

O resquício do *Fuhrer*, relatando medidas maximalistas por parte do estado democrático*

The Fuhrer vestiges: reporting maximalist measures by the democratic state

DIAS MALDONADO NORTON
maldonadodias@hotmail.com.br

RESUMO A realidade democrática na pós-modernidade é marcada por significativas mudanças decorrentes da globalização, sendo este um dos fatores para novos contornos no modelo estatal e no seu precedente de regência e atuação diante de uma sociedade cada vez mais complexa. O trabalho irá relatar, pelo viés do método indutivo, medidas de radicais controles sociais e imperativos estatais aplicados por parte do Estado em pleno regime democrático como forma de comparar os discursos de legitimação dessas medidas com os discursos utilizados nos superados movimentos mais conservadores de ultradireita que marcaram os regimes totalitários no século passado, com o objetivo de refletir sobre os principais argumentos de legitimação da atuação maximalista por parte do Estado na atualidade democrática assolada por tantas crises, instabilidades, insurgências de novos grupos e categorias sociais, geração de fobias e manifestos favoráveis à tolerância e outros tantos problemas responsáveis por uma realidade cada vez mais complexa.

Palavras-chave: REGIMES TOTALITÁRIOS; ESTADO DEMOCRÁTICO; GLOBALIZAÇÃO.

* Artigo dedicado à disciplina e ao trabalho do professor Roberto Bueno, da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), que desenvolveu trabalhos junto ao programa de mestrado do Centro Universitário Eurípedes de Soares da Rocha (Univem – Marília – São Paulo) na disciplina “Conservadorismo de Burke a Schmitt”; também aos amigos Caio Lopes Ramiro, Fernando Rodrigues Almeida, Marcus Akamine e Giovane Moraes Porto.

Abstract The democratic reality in post modernity is marked by significant changes arising from globalization, which is one of the factors for new contours in the state model and its previous regency and treating of an increasingly complex society. This paper will report, through the inductive method, radical social control measures and state requirements applied by the state in full democracy as a way to compare the legitimacy of speeches of these measures with the discourses used by overcome more conservative movements of extreme right that marked the totalitarian regimes in the last century, in order to reflect on the main arguments for legitimizing maximalist actions by the State in the democratic present moment beset by many crises, instability, uprisings of new social groups and categories, generating phobias and manifestos favorable to tolerance and so many other problems responsible for an increasingly complex reality.

Keywords: TOTALITARIAN REGIMES; DEMOCRATIC STATE; GLOBALIZATION.

INTRODUÇÃO

A presente proposta busca, pelo viés da metodologia indutiva e estruturante, apontar situações da atualidade democrática escolhidas em razão dos discursos que justificaram significativos imperativos estatais, inclusive galgando a legitimidade do direito, podendo, no conjunto com outros não abordados, representar emblematicamente um aumento cada vez mais comum das posturas estatais maximalistas que possam estar contribuindo para um processo de inserção na compreensão da normalidade e do cotidiano de uma sociedade confrontada com problemas cada vez mais complexos, dentre os quais o terrorismo, o anonimato das organizações criminosas, utilização da figura do agente infiltrado como forma legal da prática criminosa pelo Estado, problemas da imigração e outros tantos.

A escolha de algumas das medidas maximalistas como forma emblemática de representar outras que não galgaram o crivo desta abordagem está nos discursos e nas teorias de legitimação mais conhecidas que possam configurar um mínimo necessário e suficiente de casos e

de medidas que representem um processo de inserção e aceitação social cada vez mais comum e ordinário no cotidiano social democrático (critério do mínimo necessário e suficiente na emblematização e na representatividade da problemática tratada), facilitando o enfrentamento estatal das novas problemáticas que assolam uma realidade social cada vez mais complexa.

A suspeição busca aprofundar episódios bastante pontuais da legislação e da aplicabilidade do direito, por isso a adoção da metodologia indutiva, na qual alguns tratamentos estatais deixam de ser percebidos pelo contexto democrático e de legalidade de imperativos interestatais e internacionais que não deveriam ser conformados com normalidade.

