

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CENTRO 4
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO**

THIAGO FABRES DE CARVALHO

**O DIREITO PENAL COMO MECANISMO DE GESTÃO DA SUBCIDADANIA NO
BRASIL: (in)visibilidade, reconhecimento e as possibilidades hermenêuticas do
princípio da dignidade humana no campo penal**

São Leopoldo
2007

THIAGO FABRES DE CARVALHO

**O DIREITO PENAL COMO MECANISMO DE GESTÃO DA SUBCIDADANIA NO
BRASIL: (in)visibilidade, reconhecimento e as possibilidades hermenêuticas do
princípio da dignidade humana no campo penal**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo

2007

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CENTRO 4
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO**

**O DIREITO PENAL COMO MECANISMO DE GESTÃO DA SUBCIDADANIA NO
BRASIL: (in)visibilidade, reconhecimento e as possibilidades hermenêuticas do
princípio da dignidade humana no campo penal**

COMISSÃO EXAMINARORA

Prof. Dr. Lenio Luiz Streck - Orientador

Prof.^(a) Dr.^(a)

Prof. ^(a) Dr.^(a)

Prof. ^(a) Dr.^(a)

Prof. ^(a) Dr.^(a)

São Leopoldo, _____ de _____ de 2001.

DEDICATÓRIA

Mãe (Léa), pelo teu amor inesgotável, que de tão intenso torna-se quase sôfrego, visível em todas as lágrimas derramadas por ambos em cada ausência minha e em cada despedida. Por tua presença e apoio constantes em minha vida, e por você ser tão capaz de irradiar essa generosidade e ternura que contagia a todos instantaneamente.

Pai (Perseu), pelo teu amor e amizade permanentes, e mesmo quando “tua voz tá tão presa (...) eu não quero e não vou ficar mudo pra falar de amor pra você”. Pelo exemplo de caráter que sempre me permitiu compreender princípios e me tornar como sou.

Aos meus avós, Clemilda, Laura, Arvelino e Carlos Guilherme (aos homens *in memoriam*), pelos valores que me transmitiram em cada momento vivido com vocês, ainda que breves, pelos exemplos de dignidade, força, honestidade, e por me fazerem compreender a importância da memória e da genealogia.

Minha irmã, Letícia, também teu amor e tua amizade, cada vez mais intensos, são fundamentais nessa minha caminhada, sempre atormentada de sentido. Descobri com o tempo que tua palavra tem um poder e uma luz tão fulminantes que conversar contigo passou ser algo indispensável para mim. Meus irmãos, Manuela e Guilherme, que a gente possa construir um país que seja tão bonito e fraterno quanto o sorriso e o abraço de vocês.

Ao meu mestre e orientador, Lenio Luiz Streck, que mesmo sem saber e sem querer mudou completamente o curso da minha história, por me fazer acreditar na função social do direito e fazer enxergar que o seu único sentido é o *cuidado* com a vida.

A todos os homens invisíveis e humilhados desta terra, muitos deles vítimas anônimas e vidas desperdiçadas pelo genocídio do sistema penal.

AGRADECIMENTOS

Parece uma repetição constante, ao término de um trabalho desta natureza, a afirmação de que a sua conclusão depende da colaboração de muitos. Portanto, reafirmar essa assertiva não quer apenas representar a verdade desta constatação, já que visualizadas por muitos ou todos, mas reconhecer, em realidade, que toda subjetividade é intersubjetividade de modo que toda obra individual não deixa de ser, em larga medida, também coletiva.

Nesse sentido, a conclusão deste trabalho contou com o apoio e a contribuição de inúmeras pessoas que, de perto, ou de longe, marcaram a sua escritura. Salo de Carvalho, professor e amigo, permitiu, com críticas e sugestões, na ocasião da defesa de qualificação do projeto, dar um novo rumo a várias das idéias centrais do trabalho. Antes disso, porém, o convívio acadêmico e a amizade asseguraram um diálogo permanente que converge muitos de nossos sentidos sobre a vida e sobre o papel do sistema penal nas sociedades contemporâneas. Obrigado por tudo! Agradeço também ao professor e amigo Fábio Roberto D'Ávila pelas fortes críticas elaboradas também na oportunidade de defesa do projeto.

Os amigos Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, hoje parceiro de um projeto comum, um novo irmão sempre disposto a escutar e a auxiliar mesmo nos assuntos mais delicados, e Alexandre Wunderlich, foram importantíssimos nessa trajetória, pela amizade sincera e pelo acolhimento em terras gaúchas desde o início da caminhada acadêmica que me conduziu até aqui.

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS José Luis Bolzan de Moraes, Leonel Severo Rocha, Vicente de Paula Barreto, José Carlos Moreira da Silva Filho, que sempre me abriram novos caminhos com sugestões bibliográficas, trocas de idéias e discussões profundas e fundamentais sobre os alicerces do imaginário jurídico.

Aos colegas de doutorado e hoje grandes amigos, Doglas César Lucas e Ângela Araújo da Silveira Espínola, pelas preocupações comuns, pelos momentos únicos vividos em Coimbra, e por termos, mesmo imersos no frio do clima e da terra portuguesas, compartilhado não apenas nossas teses e elaborações teóricas, mas especialmente a amizade, as angústias existenciais mais pessoais, os debates calorosos sobre direito e filosofia, e principalmente sobre a vida, muitas vezes inspirados por um ótimo vinho.

Um agradecimento muito especial a Antônio Sérgio Fabres, tio, padrinho e amigo, não necessariamente nessa ordem, com quem pude conviver por vários meses em minha estada em Portugal, pela cumplicidade das nossas aflições pessoais, que suspeitávamos

possuir uma matriz genética comum, pelas longas e prazerosas conversas sobre mulheres, música, filosofia, direito, violência, sociedade, literatura e poesia, período em que pudemos compartilhar não só a angustiante elaboração deste trabalho, mas principalmente reflexões que sempre nos conduziam a uma auto-elaboração constante sobre os sentidos de ser. Agradeço também por ter me permitido compreender ainda mais a importância dos laços familiares, dos traços que unem a nossa família tão profundamente, e que deixam as marcas mais profundas em cada um de nós. Não posso deixar de agradecer também por aquele bacalhau bem abasileirado que conquistou até o paladar dos amigos portugueses, cujo preparo tornou-se um rito indispensável, quase sagrado, nos finais de semana.

Por isso, não poderia deixar de mencionar as pessoas que fazem parte desta “grande família”, que sempre estão comigo, seja nos almoços de domingo, seja na mais profunda memória. As tias Luzia, Lene e Luciana, com seus parceiros e descendentes que sabem o que nos une e, por isso, dispensam citações nominais, me encham de amor e me dão a cada dia um profundo senso de justiça social. Rogério, além da amizade, me ensinou a chutar com as duas pernas e a ser um bom e temido centro-avante. Todos eles, indiscutivelmente, me fizeram enxergar a importância dos laços afetivos, familiares, como etapa indispensável do reconhecimento e da cidadania plena.

Academicamente, os catedráticos da Universidade de Coimbra Manuel da Costa Andrade e Boaventura de Sousa Santos foram extremamente cordiais e solícitos no atendimento de minhas solicitações e ofereceram contributos valiosíssimos para o aprofundamento de alguns temas decisivos, permitindo-me vislumbrar que também a visibilidade do crime e do criminoso é um importante combustível no motor da reprodução de uma definição hegemônica da realidade social.

Finalmente, os amigos Juliano Merçon Vieira Cardoso, Nelson Camatta Moreira, Roberto da Rocha Rodrigues, Paulo Henrique Cassiano Lima, Jonas Machado Ramos e Marcelo Oliveira de Moura dispensariam, na verdade, qualquer agradecimento mais elaborado, já que a nossa amizade e a parceria constantes ultrapassam os limites da uma mera convivência fraterna. Apesar de nossas diferenças constitutivas, inerentes à condição humana da pluralidade, e que muitas vezes nos levam ao conflito, nos tornamos, com o tempo, irmãos que, a despeito da distância que muitas vezes se interpôs, não conseguem manter uma ausência muito prolongada, sob pena de um alto custo pessoal. A contribuição deles nesse trabalho é existencial, fruto do nosso delírio comum com coisas reais, das nossas discussões constantes sobre absolutamente tudo, que vão de Nietzsche e Heidegger ao centro-avante do

Flamengo, pela partilha de livros e reflexões, de mesas de bar e cachaças, da vida e da filosofia.

O reencontro com amigos tão queridos, dos tempos da infância e da adolescência, Fernando Coimbra Perciano, Segundo Luiz Menegheli, Henrique Casagrande e Jeferson José Benevides, nos momentos finais de elaboração do trabalho, foi fundamental para um reencontro comigo mesmo.

Lígia Quintanilha Mehri, em momentos decisivos, ofereceu um fundamental apoio terapêutico, desatando nós quase sufocantes.

Meu agradecimento profundo à CAPES, pela concessão da bolsa de estudos que permitiu o meu ingresso no curso de Doutorado, financiou um estágio de aperfeiçoamento na tradicional Universidade de Coimbra, proporcionando-me uma experiência profícua de intercâmbio de idéias, de aprofundamento bibliográfico e de amadurecimento pessoal. Espero, assim, humildemente, que este trabalho possa contribuir, ainda que de forma mínima, para a reflexão sobre a violência e o controle penal no Brasil, e especialmente sobre o (re)questionamento da sua função política de brutalização e vitimação do excluídos.

“Como afogar explosões de rebelião das grandes maiorias condenadas? Como prevenir essas possíveis explosões? Como evitar que essas maiorias sejam cada vez mais amplas se o sistema não funciona para elas? Excluindo-se a caridade, sobra a polícia. Nas nossas terras, a indústria do terror paga caro (como qualquer outra) pelo *know-how* estrangeiro. Compra-se e se aplica em grande escala, a tecnologia norte-americana da repressão, experimentada nos quatro cantos cardeais do planeta. Mas, seria injusto não reconhecer certa capacidade criativa, neste campo de atividade, das classes dominantes latino-americanas.

Nossas burguesias não foram capazes de um desenvolvimento econômico independente e suas tentativas de criação de uma indústria nacional tiveram vôo de galinha – vôo curto e baixinho. Ao longo de nosso processo histórico, os donos do poder têm dado, de sobra, provas de sua falta de imaginação política e de sua esterilidade cultural. No entanto, têm sabido montar uma gigantesca máquina do medo e fizeram contribuições de cunho próprio à técnica do extermínio de pessoas e de idéias (...) As forças armadas foram sucessivamente convocadas pelas classes dominantes (...) para esmagar as forças de mudança, arrancar suas raízes, perpetuar a ordem interna de privilégios e gerar condições econômicas e políticas sedutoras para o capital estrangeiro: terra arrasada, país em ordem, trabalhadores mansos e baratos. Não há nada mais em ordem que um cemitério.”

Eduardo Galeano

RESUMO

O presente estudo tem como finalidade mostrar que os princípios (constitucionais) da igualdade e da dignidade humana apresentam-se como dimensões (existenciais) básicas da condição humana e elementos (re)instituintes da comunidade política ao permitirem uma incessante abertura entre as formas e práticas do direito instituído e as aspirações de um direito sempre por construir-se e por afirmar-se. Esses elementos são, portanto, além de valores essenciais à condição humana, os pressupostos existenciais (no sentido fenomenológico-hermenêutico) da comunidade política democrática, por representarem os pontos de referência necessários à visibilidade pública e à luta por reconhecimento. Nessa formulação inicial, alicerça-se a *hipótese central* da presente tese, segundo a qual o sistema penal brasileiro, ao apoiar-se na recepção deformada dos princípios da igualdade e da dignidade humana, atua como um dos mais importantes mecanismos de “naturalização da desigualdade” e gestão da subcidadania; isso consolida, por meio de suas práticas e instituições, a (re)produção dos fenômenos políticos da “invisibilidade pública” e da “humilhação social”. Com efeito, os valores da igualdade e da dignidade humana constituíram elementos básicos e centrais da sociabilidade, o que garantiu aos indivíduos a possibilidade do exercício da palavra e da ação como componentes inalienáveis da partilha de um mundo comum e duradouro. Mas, enquanto na modernidade central esses valores sedimentaram uma noção jurídica de cidadania, que logrou universalizar-se, a despeito das desigualdades econômicas, em todos os estratos sociais, cristalizando instituições e práticas a partir de um imaginário social, político e jurídico difundido e arraigado aos atores em jogo; nas sociedades periféricas, engendradas a partir da expansão do racionalismo e do capitalismo ocidentais, a transplantação das práticas e das instituições modernas fez-se desacompanhada desse consenso mínimo em torno de valores comuns que possibilitassem a sua efetiva sedimentação e posterior desenvolvimento eficaz. Sendo assim, na modernidade central – e aqui reside uma interpretação distinta e o ponto fulcral da presente investigação – o surgimento do campo jurídico-penal, ainda que de forma abstrata, teve como pressuposto difundir e generalizar um amplo cenário de afirmação de um conceito de dignidade compartilhada intersubjetivamente, de modo especial, a partir do reconhecimento amplo da liberdade, da igualdade e da autonomia da vontade; essa vista como possibilidade de escolhas ético-rationais como base da comunidade política. Na modernidade periférica, ao contrário, a transplantação das práticas e instituições penais modernas inscreve-se justamente num quadro de negação desses mesmos valores a todas as esferas da sociedade, o que solidifica um painel de afirmação perversa da “naturalização da desigualdade” e da atuação do sistema de justiça penal como mecanismo de gestão da subcidadania.

RESUMEN

El presente estudio pretende apoyarse en la *hipótesis* de que los principios (constitucionales) de la igualdad y de la dignidad humana se presentan como dimensiones (existenciales) básicas de la condición humana y elementos (re) instituyentes de la comunidad política al permitir una incesante apertura entre las formas y prácticas del derecho instituido y las aspiraciones de un derecho siempre por construirse y por afirmarse. Ellos son, por lo tanto, además de valores esenciales a la condición humana, los presupuestos existenciales (en el sentido fenomenológico hermenéutico) de la comunidad política democrática, por representar los puntos de referencia necesarios a la visibilidad pública y a la lucha por reconocimiento. En esa formulación inicial, están los cimientos de la *hipótesis central* de la presente tesis, según la cual el sistema penal brasileño, al apoyarse sobre la recepción deformada de los principios de la igualdad y de la dignidad humana, actúa como uno de los más importantes mecanismos de “naturalización de la desigualdad” y gestión de la subciudadanía, consolidando, por medio de sus prácticas e instituciones, la (re)producción de los fenómenos políticos de la “invisibilidad pública” y de la “humillación social”. En efecto, los valores de igualdad y de la dignidad humana constituyeron elementos básicos y centrales de la sociabilidad, garantizando a los individuos la posibilidad del ejercicio de la palabra y de la acción como componentes inalienables de la distribución de un mundo común y duradero. Sin embargo, mientras en la modernidad central esos valores sedimentaron una noción jurídica de ciudadanía que logró universalizarse, a pesar de las desigualdades económicas, a todos los estratos sociales, cristalizando instituciones y prácticas a partir de un imaginario social, político y jurídico difundido y arraigado a los actores en juego, en las sociedades periféricas, engendradas a partir de la expansión del racionalismo y del capitalismo occidentales, el trasplante de las prácticas y de las instituciones modernas, como el Estado centralizado y burocrático, el mercado competitivo y la esfera pública, se hizo desacompañar de ese consenso mínimo en torno a valores comunes que permitieran su efectiva sedimentación y posterior desarrollo eficaz. Siendo así, en la modernidad central – y aquí reside una interpretación distinta y el punto fulcral de la presente investigación – el surgimiento del campo jurídico penal, aún que de forma abstracta, presupone la difusión y la generalización de un amplio escenario de afirmación de una concepción de dignidad compartida intersubjetivamente, notablemente a partir del reconocimiento amplio de libertad, de la igualdad y de la autonomía de la voluntad, vista como posibilidad de opciones éticas racionales como bases de la comunidad política. En la modernidad periférica, al contrario, el trasplante de las prácticas e instituciones penales modernas se inscribe justamente en un cuadro de negación de esos mismos valores a todas las esferas de la sociedad, consolidando un panel de afirmación perversa de la “naturalización de la desigualdad” y de la actuación del sistema de justicia penal como mecanismo de gestión de la subciudadanía.

ABSTRACT

The present study intend to focus on the hypothesis that the (constitutional) principles of human equality and dignity present themselves as (existential) basic dimensions of the human being conditions and reconstituting elements of the politics community when permitting a nonstop opening between the ways and practices of the instituted right and the aspirations of a right, always due to built and to affirm itself. They are, however, besides the essential values to the human conditions, the existential presuppositions (in the sense of Phenomenological-hermeneutic) of the democratic political community, which represents the reference points necessary to the public visibility and the fight to acknowledgment. In this first formulation, consolidates the central hypothesis of the present thesis, the one which Brazilian penal system, when setting on the deformed reception of the principles of the equality and human dignity, acts as one of the most important mechanisms of ‘dissimilarity of naturalization’ and sub citizenship management, consolidating, through its practices and institutions, the (re)production of the political phenomenon on the “public invisibility” and the social humiliation”. With effect, the values of human equality and dignity constituted the basic and central elements of the sociability, guaranteeing to the individuals the possibility of the word and action exercise as components inalienable of a common and longstanding world. However, while in the central modernity these values deposited a legal notion of citizenship that due to the economic dissimilarities, to all the social extracts, crystallized institutions and practices from a social, political and legal imaginary broadcasted and ingrained to the actors, in the peripheral societies engendered from the expansion of the western rationalism and capitalism, the transplantation of the practices and the modern institutions, as the centralized and bureaucratic state, the competitive market and the public sphere, made it unaccompanied of this minimum consensus around the common values that could enable its effective sedimentation and subsequent to incisive development. Then, the central modernity- and here resides a distinctive interpretation and the main point of the present investigation- the arising of the legal-justice field, even though, in an abstract way, presupposed the diffusion and generalization of a wide scenery of affirmation of a shared dignity conception, noticed from the wide acknowledgement of freedom, equality, and the autonomy of pleasure, seen as a possibility of rational ethical choices as a base of the political community. In the modern periphery, otherwise, the transplantation of practices and modern penal institutions is positioned just in a negation board of theses values to all the society spheres, consolidating an affirmative overview of the “naturalization of dissimilarity” and the acting of penal justice system as a mechanism of sub citizenship management.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO I - Constituição, democracia e direitos fundamentais: bases para uma perspectiva pós-metafísica da comunidade política	30
1.1 A constituição (<i>instituição imaginária</i>) da comunidade política	30
1.2 Aristóteles e a perspectiva <i>holista e coletivista</i> da constituição (<i>instituição imaginária</i>) da comunidade política	39
1.3 A constituição (<i>instituição imaginária</i>) da comunidade política no cenário do individualismo (possessivo) moderno: a tradição <i>atomista</i>	45
1.4 A superação da <i>tensão essencial</i> : bases de uma perspectiva <i>pós-positivista</i> da comunidade política	54
CAPÍTULO II- Igualdade e dignidade (da pessoa) humana como fontes imaginárias da comunidade política	69
2.1 Igualdade e dignidade (da pessoa) humana: as condições existenciais da <i>visibilidade pública</i> e do <i>reconhecimento social</i>	69
2.2 as raízes antropológicas da igualdade e da dignidade (da pessoa) humana	87
2.3 os (des)caminhos da igualdade e da dignidade (da pessoa) humana: breve genealogia da afirmação da condição humana	95
2.4 Interlúdio: a degradação da igualdade e da dignidade (da pessoa) humana na contemporaneidade: exclusão e vitimação na era da globalização ou a vida digna <i>versus</i> poder soberano no paradigma da exceção	107
CAPÍTULO III- O campo jurídico (penal) nas aventuras da modernidade: as tensões do direito penal entre regulação (poder soberano) e emancipação (vida digna)	121
3.1 A genealogia do campo penal na tensão entre regulação e emancipação: entre a utopia abolicionista e o “direito penal do inimigo”	121
3.1.1 A instituição imaginária do campo penal moderno: entre a emancipação da tradição e a regulação das relações capitalistas nascentes	123
3.1.2 O paradigma punitivo do estado-providência: o “ <i>welfarismo</i> penal”	135
3.1.3 As tensões e as transformações do campo penal na contemporaneidade: os movimentos de sobrepenalização e a gestão do risco criminal com base na segurança	142
3.1.4 As fontes imaginárias do campo penal contemporâneo na tensão entre emancipação e (ultra) regulação: da utopia abolicionista ao “direito penal do inimigo”.....	160

3.2 O campo jurídico penal moderno e o mito da igualdade: os mal-estares da emancipação e do individualismo abstrato.....	168
3.3 O campo jurídico-penal moderno e o mito da dignidade humana: a retórica formalista do “princípio da humanidade” no direito penal.....	179
CAPÍTULO IV- O sistema penal como mecanismo de gestão da subcidadania no brasil: “naturalização da desigualdade”, invisibilidade pública e humilhação social na modernidade periférica	188
4.1 A “naturalização da desigualdade” como o <i>habitus</i> da construção social da subcidadania no brasil	191
4.2 A “naturalização da desigualdade” no campo jurídico-penal brasileiro.....	204
4.3 A desfiguração dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade humana no campo penal: a (re)produção da invisibilidade pública e da humilhação social.....	227
4.3.1 A violação da dignidade humana pelas desigualdades de classe e de cor	234
4.3.2 A violação da dignidade humana pelas desigualdades de gênero	241
4.3.3 A violação da dignidade humana pela matriz da intervenção moral: a questão do uso de drogas.....	251
CAPÍTULO V- Direito penal, comunidade e justiça: (in)visibilidade, reconhecimento as possibilidades hermenêuticas dos princípios da igualdade e da dignidade humana no campo penal.....	255
5.1 Linhas iniciais da (re)construção hermenêutica dos princípios da igualdade e da dignidade humana no campo jurídico-penal	255
5.2 O campo penal e a esfera da comunidade: a perspectiva substancialista da constituição no contexto dos países de modernidade periférica e suas implicações na intervenção penal	275
5.2.1 Dignidade humana, igualdade e o conteúdo do injusto penal no estado democrático de direito	283
5.2.2 Dignidade humana, igualdade e a rígida delimitação das fronteiras da intervenção penal: secularização, tolerância e o <i>princípio de não-violência</i>	297
5.3 O campo penal e a esfera da justiça: a igualdade e a dignidade (da pessoa) humana como fontes simbólicas da “coerência narrativa” da intervenção penal no estado democrático de direito	310
5.3.1 Dignidade humana, igualdade e a (re)definição do princípio de culpabilidade	320
Considerações Finais	335
Referências	348

INTRODUÇÃO

A principal questão que assola o pensamento jurídico contemporâneo, quando vislumbrado a partir do complexo e inesgotável universo da filosofia e da teoria do direito, tem sido o problema do fundamento. Qual o *fundamento* do Direito? Em qual concepção de comunidade (sociedade) apóia-se ou é dela derivada? Quais as suas bases ontológicas (ou epistemológicas)? Inegavelmente, o direito relaciona-se com a história da moralidade política da comunidade; essa ao eleger os “valores supremos” instituidores de sua Constituição (instituição imaginária), forjados no contexto de uma temporalidade social e histórica concreta, orienta tanto o sentido das práticas sociais quanto o universo de possibilidades argumentativas que buscam fortalecer a sua integridade.

Desses questionamentos resultam outros não menos inquietantes: o que sustenta o raciocínio do jurista, especialmente o do juiz, no momento da aplicação do direito? Onde ou em que ancora as suas bases argumentativas ao narrar o direito a ser aplicado no caso concreto? Como justifica racionalmente (*fundamenta*) a decisão mais adequada ao contexto fático da vida? Apenas na racionalidade *instituída* do sistema normativo, ou numa tensão dialética ininterrupta entre o direito *instituído* e um direito *instituinte*? Na realidade, o direito representaria menos um conjunto de análises sistemáticas que postulam, com a força de um dogma, a diferença irreduzível entre ser e dever ser, do que propriamente uma prática social argumentativa que, ao privilegiar o espírito do direito, preocupa-se antes com a ‘coerência narrativa’ do raciocínio e evidencia a importância da interpretação dos textos e da natureza discursiva das decisões jurídicas.

Ost (2004), a partir de elementos extraídos de Castoriadis (1982), propõe “que o direito não se contenta em defender posições *instituídas*, mas exerce igualmente funções *instituintes* – o que supõe criação imaginária de significações sociais-históricas novas e desconstrução das significações instituídas que a elas se opõem”. Para Ost (2004, p. 19)

a vida do direito está longe de representar esse longo rio tranquilo que muitos imaginam talvez do exterior: nele se agitam as forças vivas da consciência social e se enfrentam os mais variados tipos de práticas e de interesses, dos quais somente uma parte conforma-se à norma.

Assim é que o próprio direito oficial é capaz de mobilizar, por ocasião das revoluções e de outras grandes refundações políticas, os recursos do imaginário coletivo que operarão

como cimento da vida social. Da mesma forma, “numa escala mais individual, os tribunais registram diariamente os choques das forças centrífugas que sacodem o direito ao sabor dos interesses particulares e dos dramas pessoais” (OST, 2004, p.19-20).

Ao sedimentar um universo de representações simbólicas que exprimem o sentido e o valor da vida em comum, o Direito *institui*, isto é, engendra e estreita os elos sociais, oferecendo aos indivíduos os pontos de referência necessários a sua identidade e autonomia (OST, 1999). O ato de instituição simbólica (imaginária) instaura as bases da comunidade política, definindo os contornos das práticas sociais e das ações coletivas, e estabelece uma linguagem comum capaz de permitir a *visibilidade pública* de indivíduos antes destituídos de um tempo e de um espaço social de referência duradoura. Ao direito caberia, neste cenário, estabelecer os limites do exercício da palavra e da ação, indispensáveis ao desenvolvimento da condição humana. Isto porque, segundo Arendt (2001), todos os aspectos da condição humana, isto é, o labor, o trabalho e a ação, exigências indispensáveis para o aparecimento público, justamente aquilo que a filosofia política consagrou, desde Hegel, pelo termo *reconhecimento*, apresentam alguma ligação com a política e – acrescenta-se – com o direito. Portanto, os jogos lingüísticos intersubjetivos travados na vida social, que viabilizam esse aparecimento no espaço público, não prescindem de um imaginário que lhes dêem suporte. De tal forma que, no âmbito de uma comunidade democrática, em que o sentido da política é a liberdade, tais jogos sempre se articulam a partir dos embates entre o direito instituído e um direito instituinte.

Com efeito, Ost (2004) sustenta que as histórias contadas e pleiteadas nos tribunais engendram, a cada dia, novas intrigas, que funcionam como mediadoras entre a ficção oficial do código e as ficções urdidas pelos personagens singulares da vida real. Diante disso, não é raro que os atores sociais envolvidos obtenham uma interpretação inovadora ou mesmo uma reorientação da jurisprudência, que anunciará uma transformação da própria lei. Nesse sentido, “seria um erro representar-se a lei sob a forma de um espartilho rígido que não dá nenhuma margem de ação aos atores: muitas delas, ao contrário, adquirem a forma supletiva, impondo-se apenas na falta de outra opção adotada pelos particulares” (OST, 2004, p.20).

Daí emerge a importância do “imaginário jurídico”, vale dizer, um espectro de representações simbólicas em permanente tensão com as formas oficiais do direito estabelecido ou positivo. De fato, assevera Ost (2004, p.20)

quer se trate das construções eruditas da doutrina, das pretensões ao direito dos cidadãos comuns, dos conhecimentos aproximativos que as pessoas têm do direito em vigor, ou até dos modelos jurídicos alternativos ou mesmo desviantes de certos

grupos ou indivíduos, o imaginário jurídico alimenta um ‘infra-direito’, gerador das mais diversas formas de costumes, hábitos, práticas e discursos que não cessam de agir, de dentro, sobre os modelos oficiais do direito instituído.

O presente estudo assenta-se na *hipótese* de que os princípios (constitucionais) da igualdade e da dignidade humana apresentam-se como dimensões (existenciais) básicas da condição humana e elementos (re)instituintes da comunidade política ao permitirem uma incessante abertura entre as formas e práticas do direito instituído e as aspirações de um direito que está sempre por construir-se e afirmar-se. Eles são, portanto, além de valores essenciais à condição humana, os pressupostos existenciais (no sentido fenomenológico-hermenêutico) da comunidade política democrática, por representarem os pontos de referência necessários à visibilidade pública e à luta por reconhecimento.

Nessa formulação inicial, alicerça-se a *hipótese central* da presente tese, segundo a qual o sistema penal brasileiro, ao apoiar-se na recepção deformada dos princípios da igualdade e da dignidade humana, atua como um dos mais importantes mecanismos de “naturalização da desigualdade” e gestão da subcidadania; isso consolida, por meio de suas práticas e instituições, a (re)produção dos fenômenos políticos da “invisibilidade pública” e da “humilhação social”.

Tal hipótese deriva da percepção de que tais princípios, vistos também, na esteira de Dworkin (2002), acima de tudo como valores ético-políticos¹, representam, desde a antigüidade clássica, embora em moldes bastantes distintos dos atuais, e especialmente no contexto da emergência da modernidade ocidental, os pressupostos sobre os quais se assentaram a nova ordem jurídica e a nova cultura política da sociedade industrial ascendente. Os valores da igualdade e da dignidade humana constituíram elementos básicos e centrais da sociabilidade, o que garantiu aos indivíduos a possibilidade do exercício da palavra e da ação como componentes inalienáveis da partilha de um mundo comum e duradouro.

Enquanto na modernidade central esses valores sedimentaram uma noção jurídica de cidadania que logrou universalizar-se, a despeito das desigualdades econômicas, a todos os estratos sociais, cristalizou instituições e práticas a partir de um imaginário social, político e jurídico, difundido e arraigado aos atores em jogo; nas sociedades periféricas, engendradas a partir da expansão do racionalismo e do capitalismo ocidentais, a transplantação das práticas e das instituições modernas (como o Estado centralizado e burocrático, o mercado competitivo

¹ Adere-se aqui à tese de Dworkin, segunda a qual o *princípio* consiste em “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (Cf. DWORKIN, 1977, p. 22). A citação segue a tradução brasileira *Levando os Direitos a Sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

e a esfera pública) fez-se desacompanhada desse consenso mínimo em torno de valores comuns que possibilitassem a sua efetiva sedimentação e posterior desenvolvimento eficaz.² Na modernidade central – e aqui reside uma interpretação distinta e o ponto fulcral da presente investigação – o surgimento do campo jurídico-penal, ainda que de forma abstrata, teve como pressuposto difundir e generalizar um amplo cenário de afirmação de entendimento de dignidade compartilhada intersubjetivamente; de modo especial, a partir do reconhecimento amplo da liberdade, da igualdade e da autonomia da vontade, vista como possibilidade de escolhas ético-rationais como base da comunidade política.

Na modernidade periférica, ao contrário, a transplantação das práticas e instituições penais modernas inscreve-se justamente num quadro de negação desses mesmos valores a todas as esferas da sociedade, o que solidifica um painel de afirmação perversa da “naturalização da desigualdade” e da atuação do sistema de justiça penal como mecanismo de gestão da subcidadania.

Se nas sociedades que integraram o núcleo do projeto sócio-cultural da modernidade ocidental essa dimensão jurídica abstrata da cidadania constituía um ponto de referência necessário a todos, o que possibilitava, a despeito das desigualdades sociais, a percepção de todos os indivíduos como membros efetivos de uma comunidade política (sociedade liberal de mercado); na realidade das sociedades periféricas esse fenômeno ocorreu de forma absolutamente contraditória. A transplantação das práticas e instituições modernas para essas sociedades não foi acompanhada da universalização e generalização dessa indispensável dimensão jurídica da cidadania, o que permitiu (e ainda permite) a “naturalização da desigualdade” e a diferenciação explícita entre os cidadãos e os não-cidadãos (ou sub-cidadãos).

Por conta disso, pretende-se, pois, enfrentar as raízes desse processo, desvendando-se, a partir de uma genealogia do controle penal, as formas pelas quais o sistema de justiça penal brasileiro atua como importante mecanismo de demarcação das fronteiras e das hierarquias sociais e de gestão da subcidadania; e isso o faz, ao não permitir o fechamento e a cicatrização de uma chaga social consubstanciada no fenômeno essencialmente político da *invisibilidade pública*, expressão que resume diversas manifestações de um sofrimento político: *a humilhação social*.

² Utiliza-se, amplamente, para o desenvolvimento dessa hipótese a análise de SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*: para uma sociologia política da modernidade periférica. Rio de Janeiro/Belo Horizonte: IUPERJ/UFMG, 2003. E, também, do mesmo autor, *A Modernização Seletiva*: uma reinterpretação do dilema brasileiro. Brasília: UnB, 2000.

Se a *condição humana* consiste justamente na possibilidade do aparecer público e na luta por reconhecimento, mediante o exercício do discurso e da ação num espaço comum partilhado, a *invisibilidade pública* resume-se no negar dessa condição; essa caracterizada pelo “desaparecimento intersubjetivo de um homem no meio de outros homens”, afirmando-se como “expressão pontiaguda de dois fenômenos psicossociais, (COSTA, 2004, p. 63) os quais assumem caráter crônico nas sociedades capitalistas: *humilhação social* e *reificação*”.³

De acordo com Costa (2004, p. 62) a *humilhação social*, por sua vez,

apresenta-se como um fenômeno histórico, construído e reconstruído ao longo de muitos séculos, e determinante do cotidiano dos indivíduos das classes pobres. É expressão da desigualdade política, indicando exclusão intersubjetiva de uma classe inteira de homens do âmbito da *iniciativa* e da *palavra*, do âmbito da *ação fundadora* e do *diálogo*, do *governo da cidade* e do *governo do trabalho*. Constitui, assim, um problema político⁴.

Nesse sentido, o que se pretende demonstrar, nas presentes reflexões, são precisamente as razões pelas quais o sistema penal brasileiro, longe de postar-se como o guardião dos bens jurídicos fundamentais da sociedade, assume a perversa faceta da produção dos referidos fenômenos da invisibilidade pública e da humilhação social. Os condicionamentos políticos e ideológicos que determinam a exclusão política de inúmeros segmentos, grupos e classes sociais, com o auxílio aberto e desinibido da violência punitiva institucionalizada é o que se quer trazer à luz. A tarefa que cabe aqui é vislumbrar em que medida o sistema penal expõe diversos grupos sociais à desonra e ao desrespeito cultural, todos eles ligados pela experiência invencível da exposição ao sofrimento da dominação.

A rigor, nas sociedades capitalistas, há muito, o papel desempenhado pelo sistema de justiça penal já fora desvendado por uma “sociologia da sociedade punitiva” que, ao romper com as visões etiológicas sobre o criminoso e a sociedade, percebeu que a explicação da violência e do controle penal deve penetrar na racionalidade que preside a ordem social. Como ressaltam Dias e Costa(1997, p.246), é impossível

³ Costa (2004) diz mais adiante que “a *invisibilidade pública* é uma construção psíquica e social. Nessas circunstâncias, muita violência e verdade amortecidas contam como ingredientes que impedem a compreensão da *invisibilidade pública* como signo de uma luta social, uma luta de classes. A *invisibilidade pública*, dessa maneira, não aparece como sintoma social, cristalização histórica de um desencontro, mas pode apresentar-se à consciência como um fato natural”.

⁴ Segundo Costa (2004), a *humilhação social* também possui um componente psicológico, uma vez que “a exclusão política fabrica sintomas, infestando o afeto, o raciocínio, a ação e o corpo do homem humilhado. Assume poder nefasto: ao mesmo tempo em que molda a subjetividade do indivíduo pobre, caracterizando-o muitas vezes como um ser que não pode criar mas deve repetir, esvazia-o das condições que lhe possibilitariam transcender uma compreensão imediata e estática da realidade”.

pensar-se em comportamento desviante sem a referência a uma ordem normativa objectivada e heterónoma, que ‘reduza a complexidade’ resultante da abertura do homem ao mundo e à vida e torne possível a interacção. Por outro lado, e inversamente, a existência de uma ordem social – como imposição de uma dada definição da realidade social – implica necessariamente estratégias de legitimação, defesa e, por isso, de punição⁵.

Especialmente a partir da perspectiva interacionista (interacionismo simbólico ou *labeling approach*), foi possível ultrapassar as visões positivistas do comportamento desviante e da sociedade e, de acordo com Dias (1997, p. 345)

pôr em evidência que não é possível considerar a natureza humana ou a sociedade como dados estanques ou estruturas imutáveis. O mesmo vale para a identidade pessoal, que tem de ser encarada como o resultado dinâmico do processo de envolvimento, comunicação e interacção social.⁶

Dessa forma, o delito aparece como componente que está intimamente relacionado ao processo de socialização dos indivíduos, inevitavelmente complexo, conflituoso e contraditório. A “conduta desviada”, por sua vez, não se resume à conduta punível, isto é, àquela definida na lei como crime, mas àquela que os indivíduos, na dinâmica dos processos de interação, assim a definem. Nesse sentido, a qualidade de “punível” não significa a natureza intrínseca de uma conduta, a sua essência como conduta reprovável, senão o resultado de uma definição e seleção por meio das instâncias de controle social (HASSEMER e MUÑOZ CONDE, 1987).

Esse é o norte da presente investigação, à medida que percebe o sistema de justiça criminal, como instrumento de produção sistemática da invisibilidade pública e da humilhação social, como resultante de complexos processos de interação, tende a privilegiar uma determinada concepção e definição da realidade social que atende essencialmente aos setores hegemônicos da sociedade.

⁵ O rompimento com a perspectiva etiológica opera-se sobretudo nos marcos do saber criminológico crítico, que, ao inaugurar uma “sociologia da sociedade punitiva”, introduz nova terminologia e novas conceituações para a análise do fenômeno do controle social penal. No interior deste modelo teórico, o *paradigma da reação social* situa-se como uma verdadeira “revolução científica” no âmbito do saber criminológico. Sua tese central formula que o delito e o delinqüente, ao contrário de realidades ontológicas pré-constituídas à reação social e penal, são qualidades (etiquetas) atribuídas a determinadas condutas e pessoas através de complexos processos de interação social, ou seja, processos de definição e seleção. Ver: Young (2004), ANDRADE, V (1996), MOLINA (1997) e CASTRO (1983).

⁶ Tal postura teórica sepultou radicalmente as teorias etiológicas individualistas e sociais, que, em sua gênese e estrutura, “continuam a prestar homenagem às representações fundamentais do positivismo: a aceitação da ordem social como um dado; a crença em que o crime se pode substancializar como algo intrinsecamente mau e em que o criminoso é necessariamente *diferente* do cidadão normal; o postulado de que o crime é sempre resultante de factores que não deixam outra alternativa de comportamento” (DIAS, 1997, p. 244).

Por essa razão, o sistema penal brasileiro, mediante altos graus de seletividade e arbítrio, rebaixa amplos segmentos da sociedade à violência irrefreável da exclusão política; dito de outro modo, o rebaixamento é feito quando ocorre o impedimento da palavra e do agir, da interdição do governo da cidade e do trabalho, quando não assume escancaradamente a eliminação como estratégia para manter a ordem social. Esse “genocídio em ato”, termo pelo qual Zaffaroni (1999)⁷ sintetiza a atuação dos sistemas punitivos latino-americanos, é a antítese da sociedade democrática, instituída segundo as fontes imaginárias da igualdade e da dignidade humana.

No momento em que a palavra e a ação são suprimidas em detrimento de fazer-se uso incessante da força e da repressão; decreta-se a impossibilidade do trabalho legítimo dos conflitos; impõe-se a perda da confiança nas promessas democráticas; e fecham-se todas as saídas de um ciclo de violência interminável. Isso porque, de acordo com Gonçalves Filho (2004, p.40),

[...] ação e palavra superam o âmbito da força, das interações mecânicas ou bem adaptadas e fundam cidadania, a reunião plural e igualitária: situação que põe o cidadão além de sua casa e orienta para a cidade, para outros cidadãos, fazendo superar a idiotia, a concentração em interesses privados.

A organização de um poder implica a adesão dos outros, e é o que, na comunidade igualitária, se busca por meio da argumentação, mas nunca por meio da violência.

Do contrário, a sociedade desvanece; desenlaçam-se os elos sociais; perdem-se as referências duradouras; o parceiro de interação transforma-se no potencial inimigo e a única forma de integração possível passa a ser a ameaça da punição, como na imagem brutal do Leviatã hobbesiano. E assim, substitui-se a busca da igualdade e da dignidade; o estar entre iguais no exercício da palavra e da ação, por uma sociedade dividida em comparsas e humilhados, pois, se a exclusão política diz com o ficar fora do agir e falar, os “excluídos”, no entanto, não se resumem aos dominados.

É nesse sentido que adverte Gonçalves Filho (1987, p. 41),

[...] todo o cuidado é pouco quando dizemos os ‘excluídos’ para nos referirmos aos dominados. Os excluídos da ação e da palavra foram retirados de um âmbito de experiência do qual também se retiraram os dominadores. Se é verdade que o servo não fala, não é verdade que fala o seu senhor: este também não fala, dá ordens em

⁷ Segundo Zaffaroni (1991, p. 230) Os sistemas penais latino-americanos - e o brasileiro em particular - constituem, na incisiva expressão de Zaffaroni, verdadeiros “genocídios em marcha”, sendo que as perspectivas atuais são a de um aumento de vítimas como resultado de sua inusitada violência, que se converteram, como adverte o mestre argentino, “en verdaderos campos de concentración de prisioneros”.

voz neutra ou estridente. Se não agiu o servo, não agiu também o senhor mas forçou; no limite empurrou: foi coerção, não foi ação.

Necessariamente, o soberbo também está fora da reunião plural e igualitária. Da mesma forma, “os senhores compõem um grupo ou classe em que também não se encontram propriamente como cidadãos: são sócios ou comparsas, vivem uns temendo os outros, não são amigos, era o que já nos queria alertar Etienne de La Boétie” (ZAFARONI, 1991, p.41).

Portanto, essa coerção, produtora de invisibilidade e humilhação, cuja tendência é reproduzir brutalmente a divisão da sociedade em comparsas e humilhados, é o eixo de que deve ocupar-se a presente investigação. Para tanto, é que pretende-se oferecer como algo contributivo que sinalize para o resgate das promessas democráticas das profundezas de um tempo cíclico de violência interminável.

Exatamente nos circuitos da violência e do controle penal, essa clivagem entre comparsas e humilhados tende a dilacerar perversamente os horizontes simbólicos da sociedade democrática, ao fomentar a violência atroz tanto de uns como dos outros; afinal, estimula uma espécie de decaída fantasmagórica às tentações do caos original ou à imagem assustadora da guerra de todos contra todos.⁸

No caso brasileiro, essa imagem é nitidamente estampada pelo derramamento de sangue cotidiano, gestado e fomentado por uma política criminal que assume o extermínio como principal estratégia.

No entendimento de Batista, N. (1997, p. 129),

[...] quando a polícia mensalmente executa (valendo-se dos expedientes encobridores os mais diversos, da simulação de confronto ao chamamento à autoria de gangues rivais) um número constante de pessoas, verificando-se ademais que essas pessoas têm a mesma extração social, faixa etária e etnia, não se pode deixar de reconhecer que a política criminal formulada para e por essa polícia contempla o extermínio como tática de aterrorização e controle do grupo social vitimizado – mesmo que a Constituição proclame coisa diferente.

⁸ O simbolismo da mitologia grega serve aqui também de chave de leitura para a presente fase do processo civilizatório. Perdidos nas ausências de referências éticas e de elos sociais duradouros, vivemos um momento que parece oscilar entre o reinado de *Cronos*, marcado pela negação da sucessão, tempo privado de perspectiva, sempre ameaçado por um ciclo de violência interminável, uma espécie de passado que não passa, “tempo do tirano”, dirá François Ost, que se esgota num presente estéril, sem memória nem projeto, e um tempo da volatilidade, da instantaneidade das permutas econômicas globais, marcado pela incapacidade de articular passado e futuro, pela sobre-valorização do instante e do presente. Cf. OST, François. *Op.cit.* 1999, p. 10 e segs; VERNANT, Jean-Pierre. *O Universo, os Deuses, os Homens*. Trad. de Rosa Freire d’Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 17 e segs; DIEL, Paul. *El simbolismo en la mitología griega*. Trad. de Mario Satz. Barcelona: Labor, 1985, p. 108 e segs.

De um lado o preconceito e a indiferença nutrem a invisibilidade, fazendo disparar preventivamente a violência contra os grupos estigmatizados, como alerta Luis Eduardo Soares, “o preconceito provoca a invisibilidade à medida que projeta sobre a pessoa um estigma que a anula, a esmaga e a substitui por uma imagem caricata, que nada tem a ver com ela, mas expressa bem as limitações internas de quem a projeta”. Assim, “o preconceito arma o medo que dispara a violência, preventivamente” (SOARES, 2005, p.175-176). Essa violência traduz-se na intolerância, na desconfiança que retalham os laços sociais, através do medo obsessivo e frenético, nos muros protetores e portões eletronicamente vigiados, nos carros blindados e na posse de armas, e ao cabo no recrudescimento do poder punitivo sob a forma da brutalidade policial e da manifestação teatral, trágica e aterrorizante, dos atos descompassados do discurso da “criminologia de guerra”.⁹

De outro lado, a reação da violência difusa ou coordenada dos homens invisíveis e grupos humilhados ocorre em decorrência assombrosa de um insaciável e incessante processo de luta por reconhecimento, isso porque, como destaca Axel Honneth, desde Hegel, pode-se entender a ação violenta ou criminoso como

uma ação que está ligada ao pressuposto social das relações jurídicas, na medida em que ela resulta justamente da indeterminidade da liberdade meramente jurídica do indivíduo: em uma ação criminoso os sujeitos fazem um uso destrutivo do fato de, como portadores de direitos de liberdade, não estarem incluídos no convívio social senão negativamente.

Portanto, a origem de um crime reside no fato de um reconhecimento intersubjetivo ter sido incompleto: “nesse caso, o motivo interno do criminoso é constituído pela experiência de não se ver reconhecido de uma maneira satisfatória na etapa estabelecida de reconhecimento mútuo”. Assim, o sujeito afetado só pode reagir adequadamente à lesão a sua própria pessoa, defendendo-se, por sua vez, de maneira ativa contra o agressor; daí deriva o conceito de luta, isto é, de uma luta de ‘pessoa’ contra ‘pessoa’, portanto, entre dois sujeitos juridicamente capazes, cujo objetivo é constituído pelo reconhecimento das distintas pretensões (HONNETH, 2003).

⁹ A expressão “Criminology of War” é de Ruth Jamieson, conforme refere o criminólogo britânico YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revam/ICC, 2002, p. 172. Como ressaltam Hassemer e Muñoz Conde, a idéia de “luta contra o delito” ou “guerra ao crime” articula um discurso em que a ‘conduta desviada’ se manifesta apenas e tão-somente como expressão do ‘mal’, a criminalidade como ‘enfermidade infecciosa’ e o delinqüente como um ser ‘daninho’. Segundo os autores, duas condições favorecem essa tendência: um entendimento preventivo excessivamente unilateral dos fins do direito penal, e a esperança ilusória, baseada na história da filosofia, de que o delito poderia ser eliminado de uma vez por todas da face da Terra (HASSEMER e MUÑOZ CONDE, 1987, p. 37-38).

Trata-se, pois, de uma luta por honra, por visibilidade. Poder-se-ia dizer, em outras palavras, sendo esta luta, entendida como a postura que adoto em relação a mim mesmo quando me identifico positivamente com todas as minhas qualidades e peculiaridades. Um indivíduo só está em condições de identificar-se integralmente consigo à medida que encontra, para suas peculiaridades e qualidades, a aprovação e o apoio também de seus parceiros de interação; o termo ‘honra’ caracteriza, por sua vez, uma relação afirmativa consigo próprio, estruturalmente ligada ao pressuposto do reconhecimento intersubjetivo da particularidade sempre individual. Daí os dois sujeitos perseguirem na luta pelo cumprimento da meta de reparar sua honra, ferida por razões distintas em cada caso, na procura por convencer seu oponente de que sua própria personalidade é digna de reconhecimento. Mas isso só pode acontecer, supõe Hegel mais adiante, ao demonstrarem reciprocamente a disposição de pôr em jogo a sua vida: só dispondo-me a morrer dou a conhecer publicamente que minhas metas e peculiaridades sempre individuais importam-me mais que a minha sobrevivência física (HONNETH, 2003, p. 54-56).¹⁰

Por isso mesmo, a violência dos homens invisíveis e dos grupos humilhados não representa a simples manifestação da barbárie humana; essa sempre apta a regressar do manto simbólico da civilização, a simples expressão de uma perversidade inata, de impulsos agressivos ou libidinais, ou mesmo a exteriorização de atos atrozes praticados por personalidades atávica e ontologicamente desvirtuadas ou defeituosas. Isso foi o que o positivismo criminológico pretendeu sedimentar, mas de uma paradoxal necessidade de reconhecimento, de uma luta ininterrupta que encontra o seu acento ético na exigência de visibilidade, de uma identidade coletivamente compartilhada. Isso porque, de acordo com Soares (2005, p.206),

[...] a identidade só existe no espelho e esse espelho é o olhar dos outros, é o reconhecimento dos outros. É a generosidade do olhar do outro que nos devolve a nossa própria imagem unida de valor, envolvida pela aura da significação humana, da qual a única prova é o reconhecimento alheio. Nós nada somos e valem nada se não contarmos com o olhar alheio acolhedor, se não formos vistos, se o olhar do outro não nos recolher e salvar da invisibilidade – invisibilidade que nos anula e que é sinônimo, portanto, de solidão e incomunicabilidade, falta de sentido e valor. Por isso, construir uma identidade é necessariamente um processo social, interativo, de

¹⁰ Nesse sentido, a relação entre exclusão social e crime (ou criminalização) aqui desenvolvida busca desvincular-se das superadas posições que sustentam a existência de uma causalidade direta entre pobreza e crime, sendo o comportamento desviante um desdobramento mecânico das tensões entre a injusta e desigual estrutura econômica da sociedade e as formas institucionais e ideológicas de sua superestrutura de dominação, da qual é um mero reflexo. Busca-se, ao contrário, apontar que o fenômeno da exclusão social apresenta-se como um fenômeno multifacetado e complexo, de características políticas e psicosociais das quais também participam os setores dominantes da sociedade. Trata-se, pois, de um exclusão política, que fomenta de todos os lados a ruptura da ordem simbólica instituída.

que participa uma coletividade e que se dá no âmbito de uma cultura e de um determinado momento histórico.

Soares (2005) salienta ainda que, na dinâmica da violência e das interações sociais brasileiras, a arma nas mãos de um jovem negro e pobre, social e politicamente invisível e humilhado, será o primeiro passaporte para a visibilidade. A reação violenta, a arma apontada e a agressão, muitas vezes gratuita, aparecem, paradoxalmente, como “um pedido de reconhecimento e valorização”. Tanto homens invisíveis quanto grupos humilhados, histórica e sistematicamente excluídos, emergem, diante da sociedade, da escuridão em que são dispostos, desembaraçando-se do véu simbólico que os ocultavam. Desse modo, afirma Soares (2005, p.215) que o sujeito

[...] que não era visto, impõe-se a nós. Exige que o tratemos como um sujeito. Recupera a visibilidade, recompõe-se como sujeito, se reafirma e reconstrói. Põe-se em marcha um movimento de formação de si, de autocriação. Se havia dívida (fala-se tanto em dívida social) eis aí a fatura. Há uma fome mais funda que a fome, mais exigente e voraz que a fome física: a fome de sentido e de valor; de reconhecimento e acolhimento; fome de ser – sabendo-se que só se alcança ser alguém pela mediação do olhar alheio que nos reconhece e valoriza.

Diante deste cenário, que, ao fim e ao cabo, atinge a todos, que os sujeitos são recrutados e consumidos pela eclosão de uma “guerra autofágica e fratricida” (Soares), pois não há sociedade democrática possível na qual se vêem imperar o medo, a desconfiança e a violência recíprocas, a exclusão indisfarçável de excessivos contingentes populacionais e a resposta tirânica do poder instituído. Portanto, o que se pretende aqui é traçar o papel do sistema (ou campo) penal, enquanto não for possível aboli-lo definitivamente, com base nas esferas da comunidade e da justiça. Ademais objetiva-se, com isso, apontar algumas pautas principiológicas e hermenêuticas que permitam reconsiderar e ultrapassar a histórica e patente produção de invisibilidade pública e humilhação social por parte do sistema de justiça penal brasileiro.

