo em produzir no interior do Estado e de seu

²⁶SCHIMITT, C. **La ditadura**. p. 258

²⁷ SCHIMITT, C. **La ditadura**. p. 181-182

²⁸AGUILAR, H. **Carl Schmitt**: teólogo de la política. p. 118.

território uma satisfação completa, estabelecer 'tranquilidade, segurança e ordem', e assim criar a situação normal que é pressuposição para que as normas jurídicas possam valer, porque cada norma pressupõe uma situação normal e nenhuma norma pode ter validade para uma situação frente a ela é totalmente anormal²⁹.

Os atos e medidas intolerantes em momentos de crises são o terreno fértil de legitimidade e de pensamentos mais radicais ou que, pelo menos, aproximam-se da ideia do *Fuhrer* na realidade da pós-modernidade, a autora Vera Karam de Chueiri afirma, sobre esses atos, que:

O ato do soberano, que é um ato de vontade, enseja uma decisão que assevera a sua autoridade e a qual, no entanto, está fora do direito. A esta situação Carl Schmitt se refere como exceção soberana, a qual se torna, pois, a condição de possibilidade de validade da norma jurídica e o sentido do poder do Estado³⁰.

A crítica de uma atualidade contra a ascensão funcional de políticas públicas que deveriam ser tomadas pelo parlamento, mas que ascende o Poder Judiciário em detrimento aos outros e que ficou conhecida como ativismo judicial, sonda, justamente, uma confusão decorrente de crises de poderes que não conseguem mais alcançar seus objetivos e se respaldam entre si, inclusive em casos em que cresce o receio de uma decisão anômala de conteúdo abusivo e extrapolação de poderes, quando as construções teóricas sempre pregaram a tripartição desses poderes, de forma que assuntos judiciais não estarem se mesclando com governamentais:

A fines del siglo XVIII, el viejo Habermas vinculó el problema del derecho de emergencia nacional al de la delimitación de los asuntos judiciales y los gubernamentales y declaro que, em caso de correr peligro el Estado o de haber sufrido grandes daños, puede convertir asunto judicial em asunto gubernamental³¹

²⁹ SCHIMITT, C. **O conceito de político**. p. 72.

³⁰ CHUEIRI, V. K. Nas trilhas de Carl Schmitt (ou nas teias de Franz Kafka): soberania, poder constituinte e democracia (Radical). In: FONSECA, R. M. (Org.). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 349

³¹ AGUILAR, Héctor. **Carl Schmitt**: teólogo de la política. p. 116-117.

O italiano Giorgio Agamben, parafraseando Carl Schmitt, um dos grandes pensadores sobre a figura do *Fuhrer*, assevera que o soberano está ao mesmo tempo dentro e fora da lei³².

As medidas que são verificáveis somente em situações de exceção acabam sendo justificadas por crises como uma marca constante da pós-modernidade e que tem sido usada, na maioria dos casos, como o discurso dessas medidas de imperativos estatais e de radicais controles sociais similares aos argumentos usados nos movimentos conservadores de ultradireita dos antigos regimes totalitários que, recorrentemente, reconhecem a instabilidade da crise para buscar o reestabelecimento das aclamadas situações de ordem e de segurança pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho conclui, por meio da metodologia indutiva, adentrando nos episódicos casos de legalizações de exagerados imperativos estatais e radicais controles sociais sempre fundados em um contexto de crise como marca constante da pós-modernidade e sob um mesmo objetivo de reestabelecimento da ordem e segurança pública que acaba coincidindo nas razões legitimadoras das medidas dos antigos regimes totalitários em pleno Estado Democrático.

Podemos vislumbrar nos argumentos de Carl Schmitt a ideia de uma situação de perigo sempre justificadora de medidas de suspensão de prerrogativas fundadas na manutenção da ordem e reestabelecimento da segurança pública.

