

BRUNO ROTTA ALMEIDA

Organizador

**PUNIÇÃO, CRIMINALIZAÇÃO E
VIOLÊNCIA**

**1º ENCONTRO INTERDISCIPLINAR SOBRE
A CONSTRUÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO-PENAL
BRASILEIRO: PUNIÇÃO, CRIMINALIZAÇÃO E VIOLÊNCIA
12 e 13 de novembro de 2012.**

Pelotas/RS, 2014.



Cópias Santa Cruz Ltda
R Félix da Cunha, 412 - Campus I UCPel Pelotas
CEP 96010-000 - Fone: (53) 3222 5760
E-mail: copiassantacruz@gmail.com

Impresso no Brasil
Edição: 2014
ISBN: 978-85-61629-109-8
Tiragem: 300 exemplares

É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio, sem autorização expressa do organizador.
Edição e textos de responsabilidade do organizador.

Capa: André Azambuja
Promoção: LIBERTAS

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação:

Bibliotecária Daiane Schramm – CRB-10/1881

P984 Punição, Criminalização e Violência. / Organizado por Bruno Rotta Almeida. – Pelotas: Editora e Cópias Santa Cruz, 2014.

247p.

I Encontro interdisciplinar sobre a construção do pensamento jurídico-penal brasileiro: punição, criminalização e violência 12 e 13 de novembro de 2012.

ISBN 978-85-61629-109-8

1. Direito. 2. Crimes. 3. Sistema prisional. 4. Condenação. 5. Punição. I. Almeida, Bruno Rotta; org.

CDD 341

A OSTENSÃO PENAL: NOTAS CRÍTICAS SOBRE A VERTIGEM DA PUNIÇÃO

Augusto Jobim do Amaral*

1. Introdução: estilhaços de uma hipótese

A configuração atual de uma *sociedade securitária* em escala mundial, sua dinâmica, metamorfose e sobreposição, tem evidente importância quando se indaga acerca de questões relativas à teoria política ou mesmo aos direitos humanos. Pode-se dizer que tal sintoma invade as práticas punitivas, com certo protagonismo, pelo menos no ocidente a partir dos anos 70 (GARLAND, 2005, pp. 275-312). Tomada como tema central do discurso político – e este é o plano principal a ser perseguido –, a *(in)segurança* e sua *retórica da guerra* (que confunde a segurança interna e externa) acabaram por atrair não somente os discursos ditos “de direita” (que lá sempre estiveram: em tempos de bonança, com seu discurso politicamente correto, mas que em tempos áridos darão as tintas do canal acessível à repressão – xenofobia, terrorismo, crimes sexuais, drogas etc.), nem somente os dirigentes políticos, mas, sobretudo – determinados a lutar contra a impunidade e a igualdade frente à lei –, catapultou

* Doutor em Altos Estudos Contemporâneos pela Universidade de Coimbra (Portugal); Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); Especialista em Ciências Penais pela PUCRS, Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra e Professor do Departamento de Direito Penal e Processo Penal da PUCRS.

consigo o *ativismo* judicial, ganhando o espaço público agora como ferramenta de combate à criminalidade. Este é o cenário sobre o qual nos debruçaremos radicalmente.

2 A paixão de punir do populismo penal

O *populismo penal*, tal como o desenhamos em hipótese, tornou-se claramente uma componente forte da vida democrática. Um “direito de punir” puramente repressivo, conjugado a uma *democracia de opinião* (efervescente), é meramente uma pequena amostra das promessas atrativas (aos eleitores) deste discurso político de emoção midiática. Sua irrupção passa a ter três elementos fundamentais: *punições radicais*; com a total *indiferença quanto a qualquer eficácia* destas políticas (pois vale o impacto que produz sobre a opinião publicada) e a *legislação rigorosa* que promete reduzir a criminalidade (SALAS, 2010, p. 57).

É tempo das vítimas. O primeiro plano do combate e da punição é instalado por um *imaginário vitimizador* e torna fértil o terreno para a figura do vingador, precisamente da “vítima acusadora”. A diabolização do adversário é apenas a contraface da retórica do mártir e da luta contra o mal. A dramaturgia da cena penal vem bem a calhar a este apartamento radical entre raiva e pena. O combate do bem contra o mal numa degradada democracia dos indivíduos exaspera o retorno vitimário e a coloca naquilo que se poderia chamar de “democracia dos

queixosos” (GARLAND, 2010, pp. 84 e 90). As cruzadas morais e populistas rompem qualquer equilíbrio que poderia haver entre a força e forma que constitui o Estado de Direito. Algo como se, reabilitada a parte irracional do poder, houvesse o mergulho vertiginoso na violência originária que inaugura propriamente o ente estatal. Neste ponto crítico, os papéis de vítimas e carrascos tornam-se intercambiáveis.