Nesse sentido, a *esfera da comunidade* relaciona-se com o conjunto inicial de questões levantadas anteriormente e diz respeito aos “valores supremos”; esses valores devem orientar tanto o sentido das instituições e práticas jurídico-penais do Estado Democrático de Direito, quanto o universo de possibilidades argumentativas, que busca fortalecer a confiança na Constituição e nos laços sociais. A partir dessa idéia, parte-se de um axioma evidente, embora repudiado por alguns políticos, juristas e parcelas consideráveis da sociedade; esses, arrebatados pelo senso comum sobre a criminalidade (*every days theory*), segundo o qual “o sistema de justiça criminal isolado não consegue manter a coesão social. Fora de um estado de

ocupação, nenhuma sociedade se mantém somente pela coerção” (YOUNG, 2002, p. 217). Por essa razão, é para o conjunto das relações sociais e do seu universo de significações imaginárias que se deve voltar a atenção a fim de ultrapassar-se as tentações do caos original. Trata-se, pois, de definir uma pauta principiológica capaz de efetivamente concretizar os valores e princípios da igualdade e da dignidade humana.

Já a *esfera da justiça* enlaça-se com as questões concernentes ao tecido de ficções operatórias, no qual descansa a atividade de aplicação do direito. Significa definir a “coerência narrativa” do raciocínio jurídico interpretativo, evidenciando as possibilidades de definição de claves hermenêuticas que presidam a construção de “respostas corretas”; essas são destinadas a fomentar tanto a redução do tratamento penal dos conflitos sociais, na direção gradativa de sua abolição definitiva, quanto a condução do poder punitivo pelos fios inquebrantáveis da igualdade e da dignidade humana. Com isso, pretende-se contribuir para que o sistema penal supere as suas perversas facetas de instrumentalização dos fenômenos políticos da invisibilidade pública e da humilhação social, bem como da interdição dos processos de luta por reconhecimento.

A caminhada investigativa pretende inicialmente percorrer, com base numa teoria crítica do direito¹¹, a genealogia do paradigma jurídico-penal da modernidade; as suas limitações para a concretização dos valores e princípios da igualdade e da dignidade humana, a fim de vislumbrar a sua recepção transversal no contexto das sociedades periféricas. Para isso, faz-se uso basicamente do instrumental teórico hermenêutico, entendido como “interpretação ou hermenêutica universal”, segundo o qual o sujeito, mergulhado na linguagem de sua faticidade e existência e na sua condição-de-ser-no-mundo (*Dasein*), não pretende construir uma (meta)linguagem rigorosa sobre o objeto investigado; nem tampouco aspira a uma descrição neutra e objetiva desse objeto, consoante consagrado pelo paradigma científico positivista, mas estabelecer um processo de atribuição de sentido por meio de uma “fusão de horizontes”.¹²

Com respaldo em Hekman (1986), a hermenêutica filosófica aqui trabalhada, associada à sociologia do conhecimento, aspira não descurar da inegável origem social do discurso científico e sua inscrição nas formas de legitimar uma dada ordem de dominação na

¹¹ Para a visualização da matriz jurídica crítica, utilizada como “*fusão de horizontes*” para as presentes reflexões, ver sobretudo: Streck (2004); Ost et al (1987); Bourdieu(1987); Santos (1998, 2001); e Fariñas Dulce (2000).

¹² Santos (2004, p. 27) ressalta que, para a racionalidade científica moderna, as ciências sociais devem obedecer aos mesmos cânones da observação e experimentação empíricas típicos das ciências da natureza, se almejam apresentar um conhecimento preciso da realidade social. Nesse sentido, o conhecimento baseado na formulação de leis gerais e eternas da natureza tem como pressuposto metateórico a idéia de ordem e estabilidade do mundo, a idéia de que o passado se repete no futuro.

sociedade. A assunção de tal matriz teórica implica o reconhecimento de que “as ciências sociais estão empenhadas na interpretação do sentido do social e não na busca da verdade científica”. Trata-se, pois, de questionar a legitimidade teórico-política do saber penal no interior da ordem social estratificada.

Parte-se, portanto, da exigência de superação do paradigma positivista, que se funda num certo número de premissas que estruturam um “sistema” coerente e operacional de ideação científica e pretendem sedimentar “o postulado de uma ciência axiologicamente neutra”:

- 1) a sociedade é regida por leis naturais, universais e invariáveis e, no plano da vida social, reina uma harmonia natural;
- 2) a sociedade pode, portanto, ser estudada a partir dos mesmos cânones científicos empregados pelas ciências da natureza; e
- 3) “as ciências da sociedade, assim como as da natureza, devem limitar-se à observação e à explicação causal dos fenômenos, de forma objetiva, neutra, livre de julgamentos de valor ou ideologias, descartando previamente todas as prenoções e preconceitos”. No entanto, “o axioma da neutralidade valorativa das ciências sociais conduz, logicamente, o positivismo, a negar – ou melhor, a ignorar – o condicionamento histórico-social do conhecimento” (LÖWY, 1998, p. 16-17).

Nesse sentido, propõe-se a visualização das contradições entre o campo penal e as premissas constitutivas das esferas da comunidade e da justiça no seio do Estado Democrático de Direito. Além disso, pretende-se trazer à luz as razões pelas quais o sistema penal repudia sistematicamente os valores e princípios da igualdade e da dignidade humana, inscritos como os “valores supremos” da Constituição brasileira, e converte as suas instituições, as suas práticas e seu discurso legitimador em instrumentos e estratégias de naturalização da desigualdade e de gestão da subcidadania.

No capítulo inicial, o objetivo é compreender as bases da Constituição de uma comunidade política democrática, com vistas a superar a tensão entre o holismo e o coletivismo das perspectivas comunitárias, de um lado; e, de outro, o atomismo e individualismo presentes nas posturas liberais ortodoxas. Acredita-se que, a partir do “liberalismo baseado na igualdade”, proposto por Dworkin, seja possível chegar a uma perspectiva pós-metafísica da comunidade política; porém, uma perspectiva que seja capaz de compatibilizar direitos individuais, sociais e meta-individuais; o respeito à pluralidade e à

diferença das concepções acerca da vida digna; e a promoção de balizas coletivas eticamente compartilhadas.

Já o segundo capítulo baseia-se no pressuposto de que a genealogia da democracia autoriza a entrever os valores e princípios da igualdade e da dignidade humana como fontes imaginárias da comunidade política, como condições existenciais que permitem aos homens a visibilidade pública e a luta por reconhecimento. Assim, parece que a crença na revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem, merecem *igual respeito*, é um ponto comum na trajetória do pensamento político do Ocidente, desde a Antigüidade clássica (COMPARATO, 2005). Indiscutivelmente, o que a democracia grega legou, como valor irrenunciável, é a idéia axial de que estar em sociedade significa ser possível estar entre iguais no exercício da palavra e da ação num espaço comum partilhado. É justamente o aparecer público, a transposição do lar e a orientação para a cidade (para a reunião plural e igualitária) que fundam a cidadania e que permitem a participação nas decisões que estão relacionadas ao sentido e ao destino da vida em comum; esse parece ser o eixo da sociedade democrática.

E essa visibilidade pública, ou em outras palavras, a luta por reconhecimento, repousa na igualdade e na dignidade, ao mesmo tempo em que as constituem historicamente. Nessa direção, um parêntese necessário consiste em visualizar os brutais processos que excluem e vitimam a ampla parcela da população. Essa, capturada pela teia do poder soberano, padece sob a cultura do genocídio e sob as estratégias de degradação da igualdade e da dignidade humana, as quais rondam o espectro do *homo sacer* nos Estados de Exceção da contemporaneidade.

Atingidos esses terrenos da filosofia política que conduzem às fontes simbólicas da Constituição da comunidade democrática, o terceiro capítulo discorre sobre a genealogia do controle penal na sociedade moderna. Isso se fará tanto no que tange as suas relações com as formas de legitimação da ordem instituída; quanto no que concernem as suas tensões intrínsecas entre as aspirações emancipatórias, traduzidas nos valores e princípios da igualdade e da dignidade humana; nas sinergias regulatórias, implicadas ao impor-se uma dada definição da realidade social e ainda nas estratégias de punição que envolvem a sua conservação.

Ver-se-á que a vitória do pilar da regulação sobre o da emancipação vem consolidando um modelo de intervenção penal, direcionado à gestão das disfunções do capitalismo globalizado. Aqui vê-se o abandono das políticas assistenciais típicas dos modelos do *Welfare State*, neo-capitalistas dos pós-guerras, exigem a extensão do poder

repressivo sobre os segmentos excluídos do mercado de trabalho e do acesso aos bens e ao consumo. Com isso, são instituídos processos de exclusão e vitimação de amplos contingentes populacionais que vêm suas vidas desperdiçadas tragicamente, segregadas ou eliminadas.

O quarto capítulo é desenvolvido à vereda tortuosa dos processos de transplantação, recepção e adaptação das instituições e práticas modernas para o palco das sociedades periféricas, em particular do Brasil. Cumpre lembrar que, no Brasil, essas sociedades são destituídas dos pressupostos e do cimento valorativo, os quais conduziram os mesmos processos nas sociedades que constituíram o núcleo do paradigma sócio-cultural da modernidade; e é justamente sobre esse mote que este capítulo será desenvolvido. Então, é dessa forma que se pretende descortinar as razões pelas quais o sistema de justiça penal brasileiro jamais conferiu aos princípios da igualdade e da dignidade humana o mesmo estatuto, alcance e dimensão que lhes foram atribuídos no âmbito do campo penal das sociedades modernas centrais. Ademais, é nesse campo de discussões que se quer explicitar a hipótese que norteia essa abordagem, a saber, de que o campo penal brasileiro atua como um dos mais importantes instrumentos de naturalização da desigualdade e de gestão da subcidadania, o que fomenta os fenômenos políticos da invisibilidade pública e da humilhação social, bem como obstrui os canais de luta por reconhecimento.

O destino da caminhada é precisamente a (re)construção hermenêutica dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade humana e sua aplicação no campo penal. Diante disso, intenta-se traçar o papel do sistema penal a partir das esferas da comunidade e da justiça; na primeira esfera, estabelecer-se-à uma pauta principiológica que busque concretizar os valores e princípios da igualdade e da dignidade humana, com o objetivo de minimizar a brutalização dos homens invisíveis e dos grupos humilhados, desencadeada pelo sistema penal; na segunda, visar-se-á fixar alguns parâmetros hermenêuticos que presidam a construção de “respostas corretas”, destinadas a fomentar tanto a redução do tratamento penal dos conflitos sociais, quanto a condução do poder punitivo pelos fios inquebrantáveis da igualdade e da dignidade humana. Esses são, portanto, os caminhos a serem percorridos na presente investigação.

CAPÍTULO I –

Constituição, democracia e direitos fundamentais: bases para uma perspectiva *pós-metafísica* da comunidade política

Neste capítulo buscar-se-à compreender as bases da Constituição de uma comunidade política democrática, com vistas a superar a tensão entre o holismo e o coletivismo das perspectivas comunitárias, de um lado; e, de outro, o atomismo e individualismo presentes nas posturas liberais ortodoxas.

1.1 A constituição (*instituição imaginária*) da comunidade política

Ost (2004) elabora a tese de que o direito consiste numa ininterrupta narrativa histórica, que retira a sua gênese, força e continuidade do fato de seu compartilhamento coletivo. Essa tese é formada a partir da seguinte assertiva: “É da narrativa que sai o direito”. Segundo o autor, desde a Antígona, no célebre primeiro intermédio oral, Sófocles põe na boca do coro estas palavras: “As paixões que instituem as cidades, o homem as ensinou a si mesmo”. Ver-se-ia, pois, que a herança grega auxilia na percepção de que toda comunidade política funda-se na tensão entre a “paixão” e as “leis que instituem as cidades”. De fato, conforme lembra Ost (2004, p. 24-27), “na origem das instituições políticas e dos códigos, há pulsões, aspirações, todo um jogo de paixões”; foi desse imaginário político, produto das paixões, que o homem ensinou a si mesmo e que transformou em leis cívicas, que se extrairiam precisamente “as significações coletivas que vão assegurar o vínculo social”.

Com efeito, na base da comunidade política, há sempre um “magma de significações”, aquilo que Castoriadis designa como um conjunto de significações imaginárias sociais que conferem um sentido específico aos dados da experiência. Para Castoriadis (1982), o modo de aparecer do mundo sócio-histórico encontra-se indissociavelmente entrelaçado com o simbólico. Ainda que não se esgote nesse, no contexto de uma comunidade histórica, esse mundo é possível fora de uma rede simbólica, de modo que tanto a linguagem quanto as instituições sociais apenas apresentem significado como sistemas simbólicos sancionados.

Essa rede simbólica, no entanto, assenta-se “no que já existe”, posto que remete a algo, não necessariamente ao simbolismo. Os pontos de apoio dessa rede estão tanto na natureza quanto nas próprias significações sociais, sempre cambiantes. Por essa razão, as significações

imaginárias cumprem um importante papel de estabelecer um conjunto de valores no qual se apóia o fazer histórico da comunidade. A história é impossível e inconcebível fora da *imaginação produtiva* ou *criadora*, a qual Castoriadis (1982) concebe como produto de um *imaginário radical*, momento no qual se estabelece a fonte da constituição, antes de qualquer racionalidade explícita, de um universo de significações. Esse universo, por sua vez, estabelece o *imaginário efetivo (imaginado)*, o qual confere unidade e legitimidade às ações coletivas.

Os “magmas de significações” ou, em outras palavras, “o modo de ser” dos fenômenos apresenta-se como um feixe de sentidos que constitui as condições de possibilidade da instituição da sociedade. No dizer de Castoriadis (1982, p.404),

a instituição da sociedade é toda vez instituição de um magma de significações imaginárias sociais, que podemos e devemos denominar um mundo de significações. Porque é o mesmo dizer que a sociedade institui cada vez o mundo como seu mundo ou seu mundo como o mundo, e dizer que ela institui um mundo de significações, que ela se institui instituindo o mundo de significações que é o seu e correlativamente ao qual somente um mundo existe e pode existir para ela. A ruptura radical, alteração que representa a emergência do social-histórico na natureza pré-social é o estabelecimento da significação e de um mundo de significações.

Não é difícil perceber que a Constituição (instituição imaginária) da sociedade consiste efetivamente em um ato inaugural, um momento de “ruptura radical” ou de “alteração. Essa ruptura representa a emergência do social-histórico na natureza pré-social”, em que significações sócio-históricas passam a exprimir o sentido e o valor da vida em comum numa sociedade determinada. Por isso mesmo, a unidade da sociedade repousa, irrenunciavelmente, na unidade de seu mundo de significações. As instituições sociais e jurídicas emergem, pois, da inexorabilidade de um “momento fundador”, o qual engendra, a partir de um conjunto de significações imaginárias, a articulação do consenso segundo o qual o sentido e o valor da vida em sociedade possuem forças hegemônicas.

No plano estritamente jurídico, Ost (1999) percebe os paradoxos referentes ao instante inaugural, aprisionados numa circularidade irremediável. Isso porque, em primeiro lugar, é necessário observar a impossibilidade de se identificar qualquer começo da juridicidade: qualquer coisa como um ponto zero do direito. Poder-se-ia dizer, afirma esse autor: “há sempre direito antes do direito”. De igual forma, há sempre poder antes do poder; do mesmo modo que há sempre legitimidade antes da legitimidade, de tal maneira que, no que diz respeito ao ato de instituição (poder constituinte), quando se tiver imposto, já terá sempre sido legítimo. Assim, tal como ninguém começa a linguagem do ponto zero, ninguém começa

a instituição de forma absoluta. Por essa razão, explica Ost (1999, p.73) “a nossa acção, o nosso discurso, e mesmo a nossa liberdade só são possíveis num fundo de interação já dado; sem estas estruturas prévias de socialidade, o próprio gesto de recusa ou de revolta não teria qualquer sentido”. E mais adiante, percebe que “é sempre depois do facto consumado, escreve ainda Ricouer, que tomo consciência da anterioridade da regra em relação a qualquer nova opção”.

No espectro jurídico-político mais essencial, a Constituição, como “*ordenamiento general de las relaciones sociales e políticas*”, expressa este instante inaugural, o “momento fundador” (FIORAVANTI, 2002, p.11); esse, longe de ser um momento de afirmação de uma violência pura, ao fundar a lei, pretende estabelecer a produção de uma instância simbólica que opera o hibridismo e vivificação das múltiplas heranças fragmentadas que coabitam nas sociedades pluralistas (OST, 1999).

Efetivamente, uma fundação é sempre uma promessa, subscreve Ost (1999) à tese de Derrida. E, como promessa, a Constituição insere-se sempre na dialética temporal, social e histórica, entre as forças instituintes e as formas instituídas; repousa na natureza do tempo instituinte; inverter-se nas formas do tempo instituído, posto que “não existe força instituinte que não se apóie em formas instituídas”.

A essa dialética do tempo instituído, como tempo da demarcação, ou tempo das medidas, de acordo com Castoriadis (1982), e o tempo instituinte, visto como o tempo da significação e das manifestações que animam as forças sociais, corresponde à dialética entre *sociedade instituída* e *sociedade instituinte*. A primeira aparece justamente como a “instituição global da sociedade, figuração-presentificação do magma de significações que esta, cada vez, faz ser”. Seria precisamente a organização e articulação da própria sociedade que fornece o conteúdo, o arranjo e a orientação do fazer e do representar/dizer social. Nesse contexto, argumenta Castoradis (1982, p.415)

a sociedade faz existirem indivíduos para os quais há percepção, palavra e reflexão, que são indefinidamente auto-reprodutíveis como indivíduos sociais, para cada um dos quais há, sempre e ao mesmo tempo, mundo privado e mundo público, e cuja vida na sociedade é, em certo sentido, a vida e o funcionamento da sociedade como sociedade instituída.

A sociedade instituinte, por outro lado, brota da percepção de que as significações imaginárias da sociedade jamais são completamente seguras e precisas; a partir disso, mina a crença de que tudo deve e pode ser na rede de significações, de que tudo deve fazer sentido de

algum modo, e ainda de que a instituição poderia tudo cobrir. Mas, essa cobertura, segundo Castoradis (1982, p.415)

[...] essa cobertura nunca é segura: o que lhe escapa, às vezes quase indiferente, pode ser e é de uma gravidade decisiva. O que lhe escapa é o enigma do mundo simplesmente, que está por trás do mundo comum social, como por-vir-a-ser, isto é, provisão inesgotável da alteridade, e como desafio irredutível a toda significação estabelecida. O que lhe escapa é o próprio ser da sociedade enquanto sociedade instituinte, ou seja, finalmente enquanto fonte e origem de alteridade, ou auto-alteração perpétua.

Nesse espectro, no complexo cenário das democracias contemporâneas, as noções de “comunidade de narrativa” e de “narrativa fundadora” possuem uma pertinência incontestável para a compreensão do Direito, uma vez que captam e absorvem a tensão do jogo incessante entre o imaginário jurídico instituído e a criação incessante de significações sócio-históricas novas. Segundo Ost (2004, p.29) importa perceber que

[...] os juristas não escapam, portanto, a essa comunidade narrativa. Pelo contrário, é no interior dela, no seio de suas significações partilhadas, que eles operam. As Constituições que eles redigem são, desse ponto de vista, o relato da história da moralidade política dessa comunidade. ‘As Constituições, como exemplos de relatos que contam a história dos homens, dão um sentido à sua vida individual e coletiva’, escreve D. Rousseau, que prossegue nestes termos: ‘As Constituições são as mitologias das sociedades modernas’,¹³

Para Ost (2004), a Constituição expressa, em termos simbólicos, o “instante inaugural”, o “momento fundador” e o “ato instituinte”, aquele rasgo para a abertura e a construção de um tempo social e histórico. Assim, a Constituição representa a tessitura de

¹³ Ost (2004) afirma que a história das grandes Declarações dos direitos do homem é muito reveladora a esse respeito: no Preâmbulo de cada uma delas sempre se vislumbrará um grande relato, ora muito desenvolvido, ora menos extenso, que evoca o que deverá figurar doravante como o momento forte da comunidade (uma revolução, uma declaração de independência) ou o que a liga a um passado imemorial fundador. Assim, tanto o *Bill of Rights* (1689), como a *Declaração de Independência dos Estados Unidos* (1776), até a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), todas relevam a importância de uma “narrativa fundadora”. Esta última, por sua vez, proclama: “Os representantes do povo francês, constituídos em Assembléia nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos...”; *Declaração universal dos direitos do homem* (1948): “Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do homem conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da humanidade...”. A Constituição brasileira de 1988 não escapa a essa construção, posto que no Preâmbulo consolida a “narrativa fundadora” de uma nova sociedade, visando (re)fundar, a partir de valores democráticos, uma sociedade antes marcada por um período de forte autoritarismo e sistemática violação dos direitos humanos, ao estabelecer que “nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

ficções operatórias que pretende exprimir o sentido e o valor da vida em sociedade. A sua função primordial seria a de marcar a interrupção da violência e do caos do estado de natureza; e, com isso, instituir um espaço social, temporal e político, ao cessar um estágio de ausência completa de vínculos duradouros. Instituir, no dizer do autor belga, significa gerar e estreitar o elo social e oferecer aos indivíduos os pontos de referência necessários a sua identidade e autonomia (OST, 1999).

Esse ato de instituição, no momento em que inaugura uma temporalidade social e histórica, pretende igualmente forjar e consolidar uma memória partilhada. É apenas sobre essa memória que uma coletividade se constrói e é ao direito que cabe concebê-la. Segundo Ost (1999, p.49-50),

[...] no pano de fundo deste caos original – estado de natureza sempre ameaçador –, cabe ao direito dizer o limite: dizer quem é quem, quem fez o quê, quem é responsável. Estabelecer os fatos, certificar os atos, estabelecer as responsabilidades. Lembrar a ordem genealógica, distribuir os papéis, desempatar os queixosos. Contar a narrativa fundadora, reavivar os valores colectivos, fortalecer a consistência da linguagem comum, a ‘instituição das instituições’ – a linguagem das promessas que o corpo social fez a si mesmo, a linguagem das leis graças à qual dispomos de ‘palavras para o dizer’, para dizer aquilo que nos liga e nos diferencia, para dizer onde passa o limite do aceitável e do inaceitável.

A Constituição, portanto, não existe apenas e tão-somente como um corpo de normas jurídicas de organização dos elementos constitutivos do Estado; antes e muito mais que isso, busca responder a questão da origem da sociedade; faz recordar que há o dado e o instituído, no qual se enraíza a identidade coletiva que permite fundamentar as ações sociais possíveis.

Em sua estrutura, a Constituição assenta-se num paradoxo dialético irrenunciável. Isso porque, ao mesmo tempo em que surge como ato desconstituente, ao buscar estabelecer uma ruptura irreversível com a ordem anterior, um abandono definitivo das instituições herdadas do passado, procura reconstruir, investe na duração, num comprometimento do futuro, numa palavra, na instituição do social. Desde a Constituição no sentido aristotélico de *politeias*¹⁴ até a noção advinda da Revolução Francesa de texto fundador, pode-se reviver essa dialética insuperável, posto que a primeira concepção não pode estar completamente dissociada da segunda. A dialética constitucional, segundo Ost (1999, p.269) evidencia, pois, que

[...] por detrás do preceito imperativo, não param de se valorizar o pacto e os valores que o cimentam; para lá da desordem revolucionária perfila-se a vontade de estabelecer uma ordem durável... de forma que somos levados a pensar que através

¹⁴ Isto é, de organização consuetudinária da sociedade, produtora de tradição, história e experiência, muito mais um reflexo da natureza das coisas do que produção deliberada da razão legisladora.

da Constituição-acto de vontade nunca parou de se fazer ouvir a Constituição-produto da história.

A importância dessas considerações reside justamente na necessidade de se reconhecer que a Constituição, forma jurídica por excelência da democracia contemporânea, expressa, também, para além da elaboração dos procedimentos indispensáveis à tomada de decisões, um conjunto de valores substanciais compartilhados intersubjetivamente no seio da coletividade.

Como um conjunto de promessas que a sociedade faz a si mesma, a Constituição busca inscrevê-las num tempo durável, capaz de fornecer as referências para a construção da sociedade ‘boa’ e ‘justa’ no futuro. De acordo com García-Villegas (2003, p. 01), “constitutions express our desire to build a better society in the future. (...) Our vision, however, considers the constitution as a political, creative and foundational document that connects the origins of our society to its future”.

Assim, por mais que a Constituição possa ser vista como o local da definição rígida de um conjunto de procedimentos que legitimam a tomada das decisões políticas (as regras do jogo político democrático), como advogam as correntes procedimentais, jamais seria possível suplantar a idéia *“inspired by Aristotle and taken up again by Montesquieu and the English jurists of the 18th Century for whom the constitution was derived from the historical essence of a people”* (GARCÍA-VILLEGAS, 2003, p. 02).

No interior desse quadro, a democracia, desde a antiguidade clássica, parece ser o único regime político que carrega as marcas indelévels da tensão dialética entre sociedade instituída e sociedade instituinte. Isso se dá, pois, à medida que, como lembra Chauí (1993), a democracia pressupõe justamente uma sociedade verdadeiramente histórica. E uma sociedade histórica não consiste pura e simplesmente numa sociedade que está no tempo, mas que se *efetua como tempo*, isto é, uma sociedade que não cessa de reinstituir-se porque para ela sua gênese e sua forma são questões incessantemente recolocadas. Afirma Chauí (1993, p.155) que

[...] somente uma sociedade que vive os conflitos e acolhe a produção interna de suas diferenças, uma sociedade para a qual o poder está sempre na ordem do dia porque suas contradições impedem de fixar-se numa imagem idêntica, é uma sociedade histórica.

A Constituição, como significado imaginário da instituição da comunidade política, sempre se erigiu a partir da definição de um núcleo de direitos compartilhados pelos indivíduos, base da cidadania, vale dizer, do reconhecimento e da visibilidade pública. Tais

direitos, por sua vez, também integram um interminável jogo dialético, posto que expressam conquistas gradativas, senão processos de luta pela afirmação da dignidade humana. Os direitos humanos (fundamentais), embora delimitem um quadro de conquistas efetivas, instituídas, possibilitam continuamente a emergência de novos significados, em virtude de sua inscrição na temporalidade sócio-histórica, apresentando, também, uma irrenunciável dimensão instituinte.

Por essa razão, os direitos humanos não se apresentam como realidades ontológicas pré-constituídas às temporalidades sócio-históricas efetivas. Ainda que possuam uma irresistível vocação universal, eles emergem, pois, inevitavelmente de “dinámicas y luchas históricas resultado de resistencias contra la violencia que las diferentes manifestaciones del poder, tanto de las burocracias públicas como privadas, han ejercido contra los individuos y los colectivos” (HERRERA FLORES, 2003).

Portanto, a democracia, desde Atenas, aparece “como o modo constitucional da Cidade-Estado”, ou nos termos atuais da comunidade política, arrimada em dois aspectos que se perpetuaram com uma constância notável, os quais estão nitidamente presentes no mundo contemporâneo. Por um lado, a definição de um regime que funda a autoridade do governo do povo garante a presença dos governados no exercício do poder; por outro, “transporta e transpõe para a esfera pública o caráter conflituoso das paixões humanas, de forma tal que, no mesmo movimento que suscita a esperança da liberdade e da igualdade, faz pesar sobre a Cidade as ameaças da desrazão que o desejo insaciável do povo introduz na razão”.

Assim, a Constituição expressa precisamente a mediação irremediável entre o político e o ético e define um arsenal de direitos que confere nascimento à cidadania, como possibilidade de exercício da palavra e da ação no espaço público, condição inarredável de uma reunião plural e igualitária de indivíduos.

Nesse sentido, os direitos humanos consolidam um espectro de aspirações que tendem a refletir os conflitos e as contradições de uma sociedade historicamente situada. Conforme consagrada proposição de Bobbio, tais direitos originam-se como produtos históricos, sociais e culturais concretos a partir de circunstâncias determinadas; mas sempre ligados a certas exigências e lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, emergindo de forma gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (GOYARD-FABRE, 1992, p.05). De fato, muito além de prescrições abstratas e metafísicas, os direitos humanos são um constante processo de luta contra as injustiças e as violências de condições históricas reais.

Como produto cultural, os direitos humanos pertencem inexoravelmente ao contexto do qual surgem e para o qual funcionam como categorias legitimadoras ou antagonistas da

idéia hegemônica de vida digna que prevalece numa determinada e concreta formação social. Ao contrário de prescrições metafísicas transcendentais, da expressão absoluta de direitos inerentes a uma condição humana universal e abstrata, deve-se apreendê-los como o resultado de lutas sociais e coletivas que tendem à construção de espaços sociais, econômicos, políticos e jurídicos que permitam a visibilidade e o reconhecimento de todas e todos para poder lutar de forma plural e diferenciada por uma vida digna de ser vivida (HERRERA FLORES, 2003).

Ainda de acordo com Herrera Flores (2003, p.247),

[...] nada, ni la justicia, ni la dignidad, y mucho menos los derechos humanos, proceden de esencias inmutables o metafísicas que se sitúan más allá de la acción humana por construir espacios donde desarrollar las luchas por la dignidad humana. Por mucho que se hable de derechos que la personas tienen por el mero hecho de ser seres humanos, es decir, de esencias anteriores o previas a las prácticas sociales de construcción de relaciones sociales, políticas o jurídicas, inevitablemente tendremos que descifrar el contexto de relaciones – la trama densa de relaciones que definen el sujeto – que les da origen y sentido, sobre todo si queremos huir de la tentación de imputar a toda la humanidad lo que no es más que producto de una forma cultural de ver y estar en el mundo.

Cabe perceber, nesse excerto, como se apresentaram as visões sobre a constituição da comunidade democrática, especialmente em alguns marcos do pensamento político ocidental. Não se trata, ademais, de estabelecer uma historiografia minuciosa, o que escaparia aos objetivos do estudo, mas de assinalar as marcas indeléveis deixadas pelas construções teóricas, as quais se mostraram paradigmáticas na tarefa de explicação da origem e do sentido da vida coletiva. Assim, a tarefa que se propõe consiste em aventurar-se pela genealogia da democracia como uma incansável aventura humana, pois, como adverte Goyard-Fabre (2003, p. 01),

não é possível compreender o que a democracia é hoje, com suas qualidades e seus defeitos, suas esperanças e seus malefícios, se não retraçarmos a genealogia atormentada dos conceitos e das categorias que sustentam seu edifício e balizam sua história.

Então, tendo como pano de fundo a questão da igualdade e da dignidade humana, privilegia-se uma leitura a partir das continuidades e rupturas entre os principais paradigmas políticos da modernidade, a fim de assinalarem-se as diferenças entre o pensamento clássico, moderno e contemporâneo; diante disso, visa-se decifrar o sentido de uma concepção “pós-metafísica” da comunidade, apta a refletir as contradições da complexidade do mundo atual. É interessante notar, com Goyard-Fabre (2003), o quão falacioso é acreditar que o transcurso do

tempo e das idéias produziram uma dualidade conflitiva e irreduzível entre as primeiras formas de democracia e aquelas que reinam atualmente por quase toda parte do mundo.

Impende, pois, reatar os aspectos e os elementos positivos existentes nos modelos de explicação até então elaborados pelo pensamento filosófico-político ocidental. A partir disso, compete colocar em evidência as linhas que permitem uma definição capaz de apreender as suas características específicas e constantes, por meio das quais, desde o pensamento grego, moldou-se a matriz de um regime político cujos axiomas básicos e princípios diretores o direito político terminou por conservar, não obstante o transcurso dos tempos. Com isso, busca-se assumir uma visão de comunidade política capaz de assegurar a estabilidade das promessas democráticas no contexto pluralista das sociedades contemporâneas.

1.2 Aristóteles e a perspectiva *holista e coletivista* da constituição (*instituição imaginária*) da comunidade política

No cenário do pensamento clássico, as obras de Platão e Aristóteles marcam a forma como se expressa, no seio do mundo antigo, a necessidade de construção da ordem política. Tais doutrinas manifestam perspectivas que pretendem configurar uma ordem significativa no plano coletivo, capaz de sustentar-se e desenvolver-se no tempo. Elas situam-se, pois, expressivamente, num período de profunda crise política do mundo grego clássico, caracterizado por profundas discórdias e particularismos locais. Esses autores deparam-se com a transformação da *polis*, antes vista como o lugar de exercício público dos direitos políticos de cidadania, de reconhecimento coletivo da partilha de um mundo comum e, posteriormente, tomada de assalto pela prevalência da economia e do intercâmbio em virtude da intensificação do tráfico comercial e marítimo (FIORAVANTI, 2002).

Nesse sentido, cumpre trazer à baila a ponderação de Fioravanti (2002, p. 15-16) ao afirmar que

[...] la mercantilización de la polis produce también, con frecuencia de manera violenta, un creciente conflicto entre pobres y ricos, en el que los primeros reivindican formas cada vez más amplias de asistencia pública y los segundos luchan por impedir que el problema de la indigencia se responda con medidas radicales con la confiscación y redistribución de las tierras.

O pensamento de Platão e Aristóteles é atravessado sobremaneira pela busca de um novo e forte ideal coletivo, capaz de superar as intensas divisões sociais. O temor da *stásis*

impõe, acima de tudo, a luta pela salvaguarda da unidade da *polis*.¹⁵ Nesse contexto, é preciso ter como ponto de direção os horizontes da *eunomia*, isto é, “a boa ordem da coletividade”. No vocabulário político grego, o conceito de *Politeia* sintetiza, pois, esse ideário, expressando a busca de uma forma de governo adequada ao presente de tal forma que lograsse estabelecer a unidade da *polis*, pulverizada por antagonismos de todas as ordens.

A ordem política, nesse espectro, enraíza seus fundamentos nas formas tradicionais e concretas das interações sociais. Para a perspectiva clássica, é a Constituição ou *Politeia* que, no contexto da Cidade ou *Polis*, determina a articulação entre o fim visado pela política e os meios que deveriam ser empregados para realizá-la.¹⁶

O ponto alto desse pensamento é, sem dúvida alguma, a construção teórica de Aristóteles. Para ele, a *Politeia* não se restringe a um instrumento conceitual, mas expressa a prescrição de um futuro político dotado de unidade e durabilidade, em síntese, de uma Constituição. Consiste, pois, num regime constitucional estavelmente fundado. A estabilidade de uma constituição apoiada em valores e práticas consuetudinárias extirparia, facilmente, o mal primeiro e originário que havia corrompido a *Polis*, o que consubstanciaria na mercantilização da política, na divisão e nos conflitos entre ricos e pobres. A constituição ideal seria, portanto, aquela que lograsse estabelecer o justo equilíbrio entre os extremos.¹⁷

O mérito de Aristóteles reside, essencialmente, na descoberta das bases consuetudinárias e concretas de qualquer forma de organização social. Por outro lado, percebe que a unidade da *Polis* está na dependência direta e necessária da redução de seus antagonismos, por meio da ampliação ao máximo da classe média, contexto no qual apenas seria possível a elaboração de uma ‘constituição média’, forma estável por excelência de organização política.

Aristóteles parte do pressuposto de que a comunidade política, como forma de associação “que tem em conta um bem”, nasce precisamente da necessidade de viver e subsiste em vista da busca de uma vida feliz. Por essa razão, a sociedade política integra-se na natureza e encontra seu antecedente lógico na família, como “sociedade constituída para

¹⁵ Segundo Wolff (2001), a palavra grega *polis* “designa a urbe [*ville*] (por oposição ao campo), mas também a civilização (por oposição à natureza selvagem ou à barbárie), e finalmente, e sobretudo, a cidade [*cité*], entidade comunitária autônoma, à qual alguma dezenas de milhares de habitantes têm consciência de pertencer (...), reconhecendo nela algo como uma ‘pátria’”.

¹⁶ A *stásis*, segundo Fioravanti (2002), consiste em um conceito fundamental ao pensamento político grego, com que se indica uma condição dentro da qual o conflito social e político, animado por um crescente espírito de facção, cada vez mais associado à luta entre ricos e pobres, assume aspectos radicais, inviabilizando a manutenção das tensões no interior das estruturas políticas e sociais existentes. De outro lado, a *eunomia* traduz-se no ideal, extremamente forte no mundo clássico, de uma resolução pacífica dos conflitos, de uma convivência ordenada e duradoura, e, em definitivo, na busca da uma forma de governo adequada a essas finalidades.

¹⁷ FIORAVANTI. Maurizio. *Op.cit.* 2002, p. 22.

prover as necessidades quotidianas”. Logo, conclui o filósofo, é evidente que a cidade faz parte das coisas da natureza e que o homem é naturalmente um animal social e político destinado a viver em sociedade (ARISTÓTELES, 2005).

Ademais, é precisamente por ser dotado da palavra (*logos*) que o homem, afirma Aristóteles, erige as teias dos vínculos sociais, posto que a palavra, em última instância, tem por fim fazer compreender o que é útil ou prejudicial e, em consequência, o que é justo ou injusto (ARISTÓTELES, 2005). O exercício da palavra, na arena pública, constitui o pressuposto essencial tanto da instituição imaginária da comunidade quanto da cidadania, isto é, do exercício dos direitos políticos.

Vê-se, claramente, que a natureza política do homem apresenta, na visão de Aristóteles, dois pontos de sustentação: o primeiro *natural*, representado pela necessidade que as pessoas têm dos outros indivíduos para subsistir e realizar o bem, da indispensabilidade do contato com o outro para a plena realização como ser humano; e o segundo *racional*, o interesse, já que na vida em comunidade pode-se viver melhor do que solitariamente. O elo seguinte, que estabelece as formas pelas quais os homens buscam uma vida feliz em comum é a amizade que se exerce, no plano político, por meio da capacidade e da liberdade de deliberar e agir em comum.

No entanto, a existência duradoura da comunidade não quer significar, na visão de Aristóteles, uma unidade absoluta, à medida que poderia ensejar a sua própria anulação. A cidade, diz ele, é naturalmente multidão. Trata-se, pois, não da reunião monolítica de indivíduos em maior ou menor número, “pues la ciudad es por naturaleza una multiplicidad”, mas da associação de homens especificamente diferentes, uma vez que “no sólo está constituida la ciudad por una pluralidad de hombres, sino que además éstos son de distintas clases, porque de individuos semejantes no resulta una ciudad”(ARISTÓTELES, 2005, p28). Os elementos que constituem uma cidade possuem uma diferença essencialmente qualitativa, uma natureza plurívoca.

Como lembra Wolff (2001, p. 9-14), “a cidade não é uma soma de indivíduos, é antes o indivíduo privado que *a priori* é pensado como ‘redobramento sobre si mesmo’ do público. A política não passa da realização de si, uma vez que o ‘si’ é relação com o outro”. E isso ocorre, sobretudo, pelo fato de que, para o homem grego, a política constitui a atividade nobre por excelência, a arena da luta pelo reconhecimento, produto do embate deliberativo acerca das ações relativas a um mundo comum. Por essa razão, a comunidade determina, de modo absoluto, a vida individual, à medida que “não viver numa cidade é, para um grego da época clássica, não viver politicamente (isto é, de maneira *civilizada*)”.

O sentido da atividade política deixa claro o motivo pelo qual Aristóteles, não obstante, reconheça a irredutibilidade das particularidades individuais, ao notar que a unidade é necessária, embora nunca de modo absoluto afirme a precedência da comunidade sobre o indivíduo. Em realidade, um desdobramento elementar da origem natural da cidade consiste justamente na evidência de que, de acordo com Aristóteles (2005, p.04),

[...] la ciudad es por naturaleza y anterior al individuo, porque si el individuo separado no se basta a si mismo será semejante a las demás partes en relación con el todo, y el que puede vivir en sociedad, o no necesita nada por su propia suficiencia, no es miembro de la ciudad, sino una bestia o un dios.

Pela sua inscrição na ordem da natureza, a comunidade política está acima de tudo antes do indivíduo, posto que o todo está, necessariamente, acima das partes que o integram.

Se os elementos que constituem o todo são de espécies diferentes, é a “reciprocidade na igualdade” o elemento básico da conservação dos Estados, pondera Aristóteles; isso quer dizer exatamente que a prevalência da comunidade sobre o indivíduo só tem sentido e encontra justificativa quando estabelecida pela mediação de homens livres e iguais. Apenas dessa forma está o regime político “establemente dotado de constitución, porque desde sus orígenes es fruto de una composición paritaria y razonable de las tendencias y de los intereses presentes en la sociedad” (FIORAVANTI, 2002, p.25).

Portanto, não se deve crer que seja servilismo, mas um meio salutar, conformar a vida às necessidades da comunidade política. Parece claro, para Aristóteles, que no regime político no qual estão assegurados a igualdade e o exercício dos direitos, ou seja, no qual todos tenham autoridade sobre cada um, e cada um sobre todos, não haveria razão para justificar-se a prevalência dos interesses individuais, estritamente privados, sobre os interesses gerais, essencialmente públicos. À medida que o fim da comunidade é o “viver bem”, todos os anseios individuais devem ser vistos como meios para este fim.¹⁸

Por essa razão, liberdade e igualdade, no contexto da *polis*, jamais poderiam significar que cada um vive segundo sua vontade e fantasia. Ao contrário, a felicidade, como o resultado e o desenvolvimento completo da virtude, fim último da comunidade política, supõe que a “melhor constituição” garanta o exercício da igualdade e da liberdade apenas na medida necessária, a tal ponto que todo cidadão possa ser virtuoso e viver feliz, vez que “el fin de la comunidad política son las buenas acciones e no la convivencia” (ARISTÓTELES, 2005,

¹⁸ É indispensável esclarecer que a noção aristotélica de comunidade política quer designar essencialmente a idéia de uma *comunidade ética*. Para Aristóteles, a ordem política, a Cidade-Estado, “é um agrupamento de homens unidos por uma finalidade comum, e, portanto, ligados por uma relação afetiva chamada ‘amizade’ e segundo relações de justiça” (WOLFF, 2001, p. 40).

p.85). Nesse sentido, é o regime político que condiciona o exercício dos direitos, e não o oposto; não há liberdade e igualdade nem antes e nem fora da comunidade.

Isso porque, a *Politéia*¹⁹ designa tanto o caráter inicial do que é político, ou seja, “o momento fundador”, quanto “a épura formal dos órgãos institucionais fundamentais da Cidade-Estado”, que garantiriam aos cidadãos a aprendizagem e o desenvolvimento da virtude. É, portanto, por expressar os valores da “ordem concreta da comunidade” que a participação nos negócios públicos emerge como elemento constitutivo do imaginário político grego. Assim, a Constituição é percebida não como elemento estritamente formal, mas como plataforma de princípios que, embora não escrita, serve de base para a edificação da política da Cidade-Estado (GOYARD-FABRE, 2003).

Na expressiva conclusão de Goyard-Frabe (2003, p. 42),

a Cidade-Estado não tem uma Constituição ‘em virtude da qual’ se formaria e se exprimiria sua vontade política; ela é uma Constituição que, tal como a ‘alma da Cidade-Estado’ de que falava Isócrates, implica a organização da vida dessa comunidade natural e indica a finalidade para a qual, em seu próprio ser, tende sua estrutura política concreta. A Constituição significa, por conseguinte, a ordem e a unidade da Cidade-Estado.

Nesse sentido, o exercício dos direitos políticos, na arena pública, define-se a partir da substancialidade própria da unidade da ordem social, expressando um conjunto de aspirações em tensão constante com as formas institucionais e as divisões hierárquicas estabelecidas como resultado dos antagonismos inerente à pluralidade da ordem coletiva e das ameaçadoras vertigens do poder.

O visível primado da comunidade sobre o indivíduo aparece, pois, como decorrência lógica da visão de que o bem é o interesse geral ou a boa ordem. Assim é que, ao optar pela “Constituição mista”, justamente por sintetizar a rejeição tanto da oligarquia quanto da tirania da massa, Aristóteles percebe claramente que o regime político, para assentar-se no critério essencial da justa medida, não pode ceder jamais aos interesses e às paixões de indivíduos ou grupos específicos.

Em vista disso, na antiguidade, a Constituição da comunidade política, por expressar a natureza de uma ordem social concreta, funda-se na supremacia do todo sobre a parte, isto é, da totalidade do corpo social sobre os indivíduos singulares que o integram. O holismo e o coletivismo da proposta aristotélica consistem precisamente em situar a comunidade

¹⁹ Palavra que pode ser traduzida por ‘Constituição’.

prioritariamente antes dos indivíduos singulares e a prevalência dos valores coletivos sobre os interesses individuais.

À medida que a comunidade é antes de tudo uma manifestação da natureza e de sua harmonia, o homem realizaria apenas sua natureza de homem na e pela Cidade. Por possuir uma finalidade altamente moral, a Cidade, com suas leis, cumpriria a tarefa de realizar as potencialidades humanas. Conforme Wolff (2001, p. 20), “a conduta individual somente poderia ser boa, em geral, com o auxílio das leis da cidade que mostram permanentemente qual é a regra e dispõem de um poder coercitivo quando falta virtude”.

Se, de um lado, o homem só pode realizar a sua natureza de homem no interior da comunidade; de outro, a ordem política aparecerá como a naturalização de relações ético-sociais pelas quais os indivíduos encontram a plena realização. O holismo da posição aristotélica representa justamente essa dimensão totalizadora da ordem social, vista, acima de tudo, como decorrência natural de relações concretas e consuetudinárias. O coletivismo, por seu turno, deriva da consequência natural de que, se a comunidade traduz-se num corpo orgânico de relações sociais eticamente estruturadas, os valores coletivos estão indiscutivelmente num plano superior em relação aos interesses individuais; isso porque a esfera privada diz respeito apenas e tão-somente àquelas atividades concernentes à manutenção da vida.

A justificação da postura de Aristóteles é compreensível pelo fato de que a definição da *polis* se dá contrariamente às ordens primitivas ou à ordem familiar, como o local em que ninguém possui *a priori* o poder. Todos os cidadãos, livres e iguais, lutam pelo reconhecimento público e devem se pronunciar a respeito de todos os assuntos de interesse geral. Por isso mesmo, sujeitar a comunidade aos caprichos de interesses privados seria como renunciar à própria condição humana.

Entretanto, uma visão aristotélica acerca da vida social tende a fragilizar o indivíduo frente ao Estado, posto que não vislumbra o potencial opressivo de uma concepção comunitária de bem que, sendo compulsória, restringe e mesmo priva os indivíduos de desenvolverem e exercerem concepções pessoais alternativas da vida digna. Nesse sentido, a ortodoxia comunitária não atenta devidamente para os riscos que a compulsoriedade da uma concepção prévia da vida boa traria como componente de um exercício arbitrário do poder.²⁰

A totalização da comunidade política pode levar à dissolução completa da auto-proclamada virtude da vida prática, da possibilidade efetiva do exercício delibertivo, tão

²⁰ Essa visão comunitarista radicalizada é desenvolvida e defendida, com profundidade e vigor teórico, por MACINTYRE (2002).

indispensáveis à realização do bem comum. Vista de forma naturalizada, a concepção comunitária da vida boa poderia, *a priori*, impor-se de forma definitiva sobre concepções distintas da dignidade humana. Além disso, poderia eliminar precisamente aquilo que a comunidade teria por função precípua preservar: a reunião plural e igualitária; a possibilidade de expressar-se livremente e sem entraves pré-concebidos sobre o sentido e o destino da vida em comum, sobre as visões singulares acerca da vida digna, sobre valores, formas e estilos de vida que a comunidade jamais poderia proclamar de maneira compulsória.

1.3 A Constituição (*instituição imaginária*) da comunidade política no cenário do individualismo (possessivo) moderno: a tradição *atomista*

O imaginário político moderno assume, nitidamente, contornos bastante distintos dos oferecidos pelo pensamento clássico. Embora seja perceptível a inexistência de uma dualidade conflitiva irreduzível entre as diversas perspectivas da comunidade democrática, posto que os autores modernos incessantemente debruçaram-se sob seus antecessores antigos e medievais, pode-se vislumbrar, especialmente a partir da obra de Maquiavel, uma tentativa de buscar respostas novas para a questão da Constituição da comunidade política; isso em virtude das vicissitudes apresentadas por um contexto histórico, econômico, político e social essencialmente diferente.

De uma sociedade hierárquica e verticalizada, ancorada em rígidos padrões morais e religiosos, assiste-se à passagem para um mundo assentado em valores relativos. De uma economia estável e estagnada, emergem as relações de intercâmbio mercantil e a produção para o mercado. E, no plano individual de uma sociedade definida por rígidas distinções estatutárias, segundo posições de classe ou estamento, surge uma individualidade abstrata, forjada segundo princípios egoístas de perseguir o próprio prazer e evitar a dor (CAPELLA, 1997).

Nesse terreno, a decomposição gradativa da ordem feudal, marcada pela descentralização do poder político e pela fragmentação e pluralismo de sua estrutura jurídica, cede espaço para a consolidação de uma nova forma de organização e dominação políticas. O Estado centralizado e burocrático, na sua versão absolutista, ergue-se, pois, gradativamente a partir do século XIV como o arcabouço institucional necessário ao mundo plural, individualista e competitivo da nascente sociedade liberal-burguesa.

As lutas anti-absolutistas e a necessidade de romper com um tipo de racionalidade, fortemente ligado à fé religiosa, aparecem como as marcas constitutivas dessa nova ordem social. Se, de um lado, a ciência moderna expressará a tentativa de produzir uma nova interpretação do mundo sem recorrência aos dogmas da fé cristã, de outro, o liberalismo aparecerá como a expressão política desse mundo erguido a partir da pluralidade e relatividade das concepções do bem e da vida digna.

Assim é que a obra de Maquiavel (1469-1527) funda o imaginário político moderno. Embora ainda distante dos princípios liberais, o autor abre caminho a uma nova forma de interpretação do mundo político-social, agitando o pensamento filosófico, ao talhar uma radical fissura no tecido do paradigma clássico. Segundo o filósofo, longe de expressar uma tendência humana natural, a comunidade é composta por lutas internas incessantes que a obrigam *instituir* um poder capaz de assegurar-lhe unidade e identidade. Nesse contexto, o autor florentino recusa a noção dos clássicos sobre a “boa comunidade”, constituída para o bem comum e percebe-a como visceralmente dividida, fragmentada e cingida apenas pelo eterno desejo dos grandes de oprimir e pela resistência dos fracos em opor-lhes obstáculos. Para Maquiavel (1994, p. 49),

[...] em todas as cidades se encontram estas duas tendências diversas e isto nasce do fato de que o povo não deseja ser governado nem oprimido pelos grandes, e estes desejam governar e oprimir o povo. Destes dois apetites diferentes nasce nas cidades um destes efeitos: principado, liberdade, desordem.

No interior das contradições e lutas daí advindas, a comunidade política (Estado) emerge de necessidades meramente pragmáticas de manutenção da ordem, da unidade e da estabilidade da dominação. Assim, para Maquiavel (1994, p.50)

o principado é estabelecido pelo povo ou pelos grandes, segundo a oportunidade que tiver uma destas partes; percebendo os grandes que não podem resistir ao povo, começam a dar reputação a um dos seus elementos e o fazem príncipe, para poder, sob sua sombra, satisfazer seus apetites. O povo também, vendo que não pode resistir aos grandes, dá reputação a um cidadão e o elege príncipe para estar defendido com a sua autoridade.

Com isso, o relato político moderno vai gradativamente esfumando a imagem da comunidade transcendente, capaz de assegurar o bem comum e a vida digna, e edifica o indivíduo como o ponto de referência a partir do qual emergiriam a sociedade e o Estado. Maquiavel enxerga nos homens suficiente maldade para que recorram aos estratagemas, aos ardis e às mentiras e sobre essa base antropológica, na qual o perfil do homem comum, sempre medíocre, não é muito elogioso, pode exaltar a tendência manifesta, possuída por

aqueles que governam a se fazerem antes temer do que amar pelo povo dentro do Estado. De fato, num mundo sem ideais e sem valores, semelhante a uma selva, apenas por meio da astúcia (*virtú*), força viva e agressiva que não se prende de modo algum à ética religiosa, pode o príncipe firmar cada vez mais a sua potência, erguendo-se, num gesto tão belo quanto dramático, contra a *Fortuna*, isto é, as condições sociais e econômicas reais, reveladora do destino (GOYARD-FABRE, 2002).

O Estado, palavra com a qual Maquiavel inaugura e consolida a nova forma de organização do poder político na modernidade, passando a designar “uma configuração política que implica a organização da relação de forças entre o comando e a obediência”, encontra sua razão de ser e seu ponto de sustentação na capacidade que tem de editar regras organizacionais e máximas de comando, de força coercitiva. Na expressão de Maquiavel (1994, p.61), “é necessário a um príncipe estabelecer sólidos fundamentos; sem isso, é certa a sua ruína. E as principais bases que os Estados têm, sejam novos, velhos ou mistos, são boas leis e boas armas”.