As listagens de pontuais hipóteses conotam uma metodologia indutiva que poderá cumular, no conjunto, um conclusivo de generalização e teorização crítica à vigente realidade democrática, começando pela política da *Zero Tolerance* do ex-prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani, e também a recente alteração do Código Brasileiro de Aeronáutica, que intitulou a nova legislação responsável pela mudança, como a famigerada “Lei do Tiro de Destruição” ou “Lei do Abate”¹ (BRASIL, 2004), autorizadora de aeronaves que podem ser abatidas em pleno voo em situações jurídicas de plena normalidade.

Os problemas e justificativas desta proposta correspondente ao comprometimento democrático com potenciais de aumento dos numerais de aplicações estatais maximalistas trabalharão em torno da hipótese da investigativa concerne à possibilidade de maximalismo estatal sob a égide do modelo democrático e da coincidência do discurso legitimador desses pontuais espaços de Estado Máximo dentro do modelo democrático como forma de compará-los aos discursos utilizados no histórico de outros modelos não democráticos.

Vale uma reflexão atual, inclusive, sobre a movimentação militar no evento internacional esportivo organizado pela Fifa em 2014 (Copa do Mundo), haja vista que, em que pese tratar-se de um evento ligado

¹ BRASIL. Decreto nº 5144, de 16 de julho de 2004. Regulamenta os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 303 da Lei n. 7656, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, no que concerne às aeronaves hostis ou suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins.

essencialmente a fins esportivos, atraiu significativos investimentos por parte do governo federal em preparação de militares em plena vigência do Princípio Democrático.

A proposta ainda trabalhará o exacerbado *persecutio* atinente ao tratamento de imigrantes clandestinos, em que o modelo aplica de modo manifesto um Direito do Sujeito e não do Fato (problemas atuais no tratamento estrangeiro acerca da imigração). E esta abordagem também se estenderá ao famoso exemplo de tratamento internacional atinente aos prisioneiros da *Guantánamo Bay Detention Camp*, em suma, a prisão militar na base naval localizada na ilha de Cuba após os ataques terroristas às Torres Gêmeas em Nova York, em 11 de setembro (BALDWIN, 2008).

Em suma, com propósitos de investigar pontuais episódios de manifesto maximalismo estatal, o trabalho faz uma análise sobre os discursos de legitimação em face ao vigente Princípio Democrático com o fim de relacioná-los com as razões usadas pelos movimentos conservadores de ultradireita que culminaram nos superados regimes totalitários da metade do século passado.

DESENVOLVIMENTO

Sobre o maximalismo estatal no regime democrático

A realidade pós-moderna é caracterizada por reais mudanças e relevantes influências nas relações humanas e no cotidiano social, como a globalização, as radicais alterações no modo de produção e na relação de concorrência mercadológica acentuada, bem como o fenômeno comunicativo sem fronteiras, a destruição em alta escala do meio ambiente e, sobretudo, constantes momentos de crises (SHECAIRA, 2009, p. 169).

O contexto de crises que marcam a atualidade desperta de forma quase que natural uma consciência de obediência, produzindo artificiais padrões comportamentais formados pela vigilância e pelo policiamento que acabam orientando no sentido dos lugares mais desenvolvidos para os mais escassos, reduzindo o sentido da dignidade, respeito e sentimento comunitário que incentive e oriente a noção do convívio em sociedade e percepção do semelhante:

Na passagem da modernidade para a pós-modernidade, mudanças sociais atingiram o relacionamento do indivíduo com outros indivíduos. [...] É que as comunidades autossustentadas e autorreprodutivas 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 à dignidade, mérito ou honra. (SHECAIRA, 2009, p. 169).

Por isso é que relevam os estudos e investigações na atualidade e, principalmente, no que diz respeito ao apontamento de comparações de algumas medidas estatais bastante atuais em face de traços autocráticos de medidas verificáveis no tempo dos regimes autocráticos conservadores que valem a atenção, haja vista a égide de uma atualidade entendida como democrática.

As constantes crises que assolam a conjuntura geram necessidades e algumas exigências que merecem a atenção quando o controle dessas crises e do surgimento de novas categorias pode gerar exageros na repressão e, inclusive, fobias decorrentes do próprio fenômeno de globalização:

Podem ser citados, dentre outras formas de expressão desse sentimento de insegurança (apropriado por uma nova direita), 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. (SHECAIRA, 2009, p. 170).

