

ISSN 2177-6784

Sistema Penal & Violência

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

Porto Alegre • Volume 1 – Número 1 – p. 84-100 – julho/dezembro 2009

Editor

RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO

Organização de

RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO

GIOVANI AGOSTINI SAAVEDRA

SALO DE CARVALHO

COMPLEXIDADE, INSEGURANÇA E GLOBALIZAÇÃO: REPERCUSSÕES NO SISTEMA PENAL CONTEMPORÂNEO

Ney Fayet Júnior

Professor de Criminologia, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS

Inezil Penna Marinho Júnior

Mestre em Ciências Criminais (PUCRS); Especialista em Ciências Penais (PUCRS)

Resumo

O artigo trata do impacto que a crescente sensação de insegurança imprime no sistema penal de nosso país, em uma contemporaneidade marcada pela complexidade de novos fenômenos sociais, de modo especial na perspectiva de uma sociedade globalizada, na qual diferentes riscos e tensões são constantemente objeto de exposição midiática, frente aos quais as estruturas clássicas de proteção denunciam suas fraquezas. Nesse sentido, avalia-se também o aumento do fenômeno (da percepção subjetiva) da insegurança, bem como o aumento do grau de exigência do Estado pela adoção de medidas de contenção, o que gera um quadro de controle no qual é difícil distinguir, com a necessária clareza, a legítima intervenção da simples violência, o que também conduz a um agravamento do quadro de crise sistêmica experimentado pelo sistema punitivo. Além disso, a própria crise do Direito Penal necessita ser enfocada com um componente indispensável para a compreensão das novas políticas criminais.

Palavras-chave: globalização; crise; insegurança; direito penal.

Abstract

Complexity, insecurity and globalization: effects in the contemporary law

The following research is about the shot that the increasing sensation of insecurity makes in respect to brazilian criminal law system, under a contemporaneousness marked by the complexity of the new social phenomenons, specially upon the perspective of a globalized society, which differents risks and tensions are often expositated at the mass media, at which the classics structures of protection reveal their weakness. Therein, this work also evaluates the increase of the phenomenon of insecurity (under a subjective perspective), as well as the increase of the State exigency degree by contention standards, that generates a control hard to differentiate, clearly, the legitim intervention of simple violence, that also direct to a aggravation of the systemic crisis attempted by the punitive system. Besides, the criminal law crisis demands an approach by a component essential to understand the new criminal politics.

Keywords: globalization; crisis; insecurity; criminal law.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo avaliar o impacto que a (crescente) sensação de insegurança imprime no sistema penal de nosso país (muito embora a avaliação se pudesse estender, em grande medida, aos demais países do Ocidente moderno), em uma contemporaneidade marcada pela complexidade de novos fenômenos sociais, de modo especial na perspectiva de uma sociedade globalizada, na qual diferentes riscos e tensões são

constantemente objeto de exposição midiática, frente aos quais as estruturas clássicas de proteção denunciam suas fraquezas. Feitas as contas, isso determina, de um lado, o recrudescimento do fenômeno (da percepção subjetiva) da insegurança e, de outro, o aumento do grau de exigência do Estado pela adoção de medidas de contenção, implicando um controle no qual é difícil distinguir, com a necessária clareza, a legítima intervenção da simples violência, o que também conduz a um agravamento do quadro de crise sistêmica experimentado pelo sistema punitivo.

Realmente, o sistema penal – cujos objetivos (ideologicamente representados) são, de um lado, estabelecer uma estratégia, voltada à segurança dos cidadãos, de contenção da função punitiva do Estado e, também, por visar assegurar as condições existenciais de sua organização social – encontra-se imerso em uma profunda crise, que atinge diferentes e multifacetários planos: primeira e fundamentalmente, inscreve-se a crise de legitimidade (discute-se a justificativa do recurso por parte do Estado aos instrumentos punitivos); secundariamente, apresenta-se a crise do próprio Direito Penal (que se mostra como uma verdadeira crise de identidade, com o questionamento do próprio modelo a adotar e sua autêntica utilidade social) e, ainda, a crise de legitimação epistemológica (de validade científica). Além disso, a operatividade do sistema penal não corresponde aos enunciados punitivos formais, e a estrutura de garantias, que sedimenta a racionalização do Estado de Direito em termos de um Estado Constitucional democrático, encontra-se fragilizada por um discurso crescentemente vindicativo.

De outro rumo, a violência dos grandes centros urbanos (como dado de maior visibilidade e temor da “criminalidade”) faz aumentar, de um plano, uma tensão social em que ações violentas (por parte de policiais ou de grupos paramilitares) são abertamente aceitas (ou simplesmente toleradas) pela sociedade, quando não, muitas vezes, incentivadas por governos¹, e, de outro, retroalimenta, no imaginário social, a sensação de insegurança (notadamente através da intervenção dos instrumentos de *media*, que contribui para difundi-la, ao representar, de um modo teatralizado, a sociedade moderna como violenta e desestruturada). Assim, os riscos da sociedade contemporânea e o papel dos meios de comunicação de massa são importantes eixos sobre os quais se deve assentar uma análise a respeito da dimensão da crise do sistema penal, de forma especial quando se percebe que eles têm um relevante peso, não somente na estruturação da dinâmica social da insegurança, mas, sobretudo, na construção de políticas públicas relacionadas ao universo penal, na medida em que o medo e a insegurança têm sido utilizados, historicamente, como ferramenta de modelação de políticas invasivas (e antidemocráticas) de controle social.

Finalmente, ainda que em poucas linhas, deve-se investigar a estrutura jurídico-institucional do Estado, analisando o (possível) esgotamento de sua centralidade, em uma contemporaneidade caracterizada pela crise da razão prognóstica, pela fragmentação das “certezas” e pelo desfazimento das totalidades, sob a perspectiva da redução social de sua importância na dinâmica da consolidação da sociedade neoliberal.

1 DOS RISCOS CONTEMPORÂNEOS

Na sociedade globalizada contemporânea, cristalizaram-se, material e culturalmente, riscos em relação aos quais os seres humanos se devem orientar. O presente é uma temporalidade confusa, complexa, conturbada pela sensação de aceleração que se imprime na dinâmica social, implicando o “fim das certezas”². O risco social parece disseminado por toda parte, transbordando os limites do controle racionalizado pela modernidade e acentuando os níveis de ansiedade da tensa rede de relações sociais. À medida que se constrói e se expande a mundialização das forças produtivas – nesse novo estágio do capitalismo³ –, agudizam-se contradições históricas e potencializam-se novas, especialmente as que se relacionam ao uso autodestrutivo do ambiente, o que é a marca desse novo quadro social pós-industrial complexo, que desde o final do século XX se vem consolidando⁴.

Essa nova realidade, denominada por Beck de “sociedade do risco”⁵, propicia o aparecimento de novas demandas sociais, em face do sentimento generalizado de insegurança que abarca a sociedade, decorrente do surgimento de “novos riscos”. Trata-se, por assim dizer, de riscos *novos* – ou de *antigos* que vêm de adquirir especial intensidade em face de novas condições históricas – que se assomam aos antigos, ainda em plena atividade, que geram um importante quadro de insegurança social ou (como sugerimos) de cultura fóbica.

Ainda vivemos (posto que com menor vigor em virtude do fim da Guerra Fria) a fobia de uma guerra nuclear, de toda a sorte de doenças (algumas ressuscitadas, no Brasil, por conta de uma ação desastrada das agências estatais), dos acidentes (aéreos, terrestres e marítimos), dos desastres naturais (terremotos, tsunamis, enchentes, secas) ou não (incêndios), de devastação ecológica, da escassez ou da contaminação de alimentos, da falta d’água, da clonagem humana, das guerras, do aquecimento global, da violência urbana, e a lista pode ser ampliada e detalhada de modo significativo (drogas, escravidão, tráfico de pessoas, tráfico de órgãos, sequestro, bala perdida, desemprego, falta de assistência médica ou de medicamentos adequados etc.). Muitos desses riscos – como lembra Elbert – não admitem seguros e não existe modo de se preparar para seus efeitos, que podem prejudicar gerações inteiras⁶.

As nações, em todo o mundo, têm experimentado, sobretudo desde as últimas três décadas, de forma tendencialmente crescente⁷, ataques aos seus valores e instituições, resultantes do aparecimento de novas formas de criminalidade e da expansão de atividades terroristas com finalidades políticas ou religiosas⁸ – gerando a banalização e a rotinização da violência, que atinge todo o tecido social –, bem como do rápido recrudescimento de algumas modalidades delituosas convencionais⁹, causando um profundo impacto no sistema penal, que vem a ser questionado sob diferentes aspectos, em especial o relacionado à sua eficácia. Esse dado, mais que qualquer outro¹⁰, tem servido de mote para o questionamento do universo penal, que se apresentaria como absolutamente inócuo, na medida em que não conseguiria, de forma minimamente eficiente, cumprir as funções que se lhe atribuem.

O fato é que a exasperação dos riscos sociais transtorna as principais certezas da ideologia progressista que comandou o pensamento moderno. Pode-se dizer, pois, que, se a Modernidade é, sobretudo, o tempo em que se reflete sobre a ordem e no qual a certeza na razão potencializou um sentimento de poder do homem, que se achava capaz de dominar a ciência e a natureza e caminhar rumo a um constante progresso¹¹, na contemporaneidade “não é mais o progresso social, mas um princípio geral de incerteza que comanda o futuro da civilização. É fazer da insegurança o horizonte intransponível da condição do ser humano moderno”¹². Esse clima generalizado de ansiedade social, ou essa *cultura fóbica*, influencia de maneira decisiva a Política Criminal, dando lugar a uma específica “política criminal en la sociedad del riesgo”¹³. A insegurança e o medo tornaram-se o centro das reflexões sociais e tenderão a se tornar o centro das reflexões dogmático-penais.

Temos um Direito Penal do risco quando se coloca a criação do risco e seu aumento no centro das reflexões dogmáticas sobre a imputabilidade penal¹⁴, quando se pretende impedir o comportamento de risco por meio de criminalizações¹⁵ e antecipações de medidas punitivas. Nesse contexto, uma importante tendência político-criminal, que se projeta para o plano legislativo, tem-se caracterizado por uma evidente expansão do Direito Penal¹⁶ (e isso significa: do poder do Estado, paralelamente à redução paulatina das liberdades civis¹⁷), cujos traços primordiais são a crescente proliferação de novos bens jurídicos (supraindividuais ou institucionais), a preponderância no ordenamento penal dos delitos de perigo abstrato¹⁸, a flexibilização na apreciação do nexos causal¹⁹, a diminuição de categorias como as da tentativa e da consumação, da autoria e da participação ou do dolo²⁰, o emprego de expressões e termos ambíguos e imprecisos (sobretudo na legislação penal econômica²¹), a utilização massiva de leis penais em branco etc.