A Constituição da comunidade política aparece, portanto, como obra essencialmente humana, descolada de qualquer fundamento transcendente. Por obra do racionalismo e do humanismo, a nova teoria política afirma a supremacia do indivíduo sobre a totalidade do corpo social. O Estado moderno, visto como o conjunto de elementos institucionais que regulam a força por meio de um direito político, consiste num poder de mando incontestável engendrado a partir da reunião das vontades individuais. Por essa razão, assinala Dworkin (1985), a marca decisiva da teoria política moderna consiste na renúncia por uma determinada visão do bem e da vida boa (*good life*). A função da vida política versaria em “promover o poder dos cidadãos, um por um, de levar a vida da maneira que achassem melhor para si” (DWORKIN, 1985, p. 11).

Nessa esteira, o pensamento de Thomas Hobbes (1588-1679) determina, em termos mais precisos, os traços conceituais do pensamento político da modernidade. A regulação e o comando da vida pública, embalados pelos braços do mecanicismo racionalista, são articulados sobre uma visão estritamente individualista do mundo social. Para Hobbes, advoga Goyard-Fabre (2002, p.30-31)

o indivíduo é, acima de tudo, potencia (*potentia*), no que é declarado igual a qualquer outro em seus fins, bem como nos meios de que dispõe para atingi-los. Por conseguinte, a coexistência natural dos indivíduos é comparável à dos lobos: *homo homini lupus*; não pode ser mais do que uma relação de forças. Sua concorrência universal é a ‘guerra de todos contra todos’.

Hobbes inaugura, indiscutivelmente, ‘a era do indivíduo’, uma vez que a natureza humana, segundo o filósofo inglês, não reside em sua globalidade, nem tampouco na maneira pela qual se insere no Todo do mundo. Conhecer o homem significaria, então, percebê-lo como portador das forças com as quais comporá, por meio de um pacto de submissão, a onipotência da autoridade pública instituída. O indivíduo, cerrado em si mesmo, o seu amor-próprio e a sua glória, aprisionado no seu egoísmo irrefreável, só vê diante de si alguém capaz de defraudar-lhe os bens ou a vida.

É do medo da morte violenta que o homem decide renunciar aos instintos e deposita suas esperanças de paz e segurança nos braços robustos do Estado-Leviatã. Vê-se, assim, que o individualismo é a condição básica da constituição da comunidade, pois, como portadores de uma igualdade natural, os homens voluntariamente aspiram ao pacto político. Na época da modernidade jurídica, sobretudo com o pensamento de Hobbes, o Estado aparece como o produto da vontade racional²¹ de indivíduos antes destituídos de qualquer vínculo associativo. Em outros termos, a instituição da comunidade política (sociedade civil), que funda a autoridade pública soberana (Estado), resulta de um pacto racional (contrato social) entre indivíduos considerados iguais tanto em aptidões quanto em necessidades, e por isso mesmo capazes de matarem uns aos outros.

Hobbes refuta radicalmente a visão aristotélica do homem como *zoon politikon*, animal político, ou seja, o mito de que o homem é sociável por natureza e apenas exerceria as suas potencialidades no interior da comunidade política instituída. Ao contrário, o filósofo inglês vislumbra a natureza humana como essencialmente individualista, competitiva, conflituosa. Afirma ele que “os homens não tiram prazer algum da companhia dos outros (e sim, pelo contrário, um enorme desprazer), quando não existe um poder capaz de manter a todos em respeito”. Diante da sua propensão à discórdia, decorrentes dos anseios de competição, do sentimento de desconfiança e do desejo de glória, o homem é o lobo do próprio homem. Desse modo, Hobbes (2000, p. 101-102) afirma

[...] se torna manifesto que, durante o tempo e que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens.

²¹ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 38.

O Estado nasce como exigência necessária do constante “temor e perigo de morte violenta”, vez que no estado de natureza “a vida do homem é solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta”.

“Na realidade, afirma Bobbio (1991), o que impulsiona o homem contra o homem é o desejo inesgotável de poder”. Somente com a instauração do pacto (contrato) social de união é que os homens lograriam a convivência pacífica. Esse pacto caracterizar-se-ia por três atributos fundamentais: a irrevogabilidade, o caráter absoluto e a indivisibilidade. O pacto de união é um pacto de submissão estipulado entre os indivíduos e não entre o povo e o soberano (decorrendo daí a irrevogabilidade); consistia em atribuir a um terceiro, situado acima das partes, o poder que cada um detém no estado de natureza (caráter absoluto); esse terceiro é uma pessoa única (indivisibilidade).

Portanto, o soberano é livre para estabelecer as leis civis e possui limites apenas no direito que os súditos têm à vida. Tudo aquilo que o soberano ordena é considerado justo. Nesse sentido, Hobbes termina por reconduzir, por caminhos opostos, a uma totalização do Estado, a uma dissolução completa dos indivíduos aos propósitos do poder instituído. Não há lugar na comunidade política para o exercício pleno do discurso e da ação, da luta por reconhecimento, posto que seus limites são sempre dados *a priori* pelos desígnios do soberano. O Estado suprime a liberdade e a autonomia individuais em nome da segurança e da ordem hegemônicas.

Se Hobbes define com mais exatidão os traços do pensamento político individualista, é, sem dúvida alguma, Locke (1632-1704) quem, mais tarde, estabelecerá definitivamente as proposições da filosofia política liberal ao fundar a legitimação do contrato político nas aspirações do indivíduo proprietário. Em consonância com Locke, que parte do pressuposto de o poder político legítimo reside no consentimento expresso dos governantes, o individualismo possessivo assume o seu ponto culminante. Na linha da tradição contratualista, esse autor também parte do estado de natureza como hipótese metodológica para o estabelecimento da sociedade civil, por meio da mediação do pacto originário (contrato social). E, ao situar a existência individual e o direito de propriedade como realidades anteriores ao surgimento do Estado e da Sociedade, o autor inaugura, de forma definitiva, as linhas mestras do Estado Liberal.

O estado de natureza lockeano difere do hobbesiano, pois é concebido como um estado de paz relativa, concórdia e harmonia. Nesse estado, os homens já desfrutam de alguns direitos naturais como a vida e a propriedade, que, para Locke, já existe no estado de natureza como um direito natural do indivíduo que não pode ser violado pelo Estado. O estado de

natureza, relativamente pacífico, não está isento de diversos inconvenientes, decorrentes da violação da propriedade (vida, liberdade, bens). Esse estado, na ausência de normas gerais estabelecidas, de juiz imparcial e de coerção para impor a execução das decisões, coloca os homens em estado de guerra. Surge daí a necessidade do contrato social, que realiza a passagem do estado de natureza para a sociedade política ou civil. Para fugir desse estado de incerteza, os homens reúnem-se, livremente, para o estabelecimento do pacto social (MELLO, 1999).

Ao contrário de Hobbes, em que o pacto social consiste num pacto de submissão, por meio do qual os homens, ao visarem a preservação de suas vidas, delegam a um terceiro a força coercitiva da comunidade, trocando a sua liberdade pela segurança do Estado-Leviatã, Locke vislumbra o pacto social como um pacto de consentimento. Segundo essa teoria, os homens reúnem-se livremente para o estabelecimento da sociedade, a fim de preservar e consolidar ainda mais os direitos que possuem no estado de natureza.

Na concepção lockeana, todo o governo, fundado sempre no princípio da maioria, não possui outra finalidade que não seja a preservação da propriedade (vida, liberdade e bens). Quando o Estado ultrapassa essa tarefa de proteção da propriedade violando a lei, passa a exercer, para Locke, a tirania. O que define essa categoria é o exercício do poder além do direito, o qual atenta contra o bem comum. A tirania consiste, assim, no retorno ao estado de natureza por absoluto rompimento do pacto social, o que acarreta a dissolução da sociedade civil e confere ao povo o legítimo direito de resistência à opressão e à tirania (BOBBIO, 1997).

Evidencia-se, pois, que a teoria política do individualismo possessivo aceita passivamente a noção de que a sociabilidade seria uma função acidental da individualidade e não um conceito fundamental ou primário, o que faz do homem um ser racional abstrato e alheio às formas concretas de produção da sua existência. A razão empírica dessa aceitação reside no fato de que os seres humanos funcionais ao capitalismo, em via de impor-se, eram efetivamente egoístas, perseguiram seus próprios benefícios para evitar as perdas e eram crescentemente alheios aos valores da solidariedade social.

Para Macpherson (1979), o individualismo, presente no pensamento liberal do século XVII, continha uma dificuldade central, consubstanciada na sua qualidade de possessivo. Tal qualidade reside na compreensão do indivíduo como essencialmente o proprietário de sua própria pessoa e de suas próprias capacidades e posses, nada devendo à sociedade por elas.

No plano filosófico, o Estado Liberal retrata essa visão individualista do mundo, ao apresentar como pressuposto a doutrina dos direitos do homem, tal como elaborada pela

escola do direito natural (ou jusnaturalismo). Essa doutrina expressa que os homens possuem, indiscriminadamente, direitos que o Estado, ou mais concretamente aqueles que num determinado momento histórico detêm o poder legítimo de exercer a força para obter a obediência a seus comandos, devem respeitar, e, portanto, não invadir; antes, devem proteger contra toda possível invasão por parte dos outros. Segundo Bobbio (1990, p. 11),

pode-se definir o jusnaturalismo como a doutrina segundo a qual existem leis não postas pela vontade humana – que por isso mesmo precedem à formação de todo o grupo social e são reconhecíveis através da pesquisa racional – das quais derivam, como em toda e qualquer lei moral ou jurídica, direitos e deveres que são, pelo próprio fato de serem derivados de uma lei natural, direitos e deveres naturais .

No plano histórico, o Estado Liberal nasce de uma contínua e progressiva erosão do poder absoluto do rei e, no limite, de uma ruptura revolucionária (exemplares nos casos da Inglaterra no século XVII e da França no fim do século XVIII). Racionalmente, esse modelo estatal é justificado como resultado de um pacto firmado entre sujeitos livres e formalmente iguais, os quais convencionam estabelecer os vínculos estritamente necessários a uma convivência pacífica e duradoura. Assim, de acordo com Bobbio (1990, p.17-18), o liberalismo apresenta-se como

uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções. Nesse sentido, a noção corrente que serve para representar o primeiro é o Estado de Direito; a noção corrente para representar o segundo é o Estado Mínimo.

Bobbio (1990, p. 17-18) ressalta, ainda, que se entende por Estado de Direito

geralmente um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais e constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que o regulam, salvo o direito do cidadão de recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso ou excesso de poder.

Esse modelo introduz a positivação dos direitos naturais e os constitucionaliza. No terreno político, o Estado moderno representa a emergência e a consolidação de um poder de mando incontestável, unitário e centralizado que pretende forjar a unidade de uma sociedade cujo relativismo valorativo poderia levar à dissolução. Além disso, apenas uma “ordenação jurídica racional e planificada” poderia garantir, de forma efetiva, os ideais de segurança, certeza e previsibilidade, indispensáveis aos anseios do capitalismo nascente.

Mas é, sem dúvida, com Emmanuel Kant (1724-1804) que o edifício jurídico-político da modernidade apresenta a arquitetura mais sofisticada. No mesmo espectro contratualista,

Kant afirma a importância das leis e da constituição como forma de instituição do social. Na *Doutrina do Direito*, afirma que “o conjunto das leis, as quais exigem uma promulgação geral para produzir um estado jurídico, constitui o direito público”. Esse, por sua vez, representa um sistema de leis para um povo, para uma multidão de homens que, constituídos de maneira tal a exercerem uns sobre os outros uma mútua influência, têm necessidade de um estado jurídico que os reúna sob influência única; isto é, de uma constituição, a fim de serem partícipes no direito (KANT, 1993).

A formação desse direito implica, necessariamente, a exigência de abandono do estado de natureza, segundo o qual cada um age em função dos seus próprios caprichos e da convenção em submeter-se a uma limitação exterior, publicamente acordada, e, por conseguinte, da entrada num estado em que tudo o que deve ser reconhecido como seu é determinado pela lei e atribuído a cada um por um poder suficiente; tal poder, no entanto, não é o do indivíduo, mas exterior a ele. Trata-se, pois, da entrada no estado civil.

No imaginário político moderno, a Constituição da comunidade política assume, pois, contornos nitidamente individualistas. As vigas que sustentam a instituição da vida social, assentadas no humanismo, no racionalismo e na centralidade do ser humano e vistas sob a ótica da igualdade abstrata, consolidam, destarte, a prevalência do indivíduo sobre a comunidade (individualismo) e a supremacia dos direitos e interesses individuais (atomismo) sobre os valores coletivos; essa é a ordem concreta da comunidade.

No momento em que a propriedade aparece como marca constitutiva da sociabilidade, antes regida por rígidas distinções estatutárias e por fortes padrões hierárquicos, a apropriação privada dos bens assume a condição de mola propulsora do próprio regime de direitos, colocando-se no centro do arcabouço da ideologia individualista. Lembra Dumont (2000) que é sob o aspecto da posse ou da propriedade que o individualismo levanta-se e destrói tudo o que restava de submissão de fato e de hierarquia ideal na sociedade e se instala sobre o trono assim esvaziado.

Isso evidencia o atomismo típico da era moderna, a individualização e a fragmentação das relações sociais, a afirmação das mediações jurídicas abstratas que, sob capa do sujeito de direito universal, assegurava as formas básicas e os mecanismos institucionais da exploração capitalista. Individualismo e atomismo orientam, assim, as instituições e práticas jurídicas modernas, subjugadas e agrilhoadas às imagens de um sujeito de direito abstrato e de um Estado neutro e imparcial, diante das contradições materiais e incapazes de formular qualquer pretensão jurídica senão pela figura do “direito subjetivo”, sempre de caráter inter-individual, esvaziada de sua contextura substantiva.

1.4 A superação da *tensão essencial*: bases de uma perspectiva *pós-positivista* da comunidade política

Na dinâmica das perspectivas clássica e moderna analisadas, entre continuidades e rupturas, cortes e retomadas de posições, pode-se perceber uma linha bastante nítida que demarca as fronteiras de suas concepções sobre a instituição do mundo político-social. Mesmo diante da valiosa lição dos clássicos que, desde Aristóteles, pretendem estabelecer o valor e o sentido da vida em comum, parece nítida a existência do que se chamará de *tensão essencial* entre as premissas que fundamentam a Constituição da comunidade política para as tradições descritas.

Muito embora, como já ressaltado, deva-se reter aspectos positivos e incontestáveis de ambas as tradições, faz-se necessário propor uma visão da comunidade política capaz de engendrar, no contexto das sociedades pluralistas contemporâneas, a durabilidade e estabilidade da vida social. E, além disso, uma política que impeça, ao mesmo tempo, o congelamento de instituições e práticas que a fragmentação e a dinâmica de contextos multiculturais facilmente derretem.

Isto porque a tensão essencial aludida consiste justamente na divergência acerca dos valores que sedimentam a instituição do mundo social para as posições referidas. Se, de um lado, a tradição aristotélica assume, como condição irrenunciável, a prevalência da comunidade sobre o indivíduo, dada a própria natureza e compreensão da condição humana presente no imaginário grego clássico; de outro, o cenário moderno percebe a comunidade política como a simples reunião das vontades individuais, consolidando a radical prevalência do indivíduo sobre a totalidade do corpo social.

Assim, é evidente que o conflito repousa tanto sobre a visão acerca da condição humana, quanto da própria natureza e finalidade de toda e qualquer forma de associação política. Se, no pensamento clássico, define-se o homem em razão de sua intrínseca relação com a *Polis*, e essa como o *locus* apropriado para assegurar a cada membro a sua plena realização, ou seja, como um conjunto de regras e instituições dirigidas a uma finalidade ética; o cenário moderno, ao contrário, definirá o homem como um ser alheio a qualquer forma de sociabilidade prévia e a comunidade política (o Estado e a sociedade civil) como o resultado do indisfarçável propósito de garantia de sua ilimitada autonomia individual e de seus interesses egoísticos.

Tal impasse conduziu, a partir da segunda metade do século XX, a uma recuperação da questão ética na filosofia jurídica e política. O retorno da ética ao palco da reflexão filosófica e jurídica deriva de diversas causas que se entrecruzam, estabelecendo um ambiente propício em torno da discussão dos valores que instituem a vida em sociedade. Com efeito, Bonilla e Jaramillo (1996, p.17) argumentam que

un mundo que se ha quedado sin referentes absolutos, sin verdades ultimas (racionales o teológicas) que le permitan fundamentar sus acciones; un mundo que presencia desconcertado los más vertiginosos cambios en materia tecnológica y científica; un mundo que se enfrenta atónito a la barbarie de las dos guerras mundiales y a las complejas contradicciones del sistema económico imperante, pide a gritos una discusión valorativa que le permita comprender e evaluar los nuevos fenómenos a los que se enfrenta y a su vez encontrar alternativas para la convivencia pacífica y justa entre hombres que no comparten ya un único horizonte de perspectivas morales.

As transformações intensas e radicais assistidas na contemporaneidade atingem plenamente as linhas essenciais do universo simbólico que guiou a trajetória da modernidade. Em seu estágio inicial, a sociedade moderna pretendeu estabelecer novos padrões de racionalidade e de relações sociais a partir dos escombros da ordem feudal, de modo a engendrar uma nova rede simbólica apta a reproduzir os valores de uma classe em ascensão e sua respectiva visão de mundo. A ordem e o progresso, a crença inabalável na verdade científica e num mundo totalmente controlado pelo cálculo prospectivo, como valores essenciais, fariam do ser humano, tal como proclamado por Francis Bacon, ‘o senhor e o possuidor da natureza’.

A ordem que se buscava era, desde o início e simultaneamente, a da natureza e a da sociedade, a ordem exigida pelo capitalismo; uma ordem pautada pelos valores da troca no mercado do individualismo e da opressão, essa tanto quanto necessária à realização daqueles. Assim, a racionalidade técnica, a dominação burocrática, a fábrica fordista e a disciplina panóptica aparecem como os arquétipos da modernidade ocidental.

No entanto, Bauman (2001) sugere que, na atualidade, está se assistindo a uma completa e radical obsolescência dos paradigmas erigidos pela modernidade, que, em sua fase inicial, fundavam-se na necessidade de segurança, certeza e previsibilidade indispensáveis à reprodução das relações sociais e econômicas do empreendimento capitalista. Por essa razão, as categorias e os conceitos que estariam alheios a alterações substanciais vêm-se hoje radicalmente afetados por um mundo em rápida transição.

Ingressa-se, pois, na era da “modernidade líquida”, caracterizada pela fragmentação, pela desregulação, pela volatilidade dos movimentos das redes financeiras globais, pela

destruição da concepção clássica de soberania do Estado-nação e pela imprevisibilidade e insegurança projetadas por riscos (ecológicos, bélicos, sanitários, etc.) de escala planetária, e que apontam para o surgimento de um mundo fluido, liquefeito, sem as referências seguras e precisas da modernidade em seu estágio sólido (BAUMAN, 2001).

Nesse cenário, os horizontes políticos democráticos parecem viver um momento de mais profundo regresso, de “desinstituição”, nos termos de Ost, de refreamento dos horizontes emancipatórios e de descrença na força ética e normativa da mediação jurídico-política. Tanto as faces cruéis do horror econômico, quanto os semblantes aterradores do horror político parecem conduzir a sociedade a uma passividade estéril e paralisante, que esvazia a própria noção de liberdade individual, reduzida ao âmbito do individualismo e do consumismo sem limites.

A política, nesse quadro, aparece apenas como mecanismo pouco atraente de encenação de dramas privados, virtualmente convertidos e trazidos para o espaço público, de modo que a vida política contemporânea, completamente esvaziada de conteúdo e significado, traduz simplesmente a evolução de uma sociedade em que a sucessão efêmera das percepções, como representadas pela mídia, vem substituindo a consciência de um destino comum vivido através do tempo.

Diante da decomposição do espaço público e das amplas estratégias para desregular, deslegalizar, desconstitucionalizar e afirmar um direito marcado pela exceção, as respostas jurídico-políticas, longe de resultarem de expressões de uma comunidade política inclusiva e erigida em torno de princípios eticamente compartilhados, tendem a ser primordialmente privatizadas e aleatórias. Além disso, parecem concentrar-se e resumirem-se em duas exigências específicas, ensejadoras de uma nova espécie de mal-estar, “o mal-estar pós-moderno”. De um lado, a exigência de flexibilização e do aumento de liberdade para o exercício da competição no mercado impõe a redução da intervenção coletiva nos negócios privados e na promoção do bem-estar dos cidadãos. De outro, há a necessidade de gerir mais energicamente as consequências da primeira exigência. Trata-se da imposição do discurso da “lei e ordem”, destinada a manter sob controle os supérfluos, os contingentes de excluídos. Tais atores, despojados da capacidade de participar do jogo competitivo, precisam ser detidos e mantidos em xeque. Na descrição de Bauman (1998, p. 25), “a preocupação dos nossos dias com a pureza do deleite pós-moderno expressa-se na tendência cada vez mais acentuada a incriminar seus problemas socialmente produzidos”. Assim, todas as disfunções decorrentes dos próprios princípios constitutivos da nova (des)ordem global pós-moderna passam a ser tratados como problemas penais.

Com efeito, o próprio sentido da noção de *comunidade* parece não repousar mais nos horizontes simbólicos das grandes narrativas políticas. Tanto a comunidade naturalizada do *zoon politikon* de Aristóteles, quanto o contrato social, pactuado entre indivíduos livres e iguais descritos por Hobbes, Locke, Rousseau ou Kant, parecem longínquas miragens. A idéia de comunidade política parece ter sido desmoronada pelas forças centrífugas e centrípetas da modernidade em seu estágio líquido e, em vista disso, não consegue mais garantir uma teia segura de relações sociais duradouras e não apresenta a força suficiente para ostentar a sua irrenunciável dimensão instituinte.

Essa evidência deriva da percepção de que os Estados nacionais trabalham dia e noite, insistentemente, visando quase exclusivamente consolidar um terreno propício à ação dos investimentos financeiros globais. Para tanto, apregoam e praticam normas rígidas de controle fiscal; enxugam ao máximo os gastos públicos; e promovem a flexibilização definitiva da rigidez da legislação laboral. Ademais, a segurança dos investimentos exige a ampliação cada vez mais visível de uma série de restrições a toda sorte de condutas que possa colocá-los em risco. Os elementos indesejáveis, inadaptados, devem ser conservados à distância.

De acordo com Bauman (2003), não há dúvidas de que as comunidades de hoje são comunidades só no nome, pela simples razão de que, cada vez mais, o que as pessoas procuram é o equivalente do abrigo nuclear. A ‘comunidade’ que procuram, afirma o autor, é um ‘ambiente seguro’, sem ladrões e à prova de intrusos e configura-se como sinônimo de isolamento, separação, muros protetores e portões vigiados. As elites, na atualidade, pretendem viver sob o regime da secessão. No dizer de Bauman (2003, p.103), “o que os seus moradores estão dispostos a comprar ao preço de um braço ou de uma perna é o direito de manter-se à distância e viver livre de intrusos”. A segurança passa a representar a mola propulsora das novas comunidades de ocasião, das ‘comunidades cercadas’.

Toda a reflexão sobre o sentido da Constituição da comunidade política não pode deixar de estar situada no contexto do esgotamento das categorias conceituais que permearam o imaginário social e jurídico-político modernos. Não se trata de abandoná-las completamente, mas de atribuir-lhes novos conteúdos e significados a partir das exigências impostas pela complexidade das relações sociais contemporâneas. A tarefa nada fácil da instituição do mundo social consiste justamente na construção de um discurso público democrático que logre equilibrar as exigências do universal e do particular na tessitura de um mundo plural. Em outras palavras, num mundo trespassado por diversas concepções morais e distintos projetos de bem viver, impõe-se a necessidade de se encontrar um caminho que

assegure, a cada um desses projetos, a possibilidade de desenvolver-se adequadamente e de convivendo de maneira mais ou menos harmônica com outras opções existentes.

Esse amplo debate em torno de recuperar a noção de comunidade, sobretudo a partir de uma dimensão ética, iniciado no mundo anglo-saxônico, tem gravitado em torno de duas posições amplas que englobam matizes específicos: os liberais e os comunitários. O “debate liberal-comunitário” parece condensar, hodiernamente, as propostas mais representativas da filosofia política e constitucional. Por um lado, a postura liberal, que possui John Rawls como o seu principal expoente, pretende responder aos dilemas do mundo atual por meio de um retorno crítico a Kant, na tentativa de ofertar as bases de uma sociedade bem ordenada. Por outro, a posição comunitarista, expressa por autores como MacIntyre, Taylor, Walzer e Sandel, busca evidenciar os limites do projeto racionalista através da reivindicação de uma moral substantiva e contextual, na esteira de Hegel e Aristóteles.

Não cabe aqui, proceder a uma exposição minuciosa de cada uma das posições defendidas pelos autores assinalados, o que, sem dúvida, transbordaria sobremaneira o objeto central do presente estudo, mas apenas de delinear os contornos centrais do referido debate, a fim de contextualizar a posição aqui assumida.

Em linhas gerais, a discussão liberal-comunitária desenvolve-se em dois planos: o *ontológico* e o *da promoção*. O primeiro refere-se àquilo que é aceito como última instância na ordem da explicação, isto é, os fatores de justificação da vida social. Nesse ponto, o embate entre liberais e comunitários reflete a própria trajetória do pensamento político, anteriormente abordada, consolidando-se em torno do *atomismo* e do *olismo*. O primeiro defende a prioridade do indivíduo frente à comunidade, a explicação das estruturas sociais com base nos elementos que configuram os indivíduos e a existência de bens sociais a partir da concatenação de bens individuais; o segundo, o *holismo*, esgrime argumentos a favor da prioridade da sociedade frente ao indivíduo, do todo frente às partes. No plano da promoção, tem-se a contraposição das posições morais e políticas defendidas por cada uma das correntes. Nesse âmbito, o contraste é estabelecido entre o *individualismo*, que advoga pelos direitos e liberdades dos sujeitos, e o *coletivismo*, que defende a prevalência dos direitos e bens da comunidade sobre os interesses individuais (TAYLOR, 2000).

Para a corrente liberal, que de modo algum se apresenta como monolítica, os indivíduos têm autonomia para escolher os seus projetos de bem viver para optar sobre aquilo que consideram o bem ou a vida digna (bem comum). Assim, com evidentes nuances, os liberais, de um modo geral, argumentam, no plano ontológico, a favor de posições atomistas; a favor da construção das estruturas sociais a partir das características constitutivas dos seres

humanos. É, pois, a partir da imagem de um homem livre, igual e racional que se produz a ordem social, capaz de assegurar a convivência de concepções morais distintas. No plano da promoção, por seu turno, o liberalismo pugna por uma sociedade que promove a separação entre os domínios público e privado, que, ao permitir a escolha moral autônoma, erga instituições e práticas que não imponham a opção por um projeto único e específico de vida digna (CITTADINO, 2004).

Para os comunitários, a tese da separação radical entre o político e o moral constitui uma proposição falaciosa do liberalismo, ante a impossibilidade de se estabelecer a neutralidade dos princípios de justiça frente às distintas concepções morais. Diante do seu ponto de vista, é impossível fundamentar uma concepção daquilo que seja correto sem ter em conta uma determinada concepção do bem e da vida digna, posto que o justo esteja determinado pelo bem. Assim, no plano ontológico, se estabelece a prioridade da sociedade frente ao indivíduo à medida que esse não existe antes ou para além daquela, uma vez que a comunidade constitui o marco que determina sua identidade. Por outro lado, no plano da promoção, sustentam que a moralidade constrói-se a partir das condições materiais concretas de uma dada sociedade, o que determina uma concepção coletivista da ordem social, isto é, a prevalência dos bens e direitos da comunidade sobre os dos indivíduos (TAYLOR, 2004; CITTADINO, 2004).

Na busca de superar da tensão entre as perspectivas comunitárias e tributárias de um retorno ao pensamento aristotélico e liberal, fíncada em moldes modernos, algumas posturas híbridas pretendem assumir as virtudes de cada uma das posições, buscando evitar os impasses gerados pela assunção de posições unitárias radicais. Busca-se, assim, tanto suplantar a totalização da comunidade, cuja tendência é eliminar as diferenças e favorecer a intolerância, como o ascetismo ético de uma ordem social erigida a partir de uma individualidade abstrata, que, ao fim e ao cabo, sonega as posições desiguais ocupadas pelos indivíduos no contexto das relações sociais concretas, forjando uma concepção de cidadania neutra e formalista.

A obra de Dworkin insere-se, pois, nessa perspectiva de construir-se uma noção de comunidade apta tanto para desmascarar a abstração da igualdade jurídica do liberalismo ascético quanto para a necessidade de reconhecimento da pluralidade das concepções morais e dos distintos projetos e estilos de vida nas sociedades contemporâneas, o que evitaria que a assunção prévia de uma única concepção da vida digna promova a intolerância e a afirmação de práticas totalitárias em nome desse projeto.

Para o autor, a Constituição da comunidade política consiste na criação de vínculos e obrigações associativas que não podem interferir em aspectos atinentes à órbita particular dos sujeitos. Assim, existem algumas facetas da vida dos indivíduos que escapam ao campo de ação e de regulação do Estado e que, portanto, não poderiam ser moldadas pelas referências da comunidade (sexualidade, drogas, etc.) de modo que a vida da comunidade não inclui, e nem poderia incluir, todos os aspectos da vida individual (BONILLA e JARAMILLO, 1996).

Dworkin almeja conciliar dois ideais que tradicionalmente haviam sido considerados essencialmente contraditórios: a tolerância e o desejo de reforçar os vínculos comunitários. Dessa forma, pretende romper com aquilo que considera uma “visão metafísica da comunidade”, optando por apreendê-la a partir daquilo que denomina de “ponto de vista da prática”, devendo-se excluir do âmbito de interferência da comunidade as práticas que se restringem à vida íntima das pessoas e suas particulares concepções morais, na medida em que não se realizam coletivamente. Do ponto de vista do liberalismo, a idéia de liberdade significa a possibilidade de cada cidadão possuir a sua concepção razoável acerca da vida digna e de realizar os objetivos por ela fixados sem interferências impeditivas externas (CITTADINO, 2004).

Na realidade, Dworkin (1996, p.139) não rechaça a idéia de que “cada comunidad tiene un entorno ético que influye sobre los tipos de vida que pueden llevar sus miembros”. No entanto, os diferentes atos e decisões individuais, que contribuem para a formação do ambiente ético, não podem ser atos de governo, mas produtos histórico-culturais concretos, aquilo que o autor denomina de *integridade*. Do ponto de vista da prática, a integridade depende de atitudes sociais concretas e não de uma imposição governamental. Ela deve ser vislumbrada, pois, não como dependente da primazia ontológica da comunidade, senão como resultante de fatos comuns e familiares relativos às práticas sociais que levam a cabo os indivíduos.

Dworkin (2003) nota que a Constituição da comunidade política, no âmbito da tradição filosófica, pretendeu sempre fundar-se no compartilhamento de certos ideais específicos, que traduzam a legitimidade das relações de poder. O autor propõe que a legitimidade da ordem social repousa na ‘virtude da integridade’. Essa, por sua vez, engloba um conjunto de aspectos primordiais, consubstanciados nas virtudes da equidade e da justiça e devido processo legal adjetivo ideais que, segundo ele, possibilitariam a instituição de uma estrutura política imparcial, com justa distribuição de recursos e oportunidades e, ademais, um processo racional e equilibrado de fazer vigorar as regras e as disposições por ele estabelecidas.

Em termos políticos, a *equidade* consiste em definir procedimentos políticos para a tomada de decisões coletivas que distribuam o poder da maneira adequada e assegurem “a todos os cidadãos mais ou menos a mesma influência sobre as decisões que os governam”. A *justiça*, por outro lado, preocupa-se com as decisões que as instituições políticas consagradas devam tomar, tenham ou não sido escolhidas com equidade. Isto quer dizer, pois, que legisladores e autoridades devem distribuir recursos naturais e proteger as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável. E, finalmente, “o *devido processo legal adjetivo* diz respeito aos procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos”, de modo que garantam aos tribunais o uso de procedimentos de prova, de descoberta da verdade e de revisão que proporcionem um justo grau de exatidão e que, por outro lado, tratem as pessoas acusadas de violação com dignidade e respeito (DWORKIN, 2003, p.200).

Na expressão de Dworkin (2003), a integridade representa uma exigência específica de moralidade política que proporciona um imaginário catalisador da comunidade. Então, a integridade torna-se um ideal político quando se exige que o Estado e a comunidade, como agentes morais, ajam de acordo com um conjunto único e coerente de princípios; dito de outro modo, quando Estado e comunidade expressem uma concepção de equidade, justiça e decência, ainda que os cidadãos estejam divididos quanto à natureza exata desses princípios. Para esse autor, “essa capacidade é uma parte importante de nossa capacidade mais geral de tratar os outros com respeito, sendo, portanto, um requisito prévio de civilização” (DWORKIN, 2003, p.202). A integridade, portanto, “é a própria vida do direito tal qual o conhecemos”²², a expressão inexorável de sua instituição imaginária social.

Como ressalta Cittadino (2004), o ideal político da integridade teria por função essencial assegurar o respeito e o cumprimento dos princípios morais no âmbito de uma comunidade política marcada pelo “desacordo razoável” acerca das concepções sobre o bem e a vida digna. Em consequência, argumenta Cittadino (2004, p.153)

[...] as decisões públicas tomadas pelo estado ou pela comunidade, enquanto agentes morais, sejam relativas à produção legislativa (*legislation*), sejam referentes às

²² Dworkin (2003, p.202) refere, pois, o conteúdo da integridade no que tange aos princípios fundamentais da comunidade política. Assim sendo, “a *integridade da concepção de equidade* de uma comunidade exige que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada”. De outro lado, “a *integridade da concepção de justiça* de uma comunidade exige que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões de seu legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito”. E, finalmente, a *integridade de sua concepção de devido processo legal adjetivo* estabelece que sejam obedecidos todos os procedimentos previstos nos julgamentos, visando alcançar o correto equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito.

decisões judiciais (*adjudication*), devem ser justificadas pelos princípios exigidos pela moralidade política.

Parece claro que Dworkin retém da concepção clássica, aproximando-se de Aristóteles, a noção de que a comunidade consiste numa espécie de personificação atuante de valores concretos, representando, portanto, uma forma especial de entidade, distinta dos seres reais que são seus cidadãos. A idéia de integridade personifica a comunidade, embora não de forma metafísica, visto que pressupõe que essa possa adotar, expressar e ser fiel ou infiel a princípios próprios, diferentes daqueles de quaisquer de seus dirigentes ou cidadãos. Isto porque, a vida comum pressupõe a existência de atos socialmente coletivos, isto é, atos identificados e especificados como de toda a comunidade, e não simplesmente de seus membros considerados individualmente (DWORKIN, 2005).²³

A integridade, pondera Dworkin, promove a união da vida moral e política dos cidadãos. Em outras palavras, institui ou engendra e estreita os elos sociais ao oferecer aos indivíduos os pontos de referências necessários a sua identidade e autonomia. Assim, no liberalismo baseado na igualdade, proposto pelo autor, percebe-se a ênfase no fato de que a comunidade estabelece e aplica direitos que se consistem na expressão superior de uma série coerente de princípios de justiça, equidade e decência.

Daí emerge a noção de “comunidade de princípios”, segundo a qual as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados por princípios comuns, e não simplesmente por regras advindas de um acordo político. Segundo Dworkin (2005), a política, nesse cenário, é uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, qual concepção deve ter de justiça, equidade e justo processo legal, e não a imagem diferente segundo a qual cada pessoa luta para fazer valer as suas convicções nos mais vastos territórios de poder e de regras possíveis. No contexto da “comunidade de princípios”, os cidadãos, segundo Dworkin (2003, p.254-255) admitem que

[...] seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos, e que ele tem deveres que decorrem desse

²³Importa ressaltar, no entanto, que não se pode pensar, diz Cittadino, “que ao descrever o Estado como agente moral que atua segundo um esquema de princípios, Dworkin esteja, de alguma maneira, formulando uma concepção de justiça fundada no relativismo ético e, neste sentido, comprometido com os ideais do pensamento ‘comunitário’. Ao contrário, ainda que agente moral, o Estado liberal ‘deve ser independente de qualquer concepção acerca da vida digna’” (CITTADINO, 2004, p. 155).

sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados.²⁴

A posição de Dworkin transcende, pois, a perspectiva liberal clássica, no sentido de que o ato instituinte da comunidade política, representado pela Constituição como conjunto de regras e princípios, limitar-se-ia a uma declaração formal de direitos (subjettivos); esses vistos como “trunfos” de sujeitos livres e iguais em suas potencialidades para o desfrute da autonomia privada. Como adverte Cittadino (2004), o fato de que o Estado deva ser independente no que se refere a qualquer concepção prévia e definitiva acerca da vida digna não representa, na teoria proposta pelo autor, uma cisão entre ética e política. Muito ao contrário, “este compromisso com a neutralidade – e, portanto, com a pretensão à universalidade que o paradigma de justiça deve ter –, não se traduz, segundo Dworkin, em uma separação absoluta entre o justo e o bem”.

O liberalismo igualitário, portanto, não representa “uma política da esquizofrenia ética e moral que pede aos indivíduos que, ao atuarem politicamente, coloquem entre parênteses as suas próprias convicções morais”. Assim, Dworkin (2003) propõe a vinculação entre ética e política, configurando um tipo diferenciado de liberalismo – ‘igualitário’ –, “fundado em uma concepção de bem segundo a qual todos os indivíduos têm igual valor moral”. Nesse sentido, pode-se dizer que o liberalismo de Dworkin (2003, p.155-156) está pautado no conceito de que uma verdadeira comunidade política

[...] deve tratar os seus integrantes como cidadãos que possuem um igual status político e moral. Esta igualdade, que pressupõe os indivíduos como agentes morais independentes, exige que direitos fundamentais sejam atribuídos, para que tenham a oportunidade de influenciar a vida política, realizar os seus projetos pessoais e assumir as responsabilidades pelas decisões que sua autonomia moral lhe assegura. Estes direitos fundamentais, enquanto direitos morais, devem estar garantidos pela Constituição, através de seu sistema de direitos fundamentais, pois ‘tratar cidadãos com igual respeito significa respeitar as liberdades individuais que são indispensáveis para aqueles fins, aí incluídas, mas não a elas limitadas, as liberdades especificadas na Constituição’.

²⁴O Dworkin sustenta a tese da comunidade de princípios, em contraposição a outros dois modelos de comunidade, que, segundo ele, seriam insuficientes para vínculos políticos efetivos e duradouros. O primeiro modelo consiste na percepção da comunidade política como mero acidente *de fato* histórico e geográfico, e, portanto, como uma comunidade associativa sem compartilhamento de valores, onde os indivíduos vêem-se uns aos outros apenas como instrumentos para consecução de suas finalidades próprias. Trata-se, em realidade, de uma perspectiva nitidamente utilitarista. O segundo modelo seria o “de regras”, no qual os cidadãos aceitam o compromisso geral de obedecer a regras estabelecidas de forma específica por uma dada comunidade. Tais regras apenas expressariam um acordo entre interesses e pontos de vista antagônicos, tal qual o modelo liberal clássico, que se aproxima daquilo de Aristóteles denominou de “regime de comunhão de armas” (DWORKIN, 2003, p. 251).

Portanto, a integridade, traduzida em democracia constitucional, torna específicas as responsabilidades da cidadania, visto que liga os cidadãos a princípios superiores de decência, equidade e justiça. Além disso, estimula responsabilidades pessoais e exige que ninguém seja excluído. Mas, acima de tudo, “determina que, na política, estamos todos juntos para o melhor ou o pior e que ninguém seja sacrificado, como os feridos em um campo de batalha, na cruzada pela justiça total” (DWORKIN, 2003, p.257).

A função primordial da integridade seria inscrever, nas palavras de Dworkin (2003, p.257), na consciência de cada membro da comunidade,

que os atos políticos de todos exprimem sempre, ao se mostrar como devem ser as regras e de que modo se devem aplicá-las, um profundo e constante compromisso que exige sacrifício, não apenas por parte dos perdedores, mas também dos poderosos que teriam a ganhar com o tipo de conluio e soluções conciliatórias que a integridade proíbe. Sua base racional tende para a igualdade no sentido que requer a quarta condição: sua exigência de integridade pressupõe que cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra, ou cada uma deve ser tratada como o mesmo interesse, de acordo com uma concepção coerente do que isso significa.

A instituição (imaginária) da comunidade política inscreve-se, pois, sob a forma de uma democracia constitucional cuja pretensão é assegurar o justo equilíbrio entre os direitos inerentes à dignidade humana e à conservação da comunidade como comunhão de princípios éticos fundamentais. A Constituição, no liberalismo igualitário, representa um sistema de direitos fundamentais, refletores da vida ética da comunidade que incorpora princípios morais, os quais podem servir de guia à trama dinâmica das relações sociais.

De acordo com Dworkin, a *Constituição como integração* constitui a garantia da indisponibilidade dos direitos e liberdades fundamentais, uma vez que estabelece princípios morais como as fontes imaginárias essenciais da comunidade política. Trata-se, acima de tudo, de um conjunto de promessas máximas que a sociedade faz a si mesma e que, por essa razão, conferem legitimidade tanto à ação coletiva quanto aos atos e decisões governamentais.

A democracia constitucional, vista como comunidade de princípios, articula uma noção de Constituição que percebe os direitos fundamentais como uma exigência democrática irrenunciável, pois permitem aos indivíduos as condições necessárias para a luta pelo reconhecimento e para a visibilidade pública. Com efeito, “a Constituição leva os direitos a sério”, diz Dworkin (2003, p. 441), visto que o sistema de direitos fundamentais deve ser interpretado como a expressão de uma concepção coerente de justiça.

Nessa linha de idéias, percebem-se as bases de uma visão pós-positivista da comunidade política, as quais pretendem ultrapassar tanto a perspectiva holista e coletivista

quanto a atomista e a individualista da vida social, presentes, respectivamente, nas posições comunitárias e liberais ortodoxas. Portanto, para Dworkin não pode haver nem a naturalização da comunidade, que levaria à dissolução das visões alternativas da vida digna, nem a prevalência indiscriminada dos valores e interesses engendrados pelo individualismo possessivo. A renúncia à visão metafísica da comunidade, proporcionada pela assunção do ponto de vista da prática, isto é, pela percepção de que os valores éticos-sociais são produtos culturais construídos, historicamente, no constante embate entre formas instituídas e posições instituintes, representa um passo decisivo na construção de uma comunidade política de cidadãos ativos.

Em termos semelhantes, a proposta garantista de Ferrajoli (2006a) constrói as bases da superação das duas posições assinaladas, à medida que as Constituições “no son pactos suscritos o compartidos por la totalidad del pueblo como expresiones de una supuesta unidad o voluntad”, o que implicaria na afirmação arbitrária da concepção de vida boa estabelecida *a priori*. De outro modo, as Constituições, explica Ferrajoli (2006a, p.109-110),

[...] son más bien pactos de no agresión (por meio de la estipulación de los derechos de libertad) y de solidaridad (mediante la estipulación de los derechos sociales), tanto más necesarios cuanto más política e culturalmente diversos y virtualmente en conflicto sean los sujetos cuya pacífica convivencia se pretende garantizar. Y un pueblo (el mítico demos), en mi opinión, no existe como sujeto unitario anterior a la constitución, sino que es generado por la constitución misma en cuanto pacto de convivencia mediante el cual se estipula la igualdad em derechos fundamentales, y por tanto la igual identidad y dignidad de cada uno de sus miembros como personas e como ciudadano.

A Constituição brasileira de 1988 pode ser facilmente vista como uma “comunidade de princípios”, conforme sugere o liberalismo igualitário. Isso porque ela assume, de forma categórica, não apenas um entorno ético que pretende influenciar as formas de vida assumidas pelos membros, mas acima de tudo o reconhecimento da pluralidade e da relatividade das concepções alternativas da vida digna. Em outras palavras, ao mesmo tempo em que tece um conjunto de valores que orienta as ações coletivas e as práticas jurídico-políticas argumentativas, a Constituição projeta um cenário de ampla afirmação da liberdade e da autonomia individuais. Esse cenário é traduzido pelo igual respeito e consideração de todos os membros da comunidade política, independentemente de seus modos e estilos de vida. Já no Preâmbulo, o “momento fundador” cria a rede simbólica que visa “*instituir* um Estado Democrático de Direito”, isto é, pretende forjar e estreitar os elos sociais, fundar o “pacto

civilizatório”, oferecendo aos indivíduos os pontos de referência necessários a sua identidade e autonomia.

O passo seguinte consiste em definir os valores fundantes do ambiente ético que configura a sua *integridade*; essa representada pela exigência específica da moralidade política capaz de proporcionar um imaginário catalisador da comunidade, a expressão de uma concepção de equidade, justiça e decência. Nesse sentido, a Constituição estabelece que a instituição desse Estado Democrático destina-se

a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (Preâmbulo).

Ao estabelecer este entorno ético, bem como um catálogo de direitos fundamentais destinados a assegurar a participação efetiva dos cidadãos nas decisões coletivas, garantindo-lhes igual consideração e respeito, a Constituição deixa claro que esse ambiente ético deve emergir de processos abertos de luta por reconhecimento e visibilidade, como produtos histórico-culturais concretos, e não como imposições governamentais, favorecedores da intolerância e da totalização da comunidade sobre o pluralismo. Essa idéia parece clara quando reconhece, desde o Preâmbulo, “a liberdade” como valor supremo “de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, o que denota o reconhecimento de distintas e legítimas concepções acerca da vida digna. O pluralismo emerge como imaginário simbólico instituinte da nova sociedade, fundada, ademais, sobre a eliminação de toda e qualquer forma de preconceito.

Essa rede simbólica vem ainda reforçada pelo art. 1º. da CF/88, que estabelece como fundamento da nova ordem o “pluralismo político”, que implica, necessariamente, num pluralismo moral e ideológico. O reforço advém adicionalmente do art. 3º que proclama, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (I), a garantia do desenvolvimento nacional (II), a erradicação da pobreza e da marginalização (III), a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Parece evidente que o texto constitucional reconhece a pluralidade e a relatividade das visões concorrentes acerca da vida digna, o que implica na imposição fundamental e primária da vedação da discriminação, do preconceito, da indiferença com relação a grupos culturais, sexuais, raciais e ideológicos alternativos à definição hegemônica da ordem social.

Ademais, tal reconhecimento aparece, ainda, como expressão de diversos direitos fundamentais individuais e coletivos inscritos no art. 5º. da CF/88. Isso se dá não apenas pela dicção consagrada do princípio da igualdade formal perante a lei, que busca eliminar distinções de qualquer natureza, como presente no *caput* do referido artigo, mas, sobretudo, pela afirmação da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença (VI), o que conduziria à não intervenção estatal, por exemplo, em atos referentes à sexualidade sem violência entre adultos e à questão do uso de drogas, tal como sugere o próprio Dworkin. De outra sorte, a liberdade de manifestação do pensamento (IV), a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (X), assim como a proibição da privação de direitos por motivo de crença religiosa ou filosófica, também denotam a impossibilidade do Estado formatar as consciências individuais em nome de um bem comum supremo e estabelecido *a priori*.

Nesse contexto, nota-se, claramente, que o Estado brasileiro deve agir de acordo com um conjunto único e coerente de princípios, expressão inolvidável de uma concepção de equidade, justiça e decência, de modo que os cidadãos brasileiros sintam-se membros efetivos da comunidade política no momento em que percebam, de forma igualitária, que seus destinos estão ligados por estes princípios comuns, capazes de garantir-lhes a visibilidade pública e o reconhecimento social. Tais princípios devem assegurar a cada um, no leito dos valores éticos instituídos como as fontes simbólicas da comunidade, que possam expressar-se acerca de sua própria concepção acerca da vida digna.

CAPÍTULO II-

Igualdade e dignidade (da pessoa) humana como fontes imaginárias da comunidade política

A tarefa que se quer empreender, no presente capítulo, consiste, precisamente, em percorrer, a partir de um horizonte filosófico, a genealogia da igualdade e da dignidade humana, tomada como fontes imaginárias da comunidade política, a fim de posteriormente delinear-se a inflexão jurídico-constitucional dos valores ou princípios em questão. Intenta-se, com isso, a construção de uma justificativa filosófica. Através desse conteúdo pretende-se sustentar a hipótese de que tanto a igualdade quanto a dignidade humana apresentam-se como as bases supremas da integridade da comunidade política e, por conseguinte, que a coerência narrativa das práticas hermenêuticas do direito devem a elas a sua credibilidade democrática, à medida que tais valores permitem a constante tensão entre o direito instituído e as práticas jurídicas instituintes.

2.1 Igualdade e dignidade (da pessoa) humana: as condições existenciais da *visibilidade pública* e do *reconhecimento social*

Parece claro que, historicamente, a igualdade e a dignidade humana situam-se no plano mais elevado dos valores que sedimentam a constituição da comunidade política, posto que se afirmam como elementos pré-ontológicos da instituição (imaginária) da sociedade. Tais valores e princípios sempre apareceram, muito embora de variadas formas e perspectivas, no amplo e complexo cenário do pensamento filosófico, político e jurídico ocidental, como os elementos instituintes ou fundantes da sociabilidade, precisamente aquilo que Castoriadis (1982) designou, como já visto, de “magmas de significações”.

É extremamente revelador o fato de que, desde a antiguidade clássica, valores como igualdade e dignidade humana emergem como um tecido de significações que estabelece as condições de possibilidade da instituição da sociedade. Tanto no cenário antigo quanto no moderno, esses valores, indiscutivelmente, geram a rede simbólica que confere sentido ao mundo social. Inscrevem-se eles, pois, na gênese da imaginação criadora, na qual reside, como ressaltou Castoriadis (1982), a fonte da constituição, antes mesmo de qualquer racionalidade explícita, de um universo de significações imaginárias sociais. E, a partir de tais

valores, fontes que são da imaginação criadora, germinam o imaginário efetivo, que cumpre a função primordial de conferir unidade e legitimidade às ações coletivas.

Se essa rede simbólica assenta-se, invocando novamente a lição de Castoriadis (1982), por assim dizer, no que já existe, não parece desarrazoado postular a idéia segundo a qual a igualdade e a dignidade humana sempre estiveram aí, independentemente da capacidade e da possibilidade de apreendê-las pelo pensamento. Isto quer dizer, pois, que esses valores (por que não sentimentos?) operam como existenciais e não como “fundamentos” metafísicos da ordem político-social. Nesse contexto, igualdade e dignidade humana atuam como indícios formais, isto é, como exercício de descrição dos fenômenos existenciais, consubstanciados pelos sentimentos de situação e pela compreensão, que desde sempre acompanham o ser humano na sua condição de ser jogado no mundo (STEIN, 2001; STRECK, 2004).

Como afirma Comparato (2005), a questão sobre o que consiste a dignidade humana reflete a própria busca de um sentido para a situação do homem no mundo, o que, por essa razão, representa o mais belo e importante percurso do processo civilizatório. Trata-se, conforme ressalta Comparato (2005, p.01), antes e acima de tudo, da crença

[...] na revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais.

Assim, tais princípios expressam, no interior das tensões e contradições da grande aventura humana sobre e Terra, condições existenciais pré-ontológicas tanto da instituição da comunidade política quanto da afirmação da cidadania, isto é, da possibilidade de reconhecimento social e de visibilidade pública. Eles simplesmente constituem as condições de possibilidade da existência humana, do desenvolvimento daquilo que Arendt (2001) designa por *vita activa*. Por esse termo, a filósofa compreende a própria condição humana, composta de três atividades fundamentais: labor, trabalho e ação. Cada uma delas corresponde a uma das condições básicas mediante as quais a vida foi dada ao homem na Terra. Para a autora, o *labor* é a atividade que corresponde ao processo biológico do corpo humano e, por essa razão, a condição humana do labor é a própria vida. O *trabalho*, por sua vez, é a atividade correspondente ao artificialismo da existência humana, capaz de produzir um mundo artificial de coisas. Em vista disso, a condição humana do trabalho é a mundanidade. Finalmente a *ação* é a atividade exercida diretamente entre os homens sem a mediação das

coisas ou da matéria, correspondente à condição humana da pluralidade, ao fato de que os homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo.²⁵

Com efeito, a visão de condição humana apresentada por Arendt, formada pelo conjunto da *vita activa*, é absolutamente apropriada para se apreender o inicial significado da igualdade e da dignidade humana como elementos existenciais instituintes da comunidade política. Nesse propósito, Arendt assinala de plano a convicção de que a condição humana não se confunde com a busca de uma natureza humana universal, intrínseca, o que remeteria, segundo sugere, a uma espécie de “deidade”, isto é, “ao deus dos filósofos que, desde Platão, não passa, em uma análise mais profunda, de uma espécie de idéia platônica de homem”. Essa questão parece clara quando a autora assevera que

as condições da existência humana – a própria vida, a natalidade e a mortalidade, a mundanidade, a pluralidade e o Planeta Terra – jamais podem ‘explicar’ o que somos ou responder a pergunta sobre o que somos, pela simples razão de que jamais nos condicionam de modo absoluto²⁶.