Analisar a atual conjuntura de pós-modernidade exige o intento de relacioná-la com medidas que não signifiquem um retrocesso e, principalmente, investigar e atentar aos argumentos de legitimação dessas medidas em detrimento das razões utilizadas em tempos que devem ser

tidos como superados, principalmente no que diz respeito às formas de controle social.

Portanto, vale o comparativo de posturas estatais tomadas em uma realidade de céleres mudanças e de uma pós-modernidade de constantes crises como uma forma de não perder de vista os limites para os controles sociais exigidos e que não podem desencadear uma série de medidas pontuais que, no conjunto, arrisquem o regime democrático para o qual a sociedade evoluiu.

Neste contexto, vislumbrar os erros da figura de um *Fuhrer* como uma forma de prevenir e evitar seu retorno despercebido por uma sociedade que já o superou começa fazer sentido, de modo a deflagrar e pontuar medidas estatais bastante pontuais que ganham destaque por serem anômalas quando colocadas diante do regime democrático vigente e os argumentos utilizados por uma ou outra medida que, em seu conjunto, podem desencadear algo mais genérico e perigoso.

A proposta é relembra uma *ratio* mais perigosa, ou mesmo argumento, que devemos observar com maior cautela quando signifique a suspensão estatal de prerrogativas, principalmente do ponto de vista da ordem e segurança nacionais, que são as mais recorrentes.

Aponta-se, primeiramente, o famigerado o exemplo internacional 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 setembro (BALDWIN, 2008).

Não só neste exemplo, porém, que podemos verificar imperativos mais fortes por parte do Estado, mas também a ordem emitida pelo governo norte-americano em 2001 que permitiu a detenção e julgamento por um tribunal especial (juiz de exceção) quando a pessoa é suspeita de prática de terrorismo (ASMANN, 2011), em razão dos famosos atentados de 11 de setembro de 2001.

Não podemos deixar de fazer significativa menção à famosa política que ainda releva significativas investigações científicas, correspondente à *Zero Tolerance*, pensada e aplicada por Rudolph William Louis Giuliani, do prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani (CAUCHON, 1999).

É nesse contexto que essa política tenta ganhar legitimação em pleno regime democrático pelo viés de uma significativa redução da criminalidade no tempo de seu respectivo mandato no início de janeiro de 1994 a 31 de dezembro de 2002.

Tal política de manifesto maximalismo estatal como forma de controle de algumas das crises que assolam a realidade pode, inclusive, ser vislumbrada ao lado de outros movimentos, dentre os quais o Direito Penal do Inimigo e o Movimento de Lei e Ordem.

Vale lembrar que o programa tolerância zero teve seus primeiros aparecimentos em um trabalho denominado “*Broken Windows: the police and neighborhood safety*”, por volta de 1982, e que embasou a chamada “Teoria das Janelas Quebradas”, defensora, dentre outras coisas, de um pensamento em que a tolerância de pequenas infrações pode gerar liberalidade para ocorrência de delitos mais graves (SHECAIRA, 2009, p. 166).

Deve-se observar que ideários nesse sentido não estão remotos da realidade brasileira e a cogitação sobre a adoção de políticas similares, por exemplo, pelo governo do Estado de São Paulo, é forte prova disto:² “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 Estado” (A POLÍTICA..., 2002).

Não só no campo das discussões, porém, que podemos perceber no Brasil imperativos que valem a presente investigação, haja vista começarmos pela curiosa alteração do Código Brasileiro da Aeronáutica, que autorizou aeronaves serem abatidas em pleno voo com base em suposições de tráfico de drogas, invocando significativas observações constitucionais acerca da pena de morte no Brasil, que deve figurar com excepcionalidade na hipótese de guerra declarada nos termos do artigo 84, inciso XIX, da Constituição Federal de 1988, de modo que a lei galgou inclusive alcunha aclamando de “Lei do Abate” (GOMES, 2009).

² Cogitações apontadas pelos pesquisadores em uma reportagem do jornal *Folha de S. Paulo*, no caso, Llanud, Instituto Latino Americano das Nações Unidas, Tulio Kahn e o sociólogo Sérgio Adorno, pertencentes ao Núcleo de Estudos da Violência da USP.