Para Herbert Packer (1968, pp. 153-173), o aparelho judicial pode operar como uma linha de montagem (*assemblyline*) ao supor dois níveis para funcionar: inicialmente, o *controle do crime* (*crime control*) capitaneado pela polícia e pelo Ministério Público, e, o outro, relativo ao respeito às *regras de direito* (*dueprocess*), sob a autoridade do juiz. Em verdade, seriam mais propriamente *dois modelos normativos* de processos criminais que nos levariam a perceber uma antinomia no coração da justiça criminal. O primeiro é uma cadeia (literalmente) responsável, programada e preparada para transformar um suspeito em condenado, enquanto a segunda coloca-se como um obstáculo neste percurso, que faz da proteção ao acusado um valor central.

O sistema repressivo, cada vez mais, impregnado pela ideologia do “*justdeserts*”, tem sido encampado e agenciado pela justiça penal em detrimento da segunda, exatamente para dar credibilidade à instituição. Impondo-se o adágio do paradigma da *eficiência*, por um lado, este valor age principalmente sobre a pequena criminalidade com uma série de dispositivos que

pragmáticamente pleiteiam a culpabilidade do réu (viabilizados no caso brasileiro, por exemplo, pela deturpação negocial dos *juizados especiais criminais* pelo instituto da *transação penal*); doutro aspecto, quanto à criminalidade “graúda”, aí há o processo penal de exceção, não penas com ritos especiais; mas, sobretudo, com a possibilidade permanente e geral do rompimento da regra mediante a própria previsão aberta da legislação.

Doutra parte, a paixão por punir alimentada pelo populismo penal é imposta, sobretudo, pelo *afeto*. Quebra-se qualquer olhar compreensível quanto ao acusado, na medida em que a indignação coletiva relega este olhar ao mal personificado. Mas de que forma se pode resistir à fragilização que se abate sobre as democracias por estarem envolvidas nesta *ostensão penal*? Como manter à distância a *vertigem* (*alucinação*) de uma demagógica comunidade de emoção? Piorando o quadro: e quando o perigo vier propriamente (revelado em irracionalidade) através da melhor justificativa democrática possível: *os direitos do homem*, ou seja, veiculado através da formação de uma política penal dos direitos do homem? A desnaturação de sua função de limitador do exercício punitivo é o arquétipo anunciado de sua própria corrosão.

A injunção repressiva que condena à multiplicação de incriminações reforça, além do ativismo legislativo e policial, a esfera judicial visando a (estéril) proteção dos direitos do homem, não raro equivale a expor a uma ilusória proteção pelo

reforço do *interdito*. Quando se perdeu a *referência*, a infrutífera reiteração da instância legal (criminalizante) apenas denuncia a falência de sua *autoridade*. Lança-se mão do triunfo (ou consolo?) em matéria penal tal como os aliados criam na ilusória “Linha Maginot” (PIRES, 2001, pp. 145-170), como meio de resguardo ao avanço nazista. A ofensiva de um moralismo punitivo parece ter optado pela explícita escolha da expressão dos valores próprios ao risco de uma total indiferença aos direitos dos infratores.

Deparamo-nos com uma *democracia* jogada *contra ela mesma*, onde o retorno das exigências de controle, segurança e punição avançam triunfantes sobre os próprios direitos pessoais. Na medida em que *os direitos do homem tornam-se uma política*, acrescentaríamos à expressão de Marcel Gauchet (2009, pp. 360 e 38) o termo *penal*, percebe-se uma deriva fundamentalista conduzida pela inversão dos direitos do homem pelo *excesso*. *Uma esquerda fora da esquerda*, parafraseando o autor francês.

Os efeitos penais de uma política de repressão e criminalização, fundada na proteção de direitos fundamentais, são sinais experimentados dentro das desconcertantes faces da nova democracia, identificáveis desde o pós-guerra e com apogeu ao menos a partir dos anos 70/80. O que, em terras brasileiras, teve profundos desdobramentos em matéria constitucional. Uma democracia triunfante agora retorna num ativismo penal em nome de seus próprios valores supremos, sorrateiramente implodindo suas próprias bases. A afirmação de

que *os direitos dos homens não são uma política*, agora relida, pode denunciar precisamente um inverso ameaçador que se espreita na emancipação do homem desde a esfera de seus direitos: a *alienação coletiva* tende a se multiplicar. Daí se defluiu o reforço do papel estatal em matéria de controle penal, além do aprofundamento do anonimato social, e sem falar no agravamento do desinteresse pela coisa pública. Quer dizer, os direitos dos homens não poderão ser uma política, senão sob a condição de saberem reconhecer e superar a dinâmica alienante do individualismo que veiculam naturalmente (GAUCHET, 2009, pp. 53-54¹).

¹ Aqui é importante pontuar que damos por adquirido a superação da concepção, que em algum momento permeia a tese de Gauchet, de, não raro, restringir a concepção de direitos do homem a sua face individual. O alerta a uma certa “captura pela ideologia burguesa dos direitos do homem” já era feita na mesma época por Lefort, ressaltando justamente a *cegueira* perante os direitos do homem segundo certa leitura de esquerda, impotente em conceber os direitos do homem a não ser como direitos do indivíduo. Tal é a explicação para a cegueira desta estirpe – a saber, incapaz de reconhecer neles uma aquisição irreversível do pensamento político – diante do *totalitarismo*, pois qualquer violação aos direitos do homem seria apenas uma violação de direitos individuais, de direitos que não seriam “políticos”, sendo assim possível demonstrar que os erros de governo de que foram vítimas milhões de indivíduos não autorizariam pôr em causa a natureza de um Estado, já que distinta da natureza dos indivíduos. Deste modo, uma crítica dos direitos do homem enquanto crítica de uma sociedade do egoísmo perde a visão clara da mutação do político que se operou para além das fronteiras do Estado de direito, noutros termos, por exemplo, de ver um ganho irretorquível na fórmula expressa em “todo homem é considerado inocente até que tenha sido declarado culpado” (LEFORT, 2011, pp. 62-63 e 69-71).