Assim, toda tentativa de conceituação da natureza humana identifica-se, conforme a autora, com a divindade, o que leva as pessoas a convicções “sobre-humanas” e por demais metafísicas. As condições de existência jamais podem solucionar e explicar o que a pessoa é, posto que, ao mesmo tempo em que condicionam, não o fazem de modo absoluto à medida que os homens também criam as suas próprias condições de vida, as quais possuem a mesma força condicionante das coisas naturais. Nessa mesma direção, lembra Jaspers (1999, p.54) que “a dignidade do homem reside no fato de ele ser indefinível. O homem é como é, porque reconhece essa dignidade em si mesmo e nos outros homens”.

A condição humana representa justamente o conjunto das atividades que permitem aos homens a luta por reconhecimento e a visibilidade pública; isso quer dizer que, ao ingressarem na vida comum, possuem um rosto, uma voz, desejos, direitos e deveres que lhes asseguram um tratamento digno em suas existências concretas. E, com efeito, tais atividades que compõem a *vita activa* apresentam-se como condições intersubjetivas para a afirmação da igualdade e da dignidade de cada ser humano.

²⁵ Para Arendt (2001), as três atividades humanas referidas e suas respectivas condições têm íntima relação com as condições mais gerais da existência humana: o nascimento e a morte, a natalidade e a mortalidade. O labor assegura a vida não só do indivíduo, mas a sobrevivência da espécie. O trabalho e o seu produto, o artefato humano, emprestam certas durabilidade e permanência à futilidade da vida mortal e ao caráter efêmero do tempo humano. A ação, à medida que se empenha em fundar e preservar corpos políticos, cria as condições para a lembrança, ou seja, para a história, vale dizer, para aquilo que estamos chamando, com Castoriadis, de Constituição (instituição imaginária) da sociedade. .

²⁶ ARENDT, Hannah. *Op.cit.* 2001, p. 19.

Por constituírem as fontes básicas dos processos de interação social, o labor, o trabalho, e especialmente a ação, devem ser apreendidos como os pressupostos sobre os quais se assentam a igualdade e a dignidade humana. No entanto, e paradoxalmente, o pleno exercício da *vita activa* só é realizável em todas as suas potencialidades quando se pressupõe um quadro pré-constituído de igualdade e dignidade. Em outros termos, para ser igual e digno, o indivíduo precisa empreender-se no exercício da *vita activa*, pois são precisamente as atividades do labor, do trabalho, e, mais notavelmente da ação, que possibilitam a afirmação do ser humano no quadro da vida social, o que assegura o seu reconhecimento e a sua visibilidade na construção das decisões coletivas. Mas, por outro lado, só poderá exercitá-las plenamente num ambiente em que já estão asseguradas previamente a igualdade e a dignidade, de modo que não há como entendê-las como realidades distintas, senão como manifestações existenciais da própria condição-de-ser-no-mundo dos seres humanos como tais. Assim, igualdade e dignidade inserem-se na dialética de uma espiral hermenêutica que lhes confere o seu mais amplo significado.

Nitidamente, os valores ou princípios da igualdade e da dignidade constituem um interessante paradoxo, pois, ao mesmo tempo em que se afirmam como pressupostos da instituição da sociedade, representam também um horizonte, um dever-ser que a comunidade precisa alcançar. Peces-Barba Martinez (2003) nota, com precisão, esse paradoxo ao afirmar que a dignidade humana apresenta-se tanto como ponto de partida quanto ponto de chegada de uma comunidade democrática. Assim, percebe a dimensão existencial desses valores, seu caráter fenomenológico. Ressalta Peces-Barba Martinez (2003, p.50) que

la dignidad humana es un horizonte, un deber ser que se puede realizar en el dinamismo de la vida humana, siempre limitadamente, siempre condicionado históricamente y temporalmente en el plazo de nuestra existencia. En esse sentido es un punto de llegada. Pero al mismo tiempo es una descripción de las dimensiones de nuestra condición, el fundamento de nuestra ética pública, porque acota el ámbito de su acción, para realizar el proyecto en que consiste el ser humano. En ese sentido es un punto de partida, un modelo a realizar.

Na sua acepção fenomenológica, a dignidade humana, que contempla a exigência de igualdade, expressa o valor subjetivo e o valor social de cada ser humano, apenas dimensionáveis no terreno de seu entorno de relações concretas, de suas circunstâncias reais de existência. A noção de dignidade humana é impossível de ser concebida senão desde uma perspectiva social, intersubjetiva, jamais como realidade exclusivamente associada à pessoa como ente isolado. O homem é digno por pertencer à espécie humana, mas tal condição só se

adquire, completa e inevitavelmente, graças ao reconhecimento das outras pessoas (MIGUEL BERIAIN, 2004).²⁷

Isso ocorre justamente pelo fato de que os seres humanos, ao postularem a durabilidade de seus feitos e obras contra a finitude do tempo humano, emprestam ao mundo uma irrenunciável dimensão política. É o desejo da permanência, da eternidade, do estabelecimento de um mundo durável, que determina o aparecimento da esfera pública, de um mundo comum partilhado, “aquilo que é comum a todos”; local “que adentramos ao nascer e que deixamos para trás quando morremos”, único na qual a realização da condição humana apresenta-se como plenamente possível. Esse mundo comum, diz Arendt (2001), transcende a duração da vida tanto no passado quanto no futuro, visto que pré-existia a chegada do homem e sobreviverá a sua breve permanência. No entanto, “esse mundo comum só pode sobreviver ao advento e à partida das gerações na medida em que tem uma presença pública” (ARENDR, 2001, p.64-65). Em outras palavras, Campoy Cervera (2004, p. 161) diz que

[...] la colectividad adquiere una importancia trascendental para la vida de los individuos: el individuo no tiene existencia real sin la colectividad, la colectividad conforma em muy buena medida la própria personalidad del individuo, sus planes de vida y la forma en que se considera apropiado hacerlos eficaces, y hace posible, a sua vez, que esos planes de vida puedan, efectivamente, realizarse.

Desse modo, a *vita activa* (a vida humana à medida que se empenha ativamente em fazer algo) está enraizada num mundo (de homens e de coisas), o qual o homem jamais abandona ou chega a transcender completamente, pois o mundo não existiria sem a atividade humana que o produziu. Com efeito, “nenhuma vida humana, nem mesmo a vida do eremita em meio à natureza selvagem, é possível sem um mundo que, direta ou indiretamente,

²⁷MIGUEL BERIAIN (2004, p. 196) afirma que ao lado do sentido subjetivo ou social inerente ao valor que se tem de cada ser humano, fincado sempre nas suas circunstâncias concretas – o que designa expressamente por “dignidad fenomenológica” –, habitaria também uma acepção ontológica da dignidade humana, segundo a qual todo homem possui um valor intrínseco, um valor que provém do fato de ser humano. Nesse sentido, “el hombre es digno porque es hombre, con independencia de sus circunstancias. Por eso, la dignidad *ontológica* puede definirse como el valor de la persona *por el mero hecho de ser persona*” (p. 198). No entanto, mais adiante adverte para o fato de que, mesmo na sua dimensão ontológica, a dignidade não prescinde da inserção no plano coletivo. De modo que a separação que pretende efetuar entre um plano individual e coletivo das dimensões ontológica e fenomenológica da dignidade se torna irrealizável. Não há, por óbvio, como separar radicalmente um plano individual e coletivo da dignidade, já que esta sempre depende de um determinado imaginário simbólico que lhe dê suporte, ou seja, de uma dimensão intersubjetiva. Por isso, parece que o autor ao final, ao afirmar que a dignidade ontológica é, por sua própria natureza, um fenômeno coletivo, aproxima-se daquilo que defendemos, ou seja, de que a dignidade é sempre fenomenológica, sempre existencial. O plano ontológico não pode ser compreendido nos termos de uma ontologia clássica, na qual o objeto (dignidade) se impõe ao sujeito (homem) como uma realidade em si, um ente portador de natureza intrínseca. Daí a tradicional e vazia fórmula da dignidade humana: “o homem é digno por que é homem”. Em termos fenomenológicos, o homem é digno por que existe, porque é junto com as circunstâncias que cria para a sua própria dignidade.

testemunhe a presença de outros seres humanos”. Por isso, “todas as atividades humanas são condicionadas pelo fato de que os homens vivem juntos; mas a ação é a única que não pode ser imaginada fora da sociedade dos homens” (ARENDDT, 2001, p.30-31).

Nesse sentido, fora de um plano de interação já dado, a ação humana carece de sentido e de valor. A intersubjetividade que governa e orienta as ações e práticas sociais, o “magma de significações” são, em realidade, indissociáveis da afirmação da própria identidade individual. Como ressalta Habermas (2004, p.49),

a individualização da história de vida realiza-se por meio da socialização. Aquilo que, somente pelo nascimento, transforma o organismo numa pessoa, no sentido completo da palavra, é o ato socialmente individualizante de admissão no contexto público de interação de um mundo de vida partilhado intersubjetivamente. Somente a partir do momento em que a simbiose com a mãe é rompida é que a criança entra num mundo de pessoas, que vão ao seu encontro, que lhe dirigem a palavra e podem conversar com ela. O ser geneticamente individualizado no ventre materno, enquanto exemplar de uma comunidade reprodutiva, não é absolutamente uma pessoa ‘já pronta’. Apenas na esfera pública de uma comunidade lingüística é que o ser natural se transforma ao mesmo tempo em indivíduo e em pessoa dotada de razão²⁸.

Assim, o reconhecimento social e a visibilidade pública de cada existência singular apenas são possíveis no caos desse mundo partilhado, no qual a atividade política pretende garantir, por meio da palavra e da ação, as condições de uma existência justa e duradoura. No dizer de Arendt, “a política baseia-se no fato da pluralidade dos homens”, uma vez que “os homens se organizam politicamente para certas coisas em comum, essenciais num caos absoluto, ou a partir do caos absoluto das diferenças” (ARENDDT, 2002, p.21-22). Portanto, é na garantia e na concessão voluntária de uma reivindicação juridicamente equânime que se reconhece a pluralidade dos homens, os quais devem a si mesmos sua pluralidade, atribuindo a sua existência um sentido de criação própria.

Por essa razão, as manifestações da condição humana pretendem assegurar aos indivíduos a possibilidade de luta pela constante afirmação de sua igualdade e dignidade. Especialmente por meio da ação que, historicamente, jamais logrou libertar-se por completo das condições precedentes do labor e do trabalho enquanto dimensões da vida, é que os homens projetam os caminhos, pelos quais essa afirmação é insistentemente possível. Mas, em contrapartida, de forma paradoxal, o pleno desenvolvimento da vida ativa pressupõe um horizonte prévio de igualdade e dignidade. Sem esse horizonte, a própria idéia de ação

²⁸ Dessa passagem poderíamos apreender a distinção comum entre dignidade humana, aquela que diz com o simples fato de existir, e a dignidade da pessoa humana, que depende da inserção do indivíduo na comunidade dos falantes, no plano da intersubjetividade de um mundo comum partilhado.

careceria de qualquer significado, pois o indivíduo só pode participar ativamente de um mundo comum partilhado quando já reconhecido como portador das mesmas qualidades de todos os demais. Do contrário, o que persiste é apenas domínio, opressão, subjugação; fenômenos sob os quais a *vita activa* é irrealizável, posto que não há igual direito de falar e de agir, de governar a cidade e o trabalho, perdurando apenas e tão-somente violências abruptas e a degradação de rebaixamentos políticos.

Isso se justifica à medida que o reconhecimento consiste, segundo Robles (2003, p.130), na “necesidad que sentimos los humanos, no sólo de que nos agraden física o verbalmente, sino además de que se nos preste la atención que merecemos. Supone la aceptación de nuestras diferencias”.

Nesse sentido, a dignidade humana é precisamente “un proyecto que necesita una normatividad, pero ésta no deriva necesariamente de los rasgos naturales que o integran, sino que necesita una deliberación racional para especificar esa normatividad” (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 2003, p. 50). Trata-se, pois, de uma construção intersubjetiva, sempre limitada a um contexto sócio-histórico e inacabada, a fim de assegurar as condições indispensáveis à afirmação da visibilidade e do reconhecimento.

Na mesma direção, a investigação teórica de Honneth (2003) também aponta para o fato de que a reprodução da vida social estabelece-se sob o imperativo de um reconhecimento recíproco à medida que os sujeitos só podem chegar a uma auto-relação prática quando aprendem a se conceber, da perspectiva normativa de seus parceiros de interação, como seus destinatários sociais. Segundo Honeth (2003, p.155-156),

[...] são as lutas moralmente motivadas de grupos sociais, sua tentativa coletiva de estabelecer institucional e culturalmente formas ampliadas de reconhecimento recíproco, aquilo por meio do qual vem a se realizar a transformação normativamente gerida das sociedades.

Se o caos das diferenças é justamente o acento da vida comum partilhada, parece correto que o alicerce da interação social seja o conflito entre homens ou grupos que buscam uma auto-realização bem-sucedida e o que confere sentido e legitimidade aos diversos processos de construção da realidade social seja justamente a “luta por reconhecimento”. Mas, diferentemente de Arendt (2002), Honneth (2003) estabelece três formas distintas de integração social, consubstanciadas sob as formas de padrões eticamente motivados de reconhecimento intersubjetivo.

Nos termos do autor, as formas básicas de integração social seriam as ligações afetivas (*amor*), a adjudicação de direitos (*direito*) e a orientação comum por valores (*solidariedade*). A cada uma delas corresponde uma espécie de auto-relação positiva: o amor gera a autoconfiança; o direito, o auto-respeito; e a solidariedade, a auto-estima. O sucesso nessas três etapas de reconhecimento intersubjetivo promoveria a integração justa e duradoura da comunidade política, que está calcada numa dinâmica historicamente fundada de seu próprio aperfeiçoamento.

O *amor* deve ser entendido como o conjunto de relações primárias, consistente em ligações emotivas fortes entre poucas pessoas e ainda segundo o padrão de relações eróticas entre dois parceiros; de amizades; e de relações pais/filhos. Desde os primeiros meses de vida, a criança desenvolve, especialmente com a mãe, um tipo de relacionamento afetivo sobre o qual se funda uma forma específica de reconhecimento recíproco, cujo desdobramento pode ser concebido como padrão elementar de todas as formas maduras de amor. A *relação jurídica*, por sua vez, trata-se de uma propriedade universal que faz do indivíduo uma pessoa de direito. Essa propriedade universal, no âmbito da forma de legitimação a que está ligado o direito moderno em sua estrutura, consiste justamente na capacidade de decidir racionalmente, com autonomia individual, sobre questões morais. Refere-se, portanto, aos pressupostos subjetivos que capacitam a participar numa formação racional da vontade. E, finalmente, a *solidariedade* diz respeito à relação de reconhecimento própria da estima mútua, da orientação comum por valores expressados por um padrão de reconhecimento proveniente da existência de um horizonte de valores intersubjetivamente partilhados (HONETH, 2003).²⁹

Ainda nos termos de Honneth (2003, p.266),

[...] são as três formas de reconhecimento do amor, do direito e da estima que criam primeiramente, tomadas em conjunto, as condições sociais sob as quais os sujeitos humanos podem chegar a uma atitude positiva para com eles mesmos; pois só graças à aquisição cumulativa de autoconfiança, auto-respeito e auto-estima, como garante sucessivamente a experiência das três formas de reconhecimento, uma pessoa é capaz de se conceber de modo irrestrito como um ser autônomo e individuado e de se identificar com seus objetivos e seus desejos.

Por essa razão, os diversos padrões de reconhecimento devem ser percebidos como condições intersubjetivas, a partir das quais os sujeitos humanos chegam a novas formas de auto-relação positiva. Com efeito, Honeth (2003, p.272-274) diz que

²⁹ HONNETH, Axel. *Op.cit.* 2003, p. 167-200. ZACCARIA, Giuseppe. Tolerancia e Política de reconocimiento. In. *Derecho y Persona* (49). Pamplona, 2003, p. 110 e segs.

[...] o nexa existente entre a experiência de reconhecimento e a relação consigo própria resulta da estrutura intersubjetiva da identidade pessoal: os indivíduos se constituem como pessoas unicamente porque, da perspectiva dos outros que assentem ou encorajam, aprendem a se referir a si mesmos como seres a que cabem determinadas propriedades e capacidades. A extensão dessas propriedades e, por conseguinte, o grau da auto-realização positiva crescem com cada nova forma de reconhecimento, a qual o indivíduo pode referir a si mesmo como sujeito.

Conseqüentemente, o amor, o direito e a solidariedade formam dispositivos de proteção intersubjetivos que asseguram as condições da liberdade interna e externa, das quais depende o processo, que também está na dependência de uma articulação e de uma realização espontânea de metas individuais de vida.

Parece igualmente claro que os princípios da igualdade e da dignidade humana, tal como hoje percebidos, no arcabouço jurídico-político das democracias constitucionais, não apenas representam as ficções operatórias, as quais asseguram a unidade e a legitimidade da comunidade política, mas acima tudo determinam a condição da pluralidade. A construção da realidade social, costurada, sobretudo, na esfera pública, é engendrada a partir da necessidade da manifestação das diferenças e, por conseguinte, da luta por reconhecimento.

A edificação desse sentido subjetivo e social da dignidade, possibilitada pelas experiências de reconhecimento, assume uma importância decisiva, visto que a valorização negativa de determinados indivíduos ou grupos, isto é, a produção social da invisibilidade, converte-se em gravíssimos problemas de integração social. Quando o grupo não aceita o indivíduo ou este se nega a integrar a comunidade, ou ainda quando se tem a exclusão de um grupo inteiro da interação social, torna-se comum a atuação socialmente disfuncional dos rebaixados, sem que estes possam experimentar uma sensação negativa em virtude de seus atos (MIGUEL BÉRIAIN, 2004).

Evidencia-se, pois que, apenas no exercício da palavra e da ação, na arena pública, como elemento irrenunciável da condição humana da pluralidade, o homem encontra alguma possibilidade de êxito na sua auto-realização. Esse êxito é descoberto à medida que o indivíduo tece as bases éticas necessárias tanto para o seu auto-reconhecimento quanto para a afirmação das diferenças, pois, se “os indivíduos precisam se saber reconhecidos também em suas capacidades e propriedades particulares para estar em condições da auto-realização, eles necessitam de uma estima social que só pode se dar na base de finalidades partilhadas em comum” (HONNETH, 2003, p. 278).

Nas palavras de Arendt (2001, p.188),

[...] a pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto de igualdade e diferença. Se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras. Se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferísse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender. Com simples sinais e sons, poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas.

Na realidade, o reconhecimento da diferença não significa, de modo algum, a completa impossibilidade da igualdade, em virtude de que, paradoxalmente, a igualdade nasce precisamente da possibilidade de manifestação da diferença entendida como singularidade. A igualdade e a dignidade humana, no contexto da *vita activa*, advêm essencialmente da abertura para que, no exercício da palavra e da ação, possam manifestar-se as diferenças das existências singulares concretas.

Por isso mesmo, Arendt (2001, p.189) adverte que

ser diferente não equivale a ser outro – ou seja, não equivale a possuir essa curiosa qualidade de ‘alteridade’, comum a tudo o que existe e que, para a filosofia medieval, é uma das quatro características básicas e universais que transcendem as qualidades particulares. A alteridade é, sem dúvida, aspecto importante da pluralidade. (...) Só o homem, porém, é capaz de exprimir essa diferença e distinguir-se; só ele é capaz de comunicar a si próprio e não apenas comunicar alguma coisa – como sede, fome, afeto, hostilidade ou medo. No homem, a alteridade, que ele tem em comum com tudo o que existe, e a distinção, que ele partilha com tudo o que vive, tornam-se singularidade, e a pluralidade humana é a paradoxal pluralidade de seres singulares.

A manifestação da singularidade apenas vem à tona no discurso e na ação; graças a esses expedientes, os homens podem distinguir-se. Fatalmente, a ação e o discurso são os modos pelos quais os seres humanos manifestam-se uns aos outros, não como meros objetos físicos, mas como homens. Assim, discurso e ação, diferentemente da mera existência corpórea, são condições que dependem da iniciativa, mas de modo algum os indivíduos delas podem abster-se delas sem renunciar à própria condição humana. Com efeito, salienta Arendt (2001, p.189)

[...] os homens podem perfeitamente viver sem trabalhar, obrigando os outros a trabalhar para eles; e podem muito bem decidir simplesmente usar e fruir do mundo das coisas sem lhe acrescentar um só objeto útil; a vida de um explorador ou senhor de escravos ou a vida de um parasita pode ser injusta, mas nem por isso deixa de ser humana. Por outro lado, a vida sem discurso e sem ação – único modo de vida em que há sincera renúncia de toda vaidade e aparência na acepção bíblica da palavra – está literalmente morta para o mundo; deixa de ser uma vida humana, uma vez que já não é vivida entre os homens.

Assim, a ação emerge como a fonte que permite à vida nua (*zoé*) desaguar na comunidade, dando origem à vida politicamente qualificada (*bíos*). Isso ocorre simplesmente pelo fato de que “é com palavras e atos que nos inserimos no mundo humano, e esta inserção é como um segundo nascimento, no qual confirmamos e assumimos o fato original e singular do nosso aparecimento físico original” (Arendt, 2001, p. 181). Ainda como objeto a filósofa Arendt (2001, p.148), “se a ação, como início, corresponde ao fato do nascimento, se é a efetivação da condição humana da natalidade, o discurso corresponde ao fato da distinção e é a efetivação da condição humana da pluralidade, isto é, do viver ser distinto e singular entre iguais”.

Dessa forma, o reconhecimento social e a visibilidade pública derivam, pois, da possibilidade do exercício da ação e do discurso, possíveis apenas na dimensão da pluralidade. Este segundo nascimento, por meio do qual os indivíduos ganham uma aparência pública, um corpo, um rosto, uma voz, encontra-se intimamente vinculado à inserção da vida nua na intersubjetividade dos jogos lingüísticos.

Em realidade, advoga Arendt (2001, p.192),

[...] na ação e no discurso, os homens mostram quem são, revelam ativamente suas identidades pessoais e singulares, e assim apresentam-se ao mundo humano, enquanto suas identidades físicas são reveladas, sem qualquer atividade própria, na conformação singular do corpo e no som da sua voz.

Esta qualidade reveladora do discurso e da ação vem à superfície quando as pessoas estão em companhia das outras, ou seja, quando estão “ho simples gozo da convivência humana, e não ‘pró’ ou ‘contra’ as outras”. E é por essa razão que “só no completo silêncio e na total passividade pode alguém ocultar quem é” (ARENDR, 2001, p.192).

O reconhecimento social e a visibilidade pública são, portanto, expressões normativas da igualdade e da dignidade humana, vez que provenientes da generalização das expectativas de comportamento de todos os membros da comunidade são como pautas de ação interiorizadas aptas a garantir o processo de socialização, pois apenas no espaço da aparência, na arena pública, é possível ser visto e ouvido pelos outros e vice-versa. De todas as condições da vida humana, a ação e o discurso criam entre as partes esse espaço capaz de situar-se adequadamente em qualquer tempo e lugar. De forma evidente, ressalta Arendt (2001, p.211)

[...] trata-se do espaço da aparência, no mais amplo sentido da palavra, ou seja, o espaço no qual eu apareço aos outros e os outros a mim; onde os homens assumem

uma aparência explícita, ao invés de se contentar em existir meramente como coisas vivas ou inanimadas.

Por isso, fica claro que o exercício pleno da ação pressupõe a realização das condições do labor e do trabalho, posto que o aparecimento público não prescinde de modo algum da satisfação efetiva das necessidades materiais. Parece haver aqui um ponto de contato entre as formulações teóricas de Arendt (2001) e Honneth (2003).

Importa ressaltar, por oportuno, que o diálogo proposto entre os autores não pretende estabelecer uma ligação mecânica entre as suas categorias conceituais centrais, mas apenas visualizar algumas conexões que parecem oportunas para as temáticas da igualdade e da dignidade humana analisadas.

De fato, o labor, como um conjunto de atividades correspondentes ao processo biológico do corpo humano, na sua estrita dimensão material, parece manter uma estreita relação complementar com a satisfação inicial de reconhecimento, proporcionada pelas relações afetivas, na sua dimensão psíquica e moral, já que ambas situam-se na esfera primária das relações privadas. A reprodução biológica da vida também engloba, obviamente, desde os primeiros dias de nascimento, a relação amorosa básica que permite à criança os meios elementares de subsistência e de autoconfiança.

Tal relação parece fundamental, uma vez que, tanto sob ótica de Arendt quanto a de Honneth (2003), esse primeiro estágio da integração social é fundamental para o desenvolvimento das etapas seguintes. O aparecer público, para Arendt, e a luta por reconhecimento, para Honneth (2003), só são imagináveis a partir da possibilidade da reprodução biológica do corpo e da experiência elementar das relações amorosas. De acordo com Honneth (2003, p.173),

[...] visto que essa relação de reconhecimento prepara o caminho para uma espécie de auto-relação em que os sujeitos alcançam mutuamente uma confiança elementar em si mesmos, ela precede, tanto lógica como geneticamente, toda outra forma de reconhecimento recíproco: aquela camada fundamental de uma segurança emotiva não apenas na experiência, mas também na manifestação das próprias carências e sentimentos, propiciada pela experiência intersubjetiva do amor, constitui o pressuposto psíquico do desenvolvimento de todas as outras atitudes de auto-respeito.

Por outro lado, a condição humana do trabalho, voltada para o artificialismo da existência humana, para produção de bens que emprestam certa durabilidade e para a permanência dos feitos e obras humanas, apresenta uma intrínseca conexão com a esfera do reconhecimento jurídico. Essa ligação se dá não só pelo de a divisão social do trabalho, que

determina, em última instância, as formas de produção e de distribuição da riqueza na sociedade, não prescindir da regulação e da mediação jurídico-políticas; mas pelo fato mais profundo de que o reconhecimento jurídico depende, como habilidade para participar de uma formação racional da vontade, das assunções de fundo acerca dos pressupostos subjetivos que caracterizam o ser humano constitutivamente como pessoa. Tais pressupostos dizem respeito essencialmente a certo nível de vida, correspondente à posição que o indivíduo ocupa na esfera da divisão social do trabalho, conferindo-lhe a possibilidade juridicamente assegurada de participar no processo público de formação da vontade.

Nesse sentido, segundo Honeth (2003, p.188-189)

[...] quanto mais exigente é a maneira pela qual se pensa um semelhante procedimento, tanto mais abrangentes devem ser as propriedades que, tomadas em conjunto, constituem a imputabilidade moral de um sujeito. O nexó assim afirmado já dá a conhecer que aquelas capacidades pelas quais os membros de uma sociedade se reconhecem mutuamente podem se modificar se eles não respeitam uns aos outros como pessoas de direito.

A ampliação cumulativa de pretensões jurídicas individuais, consubstanciada no aparecimento das várias dimensões de direitos fundamentais, pode ser concebida como um processo em que a extensão das propriedades universais de uma pessoa, moralmente imputável, foram aumentando passo a passo, visto que, sob a pressão de uma luta por reconhecimento, novos pressupostos para a participação na formação racional da vontade foram sendo gradativamente incorporados.

E, finalmente, a condição humana da ação está irrenunciavelmente atrelada à forma de reconhecimento intersubjetivo da solidariedade. Isto porque a ação e o discurso consistem justamente na inulminável dimensão da pluralidade da existência humana, correspondente ao fato de que só o homem é capaz de exprimir a sua diferença e distinguir-se. E, indubitavelmente, o exercício da ação e do discurso apenas encontra campo fértil num horizonte de valores intersubjetivamente partilhados. A vida comum, garantida pela ação política, ainda que erigida a partir do caos absoluto das diferenças, constrói-se com esteio num espectro de significações imaginárias que constituem a integridade da comunidade política.

Como ressalta Honneth (2003, p. 200),

[...] a autocompreensão cultural de uma sociedade predetermina os critérios pelos quais se orienta a estima social das pessoas, já que suas capacidades e realizações são julgadas intersubjetivamente, conforme a medida em que cooperam na implementação de valores culturalmente definidos; nesse sentido, essa forma de

reconhecimento recíproco está ligada também à pressuposição de um contexto de vida social cujos membros constituem uma comunidade de valores mediante a orientação por concepções de objetivos comuns.

A condição humana, portanto, compõe-se de ações e motivações que pretendem assegurar a luta por reconhecimento e visibilidade pública. As conexões estabelecidas entre as análises de Arendt (2001) e Honneth (2003), acima expostas, fazem germinar um conteúdo filosófico para os princípios da igualdade e da dignidade humana como fontes imaginárias da comunidade política. Isso permite prever que a devida inflexão jurídico-constitucional dos princípios em tela deve sempre levar em conta as esferas da integração social no contexto de uma determinada intersubjetividade coletivamente partilhada.

No interior de uma dada ordem social, a igualdade e a dignidade humana estarão asseguradas quando presentes as condições básicas para o desenvolvimento da vida ativa, isto é, quando resguardados aos indivíduos os meios para a devida reprodução biológica do corpo (vida, integridade física, intimidade e vida privada, alimentação, moradia, vestuário, assistência de saúde, etc.); para o exercício do trabalho (educação, direitos trabalhistas, direito de associação e de reunião, salário justo e digno, previdência e assistência social, etc.); e, conseqüentemente, para o pleno exercício da palavra e da ação como pressupostos para a formação racional da vontade (educação, informação, liberdade de convicção e de manifestação do pensamento, etc.).

Ademais, cumpre mencionar a necessidade de proteger e assegurar as relações afetivas que, como potenciação das relações amorosas, bases primárias da integração social, proporcionam os meios elementares de subsistência e de autoconfiança. Para tanto, a dignidade humana pressupõe um tratamento igualitário entre os sexos e não prescinde da garantia dos direitos da criança e do adolescente, dos direitos e deveres recíprocos entre os membros da família e da abolição definitiva de qualquer discriminação por orientação sexual, à medida que a repressão das relações afetivas tende a conduzir a processos defeituosos de reconhecimento recíproco e, por conseqüência, da própria integração social, o que gera marginalização e rebaixamento moral e político.

Se o amor constitui um passo fundamental na direção das etapas posteriores do reconhecimento recíproco e na busca de uma auto-realização bem-sucedida, vez que

protagoniza nos sujeitos uma confiança elementar em si mesmos, o seu preenchimento já conduziria a uma ampliação significativa da segunda esfera do reconhecimento social e da visibilidade pública: a adjudicação de direitos.

O tratamento igualitário entre os sexos, a proteção dos direitos da criança e do adolescente, a definição de direitos e deveres recíprocos entre os membros da família e a supressão das práticas discriminatórias por orientação sexual, amplificam, de forma bastante nítida, a esfera do reconhecimento jurídico ao alargar o espectro de sujeitos percebidos como portadores de autonomia moral e, por isso, merecedores de igual respeito e consideração por parte da comunidade política. Evidencia-se, então, que relações afetivas bem-sucedidas e não discriminadas tendem a dilatar, conjuntamente com a satisfação material inerente às condições humanas do labor e do trabalho já afirmadas, os pressupostos subjetivos que capacitam a participar justa e equânime de uma formação racional da vontade.

Nesse cenário, a luta pelos direitos da mulher (participação política, igualdade no mercado de trabalho, mediação da violência doméstica, direito ao aborto, etc.) e das minorias homossexuais (união, adoção, direitos sucessórios, etc.) dá mostras significativas desse alargamento da adjudicação de direitos a partir da satisfação do padrão de reconhecimento do amor, associado às condições humanas do labor.

Portanto, os pressupostos subjetivos que permitem o pleno exercício do discurso e da ação, no quadro de uma formação racional da vontade, exigem tanto o reconhecimento de subjetividades afetivas quanto a obtenção de certo nível de vida, sem os quais a igualdade e a dignidade humana transmudam-se em quimeras meramente formais e abstratas, sem qualquer conteúdo concreto e aplicação prática.

Os princípios da igualdade e da dignidade humana requerem, ainda, um horizonte de valores intersubjetivamente partilhados, pois a maneira como o indivíduo se autocompreende em sociedade está, de maneira inextricável, conectado aos padrões culturais que orientam a construção social da realidade. Se a ordem social consiste num universo de crenças partilhadas num dado momento histórico, a partir do qual os membros dessa mesma sociedade conhecem a realidade social, isto é, apto a oferecer às pessoas um sentido firme do modo como as coisas são, então cabe referir que a dignidade humana e a igualdade exigem a possibilidade de participação interativa na construção dessa mesma realidade, por meio da ação e do discurso.

A relação de reconhecimento própria da estima mútua (solidariedade) representa, pois, que a orientação comum por valores deve deixar sempre em aberto um

espaço para a construção de definições alternativas da realidade, onde o exercício da ação e do discurso não encontre o seu limite em definições unívocas e, por isso, totalitárias, do mundo social. Cabe perceber que toda realidade social é inevitavelmente precária, e assim a solidariedade tanto mais depende da possibilidade de um exercício aberto, plural e crítico do discurso e da ação que da imposição definitiva de uma tessitura de valores partilhados intersubjetivamente.³⁰

A estima mútua deriva da aceitação por parte de todos os indivíduos de que, ainda que exista um horizonte de valores instituídos, estes não se fixem de forma perene e imutável, caçando a possibilidade de erigirem-se construções alternativas a essa mesma realidade. Trata-se mais da confiança de ver e ser visto, de dizer e ser ouvido, sempre de forma igualitária, ainda que não prevaleça a definição da realidade social que se pretenda veicular.

No contexto de uma sociedade democrática, tecida a partir dos horizontes simbólicos da igualdade e da dignidade humana, impõe-se como condição da solidariedade a abertura à temporalidade e à incerteza, impedindo-se a cristalização de valores que, a pretexto de universais, conduz a visões unívocas do mundo e da realidade social e a sempre presentes e perigosas nostalgias totalitárias. A solidariedade, a estima mútua, embora dependente da orientação comum por valores, jamais logra conduzir-se de forma impositiva. Ela exige, ao contrário, relações de confiança em que se vislumbram suprimidas do exercício da ação e do discurso todas as formas de rebaixamento político, de desigualdade, de dominação (LEFORT, 1983).

É nesse exato sentido, portanto, que a igualdade e a dignidade humana erigem-se como condições existenciais da visibilidade e do reconhecimento, pois se, de um lado, fixam os horizontes imaginários que permitem aos homens os meios necessários ao exercício das atividades inerentes à condição humana, de outro, confirmam e ampliam, mediante tal exercício, as possibilidades para que a reprodução da vida social dê-se sob o imperativo da luta por esse mesmo reconhecimento e visibilidade.

No momento em que conduz os homens ao exercício da vida ativa, os valores da igualdade e da dignidade humana outorgam a fonte da luta por reconhecimento e visibilidade sem a qual essa mesma vida seria impensável, e é precisamente o exercício cotidiano e incessante dessas ações inerentes à condição humana que amplificam as formas e atitudes de

³⁰ Sobre os mecanismos de construção da ordem social, a definição do que seja a sua realidade e sua precariedade ver Berger e Luckmann (2002).

reconhecimento recíproco que sedimentam, na existencialidade concreta de cada ser humano singular, a presença ativa desses mesmos valores.

Não há, dessa forma, igualdade ou dignidade humana possíveis fora da dinâmica incessante do labor, do trabalho e da ação e alheio às formas de integração social do amor, do direito e da solidariedade, que conferem aos indivíduos, na interatividade da vida social, a autoconfiança, o auto-respeito e a auto-estima necessárias à realização de uma vida plena de auto-realização bem-sucedida.

A realização desses conteúdos, no entanto, não dever ser vislumbrada a partir dos contornos de um universalismo abstrato, como as análises de Arendt (2001) e Honneth (2003) parecem assentar-se. Passa despercebido ou não parece ser uma preocupação merecedora de nota para ambos os autores, como realizar as atividades inerentes à condição humana ou perfazer com sucesso as etapas do reconhecimento intersubjetivo em circunstâncias sociais radicalmente adversas ou ainda em formações sociais submetidas compulsoriamente a processos históricos indelévels de exploração econômica e dominação políticas, resultantes das ações da expansão do capitalismo em escala planetária, sob as formas do colonialismo, do neocolonialismo e da globalização neoliberal.

Fica claro que ambos assumem como referência teórica de fundo o humanismo abstrato e o idealismo, tão caros ao pensamento político moderno, especialmente de Kant para Arendt e de Hegel para Honneth. Desse modo, a condição humana e a luta por reconhecimento acabam esvaindo-se nas paragens de um universalismo abstrato, como se todas as formações sociais obedecessem aos mesmos padrões de interação e desenvolvimento. Por essa razão, deve-se ter bastante nítida a idéia segundo a qual “los derechos humanos surgen en un contexto específico de división social, sexual, étnica y territorial del hacer humano que condiciona negativa y desigualmente el acceso de todos a los bienes necesarios para una vida digna”(HERRERA FLORES, 2003, p.80).

Deve-se fugir, pois, à tentação de postular uma idéia de dignidade humana abstraída do contexto de relações sociais, culturais, econômicas, políticas e jurídicas concretas as quais os sujeitos estão inseridos. O humanismo abstrato necessita ceder lugar a um humanismo concreto, onde a condição humana, ao buscar estabelecer as bases da visibilidade pública e do reconhecimento, possa refletir os plurais e multiformes modos de entender e de atuar no mundo e, conseqüentemente, de conceber a luta pela dignidade.

O que faz da igualdade e dignidade humana constituírem noções que dizem respeito com o próprio sentido da vida em sua plenitude não reside na universalidade de direitos inerentes a um ser abstrato, sem contexto, mas, segundo Herrera Flores (2003, p. 28), da percepção particular de que “a lo largo de la historia se ha luchado de un modo plural y diferenciado por conseguir arrancar a los poderes hegemónicos parcelas de dignidad”, de maneira que, ainda de acordo com Herrera Flores (2003, p. 28)

[...] podríamos caracterizar ese universalismo de la dignidad como las plurales y diferenciadas formas de lucha por encontrar su lugar en el mundo y desde ahí construir las condiciones que permitan a los seres humanos sentir que su vida es una vida digna de ser vivida.

O conteúdo essencial da dignidade consiste precisamente nesse substrato sobre o qual descansa essa condição mundana e imanente de um ser humano fronteiriço que luta por encontrar seu lugar no mundo. No cenário das relações sociais concretas, a dignidade poderia traduzir-se no estar disposto a fazer e no ter poder para fazer algo que se assume previamente, isto é, na realização das condições que permitam alcançar uma posição de visibilidade e reconhecimento.

2.2 As raízes antropológicas da igualdade e da dignidade (da pessoa) humana

Conforme mencionado na seção precedente, a efetiva percepção da sociedade como realidade minimamente objetiva acontece por meio da institucionalização e legitimação de um dado quadro simbólico. Esse depende, por sua vez, da correlação do ser humano com seu próprio ambiente natural particular e com uma ordem sócio-cultural específica. Nesse sentido, se a própria humanização é algo sócio-historicamente variável, a autoprodução do homem, por consequência, é sempre e necessariamente um empreendimento social. A ordem social não faz parte da ‘natureza das coisas’ e não deriva de hipotéticas ‘leis da natureza’; existe unicamente, portanto, como produto da atividade humana.

A instituição da sociedade estabelece-se por meio de complexos processos de interação, institucionalização e de legitimação de uma determinada rede simbólica, bem como de um conjunto de significações que orientam as práticas e instituições sociais. A autoprodução e a autopercepção do homem apenas são possíveis a partir de um quadro simbólico, de uma linguagem, de uma tradição. No interior desse tecido simbólico, os homens

buscam estabelecer uma definição hegemônica da realidade social, uma imagem da ordem que permita a reprodução quase irrefletida das relações instituídas; dessa forma, “a institucionalização ocorre sempre que há uma tipificação recíproca de ações habituais por tipos de atores” (BERGER e LUCKMAN, 2002, p.69-76).

Com efeito, a partir do processo de institucionalização, a sociedade sedimenta um conjunto de crenças partilhadas que determina a percepção imediata e irrefletida do cotidiano; com isso, produz a “pré-compreensão” que se tem da realidade experimentada. A realidade social não existe em si e por si mesma, mas deriva de uma construção histórica assentada numa determinada tradição particular. As instituições e as práticas sociais, bem como a própria autopercepção que os agentes sociais possuem acerca de si próprios, refletem esse conjunto de predisposições institucionalizadas pela ação dos atores situados numa determinada tradição. Todas as tipificações e sedimentações dos valores e das práticas sociais são construídas no curso de uma história compartilhada.

No dizer de Berger e Luckman (2002, p. 79-80),

as instituições têm sempre uma história, da qual são produtos. É impossível compreender adequadamente uma instituição sem entender o processo histórico em que foi produzida. As instituições, também, pelo simples fato de existirem, controlam a conduta humana estabelecendo padrões previamente definidos de conduta, que a canalizam em uma direção por oposição às muitas outras direções que seriam teoricamente possíveis.

Assim, o mundo institucional tende a ser percebido e experimentado como realidade objetiva. Como objetividade construída e produzida pelo homem, as instituições, as práticas e os valores sociais que permitem a sua reprodução e estabilização tendem a afirmarem-se como universalmente válidos e, por essa razão, legítimos. A legitimação ‘explica’ a ordem institucional e outorga validade cognoscitiva a seus significados válidos, de modo que a legitimação justifica a ordem institucional dá dignidade normativa a seus imperativos práticos.

Esse tecido simbólico, que legitima as instituições e práticas sociais historicamente situadas, cristaliza-se sob a forma de um ou vários *habitus*, os quais pré-condiciona(m) a(s) forma(s) como os atores sociais se autopercebem e se autocompreendem socialmente. Isto porque a legitimação da ordem social só é possível no momento em que esse conjunto de disposições valorativas compartilhadas (*habitus*) passa a cumprir funções tanto cognitivas quanto normativas. Da mesma forma que ela implica a afirmação de valores, também determina a questão do conhecimento e da internalização deles.

Por conta disso, o universo simbólico ordena a história. A sua função seria localizar e agrupar os acontecimentos coletivos numa unidade coerente, que incluísse passado, presente e futuro. Em realidade, esse universo estabelece, com relação ao passado, uma ‘memória’ compartilhada por todos os indivíduos socializados da coletividade. Em relação ao futuro, o universo simbólico institui um quadro de referência comum para a projeção das ações individuais e, em consequência disso, une os indivíduos aos seus predecessores e sucessores numa totalidade dotada de sentido.³¹

Falar do homem, portanto, significa, acima de tudo, falar de suas intrincadas relações culturais e simbólicas. O que singulariza os homens, distinguindo-os dos outros animais e determinando a sua condição humana, é precisamente o seu esforço para compreender a si mesmo por meio da criação e do uso de símbolos. Cassirer lembra que, a partir do insaciável desejo de autocompreensão, o homem empreende a construção sempre inacabada de um arsenal simbólico: a linguagem, o mito, a religião, a arte, a história, a ciência e, acrescenta-se, o direito. O filósofo afirma que, ao lado do “sistema receptor”, através do qual uma espécie biológica recebe os estímulos externos, e do “sistema efetuator”, pelo qual reage a eles, o homem adquiriu e modelou um novo método para adaptar-se ao seu ambiente: *o sistema simbólico*. Tal sistema transformou radicalmente o conjunto da vida humana e permitiu ao homem estabelecer uma nova dimensão da realidade e viver um universo de significações imaginárias (CASSIRER, 2001).

Nesse contexto, o homem abandona um universo meramente físico e mergulha num universo simbólico, no qual, a partir de fios variados, é tecido o emaranhado da experiência humana, vale dizer, a rede de significados da vida individual e social. Com acuidade, assevera Cassirer (2001, p.48) que, a partir de então,

[...] o homem não pode mais confrontar-se com a realidade imediatamente; não pode vê-la, por assim dizer, frente a frente. A realidade física parece recuar em proporção ao avanço da atividade simbólica do homem. Em vez de lidar com as próprias coisas o homem está, de certo modo, conversando constantemente consigo mesmo. Envolveu-se de tal modo em formas lingüísticas, imagens artísticas, símbolos míticos ou ritos religiosos que não consegue ver ou conhecer coisa alguma a não ser pela interposição desse meio artificial.

Assim, muito para além de um animal racional (*animal rationale*), o homem é um animal simbólico (*animal symbolicum*). Se a racionalidade é uma dimensão intrínseca às

³¹ Uma interessante percepção da produção social da realidade jurídica, com base nas suas interações com a temporalidade concreta da sociedade, a partir das relações entre passado (memória), presente (perdão) e futuro (promessa e resquestionamento) é desenvolvida por Ost (1999).

atividades humanas, não esgota, porém, o amplo espectro dos sistemas simbólicos que auxilia na compreensão da realidade, como a arte, o mito, a religião, a música e a literatura. Ao lado da linguagem racional, há sempre uma linguagem emocional, do mesmo modo que ao lado da linguagem científica ou lógica, existe uma linguagem da imaginação poética. Portanto, deve-se compreender o homem, irremediavelmente, como animal simbólico e não simplesmente como racional. Ao fazê-lo, adverte Cassirer (2001, p.50), “podemos designar sua diferença específica, e entender o novo caminho aberto para o homem – o caminho para a civilização”.

Se o “caminho para a civilização” significa a força normativa das instituições e práticas sociais articuladas pela rede simbólica, produzidas no espaço da aparência pelo exercício completo da *vita activa*, a especificidade do ser humano deita suas raízes justamente na capacidade de participar de forma ampla e efetiva da produção desse universo de significações sócio-imaginárias. Assim, o modo como se insere tanto na construção quanto na compreensão da rede simbólica que o governa é fator determinante da perfectibilidade de sua identidade social e, portanto, de sua dignidade.

Por essa razão, apenas por meio de seu reconhecimento, da sua visibilidade pública, é que o indivíduo pode construir, de forma efetiva, a sua identidade. Taylor (2000) percebe, com rara finura, os vínculos entre reconhecimento e identidade, em que ‘identidade’ significa precisamente a compreensão de si próprio, de suas características definitórias fundamentais como seres humanos. Segundo Taylor (2000, p.241),

[...] nossa identidade é moldada em parte pelo reconhecimento ou por sua ausência, frequentemente pelo reconhecimento errôneo por parte dos outros, de modo que uma pessoa ou grupo de pessoas pode sofrer reais danos, uma real distorção, se as pessoas ou sociedades ao redor deles devolverem um quadro de si mesmas redutor, desmerecedor ou desprezível. O não-reconhecimento ou o reconhecimento errôneo podem causar danos, pode ser uma forma de opressão, aprisionando alguém numa modalidade de ser falsa, distorcida e redutora.

Ao emergir como uma “necessidade humana vital”, sob pena de aprisionar as suas vítimas num ódio paralisador e aflitivo por si mesmas, o reconhecimento conduz à superação de práticas de rebaixamento político e humilhação social, garantindo visibilidade aos múltiplos atores sociais com suas específicas definições da realidade social. Com isso, explica Araújo (2004, p.92)

[...] o agente moral tem, assim, a possibilidade de elaborar os seus próprios planos de vida de acordo com suas formulações ontológicas do que é o humano. A direção que o agente toma ao escolher suas alternativas de ação não está limitada ao plano do desejo da consumação de objetos, mas ao tipo de humano que ele quer ser.

Parece evidente, nesse cenário, que o homem produz sentido sobre a dimensão simbólica que o governa sempre e inexoravelmente a partir de uma determinada condição existencial, na luta interminável por reconhecimento e visibilidade pública. Imerso no mundo da pluralidade do discurso e da ação, o ser humano passa a apreender e a manejar com o tecido simbólico no movimento constante e frenético de espirais hermenêuticas. Como proclama Stein (2003, p.36)

[...] o Dasein como ser-no-mundo introduz o ser-em como condição prévia de todo conhecimento. É a partir do ser-em que se estabelece a receptividade e a espontaneidade da experiência que, no desenvolvimento da analítica existencial, são apresentadas como sentimento de situação (afecção – *Befindlichkeit*) e compreensão (entendimento – *Verstehen*).

Na compreensão do ser, o ser humano irremediavelmente compreende-se a si mesmo e compreende os entes. Apenas a partir desse movimento da compreensão é que o ser humano pode se explicitar, visto que fora dele não teria acesso ao mundo, não seria precisamente o lugar onde os entes se dão. Pode-se reivindicar esse lugar porque sempre se é *Dasein*, esse ente de caráter superior entre os demais que se constitui precisamente pela compreensão do ser. De fato, “conhece, portanto, o ser humano, desde seu modo de ser; o como ele conhece é como ele é. Então chegamos à ‘essência’ do ser humano examinando seu modo de conhecer originário que é existencial”. O ser humano, portanto, é existência. Nas palavras de Heidegger, “a substância do homem é a existência” (STEIN, 2003, p.43).

Na dinâmica da existência, ainda segundo esse autor, o indivíduo é chamado a constituir-se como humanamente possível, como resultado da educação e da formação, por meio da capacidade de se desenvolver e se movimentar nas esferas simbólicas da cultura, da sociedade e da própria personalidade. Nessa perspectiva, Stein (2003, p.76)

com relação à cultura, o indivíduo deve ir aprendendo ou já ter assimilado a capacidade de interpretar todo o universo simbólico que passa a reger a sua vida e o seu convívio do ponto de vista do equilíbrio, da auto-inserção e do ajuste com os outros. Com relação à sociedade, o indivíduo deve aprender a seguir certas regras que dele são esperadas, em seu comportamento social, e que lhe permitem uma correspondência tranqüila às exigências da sociedade. Com relação à personalidade, a capacidade de mover-se na cultura e na sociedade deve conduzir a uma integração de tal tipo que o indivíduo constitua a sua identidade.

A constituição da identidade está ligada, assim, a um necessário grau de inserção do indivíduo na rede simbólica, o qual confere sentido à vida social. O modo-de-ser do ente humano é essencialmente dialógico e jamais monológico. A identidade é definida sempre em

diálogo com as coisas, com as pessoas, com as ricas linguagens do universo simbólico ordenador da história.

Nesse contexto, o que se pretende postular como hipótese é precisamente o fato de que a igualdade e a dignidade humana enraízam-se nos processos dinâmicos de busca e de afirmação da identidade. Como já ressaltado, elas constituem, nitidamente, formas de manifestação do *Dasein*, isto é, condições prévias de sentido, através das quais os indivíduos, ao compreenderem o ser dos fenômenos, passam a compreenderem-se a si mesmos. São, portanto, indícios formais que, ao determinarem o modo fundamental de conhecimento do ser humano, permitem a ele pensar o modo fundamental de ser do homem.

Igualdade e dignidade humana estabelecem-se não como fundamentos, mas como condições existenciais, pontos de partida inalienáveis, pelos quais os indivíduos podem engajar-se nas esferas da cultura, da sociedade e da própria personalidade, conferindo significado a si próprio, na sua específica singularidade, como membro de um todo.

A pergunta que deve ser colocada, portanto, sobre a condição humana não é “o que é o ser humano?”, já que remeteria a uma idéia platônica de homem, como deixou assentado Arendt. Mas a pergunta exata, antes sim, deveria ser “o que é *ser* humano?”. Tal percepção, assentada numa antropologia existencial, conduziria à visão de que o ser humano constrói a sua identidade, o seu reconhecimento e a sua visibilidade pública a partir da faticidade e da existência, conforme suas intrincadas relações com a rede simbólica que o governa no leito do rio de sua história.

Como visto acima, é no desenvolvimento das atividades inerentes à condição humana (labor, trabalho e ação) e no relacionamento efetivo e concreto com as formas básicas de interação social (amor, direito e solidariedade) que o indivíduo cria as condições de autoconfiança, auto-respeito e auto-estima, indispensáveis a sua auto-realização bem-sucedida, isto é, a uma vida digna de ser vivida.

Isto pelo simples fato de que o homem é ser-aí (*Dasein*), o ente que compreende o ser, pois se trata “do ser-aí (da alma) como ser-no-mundo junto das coisas”, no acontecer de sua temporalidade. O ser do ser-aí, a dimensão antropológica existencial do homem, é o cuidado (*sorge*), posto que nele estabelece-se uma relação circular entre sentimento de situação e compreensão. Essa elimina a idéia de representação e a substitui pelo modo de ser-em, de ser-no-mundo e de relação do ser-aí consigo mesmo como ter-que-ser e ser-para-a-morte (faticidade e existência). O cuidado é o ser do ser-aí porque o ser-aí tem nele o horizonte de seu sentido: a temporalidade (HEIDGGER, 1988; STEIN, 2003).