A noção de crime cada vez mais se afasta de seu conceito clássico de ruptura com a norma e passa cada vez mais a ser considerada uma ameaça à segurança. Assim, uma ideologia securitária tende a avançar sobre os espaços de liberdade que historicamente cabe ao Estado garantir, canalizando a reivindicação do constitucional direito à segurança para práticas nas quais reinam a autoridade e a força. Nesse marco, a maximização das sanções legislativas e a juridicização de medidas de combate trazem a efêmera sensação de proteção, que se desfaz frente a problemas que transcendem a racionalização jurídico-institucional.

2 DO FOMENTO DA INSEGURANÇA. A DRAMATIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA

É recorrente, em várias instâncias (sociológicas e políticas), que uma das principais características da sociedade contemporânea é a sensação de insegurança (de medo) geral que as pessoas têm²², submetidas que se encontram a uma sociedade de risco²³. E – ao se buscar um lastro com a questão penal propriamente dita – essa sensação relaciona-se, visceral e precipuamente, à violência; e, com isso, ao descrédito do sistema penal, pois dele se exige, cada vez mais, uma resposta pronta e eficaz a esse quadro.

Sem dúvida, o fenômeno da violência (em escala mundial) tem permitido o fomento de novas propostas de enfrentamento da criminalidade, ancoradas, principalmente, em políticas criminais de cunho intervencionistas, as quais manejam um discurso de eficientismo²⁴ em seu combate. Posto que verdadeiro, o aumento da criminalidade violenta²⁵ não deixa de existir, inegavelmente, e se trata de um dado bastante presente na realidade brasileira, uma autêntica “campanha de dramatização da criminalidade, fabricando o clima de extrema tensão, propiciador de reclamos gerais, ora pedindo a instituição da pena de morte, ora pleiteando que as Forças Armadas venham para as ruas, ou outras soluções igualmente agudas”²⁶, tendo como protagonista principal a imprensa e como destinatária a opinião pública²⁷. Cuida-se, é bem de ver, de um aspecto que não pode ser descurado de uma compreensão ampla do fenômeno da violência e de suas consequências no âmbito de interesse penal, haja vista à crescente expansão da solução penal dos conflitos²⁸, pondo por terra a ideia da utilização do aparato criminal como *ultima ratio*. Hassemer salienta o papel da violência na construção de medidas político-criminais:

la amenaza de violencia – sea real o sólo supuesta – es un regulador mediante o cual puede ser fomentada la política criminal (típicamente restauradora); aquello que vale como un bien jurídico que requiere protección penal (y que por tanto puede ser portador de amenaza penal) se decide por medio de un acuerdo normativo social, para el cual, de nuevo, resultan constitutivas las sensaciones de amenaza de la población²⁹.

Igualmente Silva Sánchez detém-se no fenômeno, realçando a real existência de uma demanda social³⁰ por mais proteção, quando afirma:

difícilmente podrá interpretarse la situación de modo correcto y, con ello, sentarse las bases de la mejor solución posible a los problemas que suscita, si se desconoce la existencia en nuestro ámbito cultural de una verdadera demanda social de más protección. A partir de ahí, cuestión distinta es que desde la sociedad se canalice tal pretensión en términos irracionales como demanda de punición. En este punto, probablemente no esté de más aludir a la posible responsabilidad que los creadores de opinión pueden tener en tal canalización, dado su papel de mediadores. Como asimismo conviene cuestionar que el Estado no sólo acoja acriticamente tales demandas irracionales, en lugar de introducir elementos de racionalización en las mismas, sino que incluso las retroalimenta en términos populistas. Todo esto es, seguramente, cierto. Pero la existencia de una demanda social constituye un punto de partida real, de modo que la propuesta que acabe acogándose en cuanto a la configuración del Derecho penal no habría de eludir el darle a la misma una respuesta también real³¹.

Entretanto, é o mesmo autor quem percebe que essa sensação social de insegurança tem, em larga medida, um coeficiente subjetivo importantíssimo, a ponto de afirmar que “la vivencia de los riesgos es claramente superior a la propia existencia objetiva de los mismos³²”, vale dizer, a sensação de insegurança – que se alimenta, acentuada e permanentemente, dos meios de comunicação³³ – se apresenta desproporcional em relação à existência concreta do risco – ainda que se trate de sociedades bastantes e cada vez mais complexas. Ora, percebe-se, verdadeiramente, esse sentimento de insegurança, o qual brota da própria sociedade (que se pode denominar ‘de risco’), mas – e isto é inegável – ele se potencializa e se sobrepõe em virtude da ação de alguns setores dos meios de comunicação. Dessa forma, tendo-se em linha de conta o papel extremamente significativo que cumprem as agências de comunicação, no processo de dramatização do universo penal, chega-se à conclusão de que o sistema penal não se apresenta como o meio próprio e legítimo para a mitigação desse quadro, o que torna as propostas e reclamos sociais punitivos³⁴ absolutamente faltos de qualquer racionalidade.

De modo seguro, podemos dizer que a violência é um dado constante na sociedade e experimenta um crescimento; entretanto, a pauta de discussão deve assentar-se na forma por meio da qual as agências estatais de controle penal pretendem arrostar esse fenômeno, e “como a sociedade tem a percepção da violência, o que leva a questionar de que maneira essa percepção influencia a expectativa social e a tomada de decisões político-criminais³⁵”. De modo paralelo, como uma espécie de terceira via – que não se relaciona diretamente nem com a violência (fomentada também pelos meios de comunicação), nem com a criminalidade convencional – coloca-se a questão da criminalidade moderna, para a qual, político-criminalmente, se tem sustentado que somente será combatida com o abandono de princípios e garantias, os quais são fruto de uma antiga (e ultrapassada) visão do Direito Penal³⁶.

Com tais considerações não se está a desvalorizar a busca por proteção e segurança à luz da estrutura do Estado democrático de Direito. A consciência de que os programas de proteção jamais podem ser plenamente cumpridos nos permite iniciar um processo de conscientização da impossibilidade de controlar completamente todas as circunstâncias imprevisíveis da vida, como uma etapa crítica pela qual devemos passar na busca de rearticulações institucionais que levem em conta o problema da segurança, como garantia constitucional e direito de todos, procurando articulá-lo com a consciência das limitações dos mecanismos modernos de segurança, bem como da lei enquanto instrumento provedor de segurança e de controle de toda e qualquer desarticulação social.

Concordamos com FARIA COSTA quando reflete que “funcionalizar o direito penal à segurança, por mor das ‘exigências’ deste desmando pós-moderno, é estupidamente deitar fora as mais importantes conquistas históricas, filosóficas e dogmáticas de todo o percurso milenar do direito penal³⁷”. E o autor complementa: “É ceder aos avanços dos que pretendem tudo controlar. É simplesmente perder a liberdade de ser em segurança ou alienar a segurança de ser em liberdade³⁸”. À falta de segurança racionalizada, a sociedade vem a exigir a proteção por meio da força da autoridade (ou da “autoridade” da força). Nos subterrâneos de um discurso técnico pretensamente neutro, atrelado ao positivismo legalista e formalista, o próprio Estado de Direito se esvazia.

3 DA CRISE DA RAZÃO MODERNA E DAS FISSURAS NO SISTEMA DE GARANTIAS

O risco social, como vimos, parece disseminado por toda parte, transbordando os limites do controle racionalizado e maximizando os níveis de ansiedade da tensa rede de relações sociais. O Direito se põe ao encalço de um *continuum* de transformações, levando OST a advertir: “a urgência se tornou o registro temporal corrente da produção jurídica contemporânea³⁹”. Demandamos uma infindável proteção estatal em todas as esferas da vida; visamos à segurança, mas, ao mesmo tempo, queremos exercer nosso direito de liberdade em

sua plenitude; queremos a proteção das liberdades civis e a proteção dos direitos sociais; buscamos uma vida politizada e segura, porém, ao mesmo tempo, livre de excessivas coações; eis aí o paradoxo inserto na própria racionalidade jurídico-estatal moderna, acentuado pela lógica contemporânea da exacerbação das incertezas e das ansiedades sociais.

Nesse ambiente em que os riscos devem ser reduzidos pela concretização do projeto moderno, os limites de uma ação governamental racional são de difícil definição, pois as ações se justificam funcionalmente na proteção de um “bem maior”. Com frequência, projetos – voltados a estabelecer uma organização que se revele mais eficaz para assegurar a proteção, o cuidado e o controle da vida – são encabeçados por medidas que suprimem, em grande parte, os espaços de liberdade e colocam em xeque o próprio interesse que pretendiam garantir. Em uma atmosfera na qual uma suposta luta pelo Direito acaba por ameaçá-lo, denunciando a insuficiência dos preceitos jurídico-políticos modernos sobre os quais repousa, as práticas de controle social transmutam a legítima reivindicação do direito à segurança em uma busca desenfreada por proteção. Invocadas com caráter de excepcionalidade, medidas que relativizam (ou negam completamente) garantias (supostamente invioláveis, partindo-se da perspectiva racionalista) acabam por se converter em técnica de governo, transformando de modo muito perceptível “a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo”⁴⁰.