A consagração dos direitos do homem como fato ideológico e político maior nos últimos tempos não deve perder de vista o contexto de que, ao serem postos como epicentro das democracias, podem tornar-se a mola de sua dificuldade em ser política. Maior prova disso é a sua utilização como expressão penal criminalizadora. Desta forma, o argumento nos auxilia a pensar com outra valência a indagação sobre o problema da cultura penal. A partir disto, somos conduzidos a aceitar a ideia de que tal plataforma – a canalização das *demandas* de proteção dos direitos humanos para o viés penal e toda a visão punitiva e *populista* de seus atores aí implicada –, apresenta-se como mais uma variável da impotência coletiva em tornar estes direitos uma medida de ação política concreta para além da estéril aposta penal.

Ademais, isto pode assinalar certa perda de força, nesta nova conjuntura, dos discursos políticos e sociais, absorvidos por premissas de punição que solapam a própria democracia. Em matéria penal, poderá isto não pode ser mais claro quanto ao tom monocórdio dos discursos de expansão do poder punitivo assemelhando-se a leste ou a oeste. Quando eles se tornam *crença* ou se constituem puro *ato de fé ideológico*, a demagogia ganha, a passos largos, enorme espaço. Em razão destes direitos terem a eficácia de preencher um vazio e poderem ser uma poderosa alavanca de transformação do futuro na falta de grande visão sobre o porvir, pensando em termos de política criminal, não raciocinar na defesa da urgente criminalização, no

inchamento do Estado na persecução penal e na punição severa, é ser contra algo que deve ser feito imediatamente e cúmplice deste crime (GAUCHET, 2009, p. 341¹).

No campo do mecanismo político propriamente dito, os direitos do homem como promessa de poder transformam-se em despossessão sob o efeito da libertação das particularidades na qual se traduz. Particularidades estas canalizadas no poder de punir e que assinalam o completo esvaziamento de seus ideais sob o manto de uma suposta proteção emancipatória. Se eles podem afirmar as bases sobre as quais estamos reunidos, pouco

¹ Surge uma espécie de novo maquiavelismo em primeiro plano nas democracias. Aquele do bem, “dedicado à celebração do homem e do direito, destinado ao ministério das justas causas e dos bons sentimentos, sem deixar de testemunhar sua humanidade, sua compaixão com as vítimas, sua preocupação com as mazelas do mundo.” Eles remetem a uma separação entre o ideal e o real que os governos agora se ocupam, correndo o risco de eles mesmos tornarem-se bodes expiatórios da resistência do real ao ideal. A passagem à ideologia consensual é uma fuga da era dos afrontamentos, um acordo feito em torno dos direitos que conduz a uma “despolítica dos meios” que beneficia os poderes que, nesta nova arte política, são seus meros executores. Por isso a precariedade de toda posição de poder no cerne de nossos regimes apaziguados. Uma expectativa, necessariamente frustrada, será o cerne de nossa política: “a democracia do consenso é uma democracia descontente.” Neste novo regime das convicções, ainda, apenas haverá lugar para a apreciação das intenções. Ao poder, como vetor do possível, bastará uma “política das intenções”, da boa vontade generosa, indiferente ao desmentido do real. Não obstante, isto torna imunes os promotores, indiferente às consequências de suas disposições. Neste ponto, sobretudo, o problema já haverá sido ressentido e não mais atribuível a alguém em particular. Uma promessa de poder, de realização dos direitos do homem, acaba por tornar-se uma potência ininteligível, ou seja, o túmulo da política. (GAUCHET, 2009, pp. 348-350).

oferecem, entretanto, a pensar a fabricação efetiva do ser-em-conjunto (GAUCHET, 2009, pp. 360-365), e por este déficit acabam abrindo espaço para a reprodução impotente, permitida pelas recaídas no *excesso* de poder penal. Fica a nosso cargo saber se é isto que queremos: mergulhar na *vertigem* de uma degradação íntima da democracia atestada por estas tentações autodestrutivas.