Daí a conclusão de que a pergunta sobre o “que é ‘o’ ser humano?” prescreve uma tomada de posição objetificante à medida que postula uma definição atemporal da natureza humana, obscurecendo o fato de que o homem apenas é na aventura de sua facticidade e existência. Assim, todo conhecimento e toda experiência enraízam-se no horizonte existencial, no ser-em, no sentimento de situação experimentado por cada indivíduo, no cuidado como modos do ser-aí enquanto ser-no-mundo.

Segundo afirma Heidegger (1988), “como abertura, a compreensão sempre alcança toda constituição fundamental do ser-no-mundo; como poder-ser, o ser-em é sempre um poder-ser-no-mundo”. Dito de outro modo, a identidade do ser humano emerge desse abismo da compreensão, dessa abertura para a produção de significados a partir da rede simbólica que o orienta.

Por esse motivo, a igualdade e a dignidade humana não podem ser concebidas como entidades passíveis de definições rígidas e acabadas, senão como fenômenos que se dão num encontro com o ser-aí, que sempre pressupõe uma relação de acontecimento. Portanto, são valores (ou princípios) que se manifestam a partir de uma construção no espaço e no tempo do discurso e da ação; ou, se revelam ainda como um momento que permite a cada um afirmar-se e consolidar-se no terreno da vida comum, assegurando o reconhecimento e a visibilidade pública na arena, sobre a qual se ergue a partilha de um entendimento sobre as práticas simbólicas que oferecem unidade e legitimidade à vida social. É, portanto, apenas no aparecer público e na luta por reconhecimento que a igualdade e a dignidade humana tecem-se como valores concretos de uma sociedade histórica, aberta ao tempo, às transformações e ao novo.

Carente da concretude da condição humana e dos padrões intersubjetivos de reconhecimento recíproco do amor, do direito e da solidariedade, a igualdade e a dignidade humana perdem-se num simulacro de abstrações destituídas de significação, reduzindo-se a conceitos forjados com base em visões objetificantes do ser humano ou da natureza humana, que pouco ou nada dizem com relação à vida inserida na dinâmica dos conflitos, dos contrastes, das violências e das degradações que permeiam a relação dos indivíduos com o seu universo simbólico de referência.

Justamente quando deparados com situações extremas de degradação e violência, vistas como manifestações da negação do reconhecimento e da vida ativa, os homens podem assimilar as formas por meio das quais se infere a recusa da igualdade e da dignidade humana como horizontes imaginários da comunidade política; isso porque não se tratam de valores transcendentes, mas especialmente de atributos existenciais que devem ser vistos a partir de circunstâncias concretas. Não há, portanto, igualdade e dignidade humana pairando nas

nuvens como fundamentos transcendentais da ordem social; o que há são apenas fontes imaginárias que dizem respeito à intangibilidade dos indivíduos, e que só possuem algum significado nas relações inter-pessoais de reconhecimento recíproco e no relacionamento igualitário no âmbito de uma comunidade política específica (HEBERMAS, 2004).

Por isso mesmo, não há “valores” em si, como entes objetificados, mas apenas horizontes simbólicos que orientam as significações coletivas de uma determinada sociedade num momento histórico específico. Longe de ser uma propriedade que se pode ‘possuir’ por natureza, como a inteligência ou os olhos azuis, e nem tampouco algo que se aproxima do sagrado, como aspirações metafísico-religiosas, os princípios da igualdade e da dignidade humana só apresentam significação concreta, se percebidos como horizontes simbólicos no interior da regulamentação normativa de relações interpessoais, estabelecendo, na visão de Habermas, um poroso invólucro de proteção contra certas contingências, às quais o corpo vulnerável e a pessoa nele representada estão expostos. Trata-se, pois, da tentativa de proteção de cada subjetividade no âmbito das complexas interações sociais de reconhecimento, posto que o “si mesmo individual surge apenas com o auxílio social da exteriorização e também só pode *se estabilizar* na rede de relações intactas de reconhecimento”. Os princípios morais, como são os da igualdade e da dignidade humana, decorrem do universo das relações intersubjetivas possíveis, na medida em que “apenas nessa rede de relações de reconhecimento legitimamente reguladas é que as pessoas podem desenvolver e manter uma identidade pessoal, juntamente com sua integridade física” (HABERMAS, 2004, P.47-48).³²

E aqui reside o ponto culminante da construção contemporânea dos princípios da igualdade e da dignidade humana. A construção da identidade pessoal e a proteção da integridade física denotam que a política sempre espreitou a vida humana como o objeto primordial do poder. É sem dúvida a manipulação da condição humana, o objetivo essencial dos cálculos do poder. O que está em jogo na inserção do indivíduo na vida social é sem dúvida o reconhecimento de sua vida nua, de modo que a política sempre foi biopolítica, isto é, a vida sempre se manifestou como o objeto primordial do poder. Assim, o que está diretamente em evidência, no exercício do poder forjado pela comunidade política, é a produção e a reprodução da própria vida (AGAMBEN, 2002).

³² Uma visão metafísico-religiosa da dignidade humana, circunscrita aos horizontes estreitos da tradição cristã associada ao humanismo abstrato de Kant, limitada, ao nosso sentir, para a compreensão da complexidade, da fragmentação e da pluralidade multicultural do mundo contemporâneo, bem como das formas mais drásticas de degradação, é desenhada por SPAEMANN (1998).

2.3 Os (des)caminhos da igualdade e da dignidade (da pessoa) humana: breve genealogia da afirmação da condição humana

Toda análise empreendida sobre o conteúdo existencial da condição humana e dos vínculos inelutáveis com o poder soberano, os quais determinam, de modo decisivo, as situações existenciais da construção da identidade, do reconhecimento e da visibilidade como pública no espaço do mundo comum partilhado, deixa claro o fato de que igualdade e dignidade humana aparecem como as fontes imaginárias da constituição da comunidade política, ao conferir a possibilidade da manifestação do ser humano enquanto ser-no-mundo.

A igualdade e a dignidade humana estão inscritas, desde sempre, como um acontecer prévio, no sentimento de situação, que motivam originariamente o *ser* do ente humano.

Portanto, a hipótese aqui consiste em perceber esses valores ou princípios como instituições imaginárias da sociedade, os quais fixam as condições de possibilidade do exercício da *vita activa*. Sob esse ponto de vista, busca-se a genealogia desses dois componentes básicos da condição humana, que asseguram as condições prévias de sentido da constituição da comunidade política democrática.

Desde o pensamento clássico e a partir da leitura realizada pelo imaginário filosófico, político e jurídico moderno, tais valores sempre aparecem, de algum modo, como espectros que rondam tanto a origem quanto o sentido da vida justa em sociedade. Nesse sentido, pretende-se pontuar algumas leituras paradigmáticas dos valores ou princípios em questão, a fim de verificar se os conteúdos previamente analisados estão quase sempre presentes, em maior ou menor escala e com tonalidades diferentes, nas diversas fases do pensamento filosófico e jurídico-político do Ocidente.

Inegavelmente, pode-se facilmente perceber que, no âmbito do imaginário grego clássico, especialmente na formulação aristotélica, o valor atribuído à igualdade possui um inefável alcance e um papel precípuo na formação da comunidade política, ao dignificar o homem como animal político (*politikon zoon*).

Retomando os conceitos de Arendt (2001), vê-se que a marca fundamental da cidadania, no horizonte clássico, consiste justamente na possibilidade do ser humano ultrapassar as simples esferas do labor e do trabalho, assumindo, em igualdade de condições, o exercício pleno do discurso e da ação num espaço compartilhado pelos integrantes livres da comunidade. Isto porque a vida na antiguidade era formatada com ênfase na nítida distinção entre *Oikia* (casa) e *polis* (comunidade política), que correspondia às também distintas esferas

da vida humana: a *zoé* (vida nua) e a *bíos* (vida política). Tal fato determinava claramente a separação entre a esfera privada e a esfera pública. A primeira referia-se ao reino da necessidade, a uma atividade cujo objetivo primordial era atender às exigências da condição animal do homem: alimentar-se, repousar, procriar, etc. A necessidade incidia sobre o homem como uma forma de coação, obrigando-o a exercer um tipo de atividade específica para viver: o labor. Desse modo, o local do labor era a casa, que circunscrevia a vida do *animal laborans* à esfera estritamente privada, da disciplina econômica. A cidadania, por outro lado, emergia precisamente da libertação das agruras da necessidade, à medida que esta impedia o exercício pleno da liberdade. (FERRAZ Jr., 1994).

Na precisa interpretação de Ferraz Jr. (1994), de fato, o cidadão exercia sua atividade própria no âmbito da *polis*, que constituía a esfera pública; apenas aí, segundo Agamben (2002, p. 23),

ele se encontra entre seus iguais, sendo livre a sua atividade. Esta se chamava ação. A ação partilhava uma das características do labor, sua fugacidade e futilidade, posto que era um contínuo sem uma finalidade preconcebida. Mas à diferença do labor, a ação significava a dignificação do homem. Igual entre iguais, o homem ao agir exercitava sua atividade em conjunto com os outros homens, igualmente cidadãos. O seu terreno era o do encontro dos homens livres que se governam.

Por essa razão, a *polis* não se restringe a um limite físico ou normativo, mas se afirma como um conjunto de ações. No entanto, essa teia de relações só é possível a partir da delimitação física da cidade, do trabalho do arquiteto, do preparo da legislação e do trabalho do legislador. Assim sendo, o trabalho consiste na atividade dedicada à elaboração de coisas que se destacam do seu produtor, adquirindo permanência no mundo, dominado pela relação meio/fim. Portanto, o trabalho traz em si a marca da violência, pois é uma atividade que transforma a natureza, ao dominá-la. Essa diferenciação influencia de modo decisivo a produção do espaço da cidadania e da construção da vida justa.

Ainda, segundo Ferraz Jr. (1994), a legislação como trabalho do legislador não se confunde, no mundo antigo, com o direito como resultado da ação. Em outros termos, havia uma diferença entre *lex* e *jus* na proporção da diferença entre *trabalho* e *ação*, de modo que “o que condicionava o *jus* era a *lex*, mas o que conferia estabilidade ao *jus* era algo imanente à ação: a virtude do justo, a justiça”.

Para Aristóteles, a verdadeira cidadania é definida pela igual possibilidade de participação nas funções judiciárias e públicas. O que dignifica o homem, portanto, é a igualdade no exercício da palavra e da ação, no jogo ininterrupto da construção da justiça;

tarefa tanto imprescindível quanto inevitável no espaço da aparência, já que, segundo ele, “nos poderes políticos, desde que a cidade se funde na igualdade e na perfeita semelhança dos cidadãos, cada um pretende ter o direito de exercer a autoridade por sua vez” (FERRAZ Jr., 1994, p. 98).

Assim, a igualdade é uma condição da própria legislação, uma vez que, na cidade urdida sobre a desigualdade, a sobrevivência da lei torna-se lânguida e impraticável. Sem a condição humana da pluralidade, apenas realizável no espaço público estabelecido para o encontro dos homens livres que se governam, a lei e a justiça jamais lograriam realizar-se. Por estar sustentada no exercício da ação, a estabilidade do *jus* não prescinde da igualdade; sua ruína tende a colocar em xeque a própria sobrevivência do trabalho legislativo. Na exata percepção do filósofo, “vê-se, pois, que as leis só são necessárias para os homens iguais por nascimento e aptidões; quanto aos que, a tal ponto, se elevam acima dos outros, para esses não há lei; eles são a sua própria lei”.

É como se a desigualdade (cor)rompesse a possibilidade de sobrevivência da esfera pública, ao ser pulverizada por uma forma de autoridade típica da esfera privada, da *Oikias* (casa), consubstanciada no poder do mais forte (*pater familias*). Por tudo isso, a igualdade e a dignidade humana, intimamente ligadas, alicerçam as condições do aparecer social de cada cidadão, conferindo-lhe visibilidade pública e garantindo a unidade e a legitimidade das práticas coletivas.

Nesse sentido, Aristóteles (2005, p. 98) afirma que a comunidade democrática, na sua acepção positiva,

[...] é aquela que tem a igualdade por fundamento. Nos termos da lei que regula essa democracia, a igualdade significa que os ricos e os pobres não têm privilégios políticos, que tanto uns como outros não são soberanos de um modo exclusivo, e sim que todos o são exatamente na mesma proporção. Se é verdade, como muitos imaginam, que a liberdade e a igualdade constituem essencialmente a democracia, elas, no entanto, só podem aí encontrar-se em toda a sua pureza, enquanto gozarem os cidadãos da mais perfeita igualdade política.

Aí reside, pois, no imaginário da antiguidade clássica, a fonte da instituição do mundo social. A igualdade política expressa a própria “*dignificação*” da condição humana e o elo que permite à vida nua de cada indivíduo encadear-se ao poder soberano, estabelecendo os seus limites a partir do domínio da ação política.

Na era moderna, por sua vez, os ideais da igualdade e da dignidade da pessoa humana constituíram-se em expressões da afirmação dos valores liberais-individualistas da burguesia

ascendente contra a antiga ordem de privilégios do *Anciën Regime*. Nota-se, pois, que elas assumem uma caracterização absolutamente distinta da visão grega clássica. Com efeito, a emergência e a consolidação do modelo econômico capitalista promovem gradativamente a diluição da condição humana da ação na atividade humana do trabalho. Com isso, a “*dignificação*” do homem deixa de ser associada à possibilidade de participação equânime nos assuntos da vida pública e passa a identificar-se com a sua inserção pragmática e triunfante no processo de acumulação de riquezas.

Assim, no mundo comandado pelo *homo faber*, há uma espécie de degradação da vida humana, visto que todas as relações sociais são instrumentalizadas, reificadas, isto é, são medidas única e exclusivamente pela sua utilidade e pelo seu valor econômico. O imaginário político moderno erige-se a partir de uma concepção abstrata da individualidade, segundo a qual os indivíduos são vistos como seres isolados que, lançados ao convívio social, relacionam-se com o mundo por meio da troca de mercadorias. O elemento básico da sociabilidade humana consiste, pois, na competição deflagrada na arena do mercado, posto que os homens convivem especialmente pelo intermédio da mediação mercantil.

Do ponto de vista de Dumont, a era moderna implica uma verdadeira “revolução nos valores”, consolidando sociedades fundadas num novo arsenal de idéias que as separam radicalmente das sociedades tradicionais. Assim, o autor nomeia de “ideologia moderna” a esse conjunto das idéias e dos valores comuns em uma sociedade, e que, no contexto da modernidade, traduz-se na extrema valorização do “ser humano individual”. Para o tipo moderno de sociedade, “cada homem é uma encarnação da humanidade inteira e, como tal, é igual a qualquer outro e livre. É o que chamo de ‘individualismo’” (DUMONT, 2000, p. 14).

No mundo moderno, o indivíduo aparece como a base fundamental da realidade, como a fonte primária da constituição da comunidade. O relato político moderno inaugura, com a Ilustração e o Contratualismo, a idéia de que o indivíduo ergue-se como o ponto de partida para qualquer forma racional de convívio social. Entretanto, não se trata mais do indivíduo concreto, que encontra suas referências na ação cotidiana no espaço da aparência, mas do indivíduo abstrato, despido de qualquer elemento exterior, definido à margem da sociabilidade. De fato, a concepção moderna aceita passivamente a noção hobbesiana de que a sociabilidade seria uma função acidental na vida do indivíduo, e não um conceito fundamental ou primário. Diante disso, compreende o ser humano como racional, livre e igual, porém alheio às formas reais de produção de sua existência (CAPELLA, 1997, p.104). Livres de todas as amarras da rígida e hierárquica estrutura de estamentos, os indivíduos poderiam agora veicular livremente as suas concepções acerca da vida digna, fazendo eclodir um

mundo calcado na subjetividade de sujeitos atomizados. A Ilustração política fixa o eixo da dignidade humana na liberdade de auto-realização (KRIELE, 1982).

Taylor demonstra que a emergência da concepção moderna de igualdade e de dignidade, como manifestações do reconhecimento e da identidade, vincula-se a duas mudanças centrais; a primeira delas consiste no colapso das hierarquias sociais, fundadas na noção de *honra*; esta, por sua vez, no contexto do antigo regime feudal, está intrinsecamente ligada a desigualdades. Para que uns tenham honra é essencial que nem todos a possuam. Opondo-se frontalmente a essa noção de honra, surge a noção moderna de dignidade, apreendida num sentido universalista e igualitário que permite falar da ‘dignidade inerente dos seres humanos’ ou de dignidade do cidadão, assentada sobre a premissa de que todos partilham dela. A segunda mudança, por outro lado, consiste na nova compreensão da identidade individual que surgiu no final do século XVIII, construída sobre o pilar do ideal de ‘autenticidade’, isto é, da identidade particular a mim e que descubro em mim mesmo (TAYLOR, 2000).

Com efeito, se nas sociedades tradicionais, a estrutura de castas representava um traço fundamental da própria autopercepção dos indivíduos como tais, ante a existência da submissão à hierarquia como um valor supremo, o que determinava a fusão entre identidade e posição social; nas sociedades modernas o individualismo implica, por si mesmo, não apenas a idéia de igualdade, mas também a de liberdade, a idéia de que os indivíduos são dotados de um sentido moral, de um sentimento intuitivo acerca do que é certo ou errado. Muito embora a igualdade possa encontrar-se valorizada no interior de certos limites sem que implique em individualismo, como no caso da Grécia antiga, a ideologia moderna rompe definitivamente com essa possibilidade ao subordinar as relações entre os homens às relações entre os homens e as coisas. Com isso, a sobrevalorização do aspecto econômico, ao engendrar a diluição do privado no público, faz com que a igualdade só possa ser pensada nos limites do individualismo (DUMONT, 2000).³³

³³ Dumont (2000) percebe, no entanto, a mistificação da igualdade no tipo moderno de sociedade, porque é possível encontrar um resíduo de hierarquia sob a forma das desigualdades sociais, mas como a hierarquia propriamente dita é um tabu ou algo impensável no âmbito da ideologia moderna, designamos este resíduo com uma expressão que avoca a natureza inanimada e que traduz, portanto, nossa incompreensão do fenômeno: falamos de ‘estratificação social’. E, de outro lado, é equivocado pensar que as sociedades tradicionais, tipicamente de castas, por privilegiarem a noção de *honra*, que pressupõe desigualdades, não comportam em seu interior certa noção de igualdade. Segundo Dumont, “em um sentido mais amplo, igualdade e hierarquia estão necessariamente combinados, de uma forma ou de outra, em todo sistema social. Por exemplo, toda gradação de *status* implica a igualdade – ao menos nesta relação – no interior de cada um deles”.

Desse modo, igualdade e dignidade conectam-se ao ideal da autenticidade, ao ideal “de ser fiel a mim mesmo e a minha própria maneira particular de ser”. Nesse sentido, acrescenta Taylor (2000, p. 243-244)

[...] ser fiel a mim mesmo significa ser fiel à minha própria originalidade, que é algo que somente eu posso articular e descobrir. Ao articulá-la, estou também definindo a mim mesmo, realizando uma potencialidade que é propriamente minha. Essa é a compreensão de pano de fundo do ideal moderno de autenticidade, e das metas de autocomplementação e de auto-realização em que o ideal costuma se assentar.

Com esse novo pano de fundo, a igualdade no palco da democracia (representativa) moderna é tecida a partir de postulados eminentemente individualistas e, embora represente um formidável passo na superação da sociedade hierárquica feudal, fica reduzida ao plano ‘privado’, traduzindo uma característica indispensável e fundamental para a consolidação do sistema social capitalista. O fato de serem percebidos abstratamente como sujeitos livres e iguais, sob o rótulo de “sujeitos de direitos”, simboliza apenas e tão-somente uma igualdade num determinado âmbito discursivo, que permite a dissimulação, a ocultação e o funcionamento das relações de produção da vida material. Essa postura impõe uma representação determinada da vida social e possui, de fato, uma função prática: a de ocultar a dominação (HERRERA FLORES, 2003, p.05). Isso porque o *homo faber* percebe todas as relações sociais a partir de sua utilidade e valor econômico, o que faz com que a esfera pública deixe de ser o local do “reino da liberdade” e transmute-se no local do intercâmbio e apropriação de interesses privados conflitantes. Se, no período clássico, a dignidade e a liberdade pressupunham o “estar entre iguais” para o exercício do discurso e da ação; no cenário moderno ela está em incessante conflito com a igualdade. Assim concebida, a liberdade pode produzir personalidades infinitas cujas aspirações acabam tornando-se incompatíveis. A sociedade moderna distancia-se radicalmente do modelo clássico ao forjar indivíduos que, em primeiro lugar, assumem a consciência de seus direitos e apenas posteriormente estão obrigados a pôr-se ao serviço de fins coletivos (CARPINTERO BENÍTEZ, 2000).

No contexto da sociedade liberal moderna, na realidade, o fim principal é a expansão da personalidade individual, ainda que o desenvolvimento da personalidade mais rica e dotada possa se afirmar em detrimento da expansão da personalidade mais pobre e menos dotada. Por isso mesmo, a única forma de igualdade que se torna compatível com a liberdade tal como entendida pela doutrina liberal é a igualdade na liberdade, ou seja, a idéia de que cada

indivíduo possa gozar de tanta liberdade quanto compatível com a liberdade dos outros, podendo fazer tudo o que não ofenda a liberdade dos demais.

Tratava-se, efetivamente, de uma igualdade estritamente formal perante as leis do Estado. Esse modelo de igualdade consolida-se, portanto, como um elemento básico da configuração jurídica da teoria política liberal. Como diretriz voltada aos juízes, significa que a lei deve ser imparcialmente aplicada porque apenas desse modo assegura igual tratamento aos iguais. De outro lado, como comando direcionado aos legisladores, intenta refletir a máxima segundo a qual ‘todos devem ter igual lei’, rompendo-se, assim, com uma ordem jurídica mantenedora de hierarquias e privilégios típica do medievo.

Tais expressões da igualdade e da dignidade humana constituíram, inegavelmente, o cimento (ideológico) da ordem jurídica liberal burguesa, num cenário de ruptura com a justiça de linhagem típica da ordem aristocrática medieval. Entretanto, no plano jurídico-cultural, o pilar da tradição liberal-individualista, qual seja, a noção de igualdade formal perante a lei, constrói-se a partir de uma tensão entre as categorias da identidade e da diferença. Segundo Herrera Flores (2003), a abstração da igualdade conduziu inevitavelmente a uma prevalência das concepções formais e procedimentais da justiça. Isto ocorre justamente porque a homogeneidade constituiu o ingrediente ideológico necessário à construção do Estado liberal-burguês.

A narrativa política da democracia moderna esconde, pois, o fato de que tanto a liberdade quanto a igualdade só podem ser vislumbradas a partir dos antagonismos concretos que marcam a sociedade civil. É no interior da dinâmica da divisão social do trabalho e das contradições e lutas, daí advindas, que os direitos devem ser pensados e articulados, pois todos os produtos culturais carregam as marcas das condições históricas reais e particulares. Daí deriva a conclusão intocável de que “no hay productos culturales al margen del sistema de relaciones que constituye sus condiciones de existencia. No hay productos culturales en sí mismos. Todos surgen como respuestas simbólicas a determinados contextos de relaciones”(HERRERA FLORES, 2003, p. 07).

Por outro lado, se a reificação apresenta-se como um fenômeno inarredável da sociedade capitalista moderna, que emerge como um processo pelo qual o valor do que quer seja venha apresentar-se à consciência dos homens como valor econômico, valor de troca, isto é, como simples mercadoria; o próprio império da igualdade e da dignidade humana, como exercício do discurso e da ação, é radicalmente deposto. Isso se dá à medida que também os homens passam a contar pela quantidade e qualidade da riqueza que produzem, podendo transformar-se em meio para outros homens. Aí reside a violenta crítica de Marx, quando

denuncia a inversão completa da relação pessoa-coisa, operada na sociedade capitalista. Como sintetiza Comparato (2005, p.24),

enquanto o capital é, por assim dizer, personificado e elevado à dignidade de sujeito de direito, o trabalhador é aviltado à condição de mercadoria, de mero insumo no processo de produção, para ser ultimamente, na fase de fastígio do capitalismo financeiro, dispensado e relegado ao lixo social como objeto descartável.

A aflição presente na condição do homem moderno, ao ver-se cada vez mais reduzido à condição de mercadoria ou mesmo de lixo e impossibilitado de descobrir que as coisas podem ser valiosas por elas mesmas e não simplesmente como instrumentos, conduziu a uma tentativa paradoxal de resgate dos valores da igualdade e da dignidade humana. Na asserção de Ferraz Jr., a tragédia do mundo do *homo faber* está baseada no fato de que a única possibilidade de escape do problema do significado das coisas é encontrar uma solução, que em si é paradoxal, ou seja, a idéia de um fim em si mesmo. Tal noção é um paradoxo, posto que todo fim, segundo essa concepção, deveria ser meio para um fim subsequente. Assim, se na sociedade dominada pela perspectiva do *homo faber*, a troca de mercadorias transforma-se na principal atividade política, nela os homens são julgados não como pessoas, mas como produtores e segundo a utilidade dos seus produtos (FERRAZ Jr. 1994).

Nessa trajetória, a filosofia de Kant procurou, de forma extremamente elevada, responder ao dilema dessa tragédia. A dignidade do homem, diz Kant, emerge do fato de poder estipular, livre e racionalmente, leis morais de caráter universal e conformar a sua ação a essas prescrições. Essa formulação de leis universais da razão, erigidas não da experiência, mas segundo princípios *a priori*, seria a qualidade distintiva do ser humano, a sua dignidade. Para Kant, “a razão prescreve a maneira como se deve agir, mesmo quando ninguém tenha agido assim”, o que conduziria à formulação de imperativos, que se trata “de uma regra prática, em virtude da qual uma ação em si mesma contingente se converte em necessária”. Assim, o fundamento da ação humana, “o princípio supremo da moral” seria: “age segundo uma máxima que possa ter valor como lei geral. Toda máxima que não seja suscetível dessa extensão é contrária à moral”. Assim, o imperativo categórico (absoluto) pretende enunciar, de uma maneira geral, o que é obrigatório, a partir da subjetividade das ações individuais. Desse modo, a pessoa considerada como fim em si mesmo, e não como meio, funda, na concepção kantiana, a possibilidade de construir a noção de dignidade, a qual repudia qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano (KANT, 2002; 1993).

No entanto, sua proposta não resolve o problema, uma vez que a esfera pública, dissolvida na esfera do mercado, tende a não desatar o nó segundo o qual os homens apenas relacionam-se devidamente com os demais por meio da troca de mercadorias. A reivindicação do homem como fim em si mesmo, não obstante a grandiosidade da proposta, tende a apagar-se, tendo em vista que, ainda assim, o seu relacionamento com o mundo e com os demais indivíduos só é possível pela mediação das coisas. Ademais, a racionalidade universal, propalada por Kant, representa apenas e tão-somente uma subjetividade específica: a do cálculo prospectivo da individualidade moderna. Portanto, trata-se menos de uma razão universal constituída *a priori* e mais de uma racionalidade pragmática de sujeitos atomizados, da racionalidade individualista e calculista da modernidade.

Tanto é assim que Kant, paradoxalmente, a despeito de postular o valor intrínseco do ser humano, como fim em si mesmo, e a impossibilidade de sua utilização como meio por outros homens, consegue, ao mesmo tempo, fundamentar e atribuir legitimidade à pena de morte. Na *Doutrina do Direito*, afirma que “devem ser punidos com a morte todos os assassinos e todos que tenham ordenado semelhante crime ou sido cúmplices. Assim o pede a justiça considerada como Idéia do poder judicial, segundo leis gerais fundadas *a priori*” (KANT, 2003). Mesmo se admitindo a pena de morte, a partir da visualização do direito penal como expressão do imperativo categórico, o que justificaria a eleição do talião como única resposta às práticas delituosas, como violação das leis universais da razão, é a racionalidade pragmática e calculista, que sustenta a legitimidade da pena de morte em Kant. É justamente a necessidade de conservação do poder instituído, a autoridade do poder soberano, e não, ao fim e ao cabo, a intangibilidade da lei moral, que confere justificação à pena capital.³⁴

É sem dúvida a razão calculista que limita a filosofia de Kant, comprimida no espartilho da individualidade moderna, da racionalidade pragmática de indivíduos cuja subjetividade está moldada pela mediação das coisas. Nas palavras de Ferraz Jr. (1994, p. 25-26),

³⁴ Em outra passagem, Kant deixa transparecer que a justificação da pena de morte repousa mais na racionalidade calculista que na universalidade e inflexibilidade da regra moral. Diz ele que, “porém, se o numero de cúmplices (correi) de um crime é tão grande que o Estado, para se desfazer de todos os criminosos, tivesse de matar todos os seus indivíduos e não quisesse, contudo, dissolver-se, passar ao estado natural (...), e não quisesse, sobretudo, embotar a sensibilidade do povo com um espetáculo sangrento, o soberano deveria ter então o direito de manifestar junto ao juiz este estado de necessidade (*casus necessitatis*) e dar uma sentença que aplicasse uma pena que não fosse a de morte, por exemplo, a deportação, conservando assim a vida da multidão”. (Idem, p. 180). Ora, ou a lei moral *a priori* é inflexível e a pena de morte expressa o imperativo categórico, ou então todo o edifício penal kantiano fica sem uma base sólida de sustentação. Resta evidente, pois, que a plena decisão sobre a pena de morte repousa, aqui, apenas na interrupção da dissolução do estado ou no simples desejo egoístico do soberano de não “embotar a sensibilidade do povo com um espetáculo sangrento”.

na sociedade dominada pela concepção do *homo faber* a troca de produtos se transforma na principal atividade política. Nela os homens começam a ser julgados não como pessoas, como seres que agem, que falam, que julgam, mas como produtores e segundo a utilidade dos seus produtos.

Nessa sociedade, o direito também passa a ser considerado como um bem que se produz; identifica-se o *jus* com a *lex*. O direito converte-se em objeto de uso, que se protege, que se adquire, que pode ser cedido, enfim, que tem valor de troca. Com efeito, “como no mercado de trocas os homens não entram em contato uns com os outros, mas com os produtos produzidos, o espaço da comunicação do *homo faber* é um espaço alienante porque de certa maneira exclui o próprio homem”(FERRAZ Jr., 1994, p. 26).

Desse modo, esvaziam-se os valores da igualdade e da dignidade, vistos agora apenas como a possibilidade da expansão das individualidades abstratas, mediadas pela relação com as coisas, com as mercadorias. O direito como conjunto de normas gerais abstratas, como objeto de uso, como sistema de normas e direitos subjetivos constituídos independentemente das situações reais, converte-se em mero instrumento de atuação do homem sobre outro; perde então a referência ética inerente ao exercício da ação, da afirmação da vida ativa e da luta por reconhecimento.

Na contemporaneidade, porém, opera-se uma transformação ainda mais drástica, a absorção da idéia de trabalho pela idéia de labor. Na era do *animal laborans*, o direito deixa de ser o resultado do trabalho produtor de normas e torna-se produto do labor, isto é, objeto de consumo ou bem de consumo. Se, por um lado, o trabalho apresentava uma produtividade, a construção de objetos e resultados duráveis, o labor esgota-se na realização das necessidades vitais, na produção das condições de subsistência, apresentando como excedente apenas a força de trabalho. Assim, “numa sociedade dominada pela idéia do *animal laborans*, ou seja, na sociedade de operários ou sociedade de consumo, o centro não é mais o mundo, construído pelo homem, mas a mera necessidade da vida, a pura sobrevivência”. Atado à satisfação das necessidades, o homem torna-se praticamente indiferente ao mundo, isolado no afazer cotidiano das atividades de reprodução biológica do corpo. Com efeito, argumenta Ferraz Jr. (1994, p. 26-27)

o homem movido pela necessidade não conhece outro valor, nem conhece outra necessidade, senão a sua própria sobrevivência. (...) No mundo do *animal laborans*, tudo se torna absolutamente descartável. Nada tem sentido, senão para a o sobrevivência de cada qual, ou seja, numa sociedade de consumo, os homens passam a ser julgados, todos, segundo as funções que exercem no processo de trabalho e de produção social.

Assim, o sujeito moral, igual e digno, é valorado a partir da capacidade de participar ativamente da sociedade de consumidores, de manipular com desenvoltura os bens e os signos do mercado. A igualdade e a dignidade ficam limitadas à idiossincrática definição do porco Napoleão de Orwell (1951, p. 114), no qual fica evidenciado que, se, de um lado, “todos os animais são iguais”, de outro, “uns são mais iguais do que outros”.

No âmbito do Direito, “esta lógica da sociedade de consumo torna-o mero instrumento de atuação, de controle, de planejamento, tornando-se a ciência jurídica um verdadeiro saber tecnológico” e os indivíduos, seres descartáveis, cujas vidas padecem sob a gestão aterrorizante do poder soberano. Atualmente, assiste-se a um momento de aguda degradação dos valores da igualdade e da dignidade, processos sistemáticos de exclusão e vitimação de amplos segmentos populacionais e pessoas cada vez mais relegadas à condição de lixo da sociedade de consumidores.

2.4 Interlúdio: a degradação da igualdade e da dignidade (da pessoa) humana na contemporaneidade: exclusão e vitimação na era da globalização ou a vida digna *versus* poder soberano no paradigma da exceção

Na trajetória do pensamento político moderno, os direitos humanos surgiram, a partir de um determinado contexto histórico específico, como resultado de resistências, lutas, agonias e traumas sociais que impossibilitavam a realização de uma vida digna. Portanto, esses direitos expressam um produto cultural que o Ocidente propõe para encaminhar as ações necessárias, a fim de alcançar-se uma vida com dignidade, no palco de formações sociais que encenam relações baseadas na expansão do modelo econômico capitalista. Os processos de luta pela dignidade, sintetizados pela construção gradual dos direitos humanos, exprimem os nexos íntimos de convivência entre direito e violência ante a afirmação dos poderes violadores dessa mesma dignidade (poder soberano). Se a vida humana sempre consistiu no objeto primordial do poder, cabe refletir em que medida o poder soberano é ilimitado no que tange à administração da vida corporal dos homens.

Nessa linha, o filósofo Agamben propõe que “a implicação da vida nua na esfera política constitui o núcleo originário – ainda que encoberto – do poder soberano”, de modo que é possível perceber que “colocando a vida biológica no centro de seus cálculos, o Estado moderno não faz mais, portanto, do que reconduzir à luz o vínculo secreto que une o poder à vida nua (...)” (AGAMBEN, 2002, p.14).

Adicionalmente Agamben (2002, p.15) O autor assevera que a fórmula singular de Aristóteles, ‘gerada em vista do viver, existente em vista do viver bem’, sobre o *telos* da comunidade política,

pode ser lida não somente como uma implicação da geração (*ginoméne*) no ser (*oûsa*), mas também como uma exclusão inclusiva (uma *exceptio*) da *zoé* na *polis*, quase como se a política fosse o lugar em que o viver deve se transformar em viver bem, e aquilo que deve ser politizado fosse desde sempre a vida nua. A vida nua tem, na política ocidental, este singular privilégio de ser aquilo sobre cuja exclusão se funda a cidade dos homens.

Abamben (2002) formula a impactante tese de que a dupla categoria fundamental da política ocidental não consiste na fórmula “amigo-inimigo”, mas na “vida nua-existência política, *zoé-bíos*, exclusão-inclusão”. Desse modo, a vida política, a arena pública, a palavra e a ação, como espaços da aparência, existem “porque o homem é o vivente que, na linguagem, separa e opõe a si a própria vida nua e, ao mesmo tempo, se mantém em relação com ela numa exclusão inclusiva”. A vida humana é, assim, para o autor italiano, “a vida matável e insacrificável do *homo sacer*”, figura do direito romano arcaico segundo a qual a vida humana é incluída no ordenamento unicamente sob a forma de sua exclusão (ou seja, de sua absoluta matabilidade).

O *homo sacer* (homem sacro), no direito romano arcaico, representava o indivíduo que se situava no limiar entre a sacralidade e a bestialidade, entre o sagrado e o profano, entre a pureza e a impureza. Tratava-se, em realidade, de um homem que o povo julgou por um delito, e, embora não sendo lícito sacrificá-lo, quem o mata não será jamais condenado por homicídio. Assim, o *homo sacer* vive continuamente sob o signo da ambivalência: a impunidade de sua morte e o veto do sacrifício.³⁵

A vida do *homo sacer*, “a vida insacrificável e, todavia, matável, é a vida sacra”. Ao lado da ambivalência originária da sacralidade que lhe é inerente, o traço distintivo da sua condição é, sobretudo, “o caráter particular da dupla exclusão em que se encontra preso e da violência à qual se encontra exposto” (AGAMBEN, 2002, p.90). Ele está fora da jurisdição humana (direito penal), mas nem por isso encontra amparo na lei divina. A inclusão da vida nua na ordem jurídica dá-se apenas e tão-somente por meio de sua exclusão, pela

³⁵Ver, também, GALINDO HERVÁS, Alfonso. *Política y Mesianismo: Giorgio Agambem*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2005, p. 40-55. Para Agamben (2002, p.44), explica Galindo Hervás, “tanto la posibilidad de la aplicación de las normas (a los casos normales) como la de su suspensión (que, sin embargo, no anula el orden jurídico) es posible porque toda norma se refiere en última instancia a la vida, surge de ella”.

possibilidade absoluta de que qualquer um, especialmente o soberano, possa impunemente eliminá-la (GALINDO HERVÁS, 2005, p.51).

A dimensão política do *homo sacer*, o vínculo (oculto) que o liga ao poder soberano, consiste justamente no fato de que, ao ingressar na vida politicamente qualificada, o indivíduo o faz concedendo ao soberano um direito de vida e morte sobre ele. Se o soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção, conforme proposição de Schmitt, pode ele a qualquer momento, suspendendo a lei, inserir a vida nua como o referente da decisão soberana. Com efeito, “soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, e sacra, isto é, matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nesta esfera”. Nesse contexto, Agamben (2002, p.91) aduz que

a sacralidade da vida, que se desejaria hoje fazer valer como um direito humano em todos os sentidos fundamental, exprime, ao contrário, em sua origem, justamente a sujeição da vida a um poder de morte, a sua irreparável exposição na relação de abandono.

O poder soberano possui a decisão tanto sobre incluir quanto a sobre excluir um indivíduo da comunidade.

Como percebeu Bauman (2005), privada da significação humana e divina que só a lei pode conferir, a vida do *homo sacer* é inútil. Matá-lo não é crime nem sacrilégio, mas, pela mesma razão, não pode ser uma oferenda. Em termos contemporâneos, o *homo sacer* é o indivíduo que não é nem definido por um conjunto de leis positivas, nem portador dos direitos humanos que precedem às normas jurídicas.

O *homo sacer*, portanto, não encontra amparo nem no direito posto, nem tampouco no direito pressuposto, na exata proporção de seu abandono. Pela mais ampla capacidade que o soberano tem de denegar as suas próprias prescrições, ele mantém um dramático poder de violação sistemática da vida (nua) dos indivíduos; por esta razão, pode, a qualquer instante, suspender a lei e instalar a exceção; o soberano goza da desmesurada possibilidade de matar sem cometer homicídio, embora formalmente proíba o sacrifício. Segundo afirma Bauman (2005, p.44),

pela capacidade que o soberano tem de se recusar a outorga de leis positivas e de negar a posse de quaisquer direitos de origem alternativa (incluindo ‘direitos humanos’) – e, portanto, por sua capacidade de colocar de lado os *homini sacri* definidos pela retirada das definições legais –, a ‘esfera soberana’ é proclamada, conquistada, circunscrita e protegida.

De fato, consoante sugere a tese de Agamben (2002), o *homo sacer* é, sem dúvida, o arquétipo (ideal-típico) do homem contemporâneo. Cada vez mais privado da referência da autoridade, privado tanto da lei positiva quanto da eficácia dos direitos humanos, o homem vê-se diante da terrível diáspora de sua vida “matável e insacrificável”. Embora proclamada por extensos catálogos de direitos fundamentais dos Estados Constitucionais contemporâneos, a vida digna (sacra) esbarra na dinâmica da exceção e da urgência, tornando-se facilmente descartável e necessariamente desperdiçada.

Entretanto, os valores da igualdade e da dignidade humana representariam, no limite, a dimensão insacrificável do *homo sacer* que se encontra, todavia, à mercê da possibilidade de que o soberano ou os demais indivíduos, ao suspender a lei, afronte-as radicalmente. Assim, parece que tem razão Agamben (2002, p.17) quando afirma que “por trás do longo processo antagonístico que leva ao reconhecimento dos direitos e das liberdades formais está, ainda uma vez, o corpo do homem sacro com o seu duplo soberano, sua vida insacrificável e, porém, matável.”

Por tudo isso, igualdade e dignidade asseguram um ponto de referência que denota claramente o momento da suspensão da lei, vale dizer, da radicalização do estado de exceção e, portanto, permitem que o espaço da aparência possa resguardar a sacralidade da vida nua, o simples fato de viver. São, portanto, as significações imaginárias que permitem a denúncia cabal da violação protagonizada pelo soberano, na sua ânsia insaciável de agir pela exceção.

No mundo contemporâneo, porém, a biopolítica caracteriza-se essencialmente como cultura do genocídio e do extermínio. Como objeto do poder soberano, a vida humana parece refugar diante do altar da cultura do individualismo possessivo, em virtude do acionamento global de estratégias perversas de poder, impulsionadas pela lógica da expansão dos mercados e por padrões de superioridade racistas, étnicos, culturais e ideológicos.

Para os ditames do capitalismo globalizado, é como se a reprodução de um modo de vida, tal qual imposto pela cultura hegemônica do individualismo, da competição e da guerra, exigisse, como contrapartida necessária, o extermínio daquelas outras vidas que pervertem, sincretizam e hibridizam esse modelo puro e axiologicamente incólume de existência (MARTINEZ DE BRINGAS, 2004).

Tal biopolítica é projetada e desenvolvida no interior de uma nova ordem jurídica planetária. O modelo global de *Império* representa, nos dias de hoje, a substância política que, de fato, regula as permutas econômicas, políticas, jurídicas e geo-estratégicas globais, o poder supremo que governa o mundo. Nas palavras de Negri e Hardt (2003, p. 14-15),

o conceito de Império caracteriza-se fundamentalmente pela ausência de fronteiras: o poder exercido pelo Império não tem limites. Antes e acima de tudo, portanto, o conceito de Império postula um regime que efetivamente abrange a totalidade do espaço, ou que de fato governa todo o mundo ‘civilizado’. Nenhuma fronteira territorial confina o seu reinado. Em segundo lugar, o conceito de Império apresenta-se não como um regime histórico nascido da conquista, e sim como uma ordem que na realidade suspende a história e dessa forma determina, pela eternidade, o estado de coisas existente. Do ponto de vista do Império, é assim que as coisas serão hoje e sempre – e assim sempre deveriam ter sido. Dito de outra forma, o Império se apresenta, em seu modo de governo, não como um momento transitório do desenrolar da História, mas como um regime sem fronteiras temporais, e, nesse sentido, fora da História ou no fim da História. Em terceiro lugar, o poder de mando do Império funciona em todos os registros da ordem social, descendo às profundezas do mundo social. O Império não só administra um território com sua população mas também cria o próprio mundo que ele habita. Não apenas regula as interações humanas como procura reger diretamente a natureza humana. O objeto do seu governo é a vida social como um todo, e assim o Império se apresenta como forma paradigmática de biopoder. Finalmente, apesar de a prática do Império banhar-se continuamente em sangue, o conceito de Império é sempre dedicado à paz – uma paz perpétua e universal fora da história.

A manifestação atual do biopoder global pretende não só mostrar-se como o resultado frenético e inelutável do “Fim da História”, mas acima de tudo reger a “natureza humana” de acordo com suas prescrições e sua definição hegemônica da realidade social e da própria vida digna. Em conseqüência disso, determina um fluxo alucinado de expansão de seus mecanismos e de suas estratégias de legitimação que desembocam num amplo e assombroso processo de vitimação de abundantes contingentes populacionais e de degradação da dignidade humana.

Na contemporaneidade, comenta Galindo Hervás (2005, p.51)

la vida en las actuales ciudades de los Estados nacionales y constitucionales occidentales es esencialmente idéntica a la vida en un campo de concentración nazi. Las decisiones del Estado, de sus funcionarios, sobre el estatuto jurídico de, por ejemplo, un embrión humano, o de un colectivo de inmigrantes sin papeles, o de un grupo de presos preventivos o, incluso, sobre cualquier ciudadano, son esencialmente idénticas a las decisiones del Estado nazi sobre el estatuto (jurídico, político, antropológico) de un judío. Los sistemas jurídicos occidentales descansan en una ficción que permite la mayor exclusión conocida de la vida. Todos los ciudadanos somos, pues, habitantes de un gigantesco campo de concentración, cuya terrorífica actualidad se oculta tras la máscara de la democracia.

As imagens do Império ou do campo de concentração, ou talvez, o que é pior, a convergência dessas duas atmosferas expressadas pelas faces embrutecidas do Império do terror globalitário, sob a forma do extermínio em massa, parece remeter a um mundo caótico; um mundo fechado num ciclo de violência interminável, refletido no espelho de uma sociedade paralisada em si mesma, eclipsada pela castração do tempo, pela interrupção da mudança, pelo embargo das alternativas democraticamente negociadas.

O semblante dessa nova ordem tende a expressar a compleição excludente e desumana de sua biopolítica. Sobretudo em face da prevalência do mercado nas relações sociais, os indivíduos encontram-se radicalmente expostos as suas forças descontroladas, como se a decomposição das proteções institucionais traduzisse a regressão ao estado de natureza econômico e social. Com isso, a repressão tende a erguer-se como única alternativa plausível à recomposição de um tecido social cada vez mais estilhaçado. Como se sabe, são os fracassos da política e da democracia como alternativa à violência que determinam o uso da força e da repressão.

As exigências de regulação e segurança, de controle e domesticação, sobretudo dos segmentos alijados do acesso aos bens e ao consumo, conduzem à afirmação do Estado de Exceção como paradigma político por excelência dos Estados Constitucionais contemporâneos. A teia jurídica imperial, cujo objetivo é criar e manter a ordem, buscando apresentá-la como permanente, eterna e necessária³⁶, funda-se na lógica da excepcionalidade, da urgência e do vigor da ação policial vistos como mecanismos básicos de atuação. Com efeito, Hardt (2003, p.34-35) explica que

a formação de um novo direito está inscrita no emprego da prevenção, da repressão e da força retórica destinadas à reconstrução do equilíbrio social: tudo isso é próprio da atividade de polícia. Podemos portanto reconhecer a fonte inicial e implícita do direito imperial em termos de ação policial e da capacidade da polícia de criar e manter a ordem. A legitimidade do arranjo imperial sustenta o exercício do poder de polícia, ao mesmo tempo que a atividade de uma força global de polícia demonstra a verdadeira eficácia do arranjo imperial. O poder jurídico de reinar sobre a exceção e a capacidade de usar a força policial são, portanto, duas coordenadas iniciais que definem o modelo imperial de autoridade.

Se, como notou precisamente Octávio Ianni (1997, p. 138),

todas as principais formas de poder global prevalecentes no mundo contemporâneo estão articuladas segundo os princípios da economia de mercado, da apropriação privada, da reprodução ampliada do capital, da acumulação capitalista em escala global.

A rede jurídica imperial, forjada sob a égide desses princípios, tende a dilacerar a regulação jurídica protagonizada pelo Estado-nação, à medida que a economia e o mercado substituem a política e o Estado como instâncias privilegiadas da regulação social (FARIA, 1999).

³⁶ Como ressaltam Negri e Hardt (2003, p. 24-25), “o Império põe em movimento uma dinâmica ético-política, que jaz no coração do seu conceito jurídico. Esse conceito jurídico envolve duas tendências fundamentais: a primeira delas é a noção de um direito afirmado na construção de uma nova ordem que envolve o espaço daquilo que ela considera civilização, um espaço ilimitado e universal; a segunda é a noção de direito que abrange todo o tempo dentro do seu fundamento moral. O Império exaure o tempo histórico, suspende a História, e convoca o passado e o futuro para dentro de sua própria ordem ética. Em outras palavras, o Império apresenta sua ordem como algo permanente, eterno e necessário”.

Esse novo processo promove movimentos de *desinstituição* (François Ost), geradores do rompimento dos elos sociais duráveis, que desembocam na anomia, na perda das referências valorativas, no caos e na violência. Isso ocorre, por um lado, em virtude do aumento da marginalização econômica e social de amplos segmentos da sociedade, resultante da obsolescência das políticas assistenciais do *Welfare State* e da eliminação gradativa de incontáveis postos de trabalho pelas incessantes revoluções tecnológicas. Por outro, pela dilaceração das próprias instituições e práticas, tecidas pelo paradigma jurídico-político da modernidade, diante do assombroso movimento de superação das fronteiras nacionais pelo capital e pelas redes de comunicação articuladas em níveis mundiais.

Quanto ao primeiro fenômeno, tem-se a crise das relações humanas de produção e sociabilidade impingida pelas novas tecnologias e pelo ingresso do capitalismo numa fase de desenvolvimento em que a reprodução do capital prescinde das mediações com o trabalho e as mercadorias. Conseqüentemente, a imensa parcela da população é empurrada cotidianamente para o sub-emprego ou para a exclusão, diante de uma sociedade que já os considera supérfluos. De acordo com Forrester (1997, p.27)

uma quantidade importante de seres humanos já não é mais necessária ao pequeno número que molda a economia e detém o poder. Segundo a lógica reinante, uma multidão de seres humanos encontra-se assim sem razão razoável para viver neste mundo, onde, entretanto, encontraram a vida.

No que tange ao segundo aspecto, presencia-se a radicalização das trocas econômicas e informacionais em redes globais que desconsideram as estruturas jurídicas internas, num movimento de crescente desregulação, desconstitucionalização, deslegalização e dispersão das fontes que produzem o direito e solucionam os conflitos; isso permite um giro no sentido da regressão dos direitos humanos e da perda da efetividade democrática. Mais do que isso, tal fenômeno implica a ampliação de novos modelos de delinqüência, os quais criam uma forte sensação de insegurança não apenas para os indivíduos, mas também para o que resta dos Estados nacionais (SILVIA SANCHEZ, 1998).

O mal-estar pós-moderno reside justamente na ausência completa das referências certas e precisas da modernidade. Trata-se de uma nova (des)ordem imperial, calcada numa remessa contínua às tentações do caos original. No entanto, a necessidade de estabelecer as *tipificações* da realidade cotidiana exige que, em contraposição a essa ausência de pontos de referência precisos, solidifique-se uma nova ordem, que carrega consigo certo ideal de pureza,

ou seja, certa imagem da ‘ordem’, segundo a qual cada coisa possui o seu lugar justo e conveniente. Para Bauman (1998, p. 15),

‘ordem’ significa um meio regular e estável para os nossos atos; um mundo em que as probabilidades dos acontecimentos não estejam distribuídas ao acaso, mas arrumadas numa hierarquia estrita – de modo que certos acontecimentos sejam altamente prováveis, outros menos prováveis, alguns virtualmente impossíveis.

A era moderna representou justamente o dismantelamento da velha ordem tradicional e a emergência e consolidação de uma nova ordem, com o seu intrínseco modelo de pureza. A tradição (metafísica) clássica não mais justificava as coisas irremediavelmente fora do lugar. Se é verdade que “cada ordem tem suas próprias desordens” e que “cada modelo de pureza tem sua própria sujeira que precisa ser varrida”, a sociedade contemporânea também possui a sua “imagem da ordem” e, por conseguinte, a sua sujeira que necessita rispidamente ser varrida. O sonho da modernidade de forjar um mundo perfeito, sem estranhos, sem ‘sujeira’, no qual nada estivesse fora do lugar, parece estar sendo levado às últimas conseqüências (BAUMAN, 1998, p. 15-20).

Na ordem da sociedade moderna, entretanto, o ideal de pureza estava justamente associado à consolidação de um projeto de Estado-nação, destinado a escorar e reforçar a uniformidade da cidadania liberal com a universalidade e abrangência da filiação nacional. No seu extremo mais radical, o nazismo e o comunismo caricaturaram esse ideal; o primeiro primou pela pureza de raça e o segundo pela pureza de classe. A sociedade contemporânea, por seu turno, apesar de formalmente ancorada na recusa a toda articulação totalitária e embora pressagie um mundo marcado pelo amor à diferença, produz igualmente os seus elementos indesejados. Conforme acentua Bauman (1998, p. 23),

no mundo pós-moderno de estilos e padrões de vida livremente concorrentes, há ainda um severo teste de pureza que se requer seja transposto por todo aquele que solicite ser ali admitido: tem de mostrar-se capaz de ser seduzido pela infinita possibilidade e constante renovação promovida pelo mercado consumidor, de se regozijar com a sorte de vestir e despir identidades, de passar a vida na caça interminável de cada vez mais intensas sensações e cada vez mais inebriante experiência. Nem todos podem passar nessa prova. Aqueles que não podem são a ‘sujeira’ da pureza pós-moderna.