A legitimação de uma autoridade ou juiz supremo justificado por uma situação de grande perigo, sem afastar o aspecto funcional, inclusive não reconhecendo uma autoridade constitucional superior, é salutar no texto de um dos teóricos autocráticos mais destacados “*El Fuhrer Defiende el Derecho*”:

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 virtud de su capacidad de líder [...] El auténtico líder es siempre también juez. Quien pretende separar ambas capacidades o incluso oponerlas entre sí convierte al juez em líder, opositor e el instrumento del mismo y busca desquiciar al Estado con la ayuda de la justicia. [...] Em realidad 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 otra autoridad y menos que nadie los procesos judiciales de un tribunal civil, pueden asumir esta tendrá inmensa – en la que también se concentra todo el peligro político – en lugar del partido o de la AS. En 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 supremo. (AGUILAR, 2001, p. 115).

Esses preceitos maximalistas alcançaram o movimento que ficou conhecido como “Lei e Ordem” (*Law and Order*), que pregava a dicotomia social entre uma espécie de “homens maus” e outra de “homens bons” como forma de gerar medidas repressivas decorrentes da elaboração de legislações criminais com severas penas que oscilavam desde intensas privações e até mesmo a 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 criminalidade com acréscimo de medidas repressivas decorrentes de leis penais” (SHECAIRA, 2009, p. 170).

Expressões no Brasil deste pensamento foram vislumbradas pelo viés da severidade com que eram aplicadas:

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. (SHECAIRA, 2009, p. 171).

O Direito Criminal brasileiro também pode ser apontado quando vertentes doutrinárias significativas percebem no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) uma auferível medida em termos de considerar subjetividades e características pessoais, concepções filosóficas, religiosas como critérios relevados e baseados em meras suspeições na fixação deste regime previsto na Lei de Execuções Penais (LEP), em medida certo Direito Penal do Sujeito no decorrer das Execuções Criminais previstas, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já tenha afirmado entendimento majoritário no sentido da perfeita legitimidade deste regime das execuções criminais (BUSATO, 2004).

Ocorre que o RDD incide sobre suspeições que questionam o regime democrático quando, por exemplo, categorizam presos como de alto risco para sociedade e segurança do estabelecimento ou com suspeitas de participação em organização criminosas.

Lembrando, também, as hipóteses de suspeitas de envolvimento em organização criminosas, afastando o modelo vigente de um Direito Penal do Fato para um *persecutio* contra personalidades e se aproximando muito do proclamado Direito Penal do Autor.

O processo de evolução jurídico e político entende o Direito Penal do Autor, um retrocesso que deve ser afastado, de modo que a ideia é orientar o *persecutio criminis* no sentido de afastar modelos discriminatórios e de uniformidades políticas, onde não deve mais ser prevale-

cido discursos teóricos totalitários na definição estatal de estereótipos, valendo menção a aplaudida revogação da contravenção da vadiagem que incriminava um modo de se viver e que não faz muito tempo estava prevista no artigo 59 da Lei das Contravenções Penais³.

Vale reiterar o Superior Tribunal de Justiça (STJ) (2006) tem entendido pela legitimidade e perfeita constitucionalidade do RDD, inclusive como medida necessária para ordem no respectivo estabelecimento penitenciário, em que pese doutrinariamente a crítica contrária ao RDD usa seus argumentos para alcinhar uma “Execução Criminal do Inimigo”, referenciando, justamente, os problemas nos critérios de aplicação deste regime na disciplina dos presos.

Porém, no Brasil, o Direito Penal do Inimigo ganha significativa relevância quando, por exemplo, o Código Brasileiro da Aeronáutica é alterada pela intitulada “Lei do Abate”, sendo bastante perceptível a configuração a definição de um inimigo político, são aplicações desses preceitos mais imperativos que alteram o modo de valorar algumas categorias, justamente, por estar assentada nessas mudanças a dicotomia e a diferenciação que deve ter um grupo antes de sofrer do ordenamento punições mais específicas:

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 sentido. (SCHMITT, 1992, p. 59)

A necessidade estatal, dentro da vertente de definir uma categoria para ser extirpada ou reajustada na respectiva perspectiva do poder, precisa ser manifestada em uma unidade política e determinadora de

3 BRASIL. Decreto-lei nº 3688, de 3 de outubro de 1941. Dispõe sobre a Lei das Contravenções Penais.

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’.” (SCHMITT, 1992, p. 59).