No âmbito penal, a urgência por proteção é invocada a todo instante e pauta a recente produção legislativa bem como as práticas punitivas. (A palavra “guerra” [contra o crime, contra o terrorismo, contra o mal] é cada vez mais usada ao nível dos discursos políticos, e o Direito apressa-se em acompanhar um mundo cujas maiores características são a velocidade dos acontecimentos e a quantidade de informações.) A estrutura estatal encabeçada por uma constituição que pretende assegurar, sobretudo, o direito à vida de todos e limitar o arbítrio estatal, perde em importância na nossa escala de valores frente à urgência de medidas estatais que alimentam nossa crença na proteção moderna por excelência: a punição e a “eliminação do mal”, esperanças depositadas no binômio lei penal/cárcere. Sem nos aventurarmos, aqui, pela tarefa de questionar a legitimidade do Direito Penal para enfrentar os problemas atuais, bem como do cárcere como solução, mas, sim, procurando apontar para um fenômeno punitivo que se manifesta em nível global (atingindo assim também a Política Criminal brasileira) ao ponto de sufocar o que se entende por Estado democrático de Direito, as reflexões são pautadas pela advertência de AGAMBEN, no sentido de que “as medidas excepcionais, que se justificam como sendo para a defesa da constituição democrática, são aquelas que levam à sua ruína”⁴¹. Tal qual em um Estado de exceção clássico – porém não declarado –, no qual as normas são suspensas, mas seguem vigendo destituídas de força, no “Estado de exceção permanente” em que parecemos viver, os direitos e garantias se esvaziam de sentido; apesar disso, seguem vigendo sem muita preocupação com as práticas político-criminais efetivas perpetradas pelos Estados⁴². Vale dizer, o diagnóstico atual revela a tendência de que os direitos e garantias – estrutura basilar do sistema jurídico do Estado democrático de Direito – assumam mero caráter nominal, denunciando uma crise de confiança nos direitos fundamentais e a fragilidade das estruturas modernas, quando essas não contam com o assentimento da população.

Esse caráter nominal de direitos e garantias denuncia suas fraquezas quando uma das grandes questões político-criminais, hoje, ainda que por vezes velada, parece encaminhar-se justamente para o questionamento de “quem é o cidadão” e quem deve ser o portador de direitos e de garantias e, paradoxalmente, quem não as merece. Foi nesse marco, inclusive, que se teorizou um “Direito Penal do inimigo”, formulação teórica de práticas punitivas beligerantes, nas quais o inimigo eleito passa a ser visto como um “não-sujeito de direitos”, como “não-pessoa”⁴³, o que legitimaria a mescla dos conceitos de guerra aos projetos político-criminais, com vistas à eliminação de riscos.

Acompanhamos, pois, no âmbito político-criminal, a tendência de estabelecer uma vida que merece “ter valor” e ser protegida (a vida do, por vezes, chamado “cidadão de bem”, aquele integrado na ordem) e outra que pode ter seus direitos e garantias desconsiderados, por representar uma ameaça à ordem⁴⁴. Ao passo que ordenamentos jurídicos baseados em uma racionalidade totalizadora garantem a igualdade de direitos e garantias a todos, do nascimento à morte, na complexidade do real, apesar de ser humano vivo, não “merece” proteção aquele que não “faz parte” da comunidade política, aquele que não está integrado à ordem.

Se o estado de exceção clássico, previsto constitucionalmente, é aquele no qual as normas seguem vigendo, mas destituídas de força, hoje, o *status* dos direitos e garantias fundamentais caminham para um caminho semelhante (vigência sem “força”), porém em um estado de exceção velado, no qual “a declaração do estado de exceção é progressivamente substituída por uma generalização sem precedentes do paradigma da segurança como técnica normal de governo”⁴⁵. Como se estivéssemos em um estado constante de guerra civil, as garantias modernas do Estado de Direito cedem lugar a práticas que primam pela efetividade. As medidas que se legitimam em um estado de exceção face à suspensão da ordem jurídica têm se apresentado cada vez mais como técnica de governo, na qual os direitos e garantias que o Estado moderno pretende assegurar aos cidadãos perdem espaço frente à necessidade da total segurança da vida na moldura jurídico-institucional.

Refletindo em torno desse “estado de exceção permanente”, no qual os direitos seguem vigendo sem vinculação às práticas político-criminais, as fissuras da pretensão totalizante moderna tendem a emergir. Derrida⁴⁶ pretende destacar a força que é insita ao direito, desde sua fundação até sua aplicabilidade⁴⁷. Lembra-nos, pois, que “não há direito que não implique nele mesmo, *a priori*, na estrutura analítica de seu conceito, a possibilidade de ser *enforced*, aplicado pela força”⁴⁸. A lei necessita da violência para ser instituída e da violência para ser mantida, para que exerça seu poder de coerção.

Como cercada de um “fundamento místico”⁴⁹, não há lei sem aplicabilidade, ao menos potencial, pelo simples fato de ser lei. E “não há aplicabilidade ou *enforceability* da lei sem força, quer essa força seja direta ou não, física ou simbólica, exterior ou interior, brutal ou sutilmente discursiva – ou hermenêutica –, coercitiva ou reguladora etc.”⁵⁰. A grande questão passa a ser distinguir essa “força de lei” insita ao direito de uma violência injusta, ou de pura prática de poder. É difícil definir de forma incontestada o que é uma força justa ou não-violenta, pois ainda que a justiça não se confunda com o direito ou com a lei, há uma força inerente à própria justiça, pois esta sem a força é impotente⁵¹.

Podemos afirmar, pois, que o Direito vem estritamente ligado a uma violência que o institui e a uma violência que o conserva, uma violência que garante sua aplicabilidade (*enforceability*), mas que pode, na passagem de um tênue limiar, tornar-se uma violência ilegítima que o desfaz. Por isso, na leitura de Souza, “‘Força’ não é aqui, portanto, mero exercício de poder, mas – o que é central para as ulteriores reflexões –, se refere ‘também e sobretudo às situações paradoxais onde a mais intensa força e a maior fraqueza se intercambiam estranhamente’”⁵².

E aqui podemos nos referir tanto às leis penais fundadas no risco e na urgência por proteção – desconsiderando os vínculos e os limites ao Poder que estruturam o Estado democrático de Direito – quanto às práticas policiais diárias que exercem a seleção secundária dos processos de criminalização, sob o signo de manutenção da lei e da ordem. Veja-se que, mesmo com a complexa estrutura racional que pretende afastar a validade de normas que estejam em desacordo com a Constituição (e esse é um dos sentidos atribuídos ao Estado democrático de Direito), as práticas de controle social escapam a tal estrutura racional face à necessidade “maior” de garantir o “bem-estar” da sociedade, eliminando-se o mal e o risco, ainda que, para tanto, a Constituição que deve ser, por sua natureza jurídica, em todos os casos vinculante, deixe de vincular em relação a determinadas práticas ou pessoas.

As práticas político-criminais contemporâneas têm se mostrado como produto das relações entre fato e Direito, tal qual no “estado de exceção” visualizado por Agamben ou na “Força de Lei” de Derrida. No âmbito legal, a própria distinção entre a força inerente à aplicação da lei e a mera violência torna-se algo difícil de definir, quando o motivo dos governos é uma resposta ao anseio por proteção, não importa a que preço. Derrida aponta que as duas violências, a conservadora e a fundadora do Direito, confundem-se em uma mistura espectral que acompanha as práticas policiais dos Estados contemporâneos, em que uma violência assombra a outra⁵³. O resultado é que a própria prática pela defesa do Direito acaba por ameaçá-lo⁵⁴.

4 DA RAZÃO MODERNA E DA GARANTIA. DO ESTADO, HOJE

Historicamente, a modernidade se traduz na era em que os grandes relatos (metarrelatos)⁵⁵ visaram legitimar as estruturas de saber e poder, bem como neutralizar as diferenças – por isso também conhecida como a era da totalidade. Trata-se do período cultural em que a história se percebe como dotada de um sentido progressivo – *avant-garde*. Também é o período no qual a história é vista como algo unitário (relatos), um centro em torno do qual se recolhem e se ordenam os acontecimentos. Ainda, na chamada modernidade, os saberes são caracterizados pela separação sujeito-objeto e pelo uso instrumental da razão humana, de forma que a grande preocupação dos pensadores foi impor a ordem⁵⁶ e eliminar as incertezas, em todos os campos do saber, suprimindo a ambivalência⁵⁷ e definindo as coisas com precisão. Para Bauman, “a ordenação – o planejamento e execução da ordem – é essencialmente uma atividade racional, afinada com os princípios da ciência moderna e, de modo mais geral, com o espírito da modernidade”⁵⁸.

Inebriada por esse espírito ordenador, a modernidade pretendeu capturar percepções da realidade, classificando-as em estruturas racionais discursivas – que se rotularam de “verdades”. O próprio Estado de Direito é uma estrutura moderna produtora de discursos “verdadeiros”, e o próprio Direito moderno visou ao equilíbrio perfeito, ao expurgar de seu universo tudo que implicasse uma *diminutio* de sua racionalidade.

O conjunto de transformações das práticas governamentais – no intuito de garantir uma vida politizada, ordenada e segura, sobretudo para garantir um completo controle social – ocorreu na moldura jurídico-institucional firmada pelos Estados de Direito, para cuja finalidade lhes foi conferida a legitimidade no exercício da violência; ou, segundo Weber, o Estado moderno surge como uma estrutura que reclama (com êxito) para si o monopólio da *violência física legítima*⁵⁹. O Estado de Direito moderno é, pois, resultado de uma prática governamental e de uma complexa estrutura racional e burocrática formulada pelos juristas desde o século XIX⁶⁰. Em constante mutação, como produto da racionalidade moderna, o Estado de Direito revestiu-se de diferentes conteúdos que pretenderam legitimar determinadas ordens. O choque das experiências totalitárias⁶¹ e as crescentes desigualdades sociais fizeram com que, na segunda metade do século XX, a racionalidade imprimisse um novo conteúdo e um novo objetivo ao Estado de Direito, estruturando-o em termos “democráticos”. Um constitucionalismo rígido de direitos começa a esboçar-se ainda na lógica moderna que pretendia alijar do mundo jurídico toda forma de arbítrio no poder e possibilitar a efetividade de direitos já garantidos (ao menos no plano formal-burguês). Em suma, em face de uma pretensão ordenadora moderna, o poder seria curvado pelo Direito⁶².