Então, numa sociedade regida pelo princípio do mercado, o critério da pureza só poderia ser a aptidão para participar do seu jogo fratricida; os remanescentes, deixados do lado de fora, a ‘sujeira’ como prefere Bauman (1998, p. 24), justamente os consumidores inaptos estão

incapazes de jogar o jogo com base nas regras postas. “Encarados a partir da nova perspectiva do mercado consumidor, eles são redundantes, verdadeiramente ‘objetos fora do lugar’”.

Diante da decomposição do espaço público e das amplas estratégias de desregulamentação, deslegalização, desconstitucionalização e de afirmação de um direito marcado pela exceção, as respostas tendem a ser privatizadas e aleatórias. Além disso, essas respostas parecem concentrar-se e resumir-se em duas exigências políticas: por um lado, a exigência de flexibilização e o aumento de liberdade para o exercício da competição no mercado que impõe o arrefecimento da intervenção coletiva nos negócios privados e na promoção do bem-estar da população; por outro, a fatalidade de gerir mais energicamente as conseqüências da primeira exigência. Trata-se da imposição do discurso da “lei e ordem”, destinado a manter sob controle os supérfluos. Tais atores, despojados da capacidade de participar do jogo competitivo, precisam ser detidos e mantidos em xeque. Na descrição de Bauman (1998, p.25), “a preocupação dos nossos dias com a pureza do deleite pós-moderno se expressa na tendência cada vez mais acentuada a incriminar seus problemas socialmente produzidos”. Assim, passam a ser tratados como problemas penais, todas as disfunções geradas pelos próprios princípios constitutivos da nova (des)ordem global pós-moderna.

Nesse contexto, a biopolítica inverte-se e transmuda em “*tanato política*”, posto que a relação originária da lei com a vida deixa de ser a regulação e o cuidado e converte-se no desejo do absoluto, na ânsia insaciável do controle e da domesticação, articulados sob a forma de um Estado de Exceção dotado do poder de decidir sobre o instante em que a vida deixa de ser politicamente relevante. O passo seguinte consiste na produção sistemática e insidiosa de processos de vitimação, em que a suspensão de direitos obedece a uma classificação biopolítica degradante e discriminatória. De um lado, há aqueles sujeitos plenamente morais de dignidade incorruptível; de outro, os suspensos e degradados em sua qualidade moral por seu caráter perigoso para a visão hegemônica da ordem social. Estes últimos terminam por converterem-se em monstros. Com isso, abre-se a possibilidade do extermínio total, justificado ética, política e juridicamente (MARTÍNEZ DE BRINGAS, 2004).

Escancaram-se as portas para a confecção da “barbárie civilizada”, pois a indignância improdutiva conduz à indiferença moral e à invisibilidade corporal. No horizonte de um mundo sem contornos éticos precisos, o sujeito dilui-se e coisifica-se e a dignidade humana reduz-se a um ideal metafísico, distante e órfão de sentido e conteúdo. No momento em que se afirma e se justifica o caráter residual de amplos segmentos da população, ou mesmo de geografias humanas inteiras, torna-se possível proceder-se a seu sacrifício indiscriminado em face da perda de seu valor de uso (bom para o mercado, bom para o senso comum, bom para a

ordem política hegemônica e quem a comanda). Precisamente, acrescenta Martinez de Bringas (2004, p.12)

cuando se ha fundamentado la falta de valor real de ciertas vidas humanas, su eliminación no levanta el escandalo que realmente supone y se impone un silencio autorizante que narcotiza también la memoria histórica y la responsabilidad de pueblos enteros.

A justificação moral da “barbárie civilizada” torna-se a pedra de toque para pacificar as consciências. O argumento é tanto simples quanto perverso: quem não é sujeito moral não é humano; quem não é humano carece de direitos; suprimir a quem não é humano e carece de direitos está moralmente justificado e faz-se necessário, se com isso se restitui a ordem social e o próprio regime de direitos.³⁷

Paga-se, com o sacrifício de inúmeras vidas humanas, a tão decantada restituição da ordem social, o tão louvável quanto ilusório “regime de direitos”. Nas grandes cidades dos Estados constitucionais contemporâneos, as vidas desperdiçadas alimentam o simulacro da comunidade democrática e o *homo sacer* padece sob o pálio da violência institucionalizada. Pela dinâmica da exceção e pelo vigor compulsivo da ação policial, o poder soberano não encontra qualquer limite plausível quando seu objetivo consiste na eliminação dos supérfluos, da sujeira da nova ordem que já não mais cabe debaixo do tapete do sistema carcerário.

O Brasil é pródigo em exemplos de grande magnitude, nos quais a vida do *homo sacer* aparece como o objeto primordial da violência soberana. Os episódios emblemáticos e assombrosos da Candelária, Vigário Geral, Carandiru, Eldorado dos Carajás, e mais recentemente, Queimados e Nova Iguaçu, denunciam a vitimação sistemática e impune dos excluídos. Historicamente, como percebe Preger (2006),

em todos esses casos ecoa a tragédia fundadora de Canudos. Em todos os casos a vida nua da população pobre brasileira é exposta com crueza pornográfica. O que mais nos estarrece é o eterno retorno da barbárie. O trauma provocado pelo genocídio não gera os anticorpos, não permite ao corpo social criar as defesas que impediriam uma nova tragédia. Vigário Geral ocorreu apenas meses após a Candelária. Nenhuma transformação na ação da polícia, nenhuma reforma judiciária, nenhuma consciência social organizada. Nenhuma cidadania parece interromper o ciclo louco do terrorismo de Estado. Terrorismo de Estado. É exatamente isto de que se trata mais uma vez. E segue uma lógica implacável³⁸.

³⁷ Esta constitui, também, a justificação filosófica do denominado “direito penal do inimigo”, como ver-se-á mais adiante.

³⁸ Preger (2006) lembra, com acuidade histórica, que “Canudos foi o evento emblemático. No início do novo regime a campanha exterminadora do exército brasileiro contra a miserável e utópica vila do sertão baiano definiria os rumos da nascente República. Euclides da Cunha, em seu gênio visionário, percebeu que ali se gerava, pelo negativo, a idéia de Estado da nova Nação Brasileira. O massacre tinha que ser total porque deveria ser exemplar. O terror de Estado tornava-se ali a política oficial no trato com a população miserável. A

Todos esses massacres, associados ao terrível cotidiano da violência policial nas favelas e nas periferias das grandes cidades brasileiras, bem como à deterioração escandalosa do sistema carcerário e ao genocídio aberto promovido sob os auspícios da racionalidade normativa do sistema de justiça penal, denotam a degradação da igualdade e da dignidade humana por meio de estratégias que excluem e vitimizam os amplos segmentos marginalizados.

No momento em que o terrorismo de Estado torna-se “a política oficial no trato com a população miserável”, o espectro do *homo sacer* parece mais evidente e assustador como nunca. A vida nua aparece com a sua face mais desatinada, posto que destituída de qualquer semblante intrépido, de qualquer referência estável é uma vida simplesmente abandonada à própria sorte, na sua cambiante e permanente condição de insuscetível e desembaraçadamente matável.

Os discursos de legitimação desse poder soberano vitimizante e excludente tem sido, no âmbito político-criminal, sobretudo o do “combate ao crime organizado” e o da “guerra às drogas”. Nesse sentido, Preger (2006) assinala com perspicácia que

quando se fala no fetiche espectral e sem sentido do ‘crime organizado’ parece que se teme mais o fato dele ser “organizado” do que de ser crime. O combate ao crime organizado foi sempre uma senha para dar garantia ao desrespeito dos direitos humanos. ‘Combate ao crime organizado’ é o nosso ‘Guerra contra o terror’ que sempre justificou a violação dos direitos humanos básicos da camada pobre da população. Em nome do ‘Combate ao crime organizado’ diariamente favelas e subúrbios das grandes cidades brasileiras são invadidos por forças policiais para intimidação da população trabalhadora dessas localidades. Para que elas jamais osem se organizar para defender seus direitos. Neste aspecto, o ‘Estado de direito’ das forças da lei e o ‘Estado paralelo’ das quadrilhas de traficantes convergem na estratégia de aterrorizar as populações periféricas de trabalhadores e de suas frágeis organizações espontâneas..

República é o Estado contra o Povo, ou melhor, o “povinho”, contra todas as formas de organização popular que possam representar uma ameaça de verdadeira democracia social. Antes de Canudos, no entanto, havia ocorrido de forma mais silenciosa, o processo de “varredura” das maltas de capoeira do solo urbano da Capital Federal pela milícia urbana do jacobino chefe de polícia Sampaio Ferraz. Centenas de “capoeiras”, ou qualquer transeunte desempregado (pela lógica republicana, desempregado=vagabundo=capoeira), foram embarcados para a colônia penal em Fernando de Noronha. A limpeza dos capoeiras e o extermínio de Canudos foram estratégias políticas de higiene social. Mas a questão não era apenas varrer a miséria e a pobreza das ruas, o que de fato nunca foi alcançado. O importante era esmagar toda capacidade da miséria e da pobreza se organizarem coletivamente. Assim, o Estado brasileiro nascente exigia para si a missão de ser a única organização verdadeiramente política da Nação. Outras organizações precisam estar controladas sobre o braço patrimonial do Estado ou então serem anuladas. Como mostram vários historiadores da formação da segurança urbana, nossa polícia nasceu com o foco em combater e desfazer, quando não eliminar, os embriões de coletividades ameaçadoras para a “ordem pública”. No início do século XX, foram os revoltosos contra a campanha da vacina. Logo depois, os trabalhadores anarquistas também foram reprimidos. Atualmente, todo o mal-estar com relação ao MST se deve ao movimento ser quase a única verdadeira organização não governamental capaz de fazer política, de protestar e invadir terras, ou seja, de pressionar com mais veemência o governo, empurrando-o para fora de sua letargia e de suas relações orgânicas com as elites reacionárias do país”.

Por essa razão, conclui Preger, esse terrorismo de Estado de modo algum se apresenta como algo casual, mas apenas “demonstra o nível de desprezo das forças da ordem pela população desorganizada e pobre”. Em todas essas façanhas do terror, é possível facilmente perceber que seus artífices jamais atiraram ao acaso. Pelo contrário, “eles escolheram a dedo suas vítimas. Não mataram inocentes. Nas periferias brasileiras não há inocentes. Todos já são culpados pelo simples fato de nascer e sobreviver”.

Por tudo isso, cabe debater as possíveis relações entre a atuação do campo penal e os valores da igualdade e da dignidade, a fim de pontuar novas formas de atuação, menos desumanas e cruéis e oferecer limites bem mais precisos ao paradigma da exceção que se radicaliza na contemporaneidade. Impedir a consolidação de um “direito penal do *homo sacer* da baixada”, articulado sob o signo do terror de estado, do extermínio e da exceção, é indispensável para a efetividade do Estado Democrático de Direito.

A importância dessas constatações, da visualização das formas contemporâneas de degradação da igualdade e da dignidade humana, reside na dificuldade em se pensar as possibilidades emancipatórias com o auxílio do sistema penal. As práticas punitivas, ao que tudo indica, inseridas nas teias da rede jurídica do Império, tendem a impulsionar estratégias perversas de vitimação dos segmentos que possivelmente possam contaminar a pureza do deleite consumista pós-moderno. Os sonhos de pureza transmutam-se, rapidamente, nos pesadelos das ideologias e práticas penais contemporâneas, assumidas inclusive como mecanismos de solução dos conflitos globais, como as autoproclamadas “intervenção humanitárias”.

Portanto, essa difícil tarefa de limitar radicalmente a intervenção penal como forma privilegiada de tratamento dos conflitos sociais, horizonte indelével de uma sociedade verdadeiramente democrática, requer, num primeiro momento, a construção da genealogia do campo penal moderno, nas suas tensões entre emancipação social (vida digna) e regulação social (poder soberano), que refletem as contradições inerentes às exigências de controle social com o devido respeito ao livre desenvolvimento de cada ser humano. Cabe discutir, pois, as complexas relações entre vigiar e punir, de um lado; ao mesmo tempo em que se busca garantir, de outro, a igualdade e a dignidade de cada ser humano, tanto como ponto de partida quanto como ponto de chegada, para em seguida, perceber as suas mais difíceis conexões em formações sociais periféricas, como a brasileira, que apresenta um *déficit* acentuado de respeito aos direitos fundamentais.

CAPÍTULO III-

O campo jurídico (penal) nas aventuras da modernidade: as tensões do direito penal entre regulação (poder soberano) e emancipação (vida digna)

Após passar pelos percursos da filosofia política, os quais remeteram às fontes imaginárias da Constituição da comunidade democrática, o presente capítulo persegue a genealogia do controle penal na sociedade moderna, nas suas relações com as formas de legitimação da ordem instituída e suas tensões intrínsecas entre as aspirações emancipatórias; essas traduzidas nos valores e princípios da igualdade e da dignidade humana. Persegue ainda as sinergias regulatórias implicadas na imposição de uma definição hegemônica da realidade social e nas estratégias de punição que envolve a sua conservação.

3.1 A genealogia do campo penal na tensão entre regulação e emancipação: entre a utopia abolicionista e o “direito penal do inimigo”

O desenvolvimento de uma genealogia do campo penal tem como principal objetivo “marcar a singularidade dos acontecimentos”, mais ainda “espreitá-los lá onde menos se os esperava e naquilo que é tido como não possuindo história”, para afinal “apreender seu retorno não para traçar a curva lenta de uma evolução, mas para reencontrar as diferentes cenas onde eles desempenharam papéis distintos; e até definir o ponto de sua lacuna, o momento em que eles não aconteceram” (FOUCAULT, 1996, p.15)

Nesse sentido, Foucault (1996, p. 15-16) explica

a genealogia não se opõe à história como a visão ativa e profunda do filósofo ao olhar de toupeira do cientista; ela se opõe, ao contrário, ao desdobramento meta-histórico das significações ideais e das indefinidas teleologias. Ela se opõe à pesquisa da ‘origem’.

Portanto, trata-se menos de questionar a “origem” do sistema de justiça penal da modernidade e mais de romper as “significações ideais” e as “indefinidas teleologias” do desdobramento meta-histórico, estabelecido pelos discursos científicos dominantes. A rigor,

trata-se, sobretudo, de revisar a história das idéias penais, construída sempre a partir de “um ponto de apoio fora do tempo” e que “pretende tudo julgar segundo uma objetividade apocalíptica”, arrimada na suposição de verdades eternas, imutáveis, e apoiada numa “consciência sempre idêntica a si mesma”. Por essa razão, ao contrário de um saber histórico pretensamente neutro, objetivo e universal, “a genealogia restabelece os diversos sistemas de submissão: não a potência antecipadora de um sentido, mas o jogo casual das dominações” (FOUCAULT, 1996, p.23). Diante disso, de acordo com Foucault (1996, p. 23-25), é possível perceber que

nem a relação de dominação é mais uma ‘relação’, nem o lugar onde ela se exerce é um lugar. E é por isto precisamente que em cada momento da história a dominação se fixa em um ritual; ela impõe obrigações e direitos; ela constitui cuidadosos procedimentos.

Com isto, pode-se visualizar, mais nitidamente, o sistema penal como “um universo de regras que não é destinado a adoçar, mas a satisfazer a violência”, em que “a regra é o prazer calculado da obstinação, é o sangue prometido. Ela permite reativar sem cessar o jogo da dominação; ela põe em cena uma violência meticulosamente repetida (FOUCAULT, 1996, p.25).

No cenário específico do campo penal, a história das idéias penais insistentemente repudia a genealogia em nome de uma história universalista e abstrata. Tal história é recoberta por “significações ideais” e “indefinidas teleologias”, mais aptas à justificação oficial da satisfação da violência e ao deleite do prazer calculado da obstinação, do sangue institucionalmente prometido, e, menos dispostas a reconhecer a história como emergência de interpretações concorrentes, como jogo ininterrupto entre posições instituídas e forças instituintes. A edificação dessa nova postura científica, genealógica, é postulada com acuidade por Carvalho, S (2004) ao definir a necessidade de superação de todo e qualquer sistema fechado de pensamento que aniquila o espaço da crítica transdisciplinar, dos modelos teóricos absolutistas que impõem a amputação dos saberes destinados a um revolvimento e a uma revisão da história hegemônica das idéias penais.

A aferição dos rituais do exercício de poder do sistema penal, dos seus cuidadosos procedimentos, do universo das regras instituídas, destinadas mais à satisfação da violência que a sua domesticação, é indispensável para perceber-se até que ponto a realização dos princípios da igualdade e da dignidade humana é realmente possível no interior do campo penal. Além disso, em que medida a sedimentação de tais princípios, como fontes

imaginárias das práticas e instituições penais, não representa uma contradição insuperável, é o ponto fundamental que ora se busca aprofundar. Se as regras do sistema penal põem em cena uma violência meticulosamente repetida, é indispensável pensar se a sua contribuição ao pilar da emancipação pode ir além ao do garantismo.

3.1.1 A instituição imaginária do campo penal moderno: entre a emancipação da tradição e a regulação das relações capitalistas nascentes

Cimentado por uma perspectiva formalista do Direito e da sociedade, pode-se ver, efetivamente, que a ideologia do *campo jurídico-penal*³⁹ moderno nasce intrinsecamente marcada pela fatal e insuperável tensão entre a dimensão emancipatória da condição humana. Esta consubstanciada nos ideais da igualdade e da dignidade humana arraigados à individualidade típica da modernidade, e as sinergias regulatórias projetadas por instituições e práticas destinadas a assegurar a unidade de uma sociedade plural que é composta por consciências individuais cada vez mais distantes, frias e segmentadas.

O direito e a realização da justiça desempenhariam, assim, a função de catalisadores da consciência coletiva, a qual é artificialmente erguida sob o auxílio e a dependência das normas e sanções institucionalizadas pelo Estado. As penas e os interditos teriam por função inscrever, nas consciências individuais, a recordação da lei, isto é, a lembrança, sempre presente e sufocante, de uma consciência coletiva universal.⁴⁰

³⁹ A noção de campo jurídico (penal), ou sistema de justiça penal, desenvolvida no decorrer deste estudo, é de fundamental relevância para uma compreensão mais ampla da dinâmica do controle penal, posto que denota algo muito mais amplo do que simplesmente o conjunto de leis penais postas pelo Estado com o intuito de estabelecer uma programação decisória para a realização de seu poder punitivo (direito penal). Com efeito, o *campo jurídico* consiste na articulação de instituições e práticas através das quais a lei é produzida, interpretada e incorporada à tomada de decisões na sociedade. Trata-se de um espaço de luta pelo monopólio de dizer o direito e, por conseguinte, de articular significações hegemônicas que consagram a visão legítima, reta, da vida social. É, portanto, o conjunto de todos os personagens que fazem, interpretam e aplicam a lei, transmitem conhecimentos jurídicos e socializam os jogadores que se encontram no jogo do campo (por exemplo, os poderes legislativo, judiciário e executivo, a polícia, a mídia, as demais agências integrantes da aplicação e execução de medidas punitivas, etc.). Todos os jogadores num campo jurídico possuem um determinado conjunto de disposições que orientam suas ações, o que representa o *habitus* deste campo, ou seja, um conjunto de predisposições compartilhadas que configuram um modo rotinizado, banalizado e trivializado de compreender, julgar e agir com relação aos problemas jurídicos. Nesse contexto, ao lado de seu poder real de controle, de dominação e de normalização dos indivíduos, o campo jurídico é a forma por excelência de poder simbólico, isto é, de um poder que se manifesta de forma oculta ou dissimulada, em razão sobretudo de sua capacidade de engendrar um discurso que cria as coisas nomeadas, de um discurso atuante capaz, por sua própria virtude, de produzir efeitos concretos. Especialmente pela força de sua “retórica de impessoalidade e neutralidade”, o direito logra efeitos tanto de neutralização e de autonomia quanto de universalização de suas “verdades”(Cf. BOURDIEU, 1987). Ver, também, DEZALAY(1998).

⁴⁰ Essa é a versão bastante simplificada daquilo que Durkheim aponta como os elementos constitutivos da interação social da vida moderna, forjada a partir de uma nova forma de solidariedade social artificialmente erigida, a solidariedade orgânica. Cf. DURKHEIM, Emile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Martins

Desde o ponto de vista formalista, ao sistema penal caberia, no limite, essa lembrança mais drástica e severa capaz de resgatar imediatamente a credibilidade no ordenamento jurídico e na vida coletiva. Como técnica de controle social, que atua mediante a centralização da violência do Estado, o campo jurídico-penal moderno teria por função essencial erguer a positivação de uma dada racionalidade, isto é, um discurso competente, como discurso do conhecimento, capaz de justificá-la.⁴¹ Tal linguagem, tecida como articulação de um *campo de racionalidade*, permitiria, aos atores sociais em jogo, uma comunicação reconhecida, permitida e autorizada institucionalmente.

Fontes, 1999. No campo da ideologia do controle penal, Cirino dos Santos ressalta que “as teorias *formalistas* privilegiam a forma legal da norma jurídica: definem o Direito como expressão/condição de qualquer ordem social e, portanto, a forma jurídica como categoria supra-histórica, independente do conteúdo dessa forma jurídica (dogmatismo). O mais autorizado representante dessa posição é Durkheim (1964), que concebe *lei e punição* como expressões da consciência coletiva da sociedade – ou pré-requisitos funcionais da ordem social: o Direito é idealizado como ‘poder público’ da sociedade e o crime representa violação da *consciência coletiva*, associada ao egoísmo e à *anomia*, como ausência de controle social normativo”. SANTOS, Juarez Cirino. *A Criminologia Radical*. 2.ed. Curitiba/Rio de Janeiro: ICPC/Lumen Juris, 2006, p. 91. (destaques do autor).

⁴¹ O *discurso competente* é, segundo Marilena Chauí, o discurso instituído. É aquele no qual a linguagem sofre uma restrição que poderia ser assim resumida: não é qualquer um que pode dizer a qualquer outro qualquer coisa em qualquer lugar e em qualquer circunstância. Ele se confunde, pois, consoante expressa a autora paulista, com a linguagem institucionalmente permitida e autorizada. Enquanto discurso do conhecimento, afirma-se ele como o discurso do especialista, proferido de um ponto determinado da hierarquia organizacional. Assim sendo, “é um discurso que não se inspira em idéias e valores, mas na suposta realidade dos fatos e na suposta eficácia dos meios de ação. (...) se trata de um discurso instituído ou da ciência institucionalizada e não de um saber instituinte e inaugural e que, como conhecimento instituído, tem o papel de dissimular sob a capa da cientificidade a existência real da dominação”. Cf. CHAUI, Marilena. *Op.cit.* 1993, p. 03-13. Ademais, aduz Lyra Filho que, o discurso competente, em que a ciência se corrompe a fim de servir à dominação, mantém ligação inextrincável com o discurso conveniente, mediante o qual as classes privilegiadas substituem a realidade pela imagem que lhes é mais favorável, e tratam de impô-la aos demais, com todos os recursos de que dispõem (órgãos de comunicação de massas, ensino, instrumentos especiais de controle social de que participam e, é claro, com forma destacada, as próprias leis). Cf. LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 1996, p. 18-9.

Nas aventuras da modernidade,⁴² o monopólio do uso da violência física legítima reivindicado pelo Estado, conforme a clássica noção de Max Weber, redundou na mais absoluta especialização da linguagem jurídica, posto que apenas ao Judiciário estaria confiada a função de pronunciar o direito aos conflitos e ele submetidos. A dominação racional-legal, articulada normativa e burocraticamente, apta a promover a segurança, a certeza e a previsibilidade para as decisões políticas e para a vida social moderna, num verdadeiro “desencantamento do mundo”, edificou um corpo burocrático e uma racionalidade cuja função primordial seria a de controlar e limitar o poder político por meio da regulação jurídica (WEBER, 1992).⁴³

O monopólio estatal do poder de exercício do controle penal, limitado aos marcos da legalidade e restrito aos mecanismos institucionais de aplicação, faria do Judiciário um órgão capaz de estreitar o elo social por meio da dosagem entre a aplicação incondicional das penas, sanções e interditos e o respeito à identidade e autonomia individuais. Por isso mesmo, na própria gênese do moderno sistema de justiça penal, estariam incrustadas as tensões entre emancipação e regulação, entre a afirmação das identidades pessoais e a promoção da unidade social por meio da institucionalização de interditos e proibições, ou em outras palavras, entre direito (e sociedade) instituinte(s) e direito (e sociedade) instituído(s).

⁴² Seguindo Berman (2003), a *modernidade* deve ser entendida como “um tipo de experiência vital – experiência de tempo e espaço, de si mesmo e dos outros, das possibilidades e perigos da vida – que é compartilhada por homens e mulheres, hoje”. Diz o autor que, “ser moderno é encontrar-se em um ambiente que promete aventura, poder, alegria, crescimento, autotransformação e transformação das coisas em redor – mas ao mesmo tempo ameaça destruir tudo o que temos, tudo o que sabemos, tudo o que somos”, e que, portanto, “é fazer parte de um universo no qual, como disse Marx, ‘tudo o que é sólido se desmancha no ar’”. Berman assinala que o turbilhão da vida moderna tem sido alimentado por inúmeras fontes: “grandes descobertas nas ciências físicas, com a mudança da nossa imagem do universo e do lugar que ocupamos nele; a industrialização da produção, que transforma conhecimento científico em tecnologia, cria novos ambientes humanos e destrói os antigos, acelera o próprio ritmo da vida, gera novas formas de poder corporativo e de luta de classes; descomunal explosão demográfica, que penaliza milhões de pessoas arrancadas de seu habitat ancestral, empurrando-as pelos caminhos do mundo em direção a novas vidas; rápido e muitas vezes catastrófico crescimento urbano; sistemas de comunicação de massa, dinâmicos em seu desenvolvimento, que embrulham e amarram, no mesmo pacote, os mais variados indivíduos e sociedades; Estados nacionais cada vez mais poderosos, burocraticamente estruturados e geridos, que lutam com obstinação para expandir seu poder; movimentos sociais de massa e de nações, desafiando seus governantes políticos e econômicos, lutando para obter algum controle sobre suas vidas; enfim, dirigindo e manipulando todas as pessoas e instituições; um mercado capitalista mundial, drasticamente flutuante, em permanente expansão”. Nesse sentido, o autor americano divide a “história da modernidade” em três fases: a *primeira fase*, que vai do início do século XVI ao fim do século XVIII; a *segunda fase* inaugurada com a grande onda revolucionária de 1789-90; e, no século XX, a *terceira e última fase*, em que o processo de modernização se expande a ponto de abarcar virtualmente o mundo todo.

⁴³ A racionalização do poder que culmina no Estado burocrático moderno atende a uma série de fatores distintos: a) *fator econômico*, em razão da necessidade de certeza e segurança para o cálculo econômico, o que levou à imposição de uma legalidade geral e abstrata apta a garanti-lo; b) *fator político*, face às exigências de ordem e proteção do indivíduo em vários níveis (segurança física, política e econômica); e por fim, o c) *fator técnico*, posto que a burocracia promoveria, segundo Weber, uma economia dos custos objetivos e pessoais das decisões, em virtude de sua “precisão, rapidez, univocidade, oficialidade, continuidade, descrição, uniformidade” (Cf. BARZOTTO, 2002).

Nesse percurso, a custosa passagem de uma sociedade hierárquica tradicional para uma sociedade igualitária e pluralista insere-se num amplo cenário de transformações econômicas, políticas e sócio-culturais profundas. Essas rupturas marcam o início do paradigma da modernidade que, segundo Santos (2001), emerge a partir dos séculos XVI e XVII como um ambicioso e revolucionário projeto sócio-cultural assente numa tensão dinâmica entre regulação social e emancipação humana. Tal projeto, embora ambicioso e revolucionário, apresenta inúmeras contradições internas. Ao passo que permite a abertura para um campo vasto de inovações sociais e culturais, a complexidade de seus elementos constitutivos torna praticamente impossível evitar que o cumprimento das promessas seja em alguns casos excessivo e noutros insuficiente. Assinala Santos (2001, p.15)

tanto os excessos quanto os défices estão inscritos na matriz paradigmática. O paradigma da modernidade pretende um desenvolvimento harmonioso e recíproco do pilar da regulação e do pilar da emancipação, e pretende também que esse desenvolvimento se traduza indefectivelmente pela completa racionalização da vida coletiva e individual⁴⁴.

Enquanto o Estado aparece como uma dimensão inequívoca do pilar da regulação, posto que visa estabelecer a unidade, num mundo marcado pela pluralidade e relatividade das concepções do bem e da vida justa, o reconhecimento do homem como sujeito de direitos e os Direitos Humanos aparecem como uma exigência fundamental do pilar da emancipação. Isso faz com que o projeto da modernidade veja-se confrontado, desde o início, com a necessidade de equilibrar o poder monumental do Estado centralizado com a subjetividade atomizada dos indivíduos livres e iguais perante a lei (SANTOS, 1999; ANDRADE, 2003).

Com efeito, as lutas políticas burguesas estabeleceram como objetivo a defesa do indivíduo dos abusos do poder, antes destituído de limites jurídicos precisos. O Estado é visto, portanto, como um mal necessário, devendo interferir minimamente no desenvolvimento da liberdade e autonomia individuais. A liberdade, neste espectro, é compreendida não como um

⁴⁴ Para Santos (2001), o paradigma da modernidade é muito rico e complexo, apresentando variações profundas e desenvolvimentos contraditórios. Ele se assenta em dois pilares, o da *regulação* e o da *emancipação*, cada um constituído por três princípios ou lógicas. O *pilar da regulação* é constituído pelo *princípio do Estado*, formulado por Hobbes, pelo *princípio do mercado*, desenvolvido sobretudo por Locke e Adam Smith, e pelo *princípio da comunidade*, que domina toda a teoria social e política de Rousseau. O princípio do Estado consiste na obrigação política vertical entre os cidadãos e Estado. O princípio do mercado consiste na obrigação política horizontal individualista e antagônica entre os parceiros de mercado. O princípio da comunidade consiste na obrigação política horizontal e solidária entre membros da comunidade e entre associações. O *pilar da emancipação* é constituído pelas três lógicas de racionalidade definidas por Weber: a *racionalidade estético-expressiva* das artes e da literatura, a *racionalidade cognitivo-instrumental* da ciência e da tecnologia e a *racionalidade moral-prática* da ética e do direito.

bem compartilhado pela comunidade política, voltado para a realização do ser humano, mas como mera possibilidade de expansão da individualidade e satisfação de interesses privados.

No campo penal, essa narrativa política projeta conseqüências penetrantes. A superação da *disputatio* (arbitragem privada) pela *inquisitio* (poder inquisitorial absolutista) representou um primeiro passo na direção do confisco do conflito por parte do poder soberano e na gradativa configuração de um novo padrão de juridicidade (penal) que iria refletir, inexoravelmente, os insurgentes valores fundantes representados pelo novo modo de produção emergente (capitalismo mercantil), pela sociedade burguesa, pela ideologia liberal-individualista e pelo moderno Estado soberano. A centralização da produção normativa, expressada na racionalidade formal do paradigma jurídico monista, correspondia aos anseios dos setores burgueses na luta contra a resistência dos segmentos reacionários dominantes da aristocracia fundiária. No âmbito do sistema de justiça penal, o que se pretendeu foi o redimensionamento dos mecanismos e estratégias punitivos, devendo, a partir de então, apontar-se aos segmentos miseráveis que migravam para as cidades, removidos dos escombros da ordem social feudal (ALTHUSSER, 1977).

A dinâmica moderna do campo penal edifica-se sobre os pilares da teoria política liberal, das concepções filosóficas iluministas, dos postulados racionalistas e dos valores individualistas da sociedade de mercado ascendente. O jusnaturalismo racionalista e a noção de que tanto a ordem social quanto o Estado derivam de um contrato político consolidam novas diretrizes e fundamentos para o exercício do poder punitivo. O sistema de justiça penal, de instrumento utilizado pela nobreza aristocrática e pelo clero para a manutenção de privilégios e da própria conservação de uma estrutura social hierárquica e estratificada, passa a ser percebido como o limite máximo contra a degeneração ao estado de natureza e como arma para a preservação dos direitos engendrados pelo individualismo possessivo.

Em termos abstratos, como exercício legítimo da força realizado dentro de limites legais definidos, o campo penal moderno pretende não mais destinar-se à satisfação do Estado Absoluto como Estado de privilégios, que age de modo irracional em contradição com os direitos naturais; antes, porém, ambiciona proporcionar os valores de segurança, certeza e previsibilidade, requeridos pelos segmentos sociais insurgentes. Além disso, o campo penal, com base na afirmação da igualdade formal entre os homens, recusa-se a considerar a classe social como elemento de distinção entre eles para efeito de imposição de penas (FREITAS, 2001).

Situado no interior da dinâmica ambígua e contraditória do paradigma da modernidade, o campo penal também expressará as marcas da crise entre regulação e

emancipação. Se, de um lado, corresponde ao exercício do poder punitivo estatal, de outro, pretenderá recobrir-se de limites, garantidores do indivíduo, consubstanciados nos princípios constitucionais do Estado de Direito e do Direito Penal (e Processual Penal) liberal e num princípio fundamental consistente na exigência da generalização e igualdade no funcionamento do sistema de justiça penal em que este poder se institucionaliza. Segundo Andrade V (2003, p.26), no campo da Justiça Penal,

[...] a garantia dos Direitos Humanos assume, então, um significado às avessas: não se trata de realizá-los ou solucionar os conflitos a eles relativos, mas de impedir a sua violação ali onde intervenha a violência punitiva institucionalizada: a dualidade regulação/emancipação se traduz na exigência de um controle penal com segurança jurídica individual (...) O máximo contributo que pode prestar ao pilar da emancipação é, portanto, o do garantismo.

As construções teóricas de Feuerbach e de Beccaria são, sem dúvida alguma, os modelos mais representativos da proposta de um Direito Penal de bases liberais e inauguram um novo universo ideológico sintetizado pelo movimento da Escola Clássica. Erguida sobre os pressupostos contratualistas, a obra *Dos Delitos e das Penas*, de Beccaria (1998), estabelece os contornos essenciais para uma tentativa de racionalização da punição estatal e de rompimento definitivo com as práticas aflitivas existentes no *Ancièn Regime*. O marquês assume, vivamente, a cultura iluminista e coloca a problemática dos limites e da justificativa do poder de punir, em contraposição aos direitos individuais, como ponto central de sua elaboração conceitual. Trata-se, pois, de um empreendimento que pretende sinalizar e demarcar justamente a noção de um Estado limitado quanto ao seu poder, sintetizado na fórmula do Estado Liberal de Direito em vias de consolidação plena.

Assim, Beccaria (1998) inaugura os principais fundamentos do campo penal moderno, advertindo para a exigência de um poder punitivo racional, proporcional à ofensa, necessário e humanizado, a fim de que cada pena não seja a expressão de uma violência brutal, sem limites. Partindo do axioma de que “as leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de sua conservação”, o autor deduz o direito de punir da “necessidade de defender o depósito do bem comum das usurpações particulares”, concluindo que “todo ato de autoridade que não derive da necessidade absoluta é tirânico” (BECCARIA, 1998, p.41-42).

Esse autor estabelece, além da necessidade, os princípios nucleares da proporcionalidade, consagrando que “deve haver, pois, uma proporção entre os delitos e as

penas”, da lesividade, ao ressaltar que “a verdadeira medida dos delitos é o *dano causado à sociedade*”, da humanidade, ao repudiar radicalmente a tortura e a pena de morte, e da igualdade, ao fixar que

[...] a quem disser que a pena aplicada ao nobre e ao plebeu não é realmente a mesma em virtude da diversidade da educação e da infâmia que se derrama sobre uma ilustre família, responderei que não se medem as penas pela sensibilidade do réu, mas sim pelo dano público, tanto maior quanto é ocasionado pelo mais favorecido; que a igualdade das penas só pode ser intrínseca ((BECCARIA, 1998, p.42).

Ademais, a universalidade de tratamento seria garantida pelo modelo de tipificação abstrata de condutas, o que asseguraria, por meio da rígida e clara definição legal (princípio da legalidade), a segurança e a certeza jurídicas: “só as leis podem decretar as penas e os delitos, e esta autoridade só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social” (BECCARIA, 1998, p.42-102).

Ao assumir o racionalismo como postura metodológica, a Escola Clássica contribuiu para determinar o modelamento de uma ciência jurídica edificada sobre os pilares da autoridade e da razão, que culminam no movimento de codificação e nos postulados da chamada Escola da Exegese. Consolida-se, destarte, uma concepção rigidamente estatal do direito, que sob a égide do respeito ao princípio da autoridade (do Estado), buscava cristalizar os atributos da unidade, centralidade, sistematicidade, coerência, simplificação e racionalidade para o saber jurídico. Nesse passo, os dogmas da completude do ordenamento, da onipotência do legislador e o juízo do *non liquet*, traduzem a obsessão pela segurança, pela certeza e pela previsibilidade, que apenas um ordenamento jurídico hermético e auto-suficiente, isto é, carente de lacunas e antinomias, poderia proporcionar (BOBBIO, 1995).

Entretanto, ainda sob uma ampla influência do jusnaturalismo racionalista, Beccaria (1998) e, posteriormente Carrara, vêem a resposta penal, respectivamente, como uma restauração do contrato social violado pelo criminoso com seu ato ou como a violação das leis naturais racionais ou divinas. De fato, a postura da Escola Clássica expressa a dualidade regulação/emancipação, acima referida, à medida que se trata de uma tentativa de reformar completamente a Justiça Penal do Antigo Regime, combatendo-a amplamente, e ao mesmo tempo de definir e projetar uma administração da Justiça Penal nos moldes da tradição liberal-individualista (ANDRADE, 2003, p. 49 e segs.).

Se por um lado, no plano ideológico, a Justiça Penal representa os desejos de emancipação social, posto que denuncia a barbárie de um sistema penal heterogêneo, caótico,

obsuro e estruturado sobre a possibilidade da aplicação arbitrária e desigual da lei conforme o estatuto social do acusado, o que prolifera os castigos corporais e a pena de morte; por outro, pretende promover e demarcar as novas energias regulatórias de um poder punitivo que se traduza em segurança jurídica e respeito aos direitos e liberdades individuais do cidadão.⁴⁵

Nesse sentido, a legitimidade do direito de punir repousa, irremediavelmente, no hipotético contrato social estabelecido entre indivíduos abstratamente considerados livres e iguais. Como decorrência do contrato e do princípio da divisão dos poderes de Montesquieu, Beccaria deduz o princípio da legalidade (*nullun crimen nulla poena sine lege*) que garantiria, segundo o princípio do silogismo demonstrativo, a igualdade e universalização do tratamento penal e a segurança e certeza jurídicas.

No entanto, o individualismo abstrato da teoria liberal, ao perceber a igualdade como um dado aceito previamente, reconduz à ocultação de condições reais de desigualdade. Isto porque, à medida que é pressuposta de forma idealizada como elemento constituinte da ordem política e social, a igualdade é articulada como recurso ideológico que sonega a contextura social particular e concreta. Ademais, o modelo abstrato, genérico e institucionalizado de tipificação pretende harmonizar e homogeneizar os interesses antagônicos da comunidade política, bem como disciplinar e neutralizar os conflitos, abstraindo-os da dinâmica das relações sociais de poder (FERRAZ Jr., 1998).

Por essa razão, o movimento reformador clássico, representado, notavelmente, pela obra de Beccaria, ao emergir de premissas visivelmente idealistas, cumpriu uma importante função ideológica de dissimulação da realidade e de seus antagonismos. Desde as obras clássicas de Rusche e Kirchheimer (1999) e, mais tarde, a partir da irrefutável contribuição de Foucault, pode-se perceber que a própria autopercepção do movimento contribuiu para uma profunda mistificação das funções que o moderno sistema penal desempenha no interior das sociedades capitalistas. Tudo porque os reformadores fundaram as bases para a visualização da emergência do moderno sistema de justiça penal como produto de uma evolução progressiva da “barbárie” ao “humanismo”, comandada pela razão e pelo homem. No entanto, o moderno sistema de justiça penal engendra-se a partir de necessidades disciplinares, mais precisamente, da recomposição das ruínas da sociedade hierárquica feudal (PAVARANI, 2003).

Foucault é emblemático ao descrever a gênese do moderno sistema de justiça penal, não como mera decorrência de uma etapa evolutiva necessária de humanização do direito e do

⁴⁵ ANDRADE, Vera. *Op.cit.* 2003, p. 49.

exercício do poder punitivo, guiada pelos ideais racionalistas e iluministas, mas como uma projeção de transformações sociais profundas, especialmente no que tange às próprias ilegalidades, e de forma mais destacada, como uma “mutação técnica”. O autor demonstra que a punição sobre o corpo, expressa pelo espetáculo teatral e público dos suplícios, possuía a sua própria lógica. Longe de manifestar-se como expressão da simples ausência de “civilização”, os castigos corporais obedeciam a certa mecânica do poder. A ausência de limites correspondia à necessidade de afirmação do super-poder monárquico. No Estado Absolutista, o crime afirmava-se como uma agressão violenta não apenas contra a vítima, mas, sobretudo, contra o poder do príncipe. Então, “o crime, além de sua vítima imediata, ataca o soberano, ataca-o pessoalmente, pois a lei vale como a vontade do soberano; ataca-o fisicamente, pois a força da lei é a força do príncipe” (FOUCAULT, 1997a, p. 45).

Na realidade, se em toda infração há, por extensão lógica, um *crimen majestatis* e no menor dos criminosos, um regicida em potencial, a pena cumpriria a função política de “tornar sensível a todos, sobre o corpo do criminoso, a presença encolerizada do soberano. O suplício não restabelecia a justiça; reativava o poder” (FOUCAULT, 1997a, p. 46-50). Daí que a sua manifestação espetacular e teatral constituía uma característica intrínseca à própria tecnologia punitiva, que teria por função denotar a afirmação do soberano contra o seu inimigo direto e imediato violador de sua soberania política. Assim, a visualização do crime como um ato de guerra colocava a manutenção da ordem e da paz social e o bloqueio de sua degeneração pela anarquia das vinganças privadas, como objetivos primordiais do direito criminal (RUSH, 1999, p. 22).

Com a emergência e a consolidação da sociedade de mercado, o desequilíbrio dos castigos, associado ao surgimento de inúmeras ilegalidades (contrabando, acumulação de mercadorias com fins especulativos etc.) que, toleradas na prática, permitiam a acumulação de bens e atuavam contra o poder monárquico, impulsionam a necessidade de uma guinada no exercício do controle social punitivo. À medida que esses desequilíbrios passam a significar um alto custo político e econômico, a nova Justiça penal – e o modelo disciplinar que a prisão deveria representar – pretende corresponder a uma nova dinâmica do poder bastante diferente da exercida pelo poder monárquico. O poder na sociedade capitalista deveria ser exercido com o menor custo possível e seus efeitos deveriam ser intensos e extensos: transmitidos a todas as partes do corpo social. Nessa medida, segundo Foucault (1997a, p.82),

[...] a reforma do direito criminal deve ser lida como uma estratégia para o remanejamento do poder de punir, de acordo com as modalidades que o tornam mais regular, mais eficaz, mais constante e mais bem detalhado em seus efeitos: enfim,

que aumentem os efeitos diminuindo o custo econômico (ou seja, dissociando-o do sistema de propriedade, das compras e vendas, da venalidade tanto dos ofícios quanto das próprias decisões) e seu custo político (dissociando-o do arbitrário do poder monárquico).

Portanto, fica evidente que não se trata de uma efetiva vitória da emancipação sobre a regulação vigorosa e cruel do poder monárquico absolutista, experimentada no Antigo Regime, mas de uma reconfiguração das sinergias regulatórias atrelada às exigências de disciplinamento da massa laboriosa indispensável ao avanço do capitalismo em ascensão. Vê-se então que a “humanização” do campo penal deveu-se menos aos anseios iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade e mais às necessidades disciplinares de normalização e domesticação das massas trabalhadoras.

O acirramento da luta de classes no período estabeleceu a necessidade da conformação de novas estratégias punitivas dos setores sociais subalternos e de conservação da nova ordem em constante erupção. Nesse contexto, o sistema repressivo, frente à crescente pauperização das massas camponesas e à emergente urbanização, incrementa a elaboração de leis severas, visando conter as potenciais revoltas dos segmentos insurgentes. Assim, exsurge a necessidade cada vez mais evidente de buscarem-se novos métodos que tornem a administração da lei penal mais efetiva (RUSH, 1999).

Com isso, exsurge a necessidade de abolir-se a descentralização e o exercício ilimitado do poder de punir existente no medievo. Exige-se, portanto, um mínimo de “segurança jurídica” na definição dos delitos e nas aplicações das sanções. O rigorismo incondicionado da estrutura despótica deve ceder lugar a uma estrita limitação e proporcionalidade do poder de castigar, tornado-o, assim, política e economicamente, mais eficaz. Como ressalta Foucault (1997a, p.76), era necessário, sistemática e estrategicamente,

fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir.

Nos marcos do sistema social, o século XVIII assiste, segundo o filósofo francês, a uma mudança na política das ilegalidades, fator que confluiria para o movimento reformador do sistema punitivo. Registra-se, com efeito, uma passagem da criminalidade de sangue para a criminalidade de fraude, confirmando diminuições dos atentados contra a vida e a integridade física e um aumento dos delitos atentatórios à propriedade. Rusch (1999, p. 80) assinala que

[...] com as novas formas de acumulação do capital, de relações de produção e de estatuto jurídico da propriedade, todas as práticas populares que se classificavam, seja numa forma silenciosa, cotidiana, tolerada, seja numa forma violenta, na ilegalidade dos direitos, são desviadas a força para a ilegalidade dos bens. O roubo tende a tornar-se a primeira das grandes escapatórias à legalidade, nesse movimento que vai de uma sociedade da apropriação jurídico-política a uma sociedade da apropriação dos meios e produtos do trabalho.

O nascimento da economia capitalista transforma a própria estrutura das ilegalidades, que se direciona com mais intensidade, nesta fase, na ilegalidade dos bens. Vislumbra-se, sob essa perspectiva, como nota Foucault, a separação entre ilegalidade dos bens e ilegalidade dos direitos, divisão, aliás, que correspondia a uma oposição de classe, à medida que as classes subalternas só tinham acesso à ilegalidade dos bens, ou seja, à transferência violenta da propriedade, ao passo que à burguesia reservou-se a ilegalidade dos direitos. Dito de outro modo, reservou-se a possibilidade de romper com seus próprios regulamentos e suas próprias leis, fomentando o funcionamento de um imenso setor de circulação econômica que se desenvolvia a margem da legalidade. Assim, enquanto a ilegalidade dos direitos, perpetrada pela classe burguesa, apresenta uma imensa tolerância, impõe-se, de outro lado, a necessidade de uma vigilância constante que se faça recair sobre os delitos patrimoniais. Nesse sentido, a conservação dessa estrutura aponta para o fato de que “um sistema penal deve ser concebido como um instrumento para gerir diferencialmente as ilegalidades, não para suprimi-las a todas” (FOUCAULT, 1997a, p.80).

Com efeito, o campo penal assume irremediavelmente o papel de individualização e vigilância dos segmentos marginalizados, os quais o modelo prisional pretendia disciplinar mediante a imposição do trabalho carcerário. Era indispensável manter uma massa de indivíduos sempre aptos ao recrutamento na produção industrial. Nesse contexto, a tensão entre emancipação e regulação é expressa pela necessidade de reafirmação de estratégias punitivas aptas a satisfazer as novas exigências sociais advindas do desenvolvimento capitalista. O máximo e único contributo que a teoria penal liberal pôde oferecer ao pilar da emancipação foi, como assinalado, o do garantismo. Assim, tratava-se não apenas e tão-somente de combater e ultrapassar a crueldade e a barbaridade de um modelo aflitivo caótico e arbitrário, presente no medievo, mas de recriar mecanismos punitivos que fizessem com que uma nova espécie de crueldade e barbaridade – a violência do sistema prisional –, pudesse recobrir-se abstratamente de alguns limites mínimos garantidores da segurança jurídica e do respeito aos direitos individuais dos cidadãos.

A unidade ideológica da Escola Clássica é sintetizada com argúcia por Andrade, V (2003, p. 47) que percebe em tal postura um

[...] inequívoco significado político liberal e humanitário, pois a problemática comum e central que preside aos seus momentos fundacionais e atravessa o seu desenvolvimento é a problemática dos limites – e justificativa – do poder de punir face à liberdade individual.

Assim, de acordo com Andrade, V. (2003, p. 47) partindo-se do pressuposto da necessidade de proteção dos direitos individuais da corrupção e dos excessos das instituições vigentes,

[...] ela empreenderá uma vigorosa racionalização do poder punitivo em nome, precisamente, da necessidade de garantir o indivíduo contra toda intervenção estatal arbitrária. Daí por que a denominação de ‘garantismo’ seja talvez a que melhor espelhe o seu projeto racionalizador.⁴⁶

Entrementes, as desigualdades incrustadas na sociedade seriam suficientes para denunciar a inversão idealista da proposta clássica, uma vez que escancarariam a utilização do sistema de justiça criminal também como instrumento de classe, vez que o exercício efetivo das garantias ficaria circunscrito ao espectro dos segmentos proprietários. A emancipação liberal-individualista é claramente limitada a um universo bastante restrito de indivíduos, ao passo que a nova regulação permanece brutalmente insidiosa com as massas das nascentes cidades industriais.

3.1.2 O paradigma punitivo do Estado-Providência: o “*welfarismo* penal”

No itinerário das contradições entre emancipação e regulação que atingem o âmago do campo penal moderno, o século XIX assistiria a um novo capítulo desta tensão dinâmica, posto que, com o incremento da sociedade industrial e do capitalismo organizado, opera-se, no âmbito do saber penal, a transição da matriz clássica – inaugurada pela obra de Beccaria e desenvolvida por autores inspirados pela atitude liberal própria do Iluminismo, como Bentham, Feuerbach, Carrara e Franz Von Liszt – para o modelo (criminológico) positivista inspirado essencialmente pelas obras de Cesare Lombroso, Raffaele Garófalo e Enrico Ferri.

⁴⁶ Também Garland (2005, p. 75) descreve com rigor o processo de constituição do campo penal moderno, confundido coma própria emergência e consolidação do Estado moderno, em que a perseguição do delito deixa de ser uma tarefa privada para erigir-se como uma tarefa de governo, realizada em nome do povo. Assim sendo, os processos históricos de diferenciação, estatização, burocratização, e profissionalização são as características chaves do que poderíamos chamar a ‘modernização’ do controle do delito e da justiça penal. De modo de a história da justiça penal moderna – como a história do próprio Estado – é uma história da luta entre poderes em conflito, a partir da qual emergiu um Estado Leviatã que era capaz de sufocar a desordem e a delinquência.

No liberalismo, há inegavelmente uma indisfarçável preocupação com as limitações do poder punitivo que, no absolutismo, assombrava os segmentos burgueses ainda despojados do poder político. A matriz penal clássica expressara, nitidamente, esta inquietação, mediante a fundação dos pilares da legalidade, da proporcionalidade, do humanismo, da responsabilidade (moral) subjetiva calcada no livre-arbítrio e da certeza e segurança jurídicas. Mais tarde, no alvorecer do século XX e especialmente a partir do pós-I Guerra Mundial, o maior intervencionismo estatal legitimava a maior ingerência do controle social punitivo no sentido de promover-se a reforma moral do apenado. O delineamento dos Estados de Bem-estar na Europa e, mais timidamente, nos EUA, difundiu a configuração de um novo saber penal marcado por fortes ideologias de cunho social. A maior intervenção estatal na gestão das políticas sociais, visando à integração e melhoria do nível de vida da massa proletária, não impediu uma exacerbação do controle social punitivo. Ao novo influxo emancipatório, correlativo às conquistas e afirmações dos direitos sociais, culturais e econômicos, correspondeu um novo refluxo regulatório, caracterizado pelas ideologias de “defesa social”.

A Escola Positiva sintetiza, ideologicamente, este período de mudanças nas funções estatais. Como bem sinaliza Andrade, V (2008), sua emergência “responde, pois, a uma redefinição interna da estratégia do poder punitivo, somente admissível na ultrapassagem do Estado Liberal de Direito para o Estado de Direito Social ou intervencionista”. Esse modelo de saber repudia aquilo que considera um individualismo exacerbado presente no classicismo, ou seja, a defesa dos direitos fundamentais do cidadão, propondo-se, assim, a resgatar a parcela do “social” e dos direitos da coletividade atingida pelo crime. Tanto assim que, Enrico Ferri, um de seus mais nomeados representantes, irrompendo contra a primeira geração de direitos humanos, advogava a velha noção de que as condições de vida dentro da prisão deveriam, necessariamente, estar abaixo do nível mínimo fora da prisão.