A conhecida “Lei do Abate” é, justamente, esta suspensão de prerrogativas que deixa pontualmente de vislumbrar garantias como presunção de inocência, contraditório, ampla defesa ou mesmo excepcionalidade da morte em guerra declarada para ter a aeronave abatida em nítida suspeição, por exemplo, de carregamento de drogas e tráfico.

Eventos esportivos de dimensão internacional ganham uma conotação militar e são assoladas por conceitos maximalistas pelo temor das crises que assolam a atualidade, de modo que não foi diferente na Copa do Mundo de 2014 realizada no Brasil que reforçou o apoio da presidência quanto a “Lei do Abate” e a conotação acusada quando foram divulgados investimentos e movimentações militares, em que pese a vigência de normalidade democrática, fenômeno que relevam estudos sobre conjunto de medidas similares sempre pautadas nos discursos de segurança e ordem.

Nesse contexto é que o ponto retorna para a esfera internacional, pois temos que admitir a influência dos ataques terroristas de 11 de setembro contra Torres Gêmeas, em Nova York, como fator preponderante na legitimação de medidas maximalistas e imperativas pautadas na intitulada “Guerra ao Terror” e de vertentes filosóficas que têm Jakobs entre um de seus defensores, que cita este mesmo episódio em seu trabalho “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 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 jurídica. (JAKOBS, 2004, p. 88).

O professor espanhol Jesus Maria Silva Saches possui uma obra chamada “A expansão do direito penal” que, dentre os temas tratados, trabalha o direito penal moderno e o direito penal das velocidades, de modo que o autor destaca o direito penal do inimigo como sendo uma vertente inserida a chamada “terceira velocidade”, relevando a pena de prisão por excelência, haja vista que as conhecidas penas alternativas são inconcebíveis para este pensamento, principalmente no que tange aos crimes que referenciam o terrorismo.

Devemos lembrar, inclusive, que a construção de amigo e inimigo e preceitos que tenham por detrás de suas previsões propósitos de categorização social não é algo inédito em alguns dos embasamentos teóricos atuais ou argumentos de alguns discursos que, nesse retrato de reiteradas crises, por exemplo, podemos vislumbrar em autores como Günther Jakobs no final do século XX, haja vista que obras literárias mais antigas, como *Conceito de político*, de Carl Schmitt já trabalharam muito bem essas noções e, por isso, vale o comparativo de discursos mais antigos usados em regimes já superados terem similaridade com argumentos atuais legitimando imperativos mais severos tentando controlar essas reiteradas crises e oscilações.

DOS DISCURSOS LEGITIMADORES: UM PARALELO ENTRE VERTENTES AUTOCRÁTICAS DIANTE DOS IMPERATIVOS ATUAIS

Em que pese este autor negasse o nazismo, Carl Schmitt foi, sem sombras de dúvidas, um dos maiores teóricos a contribuir para a legitimação do regime totalitário. Retomando noções muito próximas de amigo e inimigo, escreveu, após a Segunda Guerra Mundial, por volta de 1960, a obra *Die Tyrannei der Werte*, que acaba por ser relevada na atualidade com a ascensão dos princípios que galgaram a força normativa no pós-positivismo.

Neste trabalho é bastante perceptível trechos como “O valor maior tem direito e até mesmo dever de submeter o valor inferior, e o valor, como tal, tem toda a razão de aniquilar o sem valor como tal” (SCHMITT, 1961, p. 75), atentando-se, assim, para trechos que demonstrem significativa similaridade com o denominado Direito Penal do Inimigo.

O estado de guerra é invocado quando se compreende uma categoria como inimiga, dentre tantos segmentos da atualidade evoluindo no célere processo de globalização, deslocando o inimigo para a seara da política criminal, que será o campo onde questões como peculiaridade e características a serem consideradas para que alguém receba o tratamento são um manifesto retrocesso ao modelo do direito penal do autor.