A razão jurídica moderna, que se expressava em termos metanarrativos constitucionais, baseados em uma estrutura lógica que articulava axiomas vinculantes aos atos de poder, imaginava-se capaz de encetar, a partir (e em face) de sua contextualidade, as bases fundamentais dos câmbios sociais. Em outras palavras, o projeto de garantias – que passou a diferenciar o Estado democrático – depositava (como de resto deposita) seu grande poder de ação na força normativa do Direito, ou seja, de pretender “transformar a realidade” por seu intermédio. O Estado, a seu turno, deveria dotar a população de garantias e instrumentos jurídicos capazes de concretizar

a tradição do racionalismo jurídico moderno dos direitos constitucionalmente positivados, reestruturando-se as relações sociais, eliminando o arbítrio no exercício dos poderes e garantindo a segurança dos indivíduos. Pretendia-se que o controle social se efetivasse dentro de estritos limites impostos pelo ordenamento jurídico (e aqui se fala, também, na construção de um *penal-welfare*), sobretudo no tocante à produção legislativa, encabeçada por uma constituição dotada de força vinculante⁶³. Com efeito, o grande diferencial jurídico trazido pela racionalidade característica do Estado democrático foi a pretensão de atribuir a uma dimensão substancial da democracia o parâmetro de legitimidade para o exercício do poder⁶⁴. Dentro dessa articulação jurídica, seria a dimensão substancial do princípio democrático que fortaleceria e legitimaria o Estado de Direito, que passaria a estar comprometido com um sólido conteúdo, que representaria sua própria razão de ser: a defesa de um núcleo rígido de direitos fundamentais⁶⁵. Isso significa que, no contexto da racionalidade garantista democrática, o próprio exercício do poder estaria legitimado substancialmente na medida em que buscase, sobretudo, a proteção dos direitos fundamentais, os quais passariam a se apresentar como garantia jurídica, consagrados na Carta Constitucional⁶⁶.

Estamos falando de um modelo nascido com as modernas constituições democráticas da segunda metade do século XX, responsável pelo advento da orientação democrático-constitucional como conformadora de modelo de Estado, que se diferencia dos anteriores, no plano jurídico, justamente por estruturar-se sobre uma fonte de legitimação formal do poder e uma fonte de legitimação substancial desse poder, em que, norteados pela ideia de Estado como instrumento de pacificação social (e não como um fim em si mesmo), os direitos fundamentais do cidadão deveriam ser protegidos da atuação de todas as esferas do poder estatal, inclusive o Legislativo. Os ideais buscados foram bem representados pelas palavras de Canotilho, quando sustentou que, “na qualidade de patrimônio subjetivo indisponível ao poder, são os direitos e liberdades que limitam a lei, e não a lei que cria e dispõe dos direitos fundamentais”⁶⁷.

Contudo, a racionalidade jurídico-constitucional vinculante parece desconhecer as diferentes culturas nas quais pretende inserir-se; parece desconsiderar um mundo que se fragmenta constantemente e escapa a estreitas racionalizações. Em certas nações, como é o caso do Brasil, o constitucionalismo rígido de direitos – como modelo vinculante – emergiu apenas no final do século XX, e a estruturação da sociedade – em termos substancialmente democráticos – ainda é uma promessa não cumprida da modernidade⁶⁸. A concretização dos ideais trazidos pelas “novas” constituições por meio de seu axiomático sistema de garantias, em verdade, não se apresenta como tarefa simples em um mundo complexo e multifacetado, no qual a velocidade do real e a fragmentação das totalidades extrapolam qualquer racionalização que se pressuponha autossuficiente.

Ainda que identificando essa crise estrutural enfrentada pelas instituições modernas, na qual o imperativo dos absolutos se desfaz frente à complexidade, e a racionalidade cede espaço à força e à autoridade – fazendo sentir seus reflexos no Estado enquanto estrutura jurídico-institucional –, não há desqualificar-se o Estado em termos de superação. Isso porque, na estrutura estatal, ainda podemos encontrar a capacitação material e simbólica para coordenação de movimentos por coesão social e reforço dos laços relacionais⁶⁹, atuando inclusive sobre as percepções sociais de medo e insegurança, deslocando-se, assim (ao menos sob a perspectiva histórico-democrática), o foco de construção de políticas públicas relacionadas ao universo penal.

CONCLUSÃO

O recrudescimento do fenômeno da percepção subjetiva da insegurança insere-se, de forma tendencialmente crescente, na dinâmica do sistema penal (não só de nosso país, mas também de outros do Ocidente moderno). Essa constatação resulta da análise que perpassou por quatro eixos de abordagem, com enfoque na apreciação dos riscos contemporâneos, no papel dos meios de comunicação na “dramatização da violência” e fomento

da insegurança, na crise da razão moderna e no possível esgotamento da centralidade da estrutura jurídico-institucional do Estado. Esses fenômenos atingem o sistema punitivo moderno e seu sistema de garantias, conduzindo-os a uma crise sistêmica.

As últimas décadas têm sido marcadas por uma lógica constante de incertezas que ultrapassam os limites (espaciais e sociais) dos riscos característicos da modernidade, resultado dos câmbios operados pelo desenvolvimento tecnológico e pela fluidez e instantaneidade dele decorrentes. A percepção de aceleração do mundo contemporâneo projeta a sociedade global em uma matriz de incertezas, (re)produtora de uma cultura do medo – em grande medida difundida pelos meios de comunicação; e, nos rastros da *sociedade do risco*, a sensação geral de insegurança apresenta-se como um fator determinante desse medo. Nesse terreno fértil para ações simbolicamente construídas, põem-se a dialogar um clamor social punitivista e uma resposta estatal penalmente falta de racionalidade. Esse perverso diálogo emoldura a crise estrutural do sistema punitivo.

Posto que se cuida de um fenômeno global, seus efeitos se fazem sentir com grande intensidade na realidade concreta de nosso país, denunciando a gravidade de uma crise social maior, que se expressa em crescentes processos de desintegração social e fratura das redes de solidariedade. A dramatização da percepção do fenômeno tem como protagonista a imprensa e, como destinatária, a opinião pública, que se vê em meio a um círculo vicioso de impunidade, criminalidade, corrupção, narcotráfico, exclusão social, discursos penais simbólicos marcados pela ineficácia, políticas violentas na área penal e desrespeito às garantias constitucionais.

Como se pode concluir, o sentimento de insegurança, que brota da sociedade, se potencializa e se sobreleva em virtude da ação de alguns setores dos meios de comunicação. Nesse quadro, a desproporcional sensação de insegurança em relação à existência concreta dos riscos dissemina um clima generalizado de ansiedade social, ou uma *cultura fóbica*, influenciando de forma marcante a Política Criminal. As novas propostas de enfrentamento da criminalidade têm em comum a bandeira do efficientismo em seu combate e do intervencionismo, sob a etiqueta de uma suposta “guerra urbana”. O incremento do sentimento de insegurança, as tensões sociais e o clamor por uma Política Criminal de “combate” efetivo são o corolário lógico.

A complexidade de novas questões, na perspectiva de uma sociedade globalizada, em que os riscos são constantemente objeto de exposição midiática, acaba por denunciar, também, as fraquezas das estruturas clássicas de proteção. Esse quadro de crise sistêmica experimentado pelo sistema punitivo desemboca em um controle no qual é difícil distinguir, com a necessária clareza, a legítima intervenção estatal da crua violência, fruto da exigência de implementação de medidas de contenção (*força*). Vendo ruir os pressupostos modernos sobre os quais assentava um projeto emancipatório rumo a uma sociedade segura, o uso da força pública, sob a bandeira da segurança, tem-se mostrado a opção dos governos contemporâneos. O universo penal não converge para ações solidárias multilaterais que venham a minimizar a lógica de violência, medo e desproteção social. Desenha-se um cenário internacional de regimes democráticos, caracterizados pela aparente irrelevância dos limites constitucionais sobre o poder e pela tendência de fortes restrições ao exercício das garantias individuais.

Identifica-se que, mesmo com a complexa estrutura racional que pretende afastar práticas de poder que violem garantias, bem como normas que estejam em desacordo com a Constituição (sentidos atribuídos ao Estado democrático de Direito), as práticas político-criminais escapam a tal estrutura racional face à necessidade “maior” de garantir o “bem-estar” da sociedade, “eliminando-se o mal e o risco”.

Em um limiar que aproxima Força e Direito, o Estado de Direito moderno parece governado pela exceção. Esta deixa de ser uma medida excepcional extrema e temporalmente delimitada para também marcar a crise sistêmica do sistema punitivo, consagrando uma generalização sem precedentes do paradigma da segurança

como técnica de governo. Nele, os direitos e garantias que o Estado moderno pretende assegurar aos cidadãos perdem espaço frente à necessidade de “total segurança”. Tal qual em um estado de exceção clássico, em que as normas são suspensas, mas seguem vigendo destituídas de força, no estado de exceção permanente em que nos encontramos, os direitos e garantias se esvaziam de sentido, e seguem vigendo sem muita preocupação com as práticas político-criminais efetivas. A complexidade do real parece incapacitar, pouco a pouco, a (em grande medida inexistente) racionalidade punitiva moderna. Cerrarmos, pois, fileiras contra esse estado de sítio pós-moderno – em que se converteu a sociedade contemporânea – é uma das tantas tarefas democráticas e racionais que nos cabe.

REFERÊNCIAS

- Agamben, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- _____. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- Amaral, Cláudio do Prado. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.
- Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- Batista, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- Bauman, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
- Baumer, Franklin Le Van. *O pensamento europeu moderno: vol. I – séculos XVII e XVIII*. Lisboa: Edições 70, 1977.
- Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Traduzido por Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Buenos Aires: Paidós, 1998.
- Briceño-León, Roberto. La nueva violencia urbana de America Latina. In: Briceño-León, Roberto (Compilador). *Violencia, sociedad y justicia en America Latina*. Buenos Aires: CLACSO, 2002.
- Cancio Meliá, Manuel. “Derecho penal” del enemigo y delitos de terrorismo: algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia del terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000, p. 201-17. In: *Revista Ibero-americana de Ciências Penais*, ano 3, n. 5, jan.-abr., 2002.
- Canotilho, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- _____. *Estado de Direito*. Cadernos Democráticos – Coleção Fundação Mário Soares. Lisboa: Edição Gradiva, 1999.
- Castel, Robert. *Insegurança social: o que é ser protegido?* Petrópolis: Vozes, 2005.
- Carnevali Rodríguez, Raúl. *Derecho penal y derecho sancionador de la Unión Europea*. Granada: Editorial Comares, 2001.
- Cervini, Raúl. Incidencia da las “mass media” en la expansion del control penal en latinoamérica. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, n. 5, p. 37-54, jan.-mar., 1994.
- D’ávila, Fábio Roberto. A crise da modernidade e as suas conseqüências no paradigma penal. In: *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, encarte AIDP, n. 98, jan., 2001.
- De La Cueva, Mario. *La idea del Estado*. 5ª ed. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Derrida, Jacques. *Força de Lei: o fundamento místico da autoridade*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- dias, Jorge de Figueiredo. O Direito Penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, ano 9, n. 33, p. 39-65, jan.-mar. 2001.
- Elbert, Carlos Alberto. *Inseguridad, víctimas y victimarios*. Buenos Aires: B de f, 2007.
- _____. *Novo manual básico de criminologia*. Tradução: Ney Fayet Júnior. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 1997.
- Faria Costa, José de. Poder e Direito Penal (atribuições em torno da liberdade e da segurança). In: *Reflexões: Revista Científica da Universidade Lusófona do Porto*, ano 1, n. 1, 2006.