Garland (2005) analisa, finamente, esse período de transição da “penalidade” do Estado Liberal como aquilo que denominou de “welfarismo penal”. Segundo o autor, desde sua gênese, o paradigma penal do Estado Social baseou-se em dois axiomas inquestionáveis derivados da cultura política progressista do período. O primeiro deles considerava evidente que “a reforma social, junto com a afluência econômica, eventualmente reduziria a frequência do delito”. O segundo axioma, também produto desse momento histórico específico, era que “o Estado é responsável pela assistência dos delinquentes tanto como de seu castigo e controle”. Sendo assim, o Estado devia ser um agente de reforma tanto como de repressão, de assistência, como de controle, de *welfare* e ainda de castigo. A justiça penal no emergente Estado de bem-estar já não era – ou pelo menos não era exclusivamente – uma relação entre o

Leviatã e um súdito rebelde. Em seu lugar, a justiça penal estatal converteu-se em parte do Estado de bem-estar e o sujeito delinqüente – em especial se era jovem, excluído ou mulher – passou a ser visto como um sujeito necessitado tanto quanto um sujeito culpável, um cliente tanto como um delinqüente.

Tal modelo de criminologia correcionalista poderia facialmente descrever-se, em seus valores e fundamentos como modernos. O que o tornava moderno era precisamente seu compromisso sem questionamentos com a engenharia social; sua confiança na capacidade do Estado e as possibilidades da ciência e sua convicção firme de que as condições sociais e os indivíduos delinqüentes podiam ser reformados por meio das intervenções das agências governamentais. Nesse sentido, com sua fé implícita na razão científica e na perfectibilidade do ser humano, essa nova corrente correcionalista era filha legítima do pensamento da Ilustração e, em muitos sentidos, era a expressão mais acabada das ambições racionalistas e utilitaristas desta tradição (GARLAND, 2005).

No âmbito jurídico-dogmático, o câmbio paradigmático também é percebido com precisão por Carvalho, S (2004, p.184-187), ao ressaltar que, ao ser convidado a operar funções preventivas, o controle penal foi instigado a ampliar seu espectro de incidência, adaptando-se a inúmeras exigências até então inexistentes. Com isso, a função do sistema penal do Estado Social é cindida de acordo com o tipo de ofensa perpetrada ao contrato social:

a) em relação à criminalidade clássica (lesão aos direitos individuais), mantém-se a estrutura normativa originária, abdicando, no entanto, dos fundamentos racionalistas retributivos e/ou intimidatórios em nome de uma política de intervenção moral, de recuperação e transformação do delinqüente;

b) “quanto aos crimes contra a coletividade (lesão aos direitos sociais), opta-se por um novo modelo legislativo, idôneo, desde sua auto-imagem, para satisfazer as novas expectativas da sociedade industrial”. Esse modelo faz erodir as bases fundacionais do saber penal clássico, posto que enseja violações aos princípios da legalidade em sentidos amplo e estrito (exaustiva utilização de normas penais em branco e prevalência dos tipos penais abertos, porosos e carregados de elementos normativos), da lesividade (incriminação de auto-lesões e de delitos sem vítima) e da culpabilidade (criação de normas de perigo abstrato e incremento de formas de responsabilidade penal objetiva).

Visivelmente, os embates entre regulação e emancipação, presentes no campo penal, sinalizam as intrínsecas relações existentes entre os mecanismos repressivos do Estado e

a ordem econômica e social instituída. O campo penal não guarda a auto-proclamada autonomia em relação aos demais campos sociais (economia, política, etc.). Ao contrário, reflete inexoravelmente a dinâmica das lutas e das contradições existentes na sociedade pela afirmação de uma vida digna. Essa dinâmica expressa efetivamente o jogo ininterrupto entre direito (e sociedade) instituído(s) e direito (e sociedade) instituinte(s). Na genealogia do campo penal, vê-se claramente que a cada passo na direção da emancipação tem-se um estorvo regulatório que insiste em impedir o seu desenvolvimento. O poder soberano da punição afirma-se constantemente sobre a captura das vidas dignas, sobre a exclusão inclusiva que funda a sua própria razão de ser.

É perceptível, portanto, que, na sociedade e no Estado capitalistas, a missão (secreta) do direito penal estivesse permanentemente associada às exigências de reprodução das relações sociais instituídas, na sua incessante tensão com as relações instituintes. As posturas epistemológicas das Escolas Clássica e Positiva alçaram-se, cada qual associada a contextos sociais e econômicos específicos, visando circunscrever os limites e as condições de possibilidade da (re)produção do campo penal à afirmação e solidificação das relações sociais advindas do capitalismo e de suas transformações.

Tanto é assim que Quinney (1980), expoente da criminologia crítica, afirmou peremptoriamente que o sistema de justiça penal, na órbita das sociedades capitalistas, constituíra-se em mero “instrumento coercitivo do Estado, usado pelo Estado e sua classe dominante para manter a ordem social e econômica existente”. Na síntese expressiva de Quinney (1980, p.236-246),

o direito criminal é usado pelo Estado e pela classe dominante para assegurar a sobrevivência do sistema capitalista. E como o sistema capitalista é, posteriormente, ameaçado por suas próprias contradições, o direito criminal é, crescentemente, usado na tentativa de manter a ordem doméstica. A classe inferior, a classe que deve permanecer oprimida para o triunfo da classe econômica dominante, continuará a ser objeto do direito criminal enquanto a classe dominante procurar perpetuar a si mesma. Remover a opressão, eliminar a necessidade de uma revolta posterior, significaria, necessariamente, o fim da classe dominante e de sua economia capitalista.

Desse modo, o *welfarismo penal* representou apenas e tão-somente um novo sistema de pensamento marcado por um específico regime de verdade, assim como um conjunto de estratégias destinadas à conformação da ordem social, forjada pelas exigências do

desenvolvimento e da reprodução do capitalismo organizado.

A conquista e a positivação dos direitos sociais, culturais e econômicos não redundaram, necessariamente, na configuração de um direito penal mínimo, organicamente limitado quanto ao seu poder e sua função. Não obstante as teorias abolicionistas terem emergido, também, em contextos fortemente marcados pela existência de Estados sociais atuantes e consolidados (Holanda, Noruega, Finlândia), nota-se que, nos países considerados núcleos representativos do modelo *Welfare State* (Inglaterra, França, Itália, mais tarde Espanha, e em outro contexto os EUA), de fato, o paradigma representado pelo *welfarismo penal* distanciou-se, profundamente, das propostas minimalistas e limitadoras da intervenção punitiva estatal.

Na visão de um dos mais destacados analistas da configuração e crise do *Welfare State*, este modelo de Estado foi acompanhado pela formação de uma ordem jurídica própria: o *direito social*. Segundo Ewald (2000, p. 185), “o programa do Estado-Providência segrega uma ordem jurídica tal, que não contém qualquer princípio que garanta – seja qual for o peso que se atribui a esse tipo de garantia – contra a tentação totalitária”. Não se trata, porém, de afirmar que esse direito engendre diretamente o totalitarismo, nem que essencialmente o exija, mas apenas que, ao contrário da ordem liberal, em que o direito funcionava como limite contra o poder e o seu excesso, o direito social é agenciado de tal maneira que, certamente, já não pode ocupar essa função. Ademais, outro fenômeno evidente do direito social consiste no processo assombroso de inflação jurídica e legislativa, que colapsa o princípio da legalidade e inunda a racionalidade jurídico-normativa liberal de paradoxos e contradições intermináveis.

Portanto, esse processo de crescimento desordenado de subsistemas normativos complexos, porosos e contraditórios erosiona drasticamente as premissas essenciais do direito penal moderno, especialmente a noção de que o sistema normativo afirma-se como um instrumento essencial de limite do poder estatal. Nesse sentido, o arcabouço institucional do Estado Social redundava num conjunto de procedimentos e micro-legalidades cada vez mais kafkianas, implicando, de um lado, na ilimitação crescente da intervenção estatal nas mais variadas esferas da vida social, e de outro, na própria anulação do direito como mecanismo de mediação e regulação sociais.

No dizer de Ewald (2000,p.186),

[...] é evidente que, ao multiplicarem-se os direitos, se multiplicam na mesma proporção as obrigações, que, ao multiplicarem-se os créditos, se multiplicam igualmente as dívidas e os devedores, num processo cuja prossecução não pode deixar de levar a que só haja devedores, só hajam deveres, portanto já sem direitos. Tal é, de facto, a lógica do direito, que a sua inflação só pode levar á própria anulação [...] A inflação do direito traz em si a sua própria morte.

A conclusão inevitável a que chega o autor francês é a de que a engrenagem do Estado Social exhibe, com rotável desenvoltura, o fato de o direito poder viver em conjunto com o totalitarismo. A oposição clássica entre direito – garantia das liberdades – e totalitarismo é impertinente. O que o direito social evidencia, com todas as letras, é o ingresso num paradigma em que a existência de legalidade não implica, necessariamente, em reconhecimento de direitos. Isso porque, segundo Ewald (2000, p.186-187),

encontramo-nos na era das legalidades sem direito. Enquanto o Estado de direito era definido pela equação direito=legalidade, o direito social, tal como a existência dos direitos socialistas, obriga a pensar a existência de legalidades sem direito e a perguntarmo-nos o que é que faz que uma legalidade possa constituir, ou não, um direito.

Por outro lado, isso implica ainda um profundo avanço da moralização do direito, da (com)fusão sempre improdutiva entre direito e moral, isto é, o fato de que o Estado possa arvorar-se a um condutor único, exclusivo e coercitivo de uma definição de “bem comum” inquestionável e sempre dada *a priori*. Como ressalta Ewald (2000, p.187), no paradigma liberal,

[...] é o facto da existência da sociedade que obriga a distinguir entre direito e moral, a estabelecer tão rigorosamente o limite do direito. Se o direito é limitado, não é por defeito, mas por oportunidade. Melhor, para exercer a sua função, para possibilitar a coexistência das liberdades, o direito deve permanecer limitado, não deve degenerar em moral.

No Estado Social, em razão da sua ausência de limites, diz Ewald (2000, p. 196)

[...] a política do direito acaba por se confundir com uma técnica de gestão da coerção estatal. O mesmo é dizer que não é ao direito que será preciso solicitar a definição do seu próprio limite e as condições de uma garantia contra os excessos da coerção estatal.

Desse modo, acrescenta Ewald (2000, p. 196)

[...] torna-se assim evidente que, em nome do direito social, se pode desenvolver uma legalidade sem direito, ou ainda que o direito social já não contém, em si mesmo, nada que possa fazer que a inflação de legalidade, de que está prenhe, permaneça um direito.

O “direito penal social”, portanto, pela sua espetacular manifestação como técnica de controle social punitivo, erige-se como instrumento decisivo para a legitimação moralizante da ordem social requerida pelo capitalismo organizado. Os excessos da coerção punitiva estatal são sempre justificados em nome da construção da “boa ordem”, da “justiça social”, da paz e da segurança, necessárias à construção do regime de bem-estar, da rede de proteção dos riscos coletivos, com seu espectro sempre presente de legalidades sem direitos e tendencialmente marcado pela ausência de qualquer princípio que garanta limites efetivos à tentação totalitária.

Em termos penais, isso representou, com uma evidência elementar, a constituição feroz de um poder penal discricionário, encarnado nas condenações indeterminadas, orientadas para o tratamento e para a reforma moral do delinqüente, e nas demais medidas preventivas de segurança pública. Este poder, impressionante em seu alcance e incontrolável por sua natureza, era utilizado sistematicamente de maneira discriminatória e repressiva, em função das necessidades de controle das instituições penais e dos interesses políticos das classes dominantes (GARLAND, 2005, p. 11).

Em vista dessas transformações, contemporaneamente, no cenário da nova fase de expansão do capitalismo em escala planetária e da conseqüente crise do modelo do *Welfare State*, impulsionada pelo fenômeno da globalização hegemônica e de seu sustentáculo ideológico, o neoliberalismo, assiste-se a uma inédita e aguda tensão entre emancipação e regulação que projeta conseqüências profundas no campo penal. A magnitude da proposta neoliberal, coincidindo com a violenta crise dos regimes de bem-estar social europeus, fomenta uma avalanche legislativa no âmbito repressivo, operando o ato de reduzir a promoção das três dimensões de direitos fundamentais e liberando uma insaciável volúpia punitiva.

3.1.3 As tensões e as transformações do campo penal na contemporaneidade: os movimentos de sobrepenalização e a gestão do risco criminal com base na segurança

Nas sociedades capitalistas contemporâneas, a hegemonia ideológica do neoliberalismo promoveu, como corolário lógico de sua perversa dimensão econômica, o *neoconservadorismo* como sua indefectível expressão política. Ao destruir as bases assistenciais do Estado, esse modelo não só acentua o *déficit* social nas injustas e cambiantes democracias do capitalismo tardio e periférico, mas estende também a sua devastação aos estáveis modelos democráticos dos países centrais (BARON, 1998).

Nesse contexto, verifica-se a revelação crescente de situações extremas pelo nítido aumento do fosso, o qual mantém em conjunto convívio dois modelos de sociedades contraditórios e irreconciliáveis, a saber, o da opulência econômica dos setores dominantes e o da miséria social. O primeiro deles é gerenciador do capitalismo internacional e da burguesia periférica integrada a ele; o segundo relega 59,3% da população latino-americana a suportarem a existência abaixo da linha de pobreza - segundo relatório do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento).

Tal quadro, ao irromper uma grandiosa crise das relações de produção e sociabilidade⁴⁷, fulmina a possibilidade da consolidação dos Estados democráticos. A (re)afirmação de seus valores de igualdade, liberdade e solidariedade, como âmbitos naturais da justiça e como instâncias estratégicas de (re)distribuição de ingressos e recursos, são violentamente sacrificados e desmantelados “em função do reforçamento darwiniano do mercado, procurando desse modo que o ‘virtuoso’ afã de lucro dos burgueses não tropece com interferências extra-econômicas que possam frustrar suas potencialidades de crescimento (BORON, 1999, p.101-102).

Por conta disso, assiste-se a uma espécie de guerra social latente, à medida que a radicalização das desigualdades sociais desemboca em antagonismos, rupturas, ódios e choques extremados. Como percebe Ianni (2004, p.201-204), “a distribuição desigual da riqueza social, desde a mais estritamente econômica à cultural, constitui uma das bases das inquietações e reivindicações, dos movimentos sociais e protestos, do desespero e da violência”. E, assim, de repente, alguns membros das elites governantes e classes dominantes

⁴⁷ Sobre a crise da natureza e das relações humanas de produção e sociabilidade gestadas pela racionalidade econômica atual, ver GUERRIERI (2002).

começam e reconhecer, com muita dificuldade, alguma relação entre violência e carência, riqueza e pobreza, prosperidade e terrorismo.

A gestão da segurança, dos antagonismos, das clivagens e dos medos coletivos passa a ser tarefa exclusiva do sistema repressivo. Inegavelmente, os níveis chocantes de pobreza e de marginalização, presentes nas sociedades atuais, tanto no centro como na periferia do planeta, impõem o fortalecimento do controle dos segmentos que possivelmente possam subverter a estabilidade da ordem instituída. Algo que ocorre porque a destruição do trabalho assalariado, realizada pelo “horror econômico”, tende a germinar no aumento acelerado da violência, do desvio, da incivilidade, da anomia, do terrorismo, da desagregação social.

Nessa conjuntura, a hipertrofia do sistema penal obedece aos fundamentos da própria lógica econômica atual, direcionando suas baterias punitivas à neutralização das “classes perigosas”, através de técnicas de “prevenção do risco”, as quais se articulam principalmente sob as formas de vigilância, segregação urbana e contenção carcerária (DE GIORGI, 2006).

Isso acontece justamente pelo fato de que, como ressalta Ianni (2004), a violência revela-se uma poderosa força produtiva, uma vez que assegura e reproduz as práticas e instituições necessárias ao desenvolvimento da economia e da exploração capitalistas. Nas precisas palavras de Ianni (2004, p.149),

[...] mais uma vez está em causa a forma como se processam a realização, a organização, o funcionamento, e o desenvolvimento da propriedade privada, na sociedade burguesa, capitalista. Em princípio todos são proprietários, tanto os proprietários do capital como os da força de trabalho: empresários e assalariados. Entre os que vendem força de trabalho, no entanto, são muitos os que não encontram compradores; condenam-se à inação; são condenados em muitos casos à inação. Nesse sentido é que a violência institucionalizada, traduzida em mecanismos de oferta e demanda no mercado, disciplina rigorosa, praticamente militar, nos locais de trabalho, vigilância policial contínua sobre o desempregado, brutalidade policial relativa ao trabalhador negro, nativo, branco, árabe, asiático ou outro, conforme o país – nesse sentido é que a violência revela-se uma poderosa força produtiva. Sim, ao lado do capital, tecnologia, força de trabalho, divisão do trabalho social, mercado e planejamento, a violência institucionalizada, o Estado como violência organizada e concentrada da sociedade, revela-se poderosa força produtiva.

Além disso, a nova expansão do capitalismo em escala global fomenta toda sorte de rupturas e violências, o que abala instituições, modos e estilos de vida e visões de mundo. A ‘fábrica da violência’ germina, nasce e floresce na própria ‘fábrica da sociedade’. A violência emerge do ventre do próprio tecido social, das formas de sociabilidade e do jogo das forças sociais, que engendram as suas respectivas engrenagens de dominação e exploração e, portanto, também de violência (IANNI, 2004, p.149-150).

Nesse sentido, Christie (1998, p.56) percebe que “um princípio básico do controle social é de que os que possuem muito e os que nada têm são os dois extremos mais difíceis de governar. Os que muito possuem também têm muito poder, e os que nada têm, também nada têm a perder”. Assim, pela sua posição de fragilidade social, as classes subalternas recebem com mais frequência a fúria da violência real e simbólica do campo penal.

De Giorgi (2006) assinala que ao se debruçar sobre as tecnologias punitivas que emergem no ocaso do século XX e início do XXI, pode-se facilmente falar de um segundo grande encarceramento, como o “grande internamento” vivenciado entre os séculos XVII e XVIII. Expressa-se, pois, sob as formas de um internamento urbano, que tem a forma do gueto, ou das favelas no caso brasileiro; de um internamento penal, que tem a forma do cárcere, e de um internamento global, que assume as formas das inumeráveis “zonas de espera”, disseminadas pelos confins internos do Império. Porém, adverte de Giorgi (2006), que diferentemente do primeiro grande internamento, a sua reedição contemporânea não parece cultivar nenhuma utopia de tipo disciplinar. Com efeito, afirma de Giorgi (2006, p.28)

[...] o novo internamento se configura mais do que qualquer outra coisa como uma tentativa de definir um espaço de contenção, de traçar um perímetro material ou imaterial em torno das populações que são “excedentes”, seja a nível global, seja a nível metropolitano, em relação ao sistema de produção vigente.

O sinal mais evidente da vitória do pilar da regulação sobre o da emancipação no campo penal consiste na progressiva substituição do Estado Social pelo Estado Penal. Wacquant (2001) constatou, em relação ao caso norte-americano, a expressiva alteração de um (semi) Estado-providência em detrimento de um Estado Penal e policial. Configurou-se, assim, nas últimas décadas, uma espécie híbrida de Estado, o “Estado-centauro”, guiado por uma cabeça liberal montada sobre um corpo autoritário. Esse modelo estatal liberal-despótico “aplica a doutrina do *laissez-faire, laissez-passer* a montante em relação às desigualdades sociais, mas mostra-se brutalmente paternalista a jusante, no momento em que trata de administrar suas conseqüências”.

Cumprе esclarecer que o Estado Social, como explica Rosanvallon (1997), consiste numa extensão e num aprofundamento do Estado-protetor (liberal) clássico, que acompanha o próprio movimento pelo qual a sociedade deixou de ser pensada com base no modelo de corpo para ser concebida sob o modelo do mercado. A pretensão seria a de substituir a incerteza da providência religiosa pela certeza da providência estatal, calcada na gestão dos riscos com base na probabilidade estatística. Esse Estado visa, portanto, muito além de suas

obrigações clássicas, ações redistributivas, de intervenção e regulamentação das ações sociais e de responsabilização por certos serviços coletivos.

Esse paradigma estatal do projeto modernista pautou-se, pois, pela tentativa crescente de anexar a população à plena cidadania não apenas de direitos formais, mas de incorporação substantiva à sociedade. A sociedade moderna buscou a todo custo manter-se como sociedade inclusiva. A modernidade recente, ao contrário, caracteriza-se por sua natureza excludente, gerando alterações radicais nas formas de criminalidade e de controle social. Nos termos de Young, os processos de desintegração tanto da esfera da comunidade, pelo aumento do individualismo, como da esfera do trabalho, em razão das drásticas rupturas empreendidas pelo mercado globalizado, articulam uma “dialética da exclusão”, caracterizada, segundo Young (2002, p.31), por

[...] uma amplificação do desvio que acentua progressivamente a marginalidade, num processo pírrico que envolve tanto a sociedade mais ampla como, crucialmente, seus próprios atores, os quais, na melhor hipótese, se metem na armadilha de uma série de empregos sem nenhuma perspectiva, ou, na pior, de uma subclasse de ociosidade e desespero.

Consoante, adverte Bauman (1998, p.51),

poucos de nós se lembram hoje de que o estado de bem-estar foi, originalmente, concebido como um instrumento manejado pelo estado a fim de reabilitar os temporariamente inaptos e estimular os que estavam aptos a se empenharem mais, protegendo-os do medo de perder a aptidão no meio do processo.

Os dispositivos da previdência representavam uma rede de segurança; essa estendida a toda comunidade a fim de proteger os seus membros das agruras da sobrevivência e “dos temporários soluços e caprichos das vicissitudes da sorte”, previsíveis no contexto de uma sociedade capitalista competitiva. Assim, o “estado de bem-estar não era concebido como uma caridade, mas como um direito do cidadão, e não como o fornecimento de donativos individuais, mas como uma forma de seguro coletivo” (BAUMAN, 1998, p.51).

Em razão disso, o campo penal moderno, no período do Estado Social, propõe “um discurso que relaciona criminalidade e desvio com cidadania normal”. Se, por um lado, a longa marcha da cidadania é um caminho inevitável e sem retorno, o papel do Estado é intervir de modo a realizar a justiça social e a ordem social, são vistos não só como justos, mas obviamente voltados para o interesse de todos; de outro lado, o desvio não passará de atos de uma minoria determinados por circunstâncias psicológicas e individuais e o ‘outro’ desviante como constituído por uma ausência em termos de valores que são absolutos e

incontestáveis e, portanto, sujeitos ao objetivo de assimilação ou inclusão, por meio de um discurso tanto penal quanto terapêutico de integração. Com efeito, afirma Young (2002, p.21-23)

[...] trata-se de uma sociedade que não abomina ‘o outro’, nem o vê como inimigo externo, mas muito mais como alguém que deve ser socializado, reabilitado, curado até ficar como ‘nós’. O olhar modernista não vê o outro como estrangeiro, mas como algo ou alguém a quem faltam os atributos do observador. Falta-lhe civilização, ou socialização, ou sensibilidades.

No entanto, atualmente, o crescente afrouxamento das relações de trabalho e a minimização da interferência estatal na economia promovem uma acentuada decomposição das redes de proteção social, expressões inexoráveis da própria volatilidade dos fluxos de capital em escala global. Diante do banimento gradativo da necessidade de trabalho pelas incessantes revoluções tecnológicas e da visualização de que um setor cada vez mais numeroso da população nunca reingressará na produção e que, portanto, não apresente interesse para os que dirigem a economia, quase todos “os dispositivos de previdência, antes um exercício dos direitos do cidadão, transformaram-se no estigma dos incapazes e imprevidentes”. Conseqüentemente, elimina-se o seguro coletivo contra os riscos e as tarefas de lidar com os riscos coletivamente produzidos terminam privatizadas. Nessa conjuntura, o que se tem verificado cada vez mais, em anos recentes, como criminalidade é precisamente o próprio produto da sociedade de consumidores. No momento em que a mensagem sedutora do consumo é amplamente difundida, amplia-se significativamente o hiato entre os que desejam e os que podem satisfazer os seus desejos.

Assim, “a sedução do mercado é, simultaneamente, a grande igualadora e a grande divisora”, pois, se a mensagem é dirigida a todas as direções, ela esconde, no entanto, o fato de que existem mais daqueles que podem ouvi-la do que propriamente aqueles que podem agir em conformidade com a mensagem (BAUMAN, 1998, P. 51-55).

Na precisa assertiva de Bauman (1998, p. 55),

[...] o consumo abundante, é-lhes dito e mostrado, é a marca do sucesso e a estrada que conduz diretamente ao aplauso público e à fama. Eles também aprendem que possuir e consumir determinados objetos, e adotar certos estilos de vida, é a condição necessária para a felicidade, talvez até para a dignidade humana.

Se, na sociedade contemporânea, a dignidade humana e o reconhecimento dependem mais da capacidade de participar da “sociedade de consumidores” do que da autonomia moral e da dialética do reconhecimento (alteridade), o seu fundamento emerge forte e claro: não há

mais modelos a seguir, “exceto os de *apoderar-se de mais*”, e não há normas, exceto o imperativo de estar apto a participar bem do jogo com as cartas que se dispõe. Desta forma, os inabilitados devem ser mantidos fora do jogo, posto que são o refugio da ordem instituída, servindo, inclusive, de terrível exemplo para os que estão do lado de dentro. Assim, segundo Bauman (1998, p.56-57)

dada a natureza do jogo agora disputado, as agruras e tormentos dos que dele são excluídos, outrora encarados como um malogro coletivamente causado e que precisava ser tratado com meios coletivos, só podem ser redefinidos como um crime individual. As ‘classes perigosas’ são assim redefinidas como classe de criminosos. E, desse modo, as prisões agora, completa e verdadeiramente, fazem as vezes das definhantes instituições do bem-estar.

Nesse terreno inóspito, o controle das populações marginalizadas fomenta uma verdadeira indústria do controle do crime, que abocanha vultosas somas dos recursos estatais para o setor repressivo. Essa indústria pretende enfrentar os problemas da distribuição (desigual) da riqueza e do trabalho na medida em que fornece emprego e se constitui numa das atividades mais lucrativas, especialmente no mercado norte-americano. Além da abundante matéria-prima, ou seja, das crescentes hordas de ociosos que irão compor suas fileiras, não existem, como ironiza Christie, “os habituais problemas de poluição ambiental. Pelo contrário, o papel atribuído a esta indústria é limpar, remover os elementos indesejáveis do sistema social”.

O pano de fundo dessa nova postura punitiva globalizada, indispensável aos anseios da mundialização sem barreiras da economia, resume-se ao fato de que ao crescimento terrível e avassalador da exclusão social, “o Estado responderá não com um fortalecimento de seu compromisso social, mas com um endurecimento de sua intervenção penal. À violência da exclusão econômica, ele oporá a violência da exclusão carcerária”. Isso se dá no momento exato em que se verifica a crescente desagregação social, exigindo que os contrastes sociais violentamente intensificados sejam comprimidos pela violência submissora do despotismo estatal. Em outros termos, “à atrofia deliberada do Estado social corresponde a hipertrofia distópica do Estado penal: a miséria e a extinção de um têm como contrapartida direta e necessária a grandeza e a prosperidade insolente do outro” (WACQUANT, 2001, p.74).

A visível expropriação (social) do Estado incita uma extensão hobbesiana do poder punitivo, o que demonstra a prevalência, na vitória do pilar da regulação, dos princípios do Estado e do mercado em detrimento do princípio da comunidade. Fala-se hoje, sobretudo, em segurança em vez de solidariedade. No campo penal, a supremacia da regulação sobre a

emancipação no solo erosivo da criminologia implica na superação da criminologia neoclássica pela criminologia administrativa ou atuarial, pela criminologia de todos os dias (Garland), ou ainda, pela “criminologia de guerra”. Como adverte Young (2002, p.76-77),

[...] tal criminologia administrativa se preocupa em gerir em vez de reformar, seu ‘realismo’ está em não pretender eliminar o crime (o que ela sabe impossível), mas minimizar riscos. Ela abandonou os objetivos modernistas de mudança através de engenharia social e intervenção judicial, e busca apenas separar o criminoso do cidadão decente, o encrenqueiro do comprador pacífico, e minimizar o dano que o viciado ou alcoólatra pode causar a si próprio, em vez de propor alguma cura ou transformação.

Por esse quadro, vê-se que o discurso da segurança e da expansão do campo penal responde ainda ao delineamento atual do chamado Estado de Urgência, ou de Exceção, e da sociedade do risco. Em face da erosão da idéia de progresso e da dificuldade de ser pensar o futuro em termos de promessa, é o presente que concentra toda a sua carga de expectativa normalmente lançada sobre o futuro, e é na injunção imediata do instante – logo, na urgência – que a ação é chamada a produzir-se. Esse movimento de sobrepenalização da realidade social reflete, pois, as exigências de segurança num mundo marcado pela produção de riscos globais inusitados, incalculáveis, imprevisíveis, irreparáveis. Na denominada “sociedade do risco global”, tais ameaças e danos aparecem como uma nova forma de mobilização política da sociedade e todas as estratégias destinadas ao seu controle e à “reconstrução do equilíbrio social”, ainda que fundadas na exceção e na força, cimentam a legitimidade do exercício do poder (BECK, 2002).

O novo paradigma societário origina o fenômeno da “institucionalização da insegurança”. A sociedade do risco global é, inegavelmente, uma sociedade da insegurança objetiva, já que a intensa complexidade social gera um aumento vertiginoso de expectativas que se interpenetram e dependem da realização de ações positivas de terceiros.

Ao lado dos riscos reais e objetivos, habita também a produção constante e frenética de uma sensação social de insegurança. Juntamente com a insegurança objetiva, vive-se numa sociedade da ‘insegurança sentida’, consubstanciada na produção de um sentimento que reflete uma sensação geral de insegurança, isto é, no aparecimento de uma forma especialmente aguda de viver os riscos. Numa sociedade marcada pela aceleração e pela incerteza, pela obscuridade e pela urgência, produz-se uma profunda desorientação pessoal. Trata-se, acima de tudo, de perplexidade ante a ausência de referenciais éticos duradouros ou de princípios generalizáveis, o que leva o campo penal a afirmar-se como nova pauta de valores na ausência de outros referenciais. Além disso, o papel fundamental cumprido pela

mídia de massa na produção e difusão do medo tende a consolidar uma elevadíssima ‘sensibilidade do risco’, além da propagação dos fenômenos da essencialização do outro, da demonização e da construção da monstruosidade (BECK, 2002).

Segundo Young (2002), a combinação explosiva entre insegurança material e ontológica, produtos do mercado de trabalho precário e do relativismo cultural, “legitima tanto o privilégio como a deferência: nos permite manter e aceitar posições de superioridade ou inferioridade”. O degrau seguinte facilmente alcançável consiste em “responsabilizar um grupo de dentro ou de fora da sociedade pelos problemas sistêmicos enfrentados por ela”. Assim, o essencialismo, o apelo à diferença, baseados em essências fixas e atemporais, afirma-se como um pré-requisito para a demonização, conferindo uma base para projeções das partes mais baixas e desconfortáveis da pessoa mesma sobre o outro. No topo, a fabricação de monstros, “criaturas que são essencialmente diferente de nós” e, portanto, estão além da redenção, pois “tendo sido forjados como monstros, não podem mudar. Nenhum tempo de condenação pode redimir a sua depravação”.

Por esse motivo, além do movimento de sobrepenalização (Estado Penal) e mesmo como decorrência deste, vislumbra-se um novo retrocesso do pilar da emancipação no campo penal. Esse campo caracterizado pela mudança interna de paradigma, com o abandono dos objetivos de reabilitação do condenado e de elaboração de alternativas à pena privativa de liberdade em benefício de uma gestão do risco criminal com base na segurança.

Parece hoje explícito que, na sociedade moderna, o preço a pagar pela liberdade e autonomia individuais foi, sem dúvida alguma, a crescente insegurança e a vulnerabilidade constante, desde o momento em que o homem libertou-se dos laços bem amarrados da tradição. A passagem de uma sociedade de destino para uma sociedade de liberdade relega a dificuldade em existir, e a partir disso transforma a liberdade num fardo extremamente pesado. Com isso, a responsabilidade torna-se insuportável à medida que a consciência da própria pequenez acompanha a de uma responsabilidade cada vez mais esmagadora (BRUCKNNR, 1996).

Essa “responsabilidade esmagadora” deriva das grandiosas proporções dos riscos produzidos como fruto das próprias escolhas e decisões. O progresso das ciências submete as pessoas a uma responsabilidade desproporcionada. Assim, nas sociedades, a vitimização real e sentida parece ser uma de suas marcas distintivas. No momento em que todos se sentem vítimas, o direito penal passa ser o único meio de resolução dos conflitos. Nele se desvanecem os laços solidários e a ética da responsabilidade; a ameaça da sanção constitui-se no substituto dos valores ético-políticos que instituem o elo social e oferece aos indivíduos os únicos,

extremos e desesperados pontos de referência necessários a sua identidade e autonomia. Na expressiva análise de Ost (1999, p. 379),

de imediato, o direito penal surge como a derradeira expressão da moral comum, a última fonte de sentido num mundo cujas referências móveis e flutuantes aprofundam a inquietude e suscitam o mal-estar, pelo menos tanto quanto libertam. Aos olhos dos indivíduos que se tornaram medrosos, o interdito reafirmado e sancionado parece estreitar os elos sociais e garantir um pouco da segurança perdida.

A única imagem capaz de oferecer aos indivíduos alguma sensação confortável, alguma tranqüilidade e alguma confiança na rede simbólica instituída, ainda que ilusória e passageira, posto que facilmente dissolvida, parece ser a caricatural e autoritária figura do Leviatã, de Hobbes. Se o parceiro de interação é sempre um inimigo potencial, capaz de solapar-me a vida e os bens, o refúgio necessário e confortável só poderá ser, efetivamente, os braços robustos do Estado despótico.

Com efeito, como destaca Ost (1999, p.379),

esta sobre-solicitação da justiça penal, transformada em instância de reconhecimento das vítimas, e esse apelo reforçado à sanção, sinal inverso da norma comum, dão assim uma resposta à questão de saber se, para existir e identificar-se, uma sociedade não precisa se apoiar em referências fundadoras e experimentar os seus limites. Eis o que poderia explicar o movimento de repenalização da vida social cujos sinais abundam: multiplicação das incriminações, aumento das tarifas repressivas, alongamento da duração média das penas, restrição dos regimes de liberdade condicional, vigilância electrónica ao domicílio: o controle penal estende-se e a repressão endurece.

Sendo assim, no momento em que o risco converte-se numa das principais forças de mobilização política, o valor dado à segurança, precisamente a outra face (conceitual) do risco, assume a primazia como fonte de legitimação de todo o sistema repressivo. A tendência atual das políticas criminais contemporâneas e globalizadas caminha no sentido de, segundo Bauman (2000, p.11),

[...] limitar à questão da lei e da ordem o que ainda resta da iniciativa política nas mãos cada vez mais frágeis da nação-estado, uma questão que inevitavelmente se traduz na prática em uma existência ordeira – segura – para alguns e, para outros, toda a espantosa e ameaçadora força da lei

Se as comunidades de hoje são sinônimos de isolamento, separação, muros protetores e portões vigiados, o equivalente ao abrigo nuclear, as elites pretendem cada vez mais viver sob o regime da secessão, sob a égide do direito de manter-se à distância e viver longe de intrusos. Nesse sentido, a segurança passa ser a mola propulsora das comunidades de ocasião,

das comunidades cercadas e vigiadas. E, assim, o campo penal assume todos os encargos da (ilusória) produção da segurança, do deleite da vingança e do sangue prometido.

O sistema penal apossa-se da dissolução das tensões, das clivagens e dos antagonismos sociais, econômicos, políticos, culturais, étnicos, religiosos e morais, que as inseguranças material e ontológica aprofundam e agravam. Esse sistema erigi-se, portanto, no único mecanismo viável de manutenção da segurança dos segmentos dominantes. Sua atuação restringe-se, nesta medida, não a promover a proteção necessária de violações de direitos de absoluta relevância para todos os membros da sociedade e com a devida devoção aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, mas a reproduzir brutalmente a conservação de uma ordem social desigual e autoritária.

Ressalta ainda Ost (1999), como corolário do movimento de sobrepenalização, que se assiste à transformação interna, em termos de segurança, que afeta hoje o direito penal. No âmbito do Estado Social, a repressão prosseguia essencialmente as finalidades preventivas. Tratava-se, num momento em que ainda se tinha confiança no futuro, de implementar penas que simultaneamente dissuassem os potenciais delinquentes e assegurassem a emenda daqueles que exibiam comportamentos desviantes cuja culpabilidade fosse estabelecida. Tratava-se, pois, menos de punir a falta passada (lógica retributiva) do que de prevenir o mau futuro.

Na linha de um Estado Social preventivo, multiplicam-se as políticas sociais suscetíveis de conter o crime antes de acontecer. De forma geral, a preocupação do Socializar, participar e do reabilitar sobrepõe-se, pelo menos no domínio das intenções, ao controle social e à repressão. Porém, com a crise do Estado Social e a emergência do Estado Penitência, tais ideais foram progressivamente abandonados. As preocupações com segurança ocupam hoje a boca da cena: almeja-se uma segurança imediata, mas não a redução da criminalidade em longo prazo. O vocabulário da desconfiança (gestão do risco criminal) substitui as esperanças colocadas, ontem ainda, no tratamento e na reabilitação dos apenados. A lógica do projeto, típica das políticas penais do Estado Social, dá lugar às intervenções de urgência, aos programas a curtíssimo prazo, suscetíveis de produzir resultados rápidos, visíveis e, se possível, midiaticamente rentáveis (OST, 1999).

Tal fato deriva precisamente dos altos custos e do penoso trabalho que consiste em dedicar aos inadaptados, isto é, ao refugio da sociedade de consumo, uma confiança digna de atenção. Diante de um Estado social em crise e de um mundo marcado por riscos globais, qualquer investimento em indivíduos, vistos pela sociedade como disfuncionais, inaptos; enfim, monstros e inimigos, seria repudiado de forma inequívoca.

Por isso mesmo, como assevera Bauman (1998, p.58), “o confinamento espacial, o encarceramento sob variados graus de severidade e rigor, tem sido em todas as épocas o método primordial de lidar com os setores inassimiláveis e problemáticos da população, difíceis de controlar”.

A história do medievo demonstra que hereges, bruxas, judeus, prostitutas, leprosos e homossexuais foram perseguidos, confinados e executados por não assimilarem passivamente os valores da tradição cristã ou manterem com eles uma relação ambígua. A partir do denominador comum do controle rigoroso da sexualidade dos fiéis, lastreado pela relação heresia-heresia-lepra-sexo, a Instituição Eclesiástica fomenta a intolerância persecutória com base na construção de estereótipos que personalizam os temores à ordem autoritária clerical⁴⁸.

É interessante notar que, mais tarde, no período industrial, o Panóptico de Bentham representou, como percebeu o gênio de Foucault, o projeto ideológico punitivo por excelência. Sua missão consistia em produzir um poder disciplinar onipresente configurador da docilidade dos corpos. Isso quer dizer que o poder (de punir) deveria formar “corpos dóceis” que permitissem a extração de sua máxima utilidade econômica. No capitalismo globalizado, ao revés, diante da dispensabilidade dos corpos humanos para a produção da riqueza, o poder (penal) funciona como um mecanismo que (de)limita as fronteiras da estratificação social.

Como lembra Batista N (1996), no momento em que o capital financeiro transnacionalizado abandona o disciplinamento dos corpos, agora indispensáveis tão-somente à reprodução do consumo, a máxima que regeria a lógica da punição na sociedade global seria: a imposição de penas alternativas aos potenciais consumidores e o confinamento para os “consumidores falhos”.

De fato, o “encarceramento serve bem antes à regulação da miséria, quiçá a sua perpetuação, e ao armazenamento dos refugos do mercado”. Portanto, as populações marginalizadas, excluídas do ciberespaço da pós-modernidade, disporão dos únicos espaços que lhe são reservados no mundo globalizado: o do confinamento. Há uma alternativa a ser escolhida entre duas (catastróficas): os guetos como prisões sociais ou as prisões como guetos judiciários.

⁴⁸ RICHARDS, Jeffrey. *Sexo, Desvio e Danação: as minorias na Idade Média*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993, p. 24-32. A partir de um denominador comum entre os grupos perseguidos – as práticas sexuais realizadas fora do matrimônio religioso – a Igreja engendra estereótipos que pretendiam corporificar a ameaça à ordem dominante. Assim, tanto a dissensão religiosa quanto a atividade sexual seriam influências malignas que deveriam ser varridas ao custo da perseguição implacável, da segregação sufocante, da tortura e da eliminação física

Nos Estados Unidos, matriz ideológica do mundo neoliberal, a população carcerária atinge índices alarmantes, sendo que um a cada três negros, na faixa etária de 18 a 35 anos, encontra-se sob a tutela da justiça criminal.⁴⁹ É fácil ver-se, pois, que o objeto primordial da nova avalanche punitiva são, necessariamente, os indesejados, os supérfluos de que fala Forrester. As prisões transformam-se eminentemente em “fábricas de imobilidade”, edificam-se como alternativas à inexistência de trabalho; deixam, assim, transparecer, pela sua cabal evidência, que no âmbito estatal a guerra contra a pobreza deve necessariamente desfigurar-se numa guerra contra os pobres (WACQUANT, 2001).

Essa nova ideologia punitiva, representada pela “criminologia da intolerância” (termos de Young) e pela “política criminal atuarial”, sintetiza, pois, a hegemonia ideológica do neoliberalismo, com todo o seu arsenal de neoconservadorismo político e economicista. Contrapondo-se aos pressupostos do campo penal moderno, que assumia o indivíduo e a responsabilidade moral subjetiva (princípio da culpabilidade) como pressupostos irrenunciáveis das funções da pena, o discurso punitivo atuarial, montado sob as premissas das teorias do risco e pós-modernas, funciona com fundamento no princípio de utilidade social e trabalha, não em termos de culpabilidade, senão apenas de risco. Com efeito, assinalam Riveira Beiras e Nicolás Lazo (2005, p.236)

[...] el objetivo de la justicia actuarial es el manejo de grupos poblacionales clasificados e identificados previamente como permanente o puntualmente peligrosos y riesgosos. La identificación y manejo de estos grupos se realiza por medio de técnicas de vigilancia y control, a través de estadísticas de clasificación y agrupación en base de su potencial desestabilizador.

Para esse ideário punitivo, persegue-se mais a pertença de um indivíduo a determinado grupo social, previamente classificado como de alto risco, que condutas ou fatos concretos constitutivos de delitos. A criminalização representa, portanto, apenas uma tática para tratar dos grupos que constituem riscos ou obstruções. Idealizado nos EUA e manifestado nas estratégias punitivas das propostas de Lei e Ordem, Tolerância Zero, *Broken Windows*, *Three strikes and you are out* e *Model Justice*, esse novo paradigma foi rapidamente disseminado no cenário europeu e convergiu com o momento de questionamento e obsolescência dos Estados Sociais do velho continente.

No contexto anglo-saxão, essa reviravolta conservadora emergiu com a ascensão Margaret Thatcher ao poder, no Reino Unido em 1979, e de Ronald Reagan, nos EUA em 1981. Nessa ocasião dispararam duros golpes contra os princípios do *welfarismo* e do Estado

⁴⁹ WACQUANT, Loïc. *Op.cit.* 2001, p. 33 e 90 e segs.

Intervencionista, criticaram fortemente as políticas fiscais e, especialmente, as políticas criminais, acusadas de brandas, custosas e ineficientes, assim como combatem violentamente aquilo que consideram uma ruptura da lei e da ordem (ZYSMAN QUIRÓZ, 2005).

Já no cenário europeu, Riveira Beiras e Lazo (2005, p. 238) descrevem o vigoroso processo de decomposição dos ideais *welfaristas* e a guinada neoconservadora que deságua no campo punitivo. Na Itália, a “cultura da emergência” também captada por Ferrajoli fulmina as bases do modelo penal de garantias, afetado por um processo de contaminação pelo direito administrativo, o qual era percebido como “un médio más eficaz y más eficiente que el derecho penal para lograr el manejo de poblaciones riesgosas. La consecuencia es la existencia de quasi-delinquentes o quasi-delitos como resultado híbrido de infracciones y sanciones administrativas y/o penales”.

Essa tendência também é verificada na legislação brasileira, mais especificamente na nova lei de drogas, que no art. 28 confere, ao uso de entorpecentes, esse mesmo tratamento nebuloso e ambíguo entre o direito penal e o direito administrativo e transforma os usuários regulares ou eventuais em “quase-delinquentes” e os seus atos em “quase-delitos”. A partir daí substitui-se a punição classicamente penal (reclusão e detenção) por medidas administrativas compulsórias abertamente atentatórias aos direitos fundamentais individuais.

Ainda no palco europeu, tanto a Espanha quanto os demais países da comunidade européia assumiram a criminologia da intolerância e a política criminal atuarial no âmbito da regulação da imigração. Com efeito, afirmam Riveira Beiras e Lazo (2005, p. 238)

su filosofía político-legislativa considera la población inmigrante como un grupo social desviado al que hay que prevenir sus comportamientos y limitar sus flujos. Los inmigrantes son representados como portadores de un riesgo en si mismos, pero no como individuos determinados, sino como pertenecientes a un colectivo de sujetos en riesgo: los inmigrantes. Se podría afirmar que el inmigrante, por el mero hecho de serlo, se convierte en delincuente, cometa o no algún delito.

A categoria de risco supõe sempre a classe social, a origem étnico-cultural, a cor, o idioma, entre outros fatores, dependendo do país, mas sempre o fato de que representam “os habitantes de los territorios de la exclusión”. Na Espanha, França e Itália, por exemplo, além da política de imigrantes, tal modelo punitivo estampa-se nas leis que determinam toques de recolher para jovens, leis “anti-botellón” (anti-garrafas) e a introdução de câmaras de vídeo-vigilâncias nas ruas das grandes cidades. Na Espanha, o município canário de Agüines, seguido posteriormente por Madrid e pelas Comunidades Autônomas de Valência, Extremadura e Andalucía sancionaram as leis “anti-botellón”, com o intuito de proibir que

jovens maiores bebam em locais públicos. O município de Agüines foi o primeiro a estabelecer o “toque de recolher” para que jovens de até 16 anos não permaneçam nas ruas após as 23 horas. Também nos municípios franceses de Orleans, Cannes, Niza e Antibes, o toque de recolher para jovens foi adotado, como forma de “evitar a utilização perversa da liberdade, que leva às drogas e à violência”. Nesse sentido, a repressão penal e a restrição da liberdade nascem e incidem sem a existência de qualquer delito, mas muito além e ao largo dele. Eis as novas caricaturas dos Estados Sociais europeus, suas faces fascistas bem estampadas, nas quais os pobres (jovens ou não) e os imigrantes aparecem como as novas classes perigosas e o direito penal como técnica de gestão e “manejo generalizado de los pobres” (RIVEIRA BEIRAS e LAZO, 2005, p. 238).

Com relação ao caso francês, Garapon percebe que a decadência do modelo do Estado-Providência e o caso do político, do espaço público democrático, determinam uma espécie de “regresso da mecânica sacrificial”, em que “o direito penal oferece-se como um sentido sempre possível, como último recurso quando a ideologia abandonou o espaço social”. A permanente “identificação com a vítima” e a “diablização do outro” cimentam um “consenso na efusão”, à medida que, de acordo com Garapon (1998, p.101-107)

o sentimento que reúne de modo muito efêmero as pessoas diante de um horror é suficientemente forte para unir pessoas muito heterogêneas, mas não suficiente para fundar uma comunidade política. O seu objetivo é apenas animar uma comunidade efusional com o único slogan da defesa da vida relativamente à morte.

Sendo assim, o direito penal ressignifica, pelo espetáculo sacrificial da pena e pelo “odor do cárcere, o sentido do social na contemporaneidade, oferecendo-se como o sentido sempre possível, quando os outros modos de regulação são postos em causa ou quando a coragem política capitula. O sacrificial é o sentido sempre reativável da justiça”, de modo que “essas numerosas solicitações mostram o paradoxo da sociedade democrática que transfere para a justiça as suas necessidades de sentido não satisfeitas” (GARAPON, 1998, p.111).

Ao desativar os princípios democráticos, vistos como forma por excelência da instituição imaginária da comunidade política igualitária, o direito penal consagra a lógica da compaixão e uma “jurisdição de emoções”, em que a “excitação extrema da emoção reforça a solidariedade social. Contudo, trata-se de um consenso primário, mesmo primitivo, arcaico e emocional”. No palco da “justiça intimista”, que revela compaixão pela vítima, “o consenso

forma-se em torno dos seus sofrimentos e não em redor de valores comuns”. No entanto “este sentimento dificulta a compreensão da pena que apenas aparece como um puro sofrimento e apela por sua vez a uma reação extremista e pouco simbolizada” (GARAPON,1998, p.111)..

Dessa forma, a conclusão do autor francês visualiza o semblante insosso das democracias contemporâneas que, apavoradas pelo “horror político”, acenam para a “preferência penal”. No dizer de Garapon (1998, p.121),

[...] a identificação com a vítima e a diabolização do outro reforçam-se mutuamente. Os dois fenómenos correspondem ao que podemos chamar ‘uma despolitização do sujeito’: a fundação política da pessoa é com efeito perdida de vista, ela é reduzida a um indivíduo psicológico, quer dizer, a afeitos e ao sofrimento. O sentido da transgressão é relacionado mais a um psiquismo perturbado do que a uma patologia da liberdade. Disto é testemunha o facto de como todas as democracias medicamentaram a toxicoddependência. A democracia naturaliza a sociedade, psychologiza o sujeito moderno, quer dizer, despolitiza-o, deforma o direito, privatiza a violência, desconstitucionaliza a justiça e marginaliza a pretensão do político em interpretar a violência..

O motor da criminologia, da intolerância e da política criminal atuarial, veste punitivas do paradigma penal contemporâneo, do modelo de exceção permanente que emerge da crise do *Welfare State*, é a produção social do medo e da insegurança. Nesse sentido, a construção social (da realidade) dos elementos indesejados, por meio de discursos violentamente propagados pela mídia de massa, possui a função de (re)legitimar a crescente onda de hipertrofia punitiva.

Uma postura como essa compõe nitidamente a dinâmica da indústria do controle do crime, que assume hodiernamente patamares imensuráveis de lucratividade, mormente nos Estados Unidos. A própria privatização das instituições prisionais, o desenvolvimento de firmas grandiosas de prestação de serviços com cotações na bolsa de valores (entre elas, firmas de vigilância, de arquitetura e de construção, responsáveis pela edificação de novos presídios e de prestação de serviços aos estabelecimentos, como de saúde, alimentação, limpeza, etc.), sinalizam que no outro lado da América “prisões significam dinheiro, muito dinheiro” (CHRISTIE, 1998, p.101).

Assim, opera-se, no apogeu do pilar da regulação no campo penal, a sua completa submissão aos princípios do Estado (Hobbes) e do mercado (Locke), pois da punição corporal, passando pela punição disciplinar, atinge-se, nos tempos atuais, a *punição lucrativa* como única fonte de (re)criação dos laços sociais duráveis, que, ao contrário, deveriam ser instituídos por relações recíprocas de solidariedade (princípio da comunidade).

Nesse complexo cenário, as políticas de “tolerância zero” e de “lei e ordem”, velozmente assumidas como modelos de controle social da ordem jurídica imperial, pretendem, como adverte Wacquant (2001, p.138), “efetuar uma ‘limpeza de classe’ do espaço público, empurrando os pobres ameaçadores (ou percebidos como tais) para fora das ruas, parques, trens, etc”⁵⁰. Com isso, as prisões deixam de assumir, consoante destaca Bauman, a função de *fábricas de disciplina* e passam a ser efetivamente planejadas como *fábricas de exclusão*. Para a massa de excluídos, que a debilitação das condições de trabalho e existência produz, remetidos aos espaços de confinamento do sistema prisional, “o que importa é que fiquem ali”. O autor ressalta, ainda, que o tema da ‘reabilitação’ destaca-se muito menos por seu contencioso, isto é, pela constatação por parte da sociologia penal de que a prisão, ao contrário de reabilitar, promove a *prisionização*, ou seja, encoraja os presos a absorverem e adotarem hábitos e costumes típicos do (perverso) ambiente prisional e apenas desse ambiente, do que por sua crescente irrelevância. Isso porque, na atualidade, o confinamento emerge simplesmente como uma alternativa ao emprego, um mecanismo utilizado para neutralizar uma parcela considerável da população que não é mais necessária à produção e para a qual não há trabalho ‘ao qual se reintegrar’ (BAUMAN, 2000, p.121).