Vale lembrar que um dos recortes do pensamento sobre o inimigo modifica a noção da punibilidade no *iter criminis*, pois no modelo do inimigo antecipa a punibilidade para a fase da cogitação que ganha o âmbito de um juízo. Para comprovar essa prática basta retornar ao tempo de tremor e receio que se viveu em Nova York após o episódio do ataque terrorista às Torres Gêmeas, marcado pela exacerbação de normas penais em branco que eram preenchidas por numerários intensos de decretos e portarias expedidas pelo Poder Executivo como atos substancialmente militares.

O tratamento de imigrantes clandestinos nos Estados Unidos e em países do continente europeu tem sido uma nova categoria que tem sofrido duras formas de tratamento que ultrapassam a dimensão dos fatos e começam a aludir a peculiaridades subjetivas e o uso do direito penal desses países para repelir duramente suas diferentes formas de inserção.

Há, inclusive, uma obra intitulada *Política criminal de la exclusión*, elaborada por José Angel Brandariz Garcia, que retrata justamente a elevação do imigrante clandestino a um tratamento estranho aos regimes democráticos e com significativa proximidade de um inimigo estatal.

O repúdio ao imigrante clandestino têm sido uma orientação na política criminal nesses países e a situação italiana da criação do delito de clandestinidade do imigrante, por ser permanente e admitir flagrante a qualquer tempo, responsabilizando criminalmente alguém que poderia receber tratamento administrativo da deportação e assegurando a

posição excepcional de *ultima ratio* da seara criminal, é um exemplo manifesto desta nova orientação que roga pela dicotomia entre um amigo e um inimigo:

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. (SCHMITT, 1992, p. 51-52).

Quando as categorias, forças religiosas, políticas e insurgentes surgem no contexto do processo de globalização e a tentativa de superação de fobias ousa uma dimensão maior que acaba sendo responsável pela geração de um receio de forças que se opõem às centralizadas no poder, configura-se, nesse momento, um despertar para 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” (SCHMITT 1992, p. 65).

Foi deste modo que políticas como a do ex-prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani, em sua famosa política do *zero tolerance* (CAUCHON, 1999), responderam a uma determinada crise que foi vivenciada naquele tempo. Esses discursos são os mais recorrentes sempre no sentido *periculum* e oscilações quanto à segurança pública são medidas mais severas e até intolerantes no sentido de reestabelecer a ordem e a segurança:

Con el fin de poner en claro esta distinción, voy a permitir-me anticipar una exposición que hago em otro lugar y traer aquí 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 dese artículo, si en el Reich alemán se altera o pone em peligro 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 en caso necesario con la ayuda de las fuerzas armadas. (SCHMITT, 1968, p. 257).

Os discursos que legitimam imperativos estatais, em que pese pontuais, podem ganhar uma dimensão intensa de reiteraões que se fazem merecedoras de uma significativa reflexão sobre o Fuhrer no reestabelecimento da ordem e segurança em uma realidade de pós-modernidade marcadas pelas constantes crises que suspendem direitos humanos e fundamentais constitucionalmente garantidos:

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 una 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 correspondencia y del correo), art. 118 (libertad de prensa y de censura). Art. 123 (libertad de reunión), art. 124 (libertad de asociación) y art. 153 (propiedad privada). (SCHMITT, 1968, p. 259-260).

Os imperativos desmedidos e exagerados por parte estatal na atualidade esgotam-se em episódios de urgência e instabilidade como um modo de buscar a autorização para resolver o caso concreto com o ilimitado:

[...] presidente del Reich puede adoptar, según esto, todas las medidas necesarias, si bien su necesidad es apreciada por su propio arbitrio, de acuerdo con la situación de las cosas. Por ello puede también, como admitió el ministro de justicia del Reich, Schiffer en la Asamblea Nacional, cubrir ciudades con gases venenosos si en caso concreto es esta la medida necesaria para el restablecimiento de la seguridad y del orden. Aquí no existe ninguna limitación como tampoco existe en ningún otro obstáculo a lo que exija la situación de las cosas para alcanzar un fin. (SCHMITT, 1968, p. 258).