Fernandes, Paulo Silva. *Globalização, 'sociedade de risco' e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. O Direito Penal no amanhecer do século XXI: breves questões à luz do paradigma da “sociedade do risco”. In: *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n. 19, p. 111-27, dez., 2001.

Franco, Alberto Silva. Os figurantes no sistema prisional. In: *Revista do ILANUD – Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente*, São Paulo, n. 17, p. 9-21, 2001.

Garland, David. *The culture of control: crime and social order in contemporary society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

Gauer, Ruth Maria Chittó. *A construção do Estado-Nação no Brasil: a contribuição dos egressos de Coimbra*. Curitiba: Juruá Editora, 2001.

Gorriñ Nuñez, Elena. Posibilidades y límites del derecho penal de dos velocidades. In: Terradillos Basoco, Juan María; ACALE SÁNCHEZ, María (coord.). *Temas de derecho penal económico*. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico. Madrid: Trotta, 2004.

Guimarães, Samuel Pinheiro. Globalização, guerra e violência. In: Novaes, Adauto (org.). *A crise do Estado-nação*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

Hassemer, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2001.

_____. Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno. In: *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid: Centro de Publicaciones, t. XLV, fasc. I, p. 235-49, enero-abril. 1992.

Hassemer, Winfried; Muñoz Conde, Francisco. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

Heuer, Wolfgang. Poder, violencia, terror: la república imperfecta y sus peligros. In: Duarte, André; et al. (orgs.). *A banalização da violência: a atualidade do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

Hirsch, Hans Joaquim. *Derecho penal: obras completas, Libro homenaje*. Buenos Aires: Rubinzal-Culsoni, 1999. t. II.

Jakobs, Günther; Cancio-Meliá, Manuel. *Derecho Penal del inimigo*. Madrid: Civitas, 2003.

Liotard, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 7ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002.

Mendoza Buergo, Blanca. Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales – ADPCP*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1999. v. LII.

Mir Puig, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 5ª ed. Barcelona: Reppertol, 1998.

Ost, François. *O Tempo do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

Pastana, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Método, 2003.

Pimentel, Manoel Pedro. Crime e pena: problemas contemporâneos. In: *Revista Ciência Penal*, Rio de Janeiro: Forense, ano VI, n. 2, p. 54-78, 1980.

Prigogine, Ilya. O fim da certeza. In: Mendes, Candido (org.). *Representação e complexidade*. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.

Prittitz, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Revista dos Tribunais, n. 47, p. 31-45, mar.-abr. 2004.

Rodrigues, José Augusto de Souza. A economia política do medo. In: *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, ano 1, n. 2, p. 269-276, 2º semestre 1996.

Silva Sánchez, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999.

Souza, Ricardo Timm de. *Razões plurais: itinerários da racionalidade ética no século XX*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

Tarde, Gabriel. *La philosophie pénale*. Paris: A. Maloine, 1903.

Terradillos Basoco, Juan María. Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico. In: Terradillos Basoco, Juan María; Acale Sánchez, María (coord.). *Temas de derecho penal económico*. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico. Madrid: Trotta, 2004.

Velho, Gilberto. Violência, reciprocidade e desigualdade: uma perspectiva antropológica. In: Velho, Gilberto; Alvito, Marcos (org.). *Cidadania e violência*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ/Editora FGV, 1996.

Versele, Severin Carlos. Procedimentos judiciais e outras formas de controle social na prevenção do crime. In: *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Forense, n. 24, 1979.

Weber, Max. *O político e o cientista*. 3ª ed. Lisboa: Editorial Presença, 1979.

Williams, J. E. Hall. A crise de confiança no sistema penal e em particular nas prisões. Traduzido por Alice E. Klause e Mário Luís Barros. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 21-2, p. 38-59, jan.-jun., 1976.

NOTAS

¹ Cabe referir o estudo do CLACSO – Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales: “De igual modo se observa cómo se ha incrementado la violencia de la policía en sus actuaciones. En muchos casos esta violencia ha sido propiciada de manera formal por las autoridades, como fue el caso de los premios de ‘bravura’ que la policía de Río de Janeiro daba a los oficiales que se mostraban agresivos con los delincuentes (Soares, 2000). Otras veces, como extensión de esas ordenes, por los códigos de honor y solidaridad no escritos o por simple exceso, la policía empezó a usar la fuerza letal de manera excesiva, resultando ello, como se pudo conocer muy bien en un estudio en Brasil en más heridos que muertos, y los muertos con muchos más impactos de balas que los que habían recibido los delincuentes en otras partes del mundo por parte de la policía (Cano, 1997)” (Briceno-León, 2002, p. 21).

² Prigogine, 2003, p. 49-67.

³ Acentuam-se, no processo de globalização, a expansão e transformação econômica e militar do sistema capitalista, sendo marcadamente guiado, no plano superestrutural, por concepções etnocêntricas e imperialistas; e, no plano infraestrutural, por um importantíssimo processo de reorganização da produção tecnológica.

⁴ Para Guimarães (2003, p. 489), “os processos de expansão do capitalismo na etapa que se inicia em 1989, chamada de globalização, e que corresponde à re incorporação de áreas ex-socialistas e de áreas periféricas ex-coloniais e à transformação tecnológica do sistema produtivo pelas megaempresas apoiadas por seus Estados, causam profundos deslocamentos entre os setores hegemônicos internos, em face da competição externa, setores que continuam, todavia, responsáveis pelos sistemas políticos e econômicos das sociedades de desequilíbrio e desagregação”.

⁵ Com efeito, Beck traça um panorama das novas peculiaridades da sociedade pós-industrial, caracterizada, principalmente, pelos riscos decorrentes de uma ‘sobreprodução’ industrial, que “se diferencian esencialmente de los de la Edad Media (que a menudo se les parecen exteriormente) por la globalidad de su amenaza (seres humanos, animales, plantas) y por sus causas modernas. Son riesgos de la modernización. Son un producto global de la maquinaria del progreso industrial y son agudizados sistemáticamente con su desarrollo ulterior” (1998, p. 28.) Destaca, ainda, o autor que, nas definições dos riscos, há um rompimento com o monopólio da racionalidade das ciências, uma vez que “la pretensión de racionalidad de las ciencias de averiguar objetivamente el contenido de riesgo del riesgo se debilita a si misma permanentemente: por una parte, reposa en un castillo de naipes de suposiciones especulativas y se mueve exclusivamente en el marco de unas afirmaciones de probabilidad cuyas prognosis de seguridad *stricto sensu* ni siquiera pueden ser refutadas por accidentes reales” (p. 35). Beck também define que os danos causados pelos riscos são sistemáticos, irreversíveis e invisíveis, com caráter atemporal e transfronteiriço: “Al contrario que los riesgos empresariales y profesionales del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, estos riesgos ya no se limitan a lugares y grupos, sino que contienen una tendencia a la globalización que abarca la producción y la reproducción y no respeta las fronteras de los Estados nacionales, con lo cual surgen unas amenazas globales que en este sentido son supranacionales y no específicas de una clase y poseen una dinámica social y política nueva” (p. 19). Fernandes acrescenta: “a ocasionação ou potenciação destes novos riscos decorre sempre de decisões humanas, embora como algo que é independente da intenção humana” (2001, p. 113).

⁶ Elbert, 2007, p. 17.

⁷ Versele (1979, p. 28) enfatiza que “as estatísticas de inúmeros países põem em evidência um aumento quantitativo da delinquência e um agravamento qualitativo da mesma. Este fenómeno se desenvolve a despeito das reformas legislativas e penitenciárias e a despeito dos recursos relacionados com pesquisas criminológicas de prevenção e de tratamento”.

⁸ Sobre o tema, deve-se consultar: Heuer (2004, p. 77), especialmente quando estabelece a vinculação entre estruturas totalitárias e movimentos terroristas (atuais, como o da Al-Qaeda), pois o seu enfrentamento exige: “no sólo limitarse a acciones militares o a reuniones de diálogo cultural, sino a considerar como problema fundamental, la ruina política de los países árabes. En estos países, la causa del surgimiento de movimientos totalitarios no es la pobreza, como tampoco lo fue el desempleo masivo en Alemania, sino la ausencia de estructuras estables, basadas en las relaciones sociales y en la representación política de la población”.

⁹ Williams, 1976, p. 38. A título eminentemente exemplificativo da dimensão da crise, somente a criminalidade convencional tem proporcionado um incremento permanente de encarceramentos, o que contribui para a superlotação das instituições penais, quer se trate de presos provisórios, quer de sentenciados.

¹⁰ Apesar de haver muitos outros dos quais se pode lançar mão quando se vai questionar o sistema penal: os altos índices de reincidência, a seletividade, o simbolismo, as cifras negras, as ‘execuções’ sem processo, o recurso à tortura como meio de prova, os elevados custos etc. Como adverte Batista (1990, p. 25), “o sistema penal a ser conhecido e estudado é uma realidade, e não aquela abstração dedutível das normas jurídicas que o delineiam”.

¹¹ Baumer, 1977, p. 48.

¹² Castel, 2005, p. 60.