Portanto, o presente aprofundamento em episódios de radicalismo no exercício estatal de controles sociais que deflagrem similares com a figura pretérita do *Fuhrer* como sendo algo que tem ganhado a contingência para relevantes trabalhos investigativos, haja vista a discrepância de um regime democrático em detrimento a estas medidas de imperativo estatal com similares discursos utilizados pelos teóricos de regimes totalitários do século passado.

³² AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p 23-24.

A sociedade pós-moderna passa por um processo extremamente acelerado, haja vista a tônica da Globalização que pode sofrer influência de fatores até então despercebidos, tais como, influência de atores transnacionais, de sorte que a esfera do Direito não deixa de sentir as mudanças desse movimento global de crise, inserção célere de categorias e, por isso, a geração de fobias, tais como, a problemática do estrangeiro clandestino ou a produção de uma rotina humana pautada na coação e no policiamento, tais como, os ocorridos no programa da *Zero Tolerance*, perdendo o seu significado no que diz respeito à dignidade e que não centraliza a ideia de acolhimento comunitário que compartilha a identidade entre os indivíduos de uma mesma coletividade e que convivem socialmente na percepção do outro.

Portanto, o contexto da sociedade pós-moderna com tantos problemas de crises, policiamentos exacerbados e sensação de insegurança compartilham de um mesmo discurso justificador das medidas de imperativo estatal e radical controle social que avançam em legalizações sem a devida reflexão sobre a plenitude de um Estado Democrático, tais como, a famigerada "Lei do Abate" no Brasil.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGUILAR, H. **Carl Schmitt**: teólogo de la política. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2001.

A POLÍTICA de "tolerância zero" para crimes, que foi adotada com sucesso em nova york, é aplicável ao brasil?. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 26 jan. 2002. Cotidiano. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2601200206.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2015

ASMANN, S. A diferença da biopolítica em Foucault e Agamben. Curitiba. Palestra ministrada no Programa de Pós Graduação em Direito da UFPR 06 maio 2011.

BALDWIN, C. Can there be justice in Guantánamo Bay? **Human Rights Watch**, 18 Feb. 2008. Disponível em: <<http://www.hrw.org/news/2008/02/18/can-there-be-justice-guantanamo-bay>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

DIAS, Norton Maldonado. *Fuhrer* no direito pós-moderno: reflexões acerca do maximalismo estatal em face do princípio constitucional democrático. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.1, 1º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

CAUCHON, D. Zero tolerance policies lack flexibility. **USA Today**: Education News, April 13, 1999. Disponível em: <http://www.usatoday.com/educate/ednews3.htm>. Acesso em: 2 jan. 2010.

CHUEIRI, V. K. Nas trilhas de Carl Schmitt (ou nas teias de Kafta): soberania, poder constituinte e democracia (Radical). In: FONSECA, R. M. (Org.). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.p. 347-377.

GARCIA, J. A. B. **Política Criminal de la Exclución**. Granada: Comares, 2005, p. 293

GOMES, L.F. **Lei do Abate: inconstitucionalidade**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> Acesso em 29 mar. 2010.

JAKOBS G. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. **HRRS**: Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht, März 2004, Caderno 3, p. 88-95. Disponível em: <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/04-03/indez.php3?seite=6>. Acesso em: 19 jan. 2015

SHECAIRA, S. S. Tolerância zero. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, p. 165-176, 2009.

SILVA SANCHES, Jesús-Maria. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo. RT, 2002.

SCHIMITT, C. La Tirania de los valores. Tradução de Anima Schmitt de Otero

SCHIMITT, C. **O conceito de político**. Tradução de Alvaro L. M. Valis. Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. La Tirania de los valores. Tradução de Anima Schmitt de Otero. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, n. 115, p. 65-81, Enero-Febrero 1961.

_____. **La dictadura**. Tradução de Jose Diaz Garcia. Madrid: Revista Occidente, 1968. (Biblioteca de Política y Sociología).