Nesse momento a pressão de orientar o texto constitucional para uma interpretação que conforme a suspensão de prerrogativas, mas, justamente, as proteja no momento de crise que se vivencia, pois o instrumento textual constitucional no momento de crise e oscilações será para o debate:

[...] dictadura comisarial suspende la Constitución in concreto, para proteger la misma Constitución en su existencia concreta. Desde siempre se ha repetido el argumento (sobre todo y con mayor frecuencia desde Lincoln) de que si la existencia de la Constitución está amenazada. Debe asegurarse mediante una suspensión temporal de la misma [...] La Constitución puede ser suspendida sin dejar de tener validez, pues la suspensión solamente significa una excepción concreta. (SCHMITT, 1968, p. 181-182).

Assim, surge a contingência que categoriza o amigo e o inimigo: “parecerá inaudito que el Estado alemán actual posea la fuerza y la voluntad necesarias para distinguir entre sus amigos y enemigos” (AGUILAR, 2001, p. 118). Portanto, as razões de legitimação buscam a validade da própria norma autorizando sua suspensão:

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 território uma satisfação completa, estabelecer “tranquilidade, segurança e ordem” [...] porque cada norma pressupõe uma situação normal e nenhuma norma pode ter validade para uma situação frente a ela é totalmente anormal. (SCHMITT 1992, p. 72).

As medidas de intolerância em realidades de crises são condições propícias para galgar a necessária legalização de modo a conformar uma interpretação anômala daquilo que não deveria ser legal. 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 Estado. (2004, p. 349).

Pode-se dizer que os problemas do acusado ativismo judicial que assolam as reiteradas problemáticas brasileiras são parte deste processo acelerado em que as estruturas começam a ganhar certa medida de insuficiência de modo a demandar o respaldo de uma atuação mais efetiva de um dos poderes em detrimento dos demais.

Trata-se, justamente, de um decorrente efeito de crises que exigem e, ao mesmo tempo, assolam nossa realidade sem conseguir os objetivos pensados, respaldando auxílio entre si, ainda quando a ideia de separação considera-se intacta e sob efetiva vigência, de modo a gerar desconfiças e significativas investigações sobre a impossibilidade de mesclar assuntos judiciais com os 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 declaró que, en caso de correr peligro el Estado o de haber sufrido grandes daños, puede convertir asunto judicial en asunto gubernamental. (AGUILAR, 2001, p. 116-117).

Nesse contexto é que afirmações como a do autor italiano Agamben ganham significativa relevância sobre o soberano estar ao mesmo tempo dentro e fora da lei (AGAMBEN, 2004, p. 23-24).

Portanto, os imperativos estatais e medidas maximalistas por parte do poder público acabam sendo verificadas sobre discursos com bastantes proximidades com radicais controles sociais de ultradireita que assolaram a humanidade no passado e que podem ser aproximadas em um contexto de reiteradas crises que marcam a realidade pós-moderna no sentido de objetivar o restabelecimento da segurança e da ordem.

CONCLUSÕES

O trabalho adentra nos episódios, nas medidas de exageros estatais e controles de governos que não podem deixar de serem refletidos tendo em vista o regime democrático vigente, relevando a presente proposta.

Um dos teóricos mais referenciados nos famigerados regimes autocráticos foi Carl Schmitt que muitas vezes reiterou a suspensão de garantias e prerrogativas sobre argumentos não muito diferentes tendo em vista alguns imperativos abordados, de modo a prevalecerem os discursos de preservação de ordem e restabelecimento da segurança pública.

As razões atuais que foram utilizadas na pontual aplicação de imperativos mais extremados são as mesmas das razões utilizadas pelos teóricos autocráticos; porém argumentos genéricos de ordem e segurança eram utilizados para todo um regime e, atualmente, os mesmos argumentos são utilizados de maneira pontual para certas medidas.

Ocorre que o trabalho, em que pese não afaste do uso legítimo da força como característica da égide de um regime democrático, conclui

que o excesso dessa utilização pode desviar funções que foram inicialmente concedidas constitucionalmente e coadunar abusos da legitimidade justificadas pelo enfrentamento de situações ainda não enfrentadas ou imprevisíveis pelas disposições constitucionais.

Não podemos deixar de lembrar que exceções passam a ser regra quando suas reiteraões acabam superando aquilo que não deveria ser legal, valendo apontamentos e acusações que previnam a democracia das anormalidades incompatíveis.

O superado *Fuhrer* acaba sendo uma reflexão não só em pontos de crises em que o sistema não alcança a solução, mas conformam a coletividade com um processo de reiteração estatal que o tempo acaba produzindo em termos de aceitação social e na falsa ideia de normalização.