¹³ Mendoza Buergo, 1999, p. 281. No que tange ao âmbito penal, Beck (p. 70) assenta que, na sociedade do risco, não há mais espaço para a culpabilidade e para a causalidade, mas para uma presunção de causalidade: “la presunción de causalidad, contenida en los riesgos de la modernización, adquiere aquí un carácter clave. Una presunción que es difícil si no imposible de demostrar a través de razonamientos teórico-científicos. Aquí interesa la capacidad de control del proceso de reconocimiento de los riesgos a través del criterio de la validez de la demostración de causalidad: cuanto más se eleven esos criterios más se estrecha el círculo de los riesgos reconocidos y mayor es el dique de contención de riesgos no reconocidos. Aunque también es cierto que aumentan los riesgos detrás de los diques del reconocimiento. La insistencia sobre la elevación de la validez de los criterios es,

entonces, una construcción altamente efectiva y perfectamente legitimada para contener y canalizar la marea de riesgos de la modernización; pero con una pantalla de ocultamiento, instalada en ella, que hace incrementar los riesgos en proporción inversa al ‘des-reconocimiento’ de los mismos. (...) el llamado principio de causalidad culposa como esclusa para el reconocimiento y el no reconocimiento de los riesgos. Se sabe que los riesgos de la modernización por su estructura no pueden ser generalmente interpretados de forma adecuada siguiendo este principio. La mayoría de las veces no hay un causante del daño, sino precisamente sustancias contaminantes en el aire que proceden de muchas chimeneas y que por ello se correlacionan frecuentemente con enfermedades sin especificar, para las cuales siempre hay que considerar una cifra importante de ‘causas’”. A seu turno, Figueiredo Dias (2001, p. 43-4) lança precisa advertência: “nas suas implicações com a matéria penal, ele quer pôr em evidência uma transformação radical da sociedade em que já vivemos, mas que seguramente se acentuará exponencialmente no futuro próximo. Uma tal idéia anuncia o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a existência, individual e comunitária, ou provinham de acontecimentos naturais (para tutela dos quais o direito penal é absolutamente incompetente) ou derivavam de acções humanas próximas e definidas, para contenção das quais era bastante a tutela dispensada a clássicos bens jurídicos como a vida, o corpo, a saúde, a propriedade, o patrimônio...; para contenção das quais, numa palavra, era bastante o catálogo puramente individualista dos bens jurídicos penalmente tutelados e, assim, o paradigma de um direito penal liberal e antropocêntrico. Aquela idéia anuncia o fim desta sociedade e a sua substituição por uma sociedade exasperadamente tecnológica massificada e global, onde a acção humana, as mais das vezes anónima, se revela susceptível de produzir riscos também eles globais ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em tempo e em lugar largamente distanciados da acção que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a extinção da vida”.

¹⁴ Prittwitz, 2004, p. 37.

¹⁵ Idem, p. 40.

¹⁶ Fenômeno que se apresenta particularmente severo em se tratando da criminalidade econômica. Ver, a propósito, Terradillos Basoco, 2004, p. 219. Para o autor (p. 222), “en el catálogo de causas presuntamente determinantes de la creciente intervención jurídico-penal en el ámbito económico, se destaca, como elemento multiplicador, ese nuevo marco convencionalmente denominado globalización, en el que la represión penal de la delincuencia económica tiende a ser concebida en términos punitivistas y expansivos, como respuesta a la extendida exigencia de afrontar más eficazmente la criminalidad”.

¹⁷ Prittwitz, 2004, p. 32.

¹⁸ Nesse sentido, pondera Hassemer (1992, t. XLV, p. 241-2): “Los instrumentos, de los cuales se sirve el Derecho Penal, se utilizan para ampliar esta capacidad expansiva del Derecho Penal. Los ámbitos en los cuales se concentra el Derecho Penal moderno tienen que ver con el individuo sólo de forma mediata. De forma inmediata se refieren a instituciones o al Estado. El principio de protección de bienes jurídicos deviene en el Derecho Penal moderno la protección de instituciones. A ello se corresponde que estos bienes jurídicos, a los cuales se trata de proteger, no son individuales sino colectivos. Adicionalmente, el legislador formula estos bienes jurídicos de forma especialmente vaga y amplia (protección de la salud pública, protección de la función de subvención, etc.). (...) El segundo instrumento del Derecho Penal moderno, el cual sirve claramente a esta ampliación de la capacidad, es la forma delictiva de los tipos de peligro abstracto”.

¹⁹ Gorriñ Nuñez, 2004, p. 339.

²⁰ Fernandes, p. 73.

²¹ Carnevali Rodríguez (2001, p. 189-90) explica o fenômeno: “En efecto, en el Derecho penal es posible observar, la cada vez más frecuente utilización de preceptos redactados con términos imprecisos y ambiguos. Se ha argumentado que esta orientación ha sido motivada por razones de adaptación a necesidades político-criminales cambiantes, además que una taxatividad absoluta, imposibilitaría la resolución de conflictos sociales. (...) Ahora bien, probablemente esta confrontación se presenta con mayor fuerza en la esfera del Derecho penal económico – que es, en definitiva, en la que hoy se desenvuelve la CE –, pues el creciente dinamismo que se aprecia en esta área – en donde los agentes económicos se destacan por la adopción de nuevos medios delictivos no previstos por el ordenamiento – de alguna manera ‘impone’ al legislador el empleo de expresiones con un cierto grado de indeterminación, que autorizan una mayor flexibilidad a la hora de interpretar los mensajes normativos”.

²² Assim comenta Silva Sánchez (1999, p. 24-5): “nuestra sociedad puede definirse todavía mejor como la sociedad de la ‘inseguridad’ (o la sociedad del miedo). En efecto, uno de los rasgos más significativos de las sociedades de la era postindustrial es la sensación general de inseguridad”.

²³ Em certas palavras, D’Ávila (2001), ao descrever o fenômeno do risco, percebe que esse “parece ter defraudado as expectativas de inúmeros cientistas, que, aguardando o fim da modernidade em guerras, revoluções ou outro evento qualquer de profundo impacto social, foram surpreendidos pelo invisível, pelo inesperado, que, silenciosamente, transformou o próprio êxito da ciência, estampado no progresso tecnológico, no mais implacável dos seus inimigos, na marca de um novo tempo”.

²⁴ Esse discurso eficientista contemporâneo é identificado também por David Garland (2001, p. 12): “Today, there is a new and urgent emphasis upon the need for security, the containment of danger, the identification and management of any kind of risk. Protecting the public has become the dominant theme of penal policy.” (...) “There is a relaxation of concern about the civil liberties of suspects, and the rights of prisoners, and a new emphasis upon effective enforcement and control. The call for protection from the state has been increasingly displaced by the demand for protection by the state”.

²⁵ Hirsch (1999, t. II, p. 62) afirma: “el fuerte aumento de la criminalidad, incluso en ámbitos del Derecho Penal clásico, en especial de la criminalidad contra la propiedad y el patrimonio y la criminalidad violenta, así como la creciente profesionalización y el entrelazamiento internacional de todos los campos de la criminalidad, han acarreado además modificaciones en el sistema de consecuencias jurídicas y en el Derecho Procesal Penal. En Alemania pueden mencionarse, en particular: la reactivación de la pena patrimonial y, en el Derecho Procesal, la regulación sobre testigos principales. Por otra parte, la avalancha de asuntos penales ha ocasionado la búsqueda de una solución en los sobreseimientos por razones de oportunidad, acuerdos procesales y propuestas de simplificación legal de los procedimientos”.

²⁶ Pimentel (1980, p. 55). No mesmo sentido, aponta Franco (2001, p. 10), ao afirmar que existe “uma demanda social por maior proteção, alimentada, muitas vezes, em termos populistas, e canalizada, outras tantas, pelos meios de comunicação social. Pede-se a cada instante e, com maior frequência, a intervenção penal. A sensação social de insegurança perpassa, inquestionavelmente, toda a complexa sociedade moderna, e o surgimento de novos riscos cria uma atmosfera de inquietações e sobressaltos”.

²⁷ Pastana (2003, p. 101) descreve que “com o intenso avanço tecnológico, sobretudo no campo das comunicações, a opinião pública, em vez de ganhar maior estímulo para o pensamento reflexivo, passou a ser ainda mais viciada e manipulada politicamente pela imprensa em vários setores. Na relação entre controle social e violência criminal, o que se vê é um retrocesso, ou seja, uma busca por soluções já ultrapassadas e comprovadamente ineficazes”.

²⁸ Elbert (p. 124) aduz que esse fenômeno implica, inegavelmente, fator de incremento da crise, na medida em que “a evolução crítica contra os sistemas penais entrou, nos princípios do século XXI, em franca contradição com os requerimentos de segurança e controle da sociedade global, cruel e irracionalmente vindicativos”. Veja-se, ademais, a conclusão de que esse clima geral de insegurança, potencializado pelos meios de comunicação, deságua na ‘solução penal’, apanágio para todos os males sociais: “É óbvio que um tal estado de coisas – v.g. com os noticiários a abrirem constantemente recheados de notícias relacionadas com crimes e tragédias de vária ordem, prolongadas e repetidas até à exaustão e que, entrando não raro pela casa das pessoas adentro, explorando os seus maiores sofrimentos e sentimentos mais íntimos, expondo-os crua e, muitas vezes, exagerada e (como se não bastasse...) repetidamente, para dar a sensação de total proximidade entre telespectador e vítima, em vez de informar, muitas vezes causam a desinformação – provocam uma sensação de insegurança e amedrontamento geral, a ponto de as pessoas, legitimamente, se interrogarem: nada mais há senão crime e destruição? Aqui, mais uma vez, se surpreende uma das causas do desvio – já focado – dos olhares do cidadão comum, de um mar turbulento e inseguro para o porto, esse aparentemente seguro, de salvação que parece ser, pelo menos de acordo com essa *Weltanschauung*, o Direito Penal, tido como o guardião e defensor último dos aflitos, *ratio* de emergência do sistema. E lá se clamam mais penas, mais polícias, mais terror. É uma espécie de andar em círculos, de eterno retorno, de infundável cornucópia de discursos” (Fernandes, p. 40-41).