Desta forma, o ardor militante tende a desarticular qualquer aliança entre um pensamento de justiça daquele dos direitos da pessoa, passando, no momento, as reivindicações de justiça a se identificar com as representações das vítimas. Em suma, o sistema protetivo dos direitos humanos acaba invertendo-se e contradizendo seus próprios princípios¹. Sob o

¹ Em matéria penal, sobre o assunto, PALAZZO, 1989, pp. 103-115. Ainda, a retórica atualizada da leitura sobre algum *garantismo* tem servido à semelhante prática de inversão discursiva que oferecem arejadas (re)configurações da mesma nauseante senda (re)legitimadora do sistema penal, alheia ao enfraquecimento da própria democracia. Basta dizer para o momento que tal se resume desde acepções como “garantismo positivo”, “garantismo penal integral” ou ainda “direito penal minimamente necessário” ou outras mais profundamente representadas por estruturas do neoconstitucionalismo em matéria penal ancoradas na “proibição por defeito ou por insuficiência de proteção” (*Untermassverbot*), que estranhamente – devido à tamanha profundidade das análises hermenêuticas presentes – aduzem a criminalização e o esgarçar do poder penal; como vimos, perdendo de vista que qualquer controle deste tipo deve pressupor a verificação se a proteção satisfaz as exigências de sua eficiência (cf. CANOTILHO, 2003, p. 273), o que em se tratando de sistema penal implica ignorar infundável manancial criminológico a respeito. Cabe pôr, não obstante, quanto à problemática do bem jurídico, as palavras de Gregor Staechlin: “*el enfoque unilateral centrado en el pensamiento de la seguridad que*

manto da política penal, transformam-se em excelentes narcóticos que visam a compensar os difusos males sociais. Mais diretamente, a *inversão ideológica* (HINKELAMMERT, 2000, p. 80; HINKELAMMERT, 1987, p. 141-149 e HERRERA FLORES, 2009, pp. 68 ss.) dos direitos humanos se instaura diante da identificação de sua “política” com a imposição de poder e se transforma no suporte mais forte das políticas securitárias.

São as instituições de justiça, mais que qualquer outra talvez, que se encontram confrontadas com os efeitos *populistas*.

se refleja en el postulado de la prohibición de infraprotección encuentra su parangón en el abuso del principio de protección de bienes jurídicos. La figura de la prohibición de infraprotección soslaya reflexiones legislativas necesarias. La función que se atribuye al Derecho penal desde el pensamiento unilateral de la seguridad no es compatible con el concepto liberal de Derecho penal que se ha esbozado. Parece urgente salir al paso del discurso de la política-criminal práctica para reclamar que se vuelva a plantear un tratamiento orientado a principios del sistema de Justicia criminal que tome en serio la dignidad y la libertad de la persona.”(STAECHELIN, 2000, p. 304). Ademais, sobre a elucidativa abordagem do tema no panorama latino americano ver ABAD; ALBARELLO, 1999. De maneira mais aguda, a inversão ideológica dos discursos protetivos, seja na esfera penal mais localizada ou mesmo no âmbito ampliado dos direitos humanos, em si não é assunto novo, é de larga história. Quiçá se poderá dizer que a história dos direitos humanos seja a própria história de sua violação, da mesma maneira que o poder punitivo, na medida em que atribui um alvo ou objeto ao longo dos tempos a ser perseguido sob o argumento do bem comum, da ordem e da defesa social – discurso contra o inimigo – ou qualquer outro termo localizado no *grau zero de escrita* (cf. BARTHES, 2006, p. 22), não seja a própria versão expressa da lógica totalitária da “bondade dos bons” permanentemente atualizada. Enfim, ambos estão no mesmo espectro, não por contingência, mas porque assumem para si o mesmo “imperativo categórico”, que será, ao fim e ao cabo, o mesmo de toda ação política: *transformar a violação destes mesmos direitos protegidos em seu registro máximo*.

Quando num primeiro *momento político*, a democracia reage voluntariosa e programaticamente de forma imediata ao crime, tomada pela parcialidade da emoção, o Ministério Público ou os órgãos de Polícia vão à ajuda de uma sociedade ameaçada. Todavia, supõe-se o contrário no *momento judicial*, detido prudente e deliberadamente pelo seu trajeto processual penal. Algum culto ao *rendimento* é que poderá levar as instituições de justiça a não resistir e tornarem-se vulneráveis às agitações de opinião. E o estatuto não elegível dos magistrados como funcionários públicos implica – correlata a esta maior exposição aos embates midiáticos e as críticas recebidas, pois patente ter que manejar contra as eventuais maiorias, daí seu contrapoder de tutela de minorias donde retirará sua legitimidade (FERRAJOLI, 1995, pp. 578-581– maior responsabilidade ainda atrelada aos poderes daí advindos: “unjugeenrôlédans une croisadecontrele crime n’est plus à saplace de tiersimpartial; il prende lerôle d’un «saintbelliqueux» voué à une missionsacrée, au risque de briserlesprincipesquigouvernementsafonction.” (SALAS, 2010, p. 234).