Vale, assim, o presente trabalho por relacionar similares discursos usados na legitimação da pretérita figura do *Fuhrer* como um contingente investigativo que deve crescer nas reflexões sobre medidas de ordem tomadas na realidade democrática atual.

A abordagem mostra as reiteraões advindas nas ultimas décadas em razão de um célere processo que, fomentado pela globalização, vêm gerando contingentes e um estado de constantes crises, fobias, inserindo e deflagrando novas demandas e necessidades, como o reconhecimento de categorias cada vez mais novas a serem reconhecidas. Essas e outras problemáticas da pós-modernidade podem ser vislumbradas pelas presentes abordagens, tais como as rigorosas políticas italianas e de outros países no respectivo tratamento de seus imigrantes clandestinos ou, ainda, o aumento da vigilância e do policiamento no programa *Zero Tolerance*.

A prevenção que releva a presente abordagem roga pelo acolhimento comunitário das identidades entre seus diferentes agentes no propósito de, dentro do contexto de diversas coletividades, orientar-se pela percepção e compreensão do próximo no convívio social com suas diferenças e respeitando as prerrogativas a elas inerentes, de modo a deflagrar esta realidade de pós-modernidade como forma de mais uma adaptação do homem a ser superada sem que isto coadune no retrocesso de medidas anômalas tendo em vista o princípio democrático vigente.

Porém, a transcrição de pontuais imperativos estatais na solução desses novos enfrentamentos acaba sendo confirmada pela proposta que não se restringiu em listar os relatos e as construções teóricas utilizadas na aplicação maximalista do Estado; tentando, também, comparar tais aplicações maximalistas pontuadas sob a égide do Estado democrático com os discursos utilizados em modelos não democráticos.

Conclui-se, portanto, que há significativa correspondência entre esses discursos de legitimação que operam espaços de aplicação dentro do próprio Estado Direito, sendo justificados pela égide democrática.

Em resumo, percebe-se que as razões de segurança e ordem estão sempre se repetindo não só nos contextos democráticos, mas nas situações de abusos na atualidade pós-moderna que, em que pese caracterizada pelo modelo democrático, deflagra uma reiteração com possibilidade de renovar abusos e similares autocráticos quando o sistema é surpreendido por problemas ainda não confrontados e sem precedência de solução advindos da globalização e de outros inerentes da pós-modernidade.

REFERÊNCIAS

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. 6 mai. 2011. (Informação verbal).

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.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 5144. Luíz Inácio Lula da Silva. Brasília, DF 16 de julho de 2004. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 16/06/2016.

_____. Presidência da República. Decreto-lei nº 3688. Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, RJ 03 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16/06/2016.

BUSATO, P. C. A progressão de regime prisional como exigência funcionalista teleológica do sistema de execução penal. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 9, n. 2, p. 387-416, mai.-ago. 2004.

CAUCHON, D. Zero tolerance policies lack flexibility. **USA Today**: Education News, April 13, 1999. Disponível em: <<http://www.usatoday.com/education/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.

GOMES, L. F. Lei do abate: inconstitucionalidade. **Jus Brasil**, São Paulo, 29 out. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1990529/leido-abate-inconstitucionalidade>>. Acesso em: 27 jan. 2015.

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

MILL, J. S. Utilitarismo. 1861. apostila da Faculdade Batista Brasileira sobre o livro **Gradiva Publicações. Coleção: Filosofia Aberta**

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

SCHMITT, C. La Tiranía de los valores. Tradução de Anima Schmitt de Otero. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, n. 115, p. 65-81, Ene.-Feb. 1961.

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

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

DIAS MALDONADO NORTON

Graduado em Direito no interior paulista (Centro Eurípedes de Soares da Rocha - Univem, 2009), especializou-se em Direito Internacional e Econômico na pós-graduação da Universidade Estadual de Londrina, Paraná (UEL, 2012). Mestrado em Direito no Centro Eurípedes de Soares da Rocha (2016). Profissionalmente, exerce a advocacia na área cível e empresarial desde 2009.

maldonadodias@hotmail.com.br

Submetido em: 8-3-2016

Aceito em: 9-5-2016