²⁹ Hassemer, 2001, p. 46-47. No mesmo diapasão, Cervini (1994, p. 38-44), quando comenta que “se ha resaltado el peso sustancial de los medios conformadores de la opinión pública en el proceso de elaboración de las leyes en general y respecto de la tendencia criminalizadora en particular”, sendo que “la influencia de los medios en la construcción de la realidad social no es exclusiva pero sí fundamental y prácticamente única cuando se trata de brindar información acerca del mundo, a la que el individuo generalmente, por sí solo, no puede acceder. Es el caso de la información internacional y muy especialmente de la policial”. Ainda destacando a influência dos meios de comunicação na construção da realidade social, prossegue Cervini (p. 53-54): “(...) 3. La influencia de los medios en la construcción de la realidad social no es exclusiva pero sí fundamental y prácticamente única cuando se trata de información a la que el individuo no puede acceder directamente, como es el caso de la vinculada con el sistema penal y su funcionamiento. En este ámbito los individuos se ven crecientemente determinados, o antes bien, sobredeterminados de una manera compleja, general y decisiva. 4. En Latinoamérica las mass media suelen utilizar su inmenso poder dirigiendo la conciencia social a través de información selectiva sobre la criminalidad. Acomodan la visibilidad social del delito a sus propias necesidades *empresariales* y *dogmas*, desconociendo los resultados, investigaciones criminológicas responsables y a las reales necesidades del control social. Surge también probado que normalmente descontextualizan los acontecimientos y los recontextualizan en formas informativas que inducen o reproducen los miedos en el sentido que se desea y generan una necesidad normativa que sirve a sus propósitos y/o coadyuva con los intereses de otros sectores privados o públicos”. Reforça, ainda, a tese Rodrigues (1996, p. [269-276] 273) quando sustenta que “a responsabilidade pública dos meios de comunicação de massa é muito grande, pois, se há uma forma de problematização da violência urbana capaz de produzir pânico e, conseqüentemente, desordem, é a que se produz quando a ênfase do noticiário é dada sobre o desamparo de todos diante de uma situação totalmente fora de controle”.

³⁰ Cancio Meliá (2002, p. 202-203) também reconhece que, “en relación con otros sectores de regulación, se advierte la existencia en el debate político de un verdadero ‘clima punitivista’: el recurso a un incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización – y esto es nuevo – en muchas ocasiones se producen con coordenadas políticas distintas al reparto de roles que podría resumirse en la siguiente fórmula: izquierda política – demandas de descriminalización/derecha política – demandas de criminalización”. Como exemplo, o autor (p. 203) cita: “de las infracciones en la órbita de manifestaciones neonazis que existe un consenso izquierda-derecha a la hora de reclamar la intervención del Derecho penal”.

³¹ Silva Sánchez, p. 20.

³² Idem, p. 25-26.

³³ Idem, p. 27-28. Descreve o papel dos meios de comunicação na construção (subjetiva) do medo social, ao afirmar: “En todo caso, en lo que hace al Derecho penal, resulta ineludible la puesta en relación de la sensación social de inseguridad con el modo de proceder de los medios de comunicación. Estos, por un lado, desde la posición privilegiada que ostentan en el seno de la ‘sociedad de la información’ y en el marco de una concepción del mundo como aldea global, transmiten una imagen de la realidad en la que lo lejano y lo cercano tienen una presencia casi idéntica en la representación del receptor del mensaje. Ello da lugar, en unas ocasiones, directamente a percepciones inexactas; y en otras, en general, a una sensación de impotencia. A mayor abundamiento, por otro lado, la reiteración y la propia actitud (dramatización, morbo) con la que se examinan determinadas noticias actúan a modo de multiplicador de los ilícitos y las catástrofes, generando una inseguridad subjetiva que no se corresponde con el nivel de riesgo objetivo”.

³⁴ Rodrigues (p. [269-276] 273) adverte, entretanto, que, “do ponto de vista das conseqüências políticas, o sentimento de insegurança não parece estar necessariamente associado à formação de tendências conservadoras – ou, mesmo, fascizantes –, na medida em que, por exemplo, “os canadenses vítimas de crimes são mais favoráveis a medidas de ajuda à vítima e de prevenção do que à elevação da repressão e do controle sobre possíveis agressores”. Nesse passo, “se, por um lado, estes sentimentos de insegurança tornam possível a formação de movimentos pelo restabelecimento da lei e da ordem a qualquer custo, também podem mostrar-se propícios à instauração de uma opinião pública que, considerando o aumento da criminalidade como uma prova das deficiências do ordenamento social vigente, apresente-se suscetível a promover reformas neste ordenamento”. Daí por que conclui que “a imputação de sentido ao medo e à insegurança é um processo em aberto, permeável à intervenção das diversas vozes presentes na cena pública”.

³⁵ Amaral, 2003, p. 222.

³⁶ Primeiramente, cumpre registrar que, em função desses fenômenos, se abriu um leque bastante amplo de possibilidades e necessidades de averiguações e investigações científicas, às quais não somente o Direito Penal, mas igualmente outras áreas correlatas têm dado a sua quota de contribuição para o enfrentamento do problema. Assim, por exemplo, se partíssemos da ideia segundo a qual o delito e as instituições vinculadas ao controle da criminalidade são objeto tanto do Direito Penal como da Criminologia e da Política Criminal, poderíamos afirmar que enquanto a Política Criminal busca indicar, a partir de sua função de orientar o sistema jurídico-criminal na prevenção e repressão da criminalidade, os caminhos a serem seguidos pelo legislador na construção de um catálogo de condutas proibidas, conduzindo a um aprimoramento (ou mesmo criação) do Direito Punitivo, a Criminologia, por seu turno, teria por missão indicar quando (e se) o recurso punitivo se apresenta como o meio mais adequado para a solução do conflito, denunciando, também, quando a missão do Direito Penal se apresenta como simplesmente simbólica, sem qualquer força real de solução ou mesmo com efeitos perversos ou criminológicos; e, finalmente, a Dogmática Jurídica, cuja função se prende à aplicação do Direito Penal aos casos concretos, encontraria – em razão da Criminologia e da Política Criminal – seus limites, através dos quais poderia determinar os conhecimentos que se apresentam como legítimos, a fim de utilizar “en la respuesta a las preguntas sobre el si y el cómo de la punibilidad” (Bacigalupo, 1999, p. 56). Esquemáticamente, pode-se, a partir da estrutura tridimensional do Direito, afirmar que “la Dogmática jurídico-penal se ocupa del Derecho penal como norma, la Criminología como hecho, y la Política criminal como valor” (Mir Puig, 1998, p. 17). Levando esse quadro em linha de consideração, afirmaram Hassemer e Muñoz Conde (2001, p. 29): “Pero también las nuevas tecnologías, la manipulación genética, el manejo de la informática y de Internet, y las posibilidades de que se utilicen para cometer hechos gravemente nocivos, requieren la creación de nuevas tipicidades delictivas que eran inimaginables hace algunas

décadas. El Derecho penal aún no tiene un modelo perfectamente diseñado para abordar legislativamente estos problemas, que ciertamente son distintos de los que tradicionalmente han sido su objeto principal, pero no cabe duda de que, en el futuro, tendrá que ocuparse cada vez más de estas cuestiones y que para ello tendrá que utilizar los datos que le suministren otras ciencias no jurídicas, y especialmente la Criminología”. Trata-se – convém afirmar-se – de uma preocupação historicamente presente nos domínios de nossa ciência: o estudo do crime, do criminoso e da pena. No início do século passado, Tarde (1903, p. 218-219), ao focar a responsabilidade, afirmava: “d’abord ce que c’est que le crime et ce que c’est que le criminel, dans quelles circonstances physiques ou sociales ils éclosent l’un et l’autre, comment ils se forment et se transforment l’un et l’autre au cours des étapes de la civilisation, quelles sont les catégories naturelles de crimês et de criminels; en second lieu, ce que c’est que le châtiment, quel est, quel a été, quel doit être son but, quelles transformations il a subies et il est appelé à subir encore”.

³⁷ Faria Costa, 2006, p. 302.

³⁸ Idem, ibidem.

³⁹ Ost, 2001, p. 361.

⁴⁰ Agamben, 2004, p. 13.

⁴¹ Idem, p. 20.

⁴² Idem, p. 28-29.

⁴³ Jakobs, 2003, p. 38.

⁴⁴ Para Agamben, “tudo advém, portanto, como se aquilo a que chamamos povo fosse, na realidade, não um sujeito unitário, mas uma oscilação dialética entre dois pólos opostos: de um lado, o conjunto Povo como corpo político integral, de outro, o subconjunto povo como multiplicidade fragmentária de corpos carentes e excluídos; lá, uma inclusão que se pretende sem resíduos, aqui, uma exclusão que se sabe sem esperança; em um extremo, o estado total dos cidadãos integrados e soberanos, no outro, a escória – corte dos milagres ou campo – dos miseráveis, dos oprimidos, dos vencidos.” (...) “povo é um conceito polar que indica um duplo movimento e uma complexa relação entre os dois extremos. Mas isto significa, também, que a constituição da espécie humana em um corpo político passa por uma cisão fundamental, e que, no conceito ‘povo’, podemos reconhecer sem dificuldades os pares categoriais que vimos definir a estrutura política original: vida nua (povo) e existência política (Povo), exclusão e inclusão, *zoé* e *bíos*. O ‘povo’ carrega, assim, desde sempre, em si, a fratura biopolítica fundamental. (...) “... se o povo contém necessariamente em seu interior a fratura biopolítica fundamental, será então possível ler de modo novo algumas páginas decisivas da história do nosso século (século XX). Posto que, se a luta entre os dois ‘povos’ estava certamente em curso desde sempre, no nosso tempo ela sofreu uma última, paroxística aceleração. (...) quando, a partir da Revolução Francesa, o Povo torna-se o depositário único da soberania, o povo se transforma em uma presença embaraçosa, e miséria e exclusão surgem pela primeira vez como um escândalo em todos os sentidos intolerável. Na Idade Moderna, miséria e exclusão não são somente conceitos econômicos ou sociais, mas são categorias eminentemente políticas (todo o economicismo e o ‘socialismo’ que parecem dominar a política moderna têm, na realidade, um significado político, aliás, biopolítico). (...) Nesta perspectiva, o nosso tempo nada mais é que a tentativa – implacável e metódica – de preencher a fissura que divide o povo, eliminando radicalmente o povo dos excluídos. Esta tentativa mancomunada, segundo modalidades e horizontes diversos, direita e esquerda, países capitalistas e países socialistas, unidos no projeto – em última análise vão, mas que se realizou parcialmente em todos os países industrializados – de produzir um povo uno e indiviso. A obsessão do desenvolvimento é tão eficaz, em nosso tempo, porque coincide com o projeto biopolítico de produzir um povo sem fratura” (2002, p. 184-185.)

⁴⁵ Idem, p. 28-29.