3 A ostensão penal

Diante do que fora dito, somos capazes de perceber que há uma força pronunciada que pouco se deve a qualquer foco externo senão à disseminação de uma estratégia viral que corrói o corpo social e a própria democracia. Hoje poderíamos

superficialmente falar do hiperterrorismo ou de qualquer outra formação de um eventual conceito de inimigo (cf., em sentido profundo, ZAFFARONI, 2007, pp. 65-69¹) sem passar pelo que realmente importa. Se quisermos acompanhar e denominar com Derrida (2004, pp. 100 e 104), há uma espécie de terror *interno* que produz uma “autoimunização” na democracia – pois sabe-se que o pior e mais eficaz terrorismo, ainda que pareça externo ou internacional, é aquele que instala uma ameaça *interior* e lembra que o inimigo está também alojado dentro do sistema –, ou seja, destrói suas defesas imunitárias, subverte sua linguagem e fragiliza suas instituições. O *acontecimentodo* 11 de setembro, como caso paradigmático, apenas fez emergir a autodestruição dos mecanismos de defesa democráticos de acordo com um impacto mental de um mal que conduz a uma contraviolência a sua imagem. Tanto a tortura em nome da democracia aliada da cultura da guerra (tal como advoga POSNER, 2006, pp. 77-104) e a retórica punitiva em nome das vítimas, ambas concedem um potente elam ao discurso político.

“Uma democracia que não entende mais a disposição global de si que constitui a metade de seu ser, que não é mais atenta à coexistência de suas partes tornada um

¹ Quanto mais difuso o conceito, mais ele se presta a uma apropriação oportunista, assim nos alerta Derrida. E será o poder dominante aquele que consegue impor e legitimar, na verdade até legalizar, (pois sempre se trata de uma questão de lei), em um palco nacional ou mundial, a terminologia e a interpretação que mais lhe convém em uma determinada situação (cf. DERRIDA, 2004, pp. 112-119).

fim nela mesma, é uma democracia que não compreende mais, não mais, as bases sobre as quais ela repousa e os instrumentos dos quais necessita. Ela não sabe mais conferir um estatuto aos limites da comunidade histórica graças aos quais ela é capaz de agir sobre si mesma, ela não tem mais o sentido do aparelho de autoridade que lhe permite aplicar-se sobre si mesma.” (GAUCHET, 2009, p. 363)

Há uma lei implacável que regula todo este *processo autoimunitário*, ou seja, uma lógica que faz com que a democracia, no caso, trabalhe por si, quase que de forma suicida, exatamente para imunizar a sua própria proteção. Inicialmente ela deve ser desencadeada por um *acontecimento*¹ que, como tal, carrega em si algo de inapropriável, como dissemos, certa incompreensibilidade. Esta transgressão de novo tipo acarreta um *trauma*, uma ferida não apenas marcada na memória. Neste ponto é salutar repensar esta temporalização tão hábil a ser veiculada no *populismo punitivo*. A idéia no 11S como “acontecimento maior” (mas o esquema se mantém rijo para nossa análise) nos dá condições de perceber claramente que não é

¹ Rumo a um sentido de *expropriação* segundo Derrida: “o acontecimento é o que surge, e, ao surgir, surge para me surpreender, para surpreender e suspender a compreensão: o acontecimento é antes de mais nada tudo aquilo que eu não compreendo. Consiste no aquilo, em aquilo que eu não compreendo: aquilo que eu não compreendo: minha incompreensão. (...) Daí a inapropriabilidade, a imprevisibilidade, a absoluta surpresa, a incompreensão, o riso de mal-entendido, a novidade não antecipável, a pura singularidade, a ausência de horizonte.” (DERRIDA, 2004, pp. 100 e 104).

o presente ou o passado que determina esta *inapropriabilidade* e sim o *porvir*. Falando de traumatismo, ele é produzido pela ameaça de que o pior está por vir –“um im-presentável por vir (à venir)” –, o medo do que já foi não será maior que o pavor e a iminência de uma agressão futura. Daí o “inapresentável futuro” reger uma racionalidade de permanente estado de prontidão e de antecipações de todas as espécies de meios repressivos numa espécie de *estado de defesa contínuo* que inventa e alimenta a sua própria monstruosidade que alega superar:

“O que nunca se deixará esquecer é, assim, o efeito perverso da auto-imunidade em si. Pois sabemos agora que a repressão, tanto no seu sentido psicanalítico quanto no político – seja através da polícia, dos militares ou da economia –, acaba produzindo, reproduzindo e regenerando justamente a coisa que pretendeu desarmar.” (DERRIDA, 2004, pp. 106-109).

Já estamos, pois, mergulhados no *círculo vicioso da repressão*. Com um clima de guerra universal contra o crime, campeia a dissolução da política pelas emoções coletivas. Mais viável a *aclamação* que a tudo torna homogêneo. O apelo do poder é enviado a um *povo imaginário* muito mais adequado a uma ideologia que presumivelmente coloca a pluralidade do povo real como ingovernável. O *lugar vazio do poder*, uma vez suposto por Lefort (2011, pp. 92-93) como princípio da democracia, que deve representar a perpétua abstenção democrática em aceitar

fundamentos últimos que disponham sobre certezas derradeiras, é facilmente preenchido, hoje, por qualquer *demanda punitiva*.

Giorgio Agamben (2009, pp. 277-279) lembra que, em 1928, Carl Schmitt procurou estabelecer o significado constitutivo das *aclamações* no direito público, quando tratava, em sua *Teoria da Constituição*, da relação do *Povo* com a *Constituição Democrática*. Ali o teórico alemão vincula de modo indissolúvel a *aclamação* à *democracia* e à *esfera pública* (povo). Para ele, a *opinião pública* é a forma moderna de *aclamação* e é nisto que se encontra a essência de seu significado político. Mesmo não ignorando os perigos de certas forças sociais dirigirem a opinião pública e a vontade do povo, isto seria problema menor, desde que assegurada a capacidade que considerava decisiva para a existência política de um povo (SCHMITT, 2001, pp. 238 e 241): a refundação categórica do político desde a decisão que distingue entre amigo e inimigo (*FreundundFeind*; SCHMITT, 2006, p. 31).

Como escreve o autor italiano (AGAMBEN, 2009, pp. 279-280), é a *aclamação* que parece pertencer à tradição do autoritarismo, sobretudo, desde a sua esfera da *glória* (preocupação central do autor¹) que, nas democracias modernas,

¹ O poder, como governo político dos homens, rastro das pesquisas de Foucault, também é o interesse de Agamben. Neste especial, sobre a genealogia da governabilidade, tem força situar o governo em seu *locus* teológico na *oikonomiatrinitária*. Este dispositivo é concebido como laboratório privilegiado para observar a máquina governamental. Mas é sobre a correlação entre *oikonomia* e *glória* que ele investe, ou seja,

foi deslocada para o âmbito da opinião pública. O que está em questão, em síntese, é a multiplicação e a disseminação da *função da glória* (com toda as matizes da liturgia e dos cerimoniais repaginadas) agora concentrada na mídia, quer dizer, a eficácia da aclamação. Ganha também sentido, pois, aquilo que já comentamos a respeito de alguma *democracia de consenso*. De uma parte, tensionando ainda mais a posição acerca da transformação das instituições democráticas, ver-se-á, segundo o autor, que os teóricos do “povo-comunicação” – tal como Jürgen Habermas (1984, pp. 13-41), que advogam uma soberania popular totalmente emancipada de um “sujeito-povo substancial”, mas inteiramente resolvida nos processos comunicativos privados que, segundo sua ideia de esfera pública, regulam o fluxo da formação política da opinião e da vontade – acabam por entregar o poder político nas mãos dos especialistas e da mídia. Cai-se numa espécie de *glória midiática* e objetiva da comunicação social (AGAMBEN, 2009, pp. 279-280).

faz-se a pergunta: por que o *poder* precisa da *glória* e qual a relação entre *glória* e *economia*? Assim, entre o poder como governo e gestão eficaz e o poder como realeza cerimonial e litúrgica, abre-se um campo vasto para identificar a *Glória* como arcano central do poder e interrogar sobre o nexu indissolúvel que a vincula ao governo e à *oikonomia*. Em poucas palavras, estamos diante do *aspecto aclamativo e doxológico do poder*, identificável hoje nos meios de comunicação e nas democracias contemporâneas em seu *governmentbyconsent* (governo por consentimento) ou *consensus democracy* (democracia do consenso). Isto de alguma forma permite captar o vazio central da máquina governamental, aproximando o pensamento de Lefort, o símbolo mais carregado de poder, ou seja, o trono vazio que é o símbolo mesmo da *Glória* (cf. AGAMBEN, 2009, pp. 187-284).

A riqueza da letra de Agamben está em demonstrar que o *governmentbyconsent* e a comunicação social, ambos, remetem em realidade a *aclamações*:

“il consenso può essere definito senza difficoltà, parafrasando la tesi schmittiana sull’opinione pubblica, come «la forma moderna dell’acclamazione» (poco importa che l’acclamazione sia espressa da una moltitudine fisicamente presente, come in Schmitt, o dal flusso delle procedure comunicative, come in Habermas) (AGAMBEN, 2009, p. 283).

A “sociedade de espetáculo”, de Guy Debord (1997), assume, pois, novo significado e pujança. A *glória* acaba sendo a substância donde a *politicidade* vai retirar seu critério, e para onde o povo, real ou comunicacional das democracias consensuais contemporâneas, acaba por repousar. O que nos alerta para os perigos do consenso em democracia e, com destaque, para as aclamações midiáticas por punição via, por exemplo, o autoritarismo dos direitos humanos em matéria penal.

A temática *populista* traz consigo o inquietante progresso de uma democracia cada vez mais desafeta a um desacordo de opiniões. A tirania da urgência com relação ao crime nos leva a tentar deslocar principalmente o panorama do *populismo punitivo*, além desta própria e adequada *vontade de punir*, para inquirirmos, de soslaio, a “razão” mesma do *desejo punitivo* ou *aclamaçãopopulistapela punição* que pode, de alguma maneira, mover estas práticas generalizadamente.

Para tanto, com a ajuda de Ernesto Laclau (2010, p. 32), podemos visualizar o *populismo* como um modo de construir o político, ademais de ser um fenômeno inscrito em todo espaço comunitário. Mesmo que nossa leitura possa ser em algum instante menos complacente que a do professor argentino quanto às potências benéficas do *povo*, nossa preocupação vai ao encontro de surpreender o populismo, uma lógica social que atravessa uma série de fenômenos, não obstante especialmente nas configurações próprias das *demandas punitivas*.