⁴⁶ O texto foi primeiramente publicado em edição bilingue (inglês/francês) pela Cardozo Law Review, Volume 11, no ano de 1990. A revista levou o título *Deconstruction and the possibility of justice* e o texto de Derrida (*Force of Law: The ‘Mystical Foudation of Authority’*) foi seguido de outros 29 artigos que debatiam o tema. Desde então, o texto que vê na desconstrução do direito a possibilidade da justiça vem sendo traduzido em inúmeras línguas e comentado por diversos estudiosos, ora sendo alvo de críticas, ora de louvores. Para a desconstrução, “o direito é essencialmente *desconstruível*, ou porque ele é fundado, isto é, construído sobre camadas textuais interpretáveis e transformáveis (e esta é a história do direito, a possível e necessária transformação, por vezes a melhor do direito), ou porque seu fundamento último, por definição, não é fundado. Que o direito seja desconstruível, não é uma infelicidade. Pode-se mesmo encontrar nisso a chance política de todo progresso histórico” (Derrida, 2007, p. 26).

⁴⁷ Estudioso da linguagem e mentor da desconstrução, o autor debruça-se sobre a expressão inglesa “to enforce the law” (que em português se traduz pelo simples “aplicar a lei”) para destacar que o direito é sempre uma força autorizada, uma força que se justifica ou que tem aplicação justificada, mesmo que essa justificação possa ser julgada, por outro lado, injusta ou injustificável. Souza explica que, por meio de sua “desconstrução”, Derrida pretende expor “certas estruturas de violência que não habitam o mundo das idéias e das boas vontades, mas exercem seu poder no cerne real das relações humanas que, anteriores às construções científicas, são por essas literalmente *manipuladas*, na reprodução de estruturas de poder espúrio encontráveis nos mais diversos níveis da vida nacional e global, nesse complexo contexto de início de século” (2004, p. 133).

⁴⁸ Derrida, 2007, p. 8.

⁴⁹ O que, aliás, dá título à obra de Derrida.

⁵⁰ Idem, p. 9.

⁵¹ “De forma que é preciso que aquilo que é justo seja forte, ou aquilo que é forte seja justo, uma vez que “a justiça exige, enquanto justiça, o recurso à força. A necessidade da força está pois implicada no justo da justiça” (Derrida, p. 19).

⁵² Souza, p. 136.

⁵³ “Nunca se sabe com quem estamos tratando, e esta é a definição da polícia, singularmente da polícia do Estado, cujos limites são, no fundo, indetermináveis. Essa ausência de fronteira entre as duas violências, essa contaminação entre fundação e conservação é ignóbil, é a ignomínia (*das Schmachvolle*) da polícia” (Derrida, p. 98). (...) “Nessa *Aufhebung* que ela mesma significa, a polícia inventa o direito, ela se faz ‘*rechtsetzende*’, legislativa, ela se *atribui* o direito cada vez que este é suficientemente indeterminado para lhe dar essa possibilidade. Mesmo que ela não promulgue a lei, a polícia se comporta como um legislador nos tempos modernos, para não dizer como o legislador dos tempos modernos. Ali onde há polícia, isto é, em toda parte e aqui mesmo, já não se pode discernir entre as duas violências, a conservadora e a fundadora, e este é o equívoco ignóbil, ignominioso, revoltante” (Idem, p. 100).

⁵⁴ Sem que por polícia queira se referir especificamente a agentes policiais fardados, armados e organizados numa estrutura civil de modelo militar, mas sim como um poder que está por toda parte onde há conservação da ordem social por uma “força de lei”, o autor afirma que “a polícia já não se contenta, hoje, em aplicar a lei pela força (*enforce*) e, portanto, em conservá-la; ela a inventa, ela publica decretos, ela intervém cada vez que a

situação jurídica não é suficientemente clara para garantir a segurança. Isto é, hoje, quase o tempo todo. Ela é a força de lei, ela tem força de lei” (Derrida, p. 98).

⁵⁵ Fazemos menção aqui ao sentido usado por Lyotard (2002, p. 54-55), para quem a modernidade corresponde um saber narrativo. Os metarrelatos correspondem àqueles grandes discursos produzidos a partir do século XIX, que explicavam a condição histórica do homem ocidental e passaram a caracterizar a modernidade desde a ascensão burguesa, sendo responsáveis pela constituição de grandes atores, grandes heróis, grandes perigos e dos grandes objetivos sociopolíticos e econômicos, legitimando novas autoridades e novos saberes.

⁵⁶ Para Bauman (1999, p. 12), é a ambição pela ordem o traço diferencial da modernidade, isto é: “dentre a multiplicidade de tarefas impossíveis que a modernidade se atribuiu e que fizeram dela o que é, sobressai a da ordem (mais precisamente e de forma mais importante, a da *ordem como tarefa*) como a menos possível das impossíveis e a menos disponível das indispensáveis – com efeito, como o arquétipo de todas as outras tarefas, uma tarefa que torna todas as demais meras metáforas de si mesmas”.

⁵⁷ “A prática tipicamente moderna, a substância da política moderna, do intelecto moderno, da vida moderna, é o esforço para exterminar a ambivalência: um esforço para definir com precisão – e suprimir ou eliminar tudo que não poderia ser ou não fosse precisamente definido” (Bauman, p. 15).

⁵⁸ Bauman, p. 47.

⁵⁹ Weber, 1979, p. 9.

⁶⁰ Como explica Weber (p. 36), para a ascensão do príncipe, para enfrentar os feudos, este apoiou-se nas camadas sociais disponíveis, de caráter não-feudal. Assim, juntamente com clérigos, literatos de formação humanística, nobreza cortesã (uma vez despojada de seu poder político feudal foi atraída à corte e empregada no serviço político e diplomático), os juristas universitários surgem como importante grupo de articulação e estruturação política do Estado moderno. “Em lado algum se manifesta com mais clareza a poderosa influência do Direito Romano, tal como foi estabelecido no burocratizado Baixo Império, como no facto de serem os juristas universitários a levarem a cabo a transformação da empresa política para a converterem em Estado racionalizado”.

⁶¹ As experiências dos séculos XIX e XX demonstravam que o princípio da legalidade vinha sendo respeitado tão somente enquanto formalidade, relativizado e desvinculado de compromissos de justiça. A supremacia da lei legitimava-se pela autoridade do órgão que a editava, não pelo seu conteúdo, de forma que a legalidade, abstraído o conteúdo de justiça, acabava por autorizar a imposição de políticas governamentais fundamentadas em um “bem maior” – o “bem do Estado” ou “bem do povo” –, o que se convencionou chamar a “razão do Estado”, sem maiores preocupações com as garantias e liberdades individuais. O poder tudo podia, desde que “guardasse as aparências”.

⁶² Em sua tese de doutoramento na qual defende o dirigismo constitucional, Canotilho refere que: “a constituição é condição do Estado de Direito: (1) em relação aos governantes priva-os da propriedade do poder; (2) em relação ao poder, a constituição funda do Estado, estipulando as condições de exercício do poder (o poder introduzido no Estado é um poder de direito)” (1994, p. 122).

⁶³ Como disse Canotilho, “a liberdade de conformação de um legislador, democraticamente legitimado, não se compadece com uma estreita liberdade executiva, antes dispõe, em virtude da sua base de legitimação, de uma real liberdade de conformação política nos ‘limites’ das normas constitucionais determinantes” (p. 220-221).

⁶⁴ A pretensão desta estrutura racionalizada do exercício do poder público, no Estado democrático de Direito, seria, pois, a de uma dupla legitimação. A um, por meio da democracia formal, do que decorreria sua legitimidade formal, que organiza formalmente o exercício do poder; a dois, por meio da democracia substancial, em que o poder público estaria submetido ao conteúdo do Direito (Constituição) e se legitimaria à medida que o garantisse e o concretizasse.

⁶⁵ Com propriedade, De La Cueva (1996, p. 112) explica que as dimensões substancial (material) e formal são inseparáveis uma da outra, de maneira que a democracia como forma (direitos do cidadão, e especificamente, a universalidade do direito ativo e passivo de voto) seria o caminho necessário e único para conquistar a democracia material-substancial (os direitos do homem e, concretamente, a igualdade e liberdade civis) e se não perseguisse esta finalidade, careceria de sentido e se contradiria em si mesma.

⁶⁶ As condições substanciais passaram a fazer referência à estrutura do poder. Regras sobre *o que se deve* ou *não se deve* decidir, regras das quais extrairíamos o caráter “de direito” do sistema jurídico (Ferrajoli, 1997, p. 858). Por isso, as regras de Estado de Direito, contidas, sobretudo, nas condições substanciais de validade, seriam as que garantiriam os direitos fundamentais dos cidadãos, estabelecendo *o que não se deve* ou *o que se deve* decidir e impondo proibições e obrigações aos poderes do Estado: de um lado, as proibições de suprimir ou limitar, fora das formas e dos casos taxativamente previstos, a liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, a liberdade de opinião, os direitos de reunião e de associação, de culto e circulação. Por outro lado, as obrigações de reduzir as desigualdades sociais, promover condições que tornem efetivo o direito ao trabalho, proteger as minorias, assegurar a educação e a saúde, manter e assistir os incapacitados para o trabalho e a todos que careçam de meios de subsistência. A violação dessas regras constituiria causa de invalidade das normas produzidas.

⁶⁷ Canotilho, 1999, p. 54.

⁶⁸ Falamos aqui estritamente em termos jurídico-analíticos, não desconhecendo que o processo de construção do Estado-nação brasileiro remete a período muito anterior, ainda ao século XVIII. A respeito, destaca-se a obra de Gauer (2001, p. 199-316).

⁶⁹ Seguimos, aqui, Velho (1996, p. 23-24): “é fundamental (...) a participação de uma sociedade civil fortalecida, mas sem uma confiança básica no poder público estaremos fadados ao acelerado agravamento do que hoje já estamos vivendo. Não é possível imaginar que ‘as livres forças do mercado’ poderão resolver esse tipo de problema. A sociedade civil com um projeto de cidadania efetiva para os indivíduos, certamente, teria um papel crucial a cumprir, mas só o Estado tem condições materiais e simbólicas de liderar e coordenar esse movimento. A eficácia de sua ação depende, essencialmente, de sua credibilidade, tanto para dentro de si mesmo, como na sua atuação para fora. O fim da impunidade, a demonstração clara de sua integridade e seriedade e a reconstrução, sob novas formas, de sua competência são algumas das variáveis necessárias para o encaminhamento do controle da violência e do ódio social em nossa sociedade”.

Recebido em 01.10.2009

Aceito em 05.02.2010