A lógica do *populismo* e a forma própria de formação das identidades coletivas passam pela premissa de se apoiar no estudo de unidades menores, não os grupos, mas as *demandas*. Por isso, outorgar centralidade ao *afeto* (cf. FREUD, 2005, pp. 2.563-2.610) como componente constitutivo de qualquer laço social. Um enfoque alternativo do *populismo*, assim, pode deixar a conhecê-lo como uma constante da ação política. E a sua vagueza e imprecisão conceitual não podem ser perdidas numa mera operação política tosca. Pelo contrário, na indeterminação do *populismo*, há um *ato performativo* dotado de racionalidade própria, porque é esta mesma simplificação que permite a associação de *demandas heterogêneas*. No tocante a estes *jogos de diferenças* que ganham centralidade *hegemônica*, a ilustração das diversas iniciativas penalizantes, nas mais diversas áreas, inclusive não raro com interesses de fundo contrapostos, são catapultadas a *significantes vazios* (são os ditos bens jurídicos) que atam firmemente a cadeia do *discurso punitivo*. Se o

populismo é vago e indeterminado, neste ponto, o é exatamente para ser dotado, ao fim, de coesão interna (LACLAU, 2010, p. 95 e LACLAU; MOUFFE, 1987, pp. 129-189¹).

¹ Três categorias tornam-se fundamentais aqui entender. Primeiro o *discurso*, visto mais amplamente como terreno primário da constituição da objetividade como tal, ou seja, um complexo de elementos nas quais as relações têm um papel decisivo, sendo elas de dois tipos: *combinação* e *substituição*, exatamente retiradas dos *tropos* acerca da *metonímia* e da *metáfora* lacaniana. Mas o que importa frisar são os jogos de diferenças estabelecidos, não se dando privilégio a nenhum elemento *a priori*, adquirindo centralidade de acordo com as relações forjadas. Em segundo, há os *significantes vazios* e a *hegemonia*. Em se tratando de identidades diferenciais, o *todo* dentro do qual elas se constituem estará contido em cada ato individual de significação. Segundo o autor, isto implica ter em conta que uma *totalidade* apenas pode constituir-se por *exclusão*, o que faz com que todas as outras diferenças sejam equivalentes entre si, em seu rechaço comum a identidade excluída. A equivalência, agora, subverte a diferença, dentro de uma identidade construída a partir da tensão entre uma *lógica da diferença* e uma *lógica da equivalência*. A *totalidade* aqui é vista como elemento impossível, mas necessário, para precisamente haver a possibilidade de uma *diferença*, sem deixar de ser particular, assumir a representação de uma totalidade incomensurável: “Esta operación por la que una particularidad asume una significación universal inconmensurable consigo misma es lo que denominamos hegemonía. Y dado que esta totalidad o universalidad encarnada es, como hemos visto, un objeto imposible, la identidad hegemónica pasa a ser algo del orden del significante vacío, transformando a su propia particularidad en el cuerpo que encarna una totalidad inalcanzable.” (LACLAU, 2010, p. 95). O terceiro elemento condiz com a *retórica*, onde um termo literal é substituído por um termo figurativo. A nomeação do inominável é exatamente a condição de ser da própria linguagem e, portanto, da operação hegemônica, passando a ser, assim, o denominador comum para a construção do povo a *catacrese* (figura de linguagem da retórica clássica que remete ao uso de um termo que não descreve com exatidão o que quer expressar, mas é posto por não haver outra palavra apropriada).

Neste vertente, as demandas sociais, quando insatisfeitas, por uma incapacidade institucional de resolvê-las diferencialmente, acabam por potencializar uma certa carga *equivalencial*, diríamos “simplificadora”, entre elas. O que acaba formando uma cadeia, uma unificação das demandas (LACLAU, 2010, pp. 99 e 102), no caso em análise, facilmente em torno da questão punitiva. Em sendo a construção do *povo* o ato político por excelência, a política *tout court* – em que é essencial a formação de *fronteiras antagônicas* dentro do social convocando novos sujeitos e a produção de *significantes vazios* com o fim de unificar em *cadeias equivalenciais* um conjunto de *demandas heterogêneas* – e o rasgo definidor do populismo, ao que parece também de qualquer intervenção política, cabe exercitar-se a paciência crítica de acompanhar para onde podem flutuar estes significantes. Sendo mais direto, pode-se interrogar: e se para a constituição do *povo*, deste significante vazio, certa contingência conduzir para a simplificação penal? Não será o próprio dispositivo da *Constituição* e mais amplamente o valor da *Democracia*, dentro de um cenário de *ostensão punitiva* conduzida por um *jogo de diferencialidades*, os significantes vazios prontos a definir uma política penal repressiva? Assenta-se que tal é a *centralidade* do poder punitivo no atual esquema democrático constitucional que não é temerário ver o palco das relações de força, da articulação histórica contingente (na sucessão descontínua de formações hegemônicas), aportar cada vez mais *identidades políticas* prontas a demandar a *hegemonia*

do discurso punitivo. Em suma, sobre as *tendências* populistas é que o acento se põe e as respostas já se colocaram naturalmente.

4 Traços finais: nas pegadas do desejo de liberdade

A disposição contemporânea da ostensão penal, como vimos, tem seu fortalecimento eficiente nos anseios punitivos de diversos calibres. A nova economia do castigo inova nas zonas centrífugas da segurança, integradas cada vez mais aos mecanismos jurídico-disciplinares. Se as estratégias securitárias de severidade a todo custo catapultadas pelo medo aglomeram-se às pretéritas práticas disciplinares e de soberania, a normalização do seu modelo ótimo – além de agenciada coletivamente inclusive pelos atores político-jurídicos responsáveis em tese pela sua limitação – traz em seu epicentro uma gama de práticas do mais amplo leque ideológico, já que uma vontade de punir, representada pelo populismo punitivo e forçada ao extremo, torna-se claramente uma componente forte da vida democrática no horizonte constitucional. Uma demagógica sociedade de emoção, envolvida na vertigem da ostensão penal, vem funcionando desde um aclamado e preciso consenso repressivo. O populismo, enfim, casa-se perfeitamente à punição na medida em que, sendo vago e indeterminado, capacita a coesão de diferentes demandas heterogêneas. As demandas localizadas nos diversos grupos de interesses acabam por (su)portar tal desejo e

trabalham, pois, a reforçar os afetos performaticamente em torno da cadeia do discurso punitivo.

Nestas sendas, por fim, é que deve pairar alguma tentativa de *recuperar o desejo de liberdade* para não deixá-lo soterrar frente às *demandas punitivas*, tarefa nunca das mais fáceis. Se nas sociedades modernas democráticas o maior perigo, como escreveu Christie (1993, p. 24), não é o delito em si, mas que a luta contra ele conduza aos piores totalitarismos, por conseguinte, a resignação e o pessimismo não poderão ter acento firme, muito menos em tempos sombrios. Não ceder no discurso de resistência, próprio também ao direito penal, escapando do *Zeitgeist*, que tantas vezes ensaiou-se como desculpa às piores atrocidades cometidas em tempos sombrios, parece *aprova* a ser cumprida reiteradamente frente às barreiras derrubadas pelo *Estado de Polícia*.

Referências Bibliográficas

ABAD, Iván Orozco; ALBARELLO, Juan Gabriel Gómez. **Los Peligros del Nuevo Constitucionalismo en Materia Criminal**. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.

AGAMBEN, Giorgio. **Il Regno e la Gloria: Per una genealogia teologica dell'economia e del governo**. Homo sacer, II, 2. Torino: BollatiBoringhieri, 2009.

BARTHES, Roland. **O grau zero de escrita**. Tradução Maria Margarida Barbahona. Lisboa: Edições 70, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed.. Coimbra: Almedina, 2003.

CHRISTIE, Nils. **La Industria Del Control Del Delito ¿La Nueva Forma de Holocausto?** Prólogo de Eugenio RaúlZaffaroni. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo: Comentários sobre a sociedade do espetáculo**. Tradução Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DERRIDA, Jacques. “Auto-imunidade: suicídios reais e simbólicos – Um diálogo com Jacques Derrida”. In: **Filosofia em Tempo de Terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida**. BORRADORI, Giovanna. Tradução Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez *et. al.*. Madrid: Trota, 1995.

GARLAND, David. **La Cultura del Control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea**. Traducción de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.

GAUCHET, Marcel. **A Democracia contra ela mesma**. Tradução Sílvia Batista de Paula. São Paulo: Radical Livros, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: Investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos: Os Direitos Humanos como produtos culturais.** Tradução Luciana Caplanet. *al.*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HINKELAMMERT, Franz J. “La Inversión de los Derechos Humanos: El Caso de John Locke”. In: **El Vuelo de Anteo: Derechos Humanos y Crítica de la Razón Liberal.** HERRERA FLORES, Joaquín (ed.). Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

HINKELAMMERT, Franz. **Democracia & Totalitarismo.** Santiago: Amerinda, 1987.

LACLAU, Ernesto. **La razón populista.** Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010.

LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. **Hegemonía y estrategia socialista: Hacia una radicalización de la democracia.** Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1987.

LEFORT, Claude. **A Invenção Democrática: Os limites da dominação totalitária.** Coleção Invenções Democráticas (Volume III). 3ª edição revista, atualizada; inclui textos inéditos. Tradução Isabel Loureiro e Maria Leonor Loureiro. Apresentação Marilena Chauí. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.

PACKER, Herbert L. **Limits of the Criminal Sanction.** Stanford: Stanford University Press, 1968. PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal.** Tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.

PIRES, Alvaro Penna. “La ligne Maginot endroit criminel: la protection contre le crime versus la protection contre le prince”. In: **Revue de droit pénal et de criminologie** a.81 n.2., Bruxelles, févr. 2001.

POSNER, Richard A. **Not A Suicide Pact. The Constitution in a time of National Emergency**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

SALAS, Denis. **La Volonté de Punir: Essai sur le populisme pénal**. Paris: Arthème Fayard/Pluriel, 2010.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Versión española de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 2001.

STAECHELIN, Gregor. “¿Es Compatible la «Prohibición de Infraprotección» con una Concepción Liberal del Derecho Penal?”. In: **La insostenible situación del Derecho Penal**. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.). Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española). Granada: Colmares, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2007.