E, com efeito, as medidas punitivas de um modo geral, pela facilidade e pelo alarde com que são encenadas, aumentam sobremaneira a popularidade dos governos, fornecendo-lhes as imagens de atentos, severos, capazes, decididos e, acima de tudo, a de que ‘fazem algo’ pela segurança dos governados e pela sua própria, e o fazem de uma forma altamente dramática, palpável, visível e tão convincente. Nesse sentido, “a espetaculosidade – versatilidade, severidade e disposição – das operações punitivas importa mais que sua eficácia, que de qualquer forma, dada a indiferença geral e a curta duração da memória pública, raramente é testada”.

Portanto, o ideal da segurança ou da gestão do risco criminal termina por promover um redimensionamento (interno) do paradigma penal. A confiança no futuro, inerente ao propósito da reabilitação do condenado, é substituída pela emergência do presente decididamente volvido. A punição, nesse espectro, é pautada pelas políticas de encarceramento, de aniquilamento, de essencialização, de fabricação de monstros necessários à demarcação entre a virtude e o pecado, entre os bons e os maus, entre a pureza e a impureza da sociedade pós-moderna. Desse modo, portanto, não existe lugar para o perdão, a promessa

⁵⁰ Também De Giorgi (2006) pondera “que categorias inteiras deixam virtualmente de *cometer* crimes para *se tornarem*, elas mesmas, crime”. De modo que não são mais tanto as características individuais dos sujeitos que constituem o pressuposto (e o objeto) das estratégias de controle, mas sim aqueles indícios de probabilidades que permitem reconduzir determinados sujeitos a classes perigosas específicas.

e o questionamento, mas apenas para a memória autoritária do tempo privado de perspectiva, do “tempo do tirano”, como diria Ost (1999).

3.1.4 As fontes imaginárias do campo penal contemporâneo na tensão entre emancipação e (ultra) regulação: da utopia abolicionista ao “direito penal do inimigo”

As batalhas travadas entre o pilar da emancipação e o da regulação no campo penal produziram duas visões paradigmáticas de propostas de política criminal e de controle social, associadas a cada um desses pilares. Do lado da emancipação, tem-se, como sua mais elevada expressão, o projeto abolicionista, que nega qualquer classe de justificação ou legitimidade externa da ingerência punitiva sobre o desvio por parte do Estado e sustenta a abolição completa do sistema punitivo e sua substituição por novos mecanismos de solução dos conflitos. A corrente abolicionista, defendida por autores como Mathiesen, Christie e Hulsman, dentre outros, afirma que o sistema penal está concebido especificamente para fazer o mal, atuando como mecanismo de reprodução perversa da violência estrutural da sociedade, por intermédio de complexos processos de interação intrinsecamente seletivos e arbitrários. Do lado da regulação, percebe-se, como fórmula mais enérgica e eloqüente, a proposta autoritária do denominado “direito penal do inimigo”, que apresenta como principal expoente o penalista alemão Günther Jakobs. Essa posição postula a distinção, não muito criteriosa, entre cidadão e inimigo, o que justifica a transformação dos réus em meros objetos da ação punitiva estatal (DEMETRIO CRESPO, 2004).

No horizonte da emancipação, das forças instituintes, o abolicionismo penal parte do pressuposto de que “o sistema penal fabrica culpados”, a fim de demarcar ilusoriamente as fronteiras entre “bons” e “maus”, vez que as instituições penais são pensadas e articuladas desde um ponto de vista puramente abstrato, como guardiãs da ‘ordem’, do ‘interesse geral’, da ‘segurança pública’, da ‘defesa dos valores sociais’. Desse modo, assevera Hulsman (1997, p.56-61)

[...] fazem com que acreditemos – e esta é uma ilusão sinistra – que, para nos resguardar das ‘empreitadas criminosas’, é necessário – e suficiente! – colocar atrás das grades dezenas de milhares de pessoas. E nos falam muito pouco dos homens enclausurados em nosso nome.

Mediante processos de seleção arbitrária, exclusão social e política, humilhação e degradação do ser humano, “o sistema penal cria e reforça as desigualdades sociais”. E,

assim, reproduz e recria a violência que pretende, efetivamente, controlar e combater. Com efeito, em razão da incapacidade para “a reativação pacífica do tecido social”, posto que se fixa na pena como inflição de castigo e dor, deslegitimando outras formas não-violentas de solução dos conflitos, formas mediadas e negociadas, o abolicionismo, nas palavras de Hulsman (1997, p.56-61) afirma que

[...] é preciso abolir o sistema penal. Isto significa romper os laços que, de maneira incontrolada e irresponsável, em detrimento das pessoas diretamente envolvidas, sob uma ideologia de outra era e se apoiando em um falso consenso, unem os órgãos de uma máquina cega cujo objetivo mesmo é a produção de um sofrimento estéril.

Acrescenta Hulsman (1997, p.61),

a crítica mais fundamental à justiça criminal é que ela tende a oferecer uma construção inválida (não-realista) do que aconteceu e, conseqüentemente, a dar uma resposta não-realista e não-efetiva. Tende, mais a fundo, a influenciar organizações como a polícia e os tribunais de um modo tal que ela se torna autopoiética e não pode lidar de um modo criativo com as situações problemáticas nem aprender com elas.

Primeiramente, a criminalização não é justa, visto que, segundo Hulsman (1997, p.56-61),

[...] por sua própria estrutura, nega a existência de variedades na vida social e de significados diferentes conseqüentemente gerados, e porque é incapaz de percebê-los e lidar com eles. É também injusta – nos seus termos – porque não pode lidar equitativamente com infratores e vítimas: a maior parte deles nem sequer aparece na justiça criminal (cifra escura); como regra eles são tratados em qualquer outro lugar de um modo que não é nem mesmo conhecido pela justiça criminal.

Do lado da regulação, das formas instituídas, o denominado “Direito Penal do Inimigo” simboliza o ápice do pilar regulatório, sobretudo do princípio do Estado, em detrimento dos ideais e horizontes da emancipação social. A proposta de Jakobs e Cancio Meliá (2006) parte de pressupostos sociológicos sistêmicos para identificar que um esquema normativo, que não mais logre dirigir a conduta das pessoas, “carece de realidade social” e que idêntica situação ocorre com as próprias instituições criadas pelo Direito e, especialmente, com o próprio conceito de pessoa. Com efeito, acrescenta Jakobs e Cancio Meliá (2006, p.16)

[...] si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal – determinado por derechos e deberes –, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente. Ello significa, para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, el enemigo.

A consequência dessa constatação é a tentativa de engendrar um “modelo ideal” de exceção que, contrastando com o tipo ideal de garantias, o que denomina de “Direito Penal do Cidadão”, estabeleça uma nova pauta normativa para o tratamento punitivo do “indivíduo perigoso”, do “inimigo”. Assim, busca estabelecer um divisor de águas entre o paradigma regular e inflexível (de garantias) e o paradigma da exceção, reconhecendo, corretamente, que como “tipos ideais”, não são nem puros, pois algumas características muitas vezes invadem a do outro, nem realizáveis na sua plenitude.

Jakobs tem em mente os horizontes simbólicos consistentes nos efeitos físicos da pena, o que denomina de “efecto de aseguramiento”. Ressaltam Jakobs e Cancio Meliá (2006, p.25) que

[...] cabe pensar que es improbable que la pena privativa de libertad se hubiera convertido en la reacción habitual frente a hechos de cierta gravedad si no concurriera en ella este efecto de aseguramiento. En esta medida, la coacción no pretende significar nada, sino pretende ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso.

Nesse aspecto, o penalista alemão parece olvidar-se completamente da repisada constatação de que a pena privativa de liberdade cumpriu historicamente (e ainda cumpre) fundamentais missões de normalização, de disciplinamento da mão-de-obra e de gestão das disfunções do mercado de trabalho, e não simplesmente de devotar-se a barrar do convívio social os indivíduos perigosos.⁵¹

A rigor, a faceta mais sombria dessa edificação teórica reside, precisamente, na ambiguidade e no viés autoritário dos critérios da definição hegemônica daquilo que seria o verdadeiro “inimigo”, obedecendo meramente aos antagonismos religiosos, às clivagens culturais, às diferenças étnicas e às disparidades econômicas e sociais. Portanto, a noção de inimigo tende a identificar-se simplesmente com os elementos indesejados e nocivos para uma certa visão dominante da realidade.

Entretanto, na perquirição das raízes filosóficas, legitimadoras da noção de inimigo, Jakobs visualiza que, de modo algum, é inédita a idéia de que o Direito é concebido como um vínculo entre pessoas que são, por sua vez, titulares de direitos e deveres, a relação com pessoas que se destituíram por si mesmas dos elos jurídicos. Tal proposição encontra-se presente, de forma inusitada, em Rousseau, um dos filósofos políticos mais apreciados pelo pensamento de esquerda.

⁵¹ Recorde-se, neste sentido, as irrefutáveis análises de Foucault (1997a); Pavarani e Melosi (1980).

Jakobs e Cancio Meliá (2006) recordam que Rousseau, ao perceber o ato criminoso, como uma violação do contrato social, vislumbra o seu protagonista como alguém que já não participa dos seus benefícios, posto que a partir desse momento já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica, assegurada pela vontade geral. Nesse sentido, todo malfeitor que ataca o ‘direito social’ deixa de ser ‘membro’ do Estado, visto que se lança em guerra com este. Jakobs e Cancio Meliá (2006) lembram ainda a dura consequência preconizada por Rousseau, demonstrada na pena pronunciada ao violador: ‘al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano’. Essa agonizante decretação de guerra celebrada por Rousseau em desfavor do violador do contrato social, presente também em Fichte, demonstra que o *status* de cidadão não é necessariamente algo intangível, que não se possa perder.

O *leitmotiv* da distinção consiste na necessidade de afirmação da segurança, percebida sobretudo como finalidade do Estado, sua própria *ratio* legitimadora. Se o contrato social representa o abandono de um estado de caos ou incerteza e o ingresso num estado de segurança cognitiva das expectativas de comportamento, a manutenção da segurança, a interrupção da morte violenta, a interdição dos impulsos sexuais e agressivos, representam o ponto de apoio da coação contra os indivíduos agressores e, mais efusivamente, contra àqueles que, por princípio, renunciam a ele. Isso porque “el derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (...) combate peligros” (JAKOBS E CANCIO MELIÁ, 2006, p.34).

O tratamento mais severo do indivíduo perigoso legitima-se pelo fato de que, ao renunciar o ingresso no contrato social, ao não admitir-se obrigado a entrar no estado civil, o sujeito não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. Se, o estado de natureza, representa um estado de absoluta ausência de normas, de liberdade excessiva tanto quanto de luta excessiva, ao ganhador desta guerra incumbe determinar o que é a norma e ao perdedor resta submeter-se a essa determinação. A opção pelo contrato social significa o estabelecimento de uma rede de segurança cognitiva para o comportamento alheio, no qual a renúncia à violência recíproca apresenta como contrapartida o gozo dos benefícios do conceito de pessoa.

Cumprê lembrar que aquele que renuncia, por princípio, à participação no pacto associativo, não pode de modo algum beneficiar-se do regime de direitos, uma vez que não oferece qualquer garantia de sua conduta, no dizer de Jakobs e Cancio Meliá (2006, p.43)

quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe

tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas.

O inimigo, portanto, representa aquele indivíduo que, mediante seu comportamento pessoal ou como integrante de uma organização, abandonaram o direito de modo supostamente duradouro e não apenas de maneira incidental. Trata-se, pois, de alguém que não oferece de modo algum a mínima segurança cognitiva de seu comportamento individual e expressa este *déficit* através de sua conduta, apresentando, segundo modelo proposto, “uma dimensão fática de periculosidade” (GUILLAMONDEGUI, 2007).

Em linhas gerais, a despeito do seu conservadorismo, a argumentação do autor não apresenta nenhuma grande complicação teórica, com antecedentes bastantes notáveis na filosofia política do Ocidente. Como adverte Zaffaroni (1993), no percurso histórico do controle penal, a identificação de determinados sujeitos ou grupos sociais como merecedores de uma punição diferenciada, nomeadamente mais rigorosa, não constitui relevante novidade. As idéias que legitimam uma “repressão penal plural”, dedicadas a traçarem as linhas divisórias da punição, segundo o estatuto dos seus destinatários, fossem eles iguais ou estranhos (inimigos), sempre acompanharam os universos das representações simbólicas punitivas. Suas sementes podem ser encontradas em Platão e Protágoras, quando o primeiro, por exemplo, identifica o infrator como pessoa inferior e, portanto, incapaz de ascender ao mundo das idéias puras, postulando a sua eliminação caso a incapacidade se apresentasse irreversível. Posteriormente, tanto a Idade Média quanto a modernidade foram pródigas na afirmação de estratégias de controle social destinada à perseguição e à punição implacáveis de indivíduos ou grupos considerados perigosos para a definição hegemônica da realidade social.

Assim, longe de representar um ideal noviço, os pressupostos do “Direito Penal do Inimigo”, propostos pelo professor de Bonn, representam algo já historicamente bastante conhecido e suscitam inquietações menos pelo teor científico das proposições que pelo alcance político de legitimação de uma ditadura de global. Essa ditadura, vale lembrar, possibilitada pelo exercício planetário do poder, pelo potencial tecnológico de controle informativo capaz de acabar com a intimidade e o uso desse potencial de forma indiscriminada, tal como sugere a experiência histórica e pela indisfarçável fabricação de inimigos em série.

Ademais, Zaffaroni (2006) ressalta, ainda, que a proposta do autor alemão apresenta “la más absoluta buena fe”, pois pretende que sua distinção entre “direito penal do cidadão” e “direito penal do inimigo” prevaleça no interior do Estado de Direito. Ambos os modelos devem funcionar a partir do regime de direitos. O que se pretende é justamente impedir que o

direito penal absorva constantemente medidas excepcionais que desvirtuem a proteção das garantias para os cidadãos. No entanto, percebe com profundidade a impossibilidade de tal distinção não diluir definitivamente as fronteiras entre ambos. Para Zaffaroni (2006, p.18),

[...] la admisión de la categoría jurídica del enemigo en el derecho ordinario (penal y/o administrativo) introduce el germe de la destrucción del estado de derecho, porque sus instituciones limitantes y controladoras pasan a ser un obstáculo para la eficacia eliminatória: quien estorba en la guerra es un traidor[...]

Não obstante postular a preservação do Estado de Direito, mediante a rígida distinção entre cidadãos, que merecem ser tratados como tais, e inimigos, que suscitam toda a reação enérgica de seus atos, Jakobs e Cancio Meliá (2006) abrem espaço para a supressão das fronteiras que separam o regime das garantias do modelo da exceção permanente. Sob o pretexto de garantir os direitos fundamentais aos cidadãos e criar uma pauta persecutória distinta àqueles que, por princípio, renunciam ao pacto, os autotres supremencionados libertam das amarras as energias punitivas do Estado de polícia atadas ao Estado de Direito, posto que, se existem inimigos e guerra permanente, o único modelo de Estado possível é o Estado absoluto Zaffaroni (2006).

No Brasil, a introdução desses fundamentos é nitidamente percebida na política criminal de drogas, em que a presença de princípios de guerra não representa uma simples metáfora, mas o universo simbólico que sustenta decisivamente a atuação das agências repressivas. A figura do traficante ressignifica, sobretudo no âmbito latino-americano, a tradicional categoria do inimigo, funcionando como metarregra que baliza a atuação das agências legislativas e executivas, e se eleva a signo oficial de interpretação e aplicação do direito penal (CARVALHO, S, 2007, p.75-89). De fato, a nova Lei n. 11.343/06 estampa essa faceta com extrema desenvoltura, ao elevar drasticamente a sanção mínima do delito de tráfico (art. 33: pena, reclusão de 5 a 15 anos e pagamento de 500 a 1.500 dias multa), pena essa superior a de uma lesão corporal com resultado morte, por exemplo. Manter um escravo é infinitamente menos grave do que comercializar uma trouxa de maconha, o que demonstra o vigor da repressão estatal àqueles que se dedicam ao comércio de drogas. Quem são os inimigos, afinal?

Ademais, as práticas introduzidas pela lei que autoriza a destruição sumária de aeronaves “suspeitas” de transportarem drogas (Lei n. 7.565/04 – Lei do Abate), assim como todo o genocídio compulsivo do terrorismo de Estado representado pelas incursões policiais nas favelas e vilas das grandes cidades, a manifestação apologética da mídia e de setores da

sociedade acerca da legitimidade da tortura e das execuções sumárias perpetradas pelos Batalhões de Operações Especiais das polícias urbanas, denotam a impregnação dos fundamentos do direito penal do inimigo e da criminologia de guerra no cenário brasileiro.

Outro exemplo eloqüente dessa recepção consiste, claramente, na adoção do regime disciplinar diferenciado (RDD) como forma de retorno à tecnologia punitiva dos suplícios aos indivíduos definidos como inimigos pela ordem hegemônica instituída. O universo sintático-semântico da Lei n. 10.792/02 incorpora visivelmente os signos do direito penal do inimigo, o léxico elíptico do estado de exceção permanente, ao determinar que o preso ingressará no regime diferenciado quando apresentar *alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento prisional* ou ainda quando *recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando* (art. 52, §§ 1º. E 2º. da Lei de Execução Penal). Desse modo, a inexistência da etapa de consolidação do Estado Social no Brasil, com seu ideal de cidadania inclusiva, e no âmbito punitivo, com seu projeto ressocializador, porém fortemente arbitrário, parece redundar não na tentativa de fortalecimento de seu compromisso social, mas com o incremento do sistema repressivo, por meio do abandono definitivo dos ideais reabilitadores e do fortalecimento da neutralização dos invisíveis. Para Carvalho, S (2007, p. 116), parece evidente, portanto, que

[...] se o Estado Social é experiência não vivida, distante da realidade das pessoas e presente nos longínquos discursos do(s) poder(es), o incremento da punição tende a ser absolutamente rústico, pautado numa ritualística de distribuição de martírios focalizada na segregação/contenção dos indesejados.

Atualmente, no cenário brasileiro, novos projetos legislativos evidenciam a consolidação definitiva dos fundamentos políticos e ideológicos do direito penal do inimigo, ou o Direito Penal do *Homo Sacer* da Baixada, como preferimos nomear. Tramita no Congresso Nacional, aguardando aprovação na Câmara dos Deputados, o projeto de Lei 179/05, de autoria do senador Demóstenes Torres, que altera a Lei n. 7.210 (Lei de Execução Penal) e Lei n. 10.792/03, a fim de criar o regime penitenciário de segurança máxima, com duração de 720 dias, sem prejuízo da repetição ou prorrogação, também para as hipóteses em que *recaiam fundados indícios de envolvimento ou participação do preso em organização criminosa*. Também tramita no Congresso, projeto de lei 709/07, de autoria do senador Gerson Camata, cuja finalidade é aumentar o tempo de internação do menor infrator, com idade entre 16 e 18 anos, para 06 (seis) anos, sob o argumento de que “organizações criminosas recrutam, em progressão geométrica, verdadeiros exércitos de adolescentes, já que

esses não se submetem às normas do Código Penal, mas às brandas *repreensões* (sic) previstas no estatuto”. O parlamentar chama atenção ainda para o fato de que os advogados de defesa se utilizam dessa fato para instruir seus clientes a atribuírem toda a culpa ao menor. A metáfora bélica “exército de adolescentes” não representa apenas um “ato falho” do representante do legislativo nacional, mas a incorporação definitiva do vocabulário da guerra às estratégias legislativas.

O forte sopro punitivo que sacode o momento histórico atual, que demonstra nitidamente a erosão do pilar emancipação e a supremacia do pilar da regulação, em especial do princípio do Estado, sustentado pelas noções absolutistas de Hobbes, atinge fortemente a efetividade dos princípios da igualdade e da dignidade humana em todas as sociedades contemporâneas. Entretanto, nos países centrais, a afirmação desta nova onda punitiva funciona como contraceptivo do crescente conflito que o desmantelamento gradativo do Estado social vem desencadeando. Mas, na realidade dos países periféricos, sempre marcados por processos de violência institucional presentes desde a subjugação colonial, a afirmação do Estado Penal sinaliza o retorno ao despotismo hobbesiano como limite único à afirmação do estado de natureza econômico e social, o que implica a dizimação legalizada de amplos setores da sociedade.

É correto afirmar-se que, mesmo na dinâmica do paradigma penal moderno, as contradições entre emancipação e regulação nunca foram definitivamente resolvidas, o que impõe uma análise sobre as reais possibilidades de materialização destes princípios em seu interior. Deve-se questionar, acima de tudo, em que medida os valores da igualdade e da dignidade humana não serviram apenas de justificação mítica das opressões penais, das violências meticulosamente repetidas, do sangue prometido, dos altos e ingratos preços das nostalgias totalitárias da consagração a todo custo da “boa ordem”.

3.2 O campo jurídico penal moderno e o mito da igualdade: os mal-estares da emancipação e do individualismo abstrato

O cenário do direito moderno é atravessado por tensões e contradições profundas e inusitadas. Conforme pontuado, ao refletir a própria ambigüidade das matrizes constitutivas do seu paradigma sócio-cultural, a modernidade acentuará, no campo jurídico, mal-estares que se irradiam para o âmbito do controle penal. Em linhas gerais, o impulso emancipador da era moderna consistiu no descobrimento do prazer e da felicidade como fontes mobilizadoras

da vida humana. Desde Hobbes, o corpo volta preponderantemente à cena com sua carga de paixões e pulsões agitadas. Assim, a operação emancipatória realizada fora, segundo Barcellona (1989, p. 46)

[...] la de liberarse del sistema de vínculos que la visión organicista de la sociedad feudal había consignado en un conjunto de jerarquías y de poderes 'aparentemente naturales' y en todo caso fundamentados en una tradición intangible y en un orden casi 'sagrado'. La revolea contra el viejo orden se hace explícitamente en nombre del individuo aislado, particular, que pretende afirmar su señorío autónomo sobre el mundo de las cosas y en sus relaciones con los hombres.

Nesse contexto, a liberdade reencontra sua raiz de ato de desvincular-se, de libertar-se dos vínculos, de negar e impugnar toda organização social que se funde em uma relação privilegiada entre autoridade e verdade. A luta da independência individual pela eliminação dos laços de condicionamento pessoal, pela autonomização do indivíduo, é, ao mesmo tempo, luta contra a afirmação de uma verdade única e vinculante para todos. Com efeito, a liberdade e o poder de disposição convertem-se em prerrogativas e determinações do indivíduo. A representação da sociedade, que se projeta no seio do programa de liberar o desejo ilimitado de cada homem, é a visão de uma sociedade conflitiva, da guerra perene de todos contra todos, uma sociedade da desordem como nova medida da vitalidade e da vitória da exuberância vital sobre a mortificação que a metafísica grega e a filosofia tomista haviam infringido ao corpo e ao prazer.

Para escapar dos perigos do conflito permanente, em que a imagem da sociedade figura como reunião de interesses antagônicos, externada na visão da natureza humana como vontade de poder, não cessava de pressagiar, a ordem da sociedade converte-se em ordem artificial, arbitrária, decidida. E somente essa ordem convencional pode pôr fim ao medo da violência incessante e sempre ameaçadora do estado de natureza, por isso mesmo, explica Barcellona (1989, p. 48)

[...] la contradicción que se plantea al hombre de estos siglos es una contradicción aparentemente irresoluble. Afirmer simultáneamente el orden convencional y los derechos del individuo, identificar la individualidad con la propiedad y con el poder y sin embargo afirmar la igualdad de las formas que realizan la coexistencia, la convivencia civil.

O caminho de saída, necessário à construção da ordem social convencional, é o esvaziamento de todo conteúdo, de toda e qualquer idéia de justiça e de um projeto material de organização da sociedade. De modo que “el orden convencional, artificial del

ordenamiento jurídico se plantea así como neutralización de los contenidos” (BARCELLONA, 1989, p. 48).

Assim, Barcellona (1989, p. 48) “será preciso encontrar un nuevo equilibrio para realizar una armonía que permita la coexistencia de la multiplicidad de los dominios, de la diversidad de las fortunas, con la unidad de la regla, con la unidad del Estado”. De agora em diante “es necesario escindir la unidad orgánica: de una parte los individuos, de la otra el Estado”. Ainda nos precisos termos de Barcellona (1989, p.48-49),

[...] paradójicamente, Estado absoluto y derechos naturales del individuo nacen del mismo proceso de constitución, de la misma manera que el problema de lo jurídico y del Estado es el de garantizar la permanencia de una doble vida del individuo, como hombre particular propietario y como ciudadano público, y mantener una doble articulación de las relaciones sociales: la esfera de la igualdad y de la legitimación del Estado formal y la esfera del conflicto y de la guerra permanente de los ‘egoismos privados’.

O direito formal moderno, vislumbrado como ordenamento objetivo e impessoal de organização do exercício legítimo da violência, apoiados na abstração da norma, como forma de generalizar uma expectativa de comportamento, e no princípio da legalidade, como forma desvinculada de conteúdos e de limites extra ou supra- normativos, arquitetura o arcabouço institucional indiscutivelmente necessário ao mundo capitalista e competitivo; isso porque permite afirmar-se o primado do público em um plano formal e a preeminência do privado em um plano substancial. Ademais, a autonomização da esfera econômica, frente à esfera das relações sociais, fecha o círculo da dominação política na sociedade moderna, ao assegurar a configuração do mercado como espaço para o livre jogo das forças conflitantes e do Estado como árbitro imparcial dos conflitos a ele relativos, e ao deixar transparecer que a ordem instituída representa a afirmação exclusiva dos valores e interesses das classes hegemônicas.

A separação entre política e economia, fundamental para o liberalismo, conduz a uma segunda cisão, ainda mais decisiva, entre o espaço ideal e universal da esfera pública, o espaço do cidadão, portador de direitos inalienáveis, donde se moveriam indivíduos abstratamente percebidos como iguais perante a lei; e a esfera privada, espaço material e particular, no qual se inscrevem tanto os interesses econômicos de sujeitos concretos e sua inserção nos âmbitos produtivos e reprodutivos da vida real, quanto as redes de relações que os ligam a outros sujeitos no espaço doméstico, com suas crenças particulares e suas identidades sexuais e raciais (HERRERA FLORES, 2003, p.193).

Em vista disso, Barcellona (1989, p.50-52)

sólo confiándose a la doble vida de público y privado, a la concepción de la norma como regla de juego, es posible, de un lado, mantener la desigualdad de las fortunas privadas, confiar a la fuerza económica y al libre desplegarse del conflicto los criterios de medida de la distribución de la riqueza y por tanto las formas y los modos de realización del deseo ilimitado, y de otro, simultáneamente, mantener dentro de un marco unitario de referencia, dentro de una regla de juego común, el conjunto de los átomos que en adelante tienden a moverse según lógicas diferenciadas.

Conforme pôde-se perceber, foi precisamente Hobbes quem expressou essa ruptura definitiva com o pensamento clássico, pois a emergência do individualismo e a decadência das hierarquias e da unidade valorativa requeridas pelo mundo feudal revelaram, para o filósofo inglês, que a condição do homem constitui-se sobretudo a partir de seu corpo, de sua vida nua. Para ele, “todos los cuerpos son iguales, todos pueden liberar sin limites el deseo de posesión de los objetos y la propia voluntad de poder”. E precisamente em razão dessa igualdade é que nascem os conflitos entre os interesses e as necessidades.

Portanto, no plano jurídico-cultural, a noção de igualdade formal perante a lei, pedra de toque da tradição liberal-individualista, acaba gerando uma tensão entre as categorias da identidade e da diferença.

Segundo Herrera Flores (2003), a abstração da igualdade conduziu a uma prevalência das concepções formais e procedimentais da justiça, porque a homogeneidade constitui o ingrediente ideológico necessário à construção do Estado liberal burguês. A figura do contrato social funde-se, desde sua gênese, num conjunto de abstrações que, ao separar-se ideológica e ficticiamente dos contextos onde se operam as situações concretas entre os indivíduos e os grupos, normalizam, legitimam e legalizam posições prévias de desigualdade com o objetivo de se reproduzirem infinitamente. Tal fato reforça a clivagem radical entre o espaço público e a esfera privada, vista como espaço particular e autônomo, que acaba por tornar-se invisível para o âmbito institucional. Daí as imensas dificuldades que a teoria política liberal encontra no momento de reconhecer institucionalmente a proliferação de reivindicações de gênero, raciais e étnicas.

Esse fato conduz, no dizer do autor, ao *mal-estar da emancipação*, caracterizado pelo fato de que a conquista da igualdade de direitos não parece haver se apoiado nem parece ter impulsionado o reconhecimento das e o respeito pelas diferenças. Claramente, “el afán homogeneizador ha primado sobre el de la pluralidad y diversidad” (HERRERA FLORES, 2003, p.09-11).

A igualdade, fundamentada pelo formalismo jurídico moderno, erguida sobre postulados eminentemente abstratos e reduzida ao plano ‘privado’, representa uma

característica indispensável e fundamental para a consolidação do sistema social capitalista. O fato de serem percebidos abstratamente como sujeitos livres e iguais, sob o rótulo de sujeitos de direitos, representa apenas e tão-somente uma igualdade num determinado âmbito discursivo que permite a dissimulação, a ocultação e o funcionamento das relações de produção da vida material. Essa postura impõe uma representação determinada da vida social, apresentando, de fato, uma função prática: a de ocultar a dominação (HERRERA FLORES, 2003, p.09-11).

No direito tipicamente formal da modernidade, explica Resta (1990, p. 190)

[...] la regla del juego establece el campo, define los límites, las modalidades del uso de la fuerza, pero bajo el conflicto reducido a juego del mercado, reaparece siempre el antagonismo radical, la enemistad que contrapone un hombre a otro hombre, una clase a otra clase.

Desse modo, complementa Resta (1990, p. 190)

[...] la institución del mercado no consigue exorcizar al problema de la desigualdad de las fortunas. El enfrentamiento entre capital y trabajo, la contradicción originaria, el dualismo imposible de suturar toma la forma del conflicto social, se insinúa en la forma de la contradicción.

O formalismo jurídico, bem como a idéia de um tratamento normativo igualitário de todos os cidadãos, não representam, na realidade, o aparecimento de uma ilustração universal da consciência na conjuntura histórica da Revolução Francesa, senão uma grande estratégia de neutralização da guerra civil e do conflito político⁵². Esse fato em razão de que, com o Estado de Direito, o poder despersionaliza-se e substitui o governo dos homens pelo ‘governo das leis’. A esfera política separa-se da econômica e converte-se em esfera autônoma e limitada que tem diante de si a sociedade civil e os direitos dos cidadãos.

A afirmação da igualdade formal representa, pois, o grande expediente, de todos o melhor, o grande artifício com o qual a burguesia, depois de haver vencido a revolução, renuncia a uma tomada direta do poder. Habilmente ela não aparece como classe política, senão como mera entidade econômica ligada às formas jurídicas por um nexo contingente, da mesma forma que estão todas as outras classes econômicas. No entanto, essa despersionalização do poder acontece apenas na dimensão formal, mas jamais na substância da ordem social. Assim, reduzido à mera técnica de tratamento igual, homólogo, geral, abstrato

⁵² Resta (1990) ressalta que o formalismo jurídico representou a vestimenta ideológica da tradição liberal, revelando-se como “simples unificador cultural” e desempenhando uma função de condensação de falsos antagonismos

e universal, encontra-se marcado o destino do direito a servir de instrumento de um ‘poder invisível’ que aparentemente organiza-se numa esfera separada da política. Como ressalta Barcellona (1989, p.58),

si se olvida este origen, esta trama singular de forma débil e igualdad formal, de su carácter artificial y de su dependencia de una contingencia no expresable, el formalismo jurídico corre el riesgo de convertirse en la metafísica de la conservación del estado existente, realizando una impropia metamorfosis del artificio en una especie de naturaleza eterna.

Segundo Barcellona (1989, 59) de todos os riscos advindos dos paradoxos do direito moderno, o mais evidente e insuperável consiste justamente no fato de que

[...] la tecnicidad del formalismo en realidad está desarmada frente a la continua deformación de la legislación de emergencia, e la misma forma que todo el formalismo jurídico es continuamente desfigurado por la laminación de la autonomía de la esfera privada en el cálculo económico de costes e beneficios o en el funcionalismo sistémico.

No plano político, vislumbra-se ainda, segundo Herrera Flores (2003), o “*malestar del individualismo abstracto*”. Trata-se, nesse aspecto, de compreender as relações entre igualdade e liberdade. A liberdade, no sentido liberal clássico, sempre foi percebida como autonomia privada de sujeitos abstratos, indivíduos morais e racionais, sem corpo, sem comunidade, sem contexto. Essa interpretação da liberdade conduz ao mal-estar do individualismo abstrato. Isso significa que a independência de qualquer contexto intersubjetivo supõe um tipo de sujeito completamente passivo e imóvel ante aos diferentes e cambiantes embates que procedem das relações sociais concretas e da posição que ocupa na divisão social do trabalho.

Em decorrência, a afirmação da igualdade perante a lei e a autonomia moral projetada sobre uma individualidade meramente abstrata, fundamentos basilares do campo penal moderno, consolidam apenas um discurso que encobre o fato elementar de que a Justiça penal não é igual para todos. A seletividade é, portanto, um dado inquestionável de qualquer sistema penal. Conforme conclui Baratta (1999, p.164),

[...] o sistema penal de controle do desvio revela, assim como todo o direito burguês, a contradição fundamental entre igualdade formal dos sujeitos de direito e desigualdade substancial dos indivíduos, que, nesse caso, se manifesta em relação às chances de serem definidos e controlados como desviantes.

De outra sorte, acrescenta Baratta (1999, p.165)

[...] no que se refere à seleção dos bens protegidos e dos comportamentos lesivos, o 'caráter fragmentário' do direito penal perde a ingênua justificação baseada sobre a natureza das coisas ou sobre a idoneidade técnica de certas matérias, e não de outras, para ser objeto de controle penal. Estas justificações são uma ideologia que cobre o fato de que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos e elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas. Isto ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei, e com a diversa intensidade da ameaça penal, que freqüentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais. Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem às relações de produção e de distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é freqüentemente muito larga quando os tipos legais têm por objeto a criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder.

Com efeito, é imprescindível notar que o individualismo liberal concebe a igualdade de forma estritamente abstrata e, assim, consolida a reprodução das desigualdades de raça, classe, gênero etc. Portanto, a homogeneidade serve como véu ideológico que dissimula as desigualdades reais e concretas. No entanto, tal posição seria, na comunidade democrática, a decretação da própria morte da vida política, pois, segundo Arendt afirma, a política nasce para regular e permitir a convivência entre diferentes e não entre iguais, como a abstração teórica liberal pretende sedimentar. A formulação liberal parece repousar sobre uma fórmula que tende a anular o próprio sentido da *vita activa* e da luta por reconhecimento.

A análise da condição jurídica e política dos apátridas, empreendida pela autora, coloca um ponto final na questão metafísica da igualdade abstrata forjada pelo pensamento liberal. Isso pelo simples e elementar fato de que a igualdade não é um *dado*, nem muito menos deriva da *physis* ou resulta de um absoluto transcendente externo à comunidade política. Ela é um construído, elaborado convencionalmente pela ação conjunta dos homens por meio da organização da comunidade política (LAFER, 1988).

Nos precisos termos de Lafer (1988, p.150),

[...] de fato, a asserção de que a igualdade é algo inerente à condição humana é mais do que uma abstração destituída de realidade. É uma ilusão facilmente verificável numa situação-limite como a dos refugiados ou dos internados em campos de concentração. Estes se deram conta de que a única dimensão que lhes sobrava era o fato de serem humanos. Pessoas forçadas a viver fora de um mundo comum, vale dizer, excluídas de um repertório compartilhado de significados que uma comunidade política oferece e que a cidadania garante, vêem-se jogadas na sua natural givennes. As displaced persons, precisamente por sua falta de relação com um mundo, foram e continuam sendo tentação constante para os assassinos e para as nossas próprias consciências. É como se não existissem. São supérfluas.

O campo penal, mergulhado nos paradoxos do formalismo jurídico moderno, é afetado por ambos os mal-estares. No que diz respeito ao mal-estar da emancipação, contesta-se amplamente o banimento brutal e a criminalização massiva dos segmentos sociais excluídos e miseráveis. Tanto a criminalização primária, como “ato ou efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”, quanto a criminalização secundária, que consiste, segundo Batista *et all* (2003, p.43), na “ação punitiva exercida sobre pessoas concretas”, só são verdadeiramente possíveis e realizáveis a partir de processos de seleção e vulnerabilidade. Desse modo, “os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados por esta como os *únicos delitos* e tais pessoas como os *únicos delinquentes*”. Cria-se, assim, um estereótipo ou imagem pública do delinquentes com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos.⁵³

Por essa razão, o campo penal direciona sua atuação seletiva preferencialmente “às obras toscas da criminalidade”, ou seja, seleciona aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes em razão de seus estereótipos e vulnerabilidade. Conforme ressaltam Batista *et all* (2003), o poder punitivo criminaliza selecionando:

- a) as pessoas que se enquadram nos estereótipos criminais socialmente produzidos e que, por isso, tornam-se vulneráveis, por serem somente capazes de obras ilícitas toscas e por assumi-las desempenhando papéis induzidos pelos valores negativos associados ao estereótipo (*criminalização conforme o estereótipo*);
- b) as pessoas que, com menor frequência, a despeito de não se enquadrarem num estereótipo, tenham atuado com tamanha brutalidade que se tornaram vulneráveis (criminalização por comportamento grotesco ou trágico); e
- c) alguém que, de modo ainda mais excepcional, ao encontrar-se numa posição que o tornara praticamente invulnerável ao poder punitivo, levou a pior parte em uma luta de poder

⁵³ Para esses autores, a seletividade do controle social penal é condição de possibilidade de sua própria funcionalidade, de vez que “a criminalização primária é um programa tão imenso que nunca e em nenhum país se pretendeu levá-lo a cabo em toda sua extensão nem sequer em parcela considerável, porque inimaginável. A disparidade entre a quantidade de conflitos criminalizados que realmente acontecem numa sociedade e aquela parcela que chega ao conhecimento das agências do sistema é tão grande e inevitável que seu escândalo não logra ocultar-se na referência tecnicista a uma *cifra oculta*. As agências de criminalização secundária têm limitada capacidade operacional e seu crescimento sem controle desemboca em uma utopia negativa. Por conseguinte, considera-se *natural* que o sistema penal *leve a cabo a seleção de criminalização secundária apenas como realização de uma parte ínfima do programa primário*.”

hegemônico e sofreu por isso uma ruptura na vulnerabilidade (*criminalização devido à falta de cobertura*). No plano jurídico, é manifesto que essa seleção afronta o princípio da igualdade, desconsiderando tanto a igualdade perante a lei quanto a igualdade na lei.

No cenário brasileiro, a evidência dessas proposições teóricas atinge níveis suntuosos. O processo de vitimação letal, tecido pelas interações sociais da violência no Brasil, especialmente a gestada pelo campo penal, afeta, sobretudo, a população pobre. As vítimas tanto da criminalidade urbana violenta quanto do terrorismo de Estado, afirma Soares et all (2005, p.247), é

[...] tipicamente jovem, do sexo masculino, tem entre 15 e 24 anos (ainda que o espectro etário se estenda rápida e perigosamente para baixo e para cima), mora nas vilas, favelas, ou periferias das metrópoles e, freqüentemente, é negra. Portanto, ainda que haja tantos casos atingindo membros de outros grupos sociais e outras faixas etárias, o alvo estatisticamente mais provável da modalidade mais grave da violência tem idade, cor, sexo, endereço e classe social.

A construção social do crime e do criminoso anula os sujeitos por meio das imagens deformadas dos estereótipos, impingindo-lhes as cicatrizes do rebaixamento político e moral da invisibilidade e da humilhação. Além dos danos e das feridas terríveis que o reconhecimento *errôneo*, por parte dos outros, provoca, na formação da identidade, uma real distorção e atua como poderosa forma de opressão, ao aprisionar os indivíduos numa modalidade de ser falsa, distorcida e redutora. Os resultados da invisibilidade por preconceito ou indiferença, ou seja, da naturalização da humilhação social, são amplamente confessados nos critérios de seleção aplicados cotidianamente pelas instituições e práticas do campo penal.

No dizer do Soares *et all* (2005, p.188),

[...] nas ruas, nas periferias, nas vilas e favelas, na blitz e na abordagem regular, a realidade é filtrada pelas escolhas policiais, que, na seqüência, servem ao Ministério Público e à Justiça o prato feito. As sentenças cospem no sistema penitenciário e nas chamadas entidades socioeducativas os personagens de sempre, ‘restos’ da sociedade, ‘sobras indigestas. Os presídios estão repletos de pobres e negros, do sexo masculino, jovens.

Ademais, o perfil da população carcerária corrobora os altos graus de seletividade e as características precisas dos segmentos vulneráveis. Segundo detalhes do autorizado relatório, as prisões brasileiras estão compostas essencialmente por jovens, negros e pobres do sexo masculino e de baixa escolaridade. A maioria, 95,5%, são homens pobres do sexo masculino; 65% negros ou mulatos; 54% têm menos de 30 anos; e 30% possuem entre 18 e 24 anos;

todos de pouca escolaridade, 10,4 % analfabetos e 69,5 % possuem apenas o 1º grau completo (WATCH, 1998; NACIF, 2006).

No que tange ao mal-estar do individualismo abstrato, a crença numa individualista hipotética, universal, despida de referências sociais e materiais concretas, conduz à ficção de que a sociedade é a manifestação de uma ordem natural racional ou o aglomerado conflitantes de indivíduos, famílias, grupos e corporações, cujos interesses serão conciliados pelo contrato social, que instituiria a ação reguladora e ordenadora do Estado, expressão do interesse e da vontade geral. Essa narrativa política, legitimadora do formalismo jurídico, projeta no campo penal as linhas essenciais da criminologia da repressão caracterizada pela descrição da organização social. De acordo com esse modelo punitivo, afirma Santos (2006, p.03) “a ordem estabelecida (*status quo*) é o parâmetro para o estudo do comportamento criminoso ou desviante e, por isso, a base das medidas de repressão e correção do crime e desvio”. Trata-se de uma ideologia essencialmente repressiva, “fundada na hierarquia e na dominação, como bases da lei e da ordem”, e apresenta “um significado prático de legitimação da ordem social desigual”.

Em vista disso, a definição legal de crime aparece, nos termos da ideologia de neutralidade do Direito, típica do formalismo jurídico, como instrumento de justiça social e de proteção de interesses gerais. Mas, na verdade, atua como mecanismo de controle das vítimas da exploração e da opressão social – os trabalhadores integrados no mercado de trabalho e os marginalizados sociais –, cujos protestos, reivindicações e revoltas são reprimidos pelas forças da ordem e, freqüentemente, canalizados para o sistema de justiça criminal (SANTOS, 2006).

No mesmo horizonte, Carvalho, S (2006) demonstra como os indivíduos submetidos à execução da pena privativa de liberdade no Brasil assumem a condição de apátridas, de sujeitos destituídos do “direito a terem direitos”. Nem esse direito mais elementar, indispensável à cidadania, o direito fundante de pertença a uma comunidade política, manifestada pela perda dos elementos mínimos de conexão com o sistema jurídico interno dos Estados, é assegurado pelo sistema de justiça penal, especialmente na fase de cumprimento da privação da liberdade. A inexistência de leis que os mantenham no interior do sistema normativo, resguardando-lhes a “vida civil”, decreta a invisibilidade política, moral e jurídica dos condenados. Como destaca o autor, “percebe-se, pois, no apátrida, a eliminação deste pressuposto mínimo da cidadania: o direito de reivindicar direitos, instrumentalizado pelo ‘direito à jurisdição’”. Daí a farta comparação e fácil equiparação entre os presídios brasileiros e os campos de concentração nazistas, que se dão pelo fato de a substantiva

administrativização da execução da pena obstruir decisivamente os canais de acesso à jurisdição. E, aliada à suspensão do direito ao voto, concretizam uma situação similar a dos apátridas, “no qual o condenado pela violação do pacto encontra-se em situação de ‘morte civil’”.

Para além da percuciente análise filosófico-jurídica do autor sobre os fundamentos do sistema de execução penal, que confirma essa hipótese da intensa supressão de direitos fundamentais, potencializada pelo sistema processual brasileiro no âmbito da execução penal, a realidade diária do sistema carcerário brasileiro é a prova empírica vigorosa dessa constatação.

3.3 O campo jurídico-penal moderno e o mito da dignidade humana: a retórica formalista do “princípio da humanidade” no direito penal

No capítulo anterior, viu-se que a noção moderna de dignidade humana expressa a necessidade de um tratamento igual, calcado na afirmação do reconhecimento de cada singularidade enquanto autenticidade. Isso quer dizer, pois, que o sistema de justiça penal deveria conter, desde sua gênese, um tratamento condizente com a própria condição do homem como ser racional, livre e igual. Assim, sob o rótulo de “princípio da humanidade”, que deita suas raízes também nas obras dos reformadores clássicos, ao sistema penal caberia:

- a) a eliminação da inflição de castigos cruéis, desumanos ou degradantes, consubstanciados nas práticas aflitivas dos suplícios no Estado Absolutista;
- b) a delimitação de seu desempenho, por meio da contenção jurídica do poder punitivo;
- c) a supressão de toda e qualquer discriminação jurídica a partir da condição social do desviante, reforçando o princípio de igualdade.

Nesse terreno, o “princípio da humanidade” revelaria, ao lado da igualdade, as faces cândidas do pilar da emancipação. Esse princípio exigia da pena uma racionalidade e uma proporcionalidade que anteriormente não se viam no antigo regime, marcado pela afirmação dos suplícios corporais. O novo componente do sistema de justiça penal vem estampado desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, quando determinava, dentre as suas prescrições fundamentais, a exigência segundo a qual a pena nem visa fazer sofrer o condenado nem pode desconhecer o réu enquanto pessoa humana. Por outro lado, o princípio

da humanidade pretende ainda encetar uma baliza político-criminal que limite a expansão desarrazoada do direito penal, típica de Estados autoritários e/ou totalitários que buscam afiançar-se por meio da repressão e das brutais ameaças penais.⁵⁴

As funções do princípio da humanidade, tal como elaborado pelo campo penal moderno, pretenderam caminhar em duas direções específicas. Em primeiro lugar, na linha do ideal da afirmação da dignidade de todos os cidadãos, em contraposição à desigualdade inerente à noção de *honra* presente no cenário feudal, o princípio pretendeu romper com a aplicação discriminatória do direito penal. Tal aplicação, intrínseca ao modelo absolutista, reforça o mito da igualdade de tratamento que estaria garantido pelo esquema de tipificação abstrata universalista. Num segundo momento, o princípio visa impulsionar a livre construção da identidade, vista como autenticidade, ao impedir que o Estado pudesse moldar a personalidade individual mediante a ameaça do castigo e da dor.

Se a autenticidade significa a descoberta da identidade particular a mim e em mim mesmo, o princípio da humanidade seria uma barreira à interferência arbitrária do Estado na imposição de condutas meramente morais por meio da ameaça da pena.

Assim, uma vez que a igualdade e a dignidade estão conectadas ao ideal da autenticidade e à aspiração “de ser fiel a mim mesmo e a minha própria maneira particular de ser”, ao Estado jamais caberia utilizar a punição como instrumento de moldagens das identidades individuais. Isso porque a noção moderna de autenticidade implica o reconhecimento de que ser fiel a mim mesmo significa ser fiel a minha própria originalidade, que é algo que somente eu posso articular e descobrir. Por esse motivo, o Estado não poderia, de modo algum, infundir uma visão unívoca da vista justa, exclusivamente apoiada em seu arsenal repressivo. A instituição da sociedade não poderia assentar-se, unicamente, em ameaças punitivas.⁵⁵

Se a igualdade já representa uma ficção operatória do campo penal, que encobre sinuosamente a seletividade arbitrária, o princípio da humanidade parece claramente constituir-se em arremedo de emancipação que é exposta pela violência aniquiladora do poder soberano, pelos golpes sempre fatais da exceção na *vida nua* dos indivíduos.

Na realidade, a genealogia do poder punitivo desvendou que, longe de apresentar-se como um caminho emancipatório e humanizante, o campo penal moderno operou, a despeito

⁵⁴ Dentre as declarações de direitos contemporâneas, Batista (1990) lembra o artigo V da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, que prescreve: “Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”. Também o art. 5º., III, da Constituição Federal de 1988 consagra semelhante dispositivo.

⁵⁵ Tais conclusões resultam de uma combinação de argumentos de TAYLOR, Charles. “A política do reconhecimento”, *Argumentos Filosóficos* (LOYOLA, 2000; OST, 1999).

dos ideais de liberdade e igualdade que o inspirava, uma simples transformação tecnológica, “física”, à medida que, nas palavras de Foucault, passou a intervir “menos em nome da lei do que em nome da ordem e da regularidade. O irregular, o agitado, o perigoso e o infame são o objeto da reclusão”. Se, por um lado, a penalidade pune a infração, por outro, a reclusão sanciona a desordem. Nesse sentido, as fontes imaginárias do campo penal moderno, assim como a assunção de privar-se da liberdade, como castigo essencial, obedeceram menos ao “princípio da humanidade” e mais às exigências de intervenção sobre a disciplina do corpo. Portanto, a alteração na penalidade, para Foucault (1997, p.42), não se restringiria apenas a uma história de corpos, “[...] mas, mais precisamente, a uma história das relações entre o poder político e os corpos, seu controle, sua sujeição, a maneira como esse poder se exerce direta ou indiretamente sobre eles, a maneira como são dobrados, fixados”.

Reina aqui, a toda evidência, um paradoxo tão visível quanto indecifrável para o sistema penal. Como poderia ele vigiar, normalizar, domesticar, disciplinar e punir, de modo a “gerir diferencialmente as ilegalidades”, visando “corpos dóceis”, disciplinados, dobrados, fixados e, ao mesmo tempo, negar o arbítrio e favorecer a realização de identidades autônomas, plurais, livres, singularmente autênticas?

Na verdade, o único contributo paradoxal e mesmo irrealizável, que o sistema penal pôde (e pode) prestar ao pilar da emancipação, é precisamente a exígua tentativa de erguer trincheiras, na defesa dos direitos individuais, no sangrento campo de batalha da intervenção punitiva institucionalizada. Assim, parece que o “princípio da humanidade” penetra como um corpo estranho ou como simples justificação retórica de instituições e práticas, que nada podem oferecer ao livre, plural e igualitário desenvolvimento da personalidade dos sujeitos singulares.

Nesse sentido, o princípio da humanidade emerge como manifestação de uma “vontade de saber”. Aparece, pois, como um ponto de partida discursivo que estabelece o recorte de ‘um campo de projetos’, assim como “a definição de uma perspectiva legítima para o sujeito de conhecimento, pela fixação de normas para a elaboração de conceitos e teorias”. Portanto, tal princípio determina, poderosamente, um conjunto de práticas discursivas, supondo um jogo de prescrições que determinam exclusões e escolhas. E, assim, impõe um conjunto de ficções e normas que balizam não só o imaginário dos membros da comunidade científica, quanto articulam instituições e práticas específicas. O princípio da humanidade garante aos jogadores do campo jurídico-penal a unidade e a legitimidade de seu saber teórico, de seu afazer cotidiano, estabelecendo um conjunto coeso de regularidades e um

sentido comum teórico destinado mais a satisfazer a violência do que a domá-la (FOUCAULT, 1997, p.11-12).

Com efeito, Foucault (1997, p.12) acrescenta que

[...] as práticas discursivas não são pura e simplesmente modos de fabricação de discursos. Ganham corpo em conjuntos técnicos, em instituições, em esquemas de comportamento, em tipos de transmissão e de difusão, em formas pedagógicas, que ao mesmo tempo as impõe e as mantêm.

Seria demasiado insensato, ou no mínimo incômodo, se todos operadores do campo jurídico-penal não acreditassem de fato que o seu saber existe em nome do bem comum e está efetivamente comprometido com a dignidade humana. Portanto, esse princípio não apenas aparece como premissa teórica básica, que confere sentido, unidade e legitimidade ao conjunto das práticas discursivas jurídico-penais, mas, sobretudo, permite que todas as instituições, todos os esquemas de comportamento, todas as estratégias de transmissão e difusão desse conhecimento, todas as formas pedagógicas, que ao mesmo as impõem e as mantêm, apareçam como legítimas, naturais, justas e indispensáveis à sobrevivência da comunidade política. Isso quer dizer que tais instituições, discursos e práticas existem não para garantir a própria reprodução anódina do campo e da brutal violência real e simbólica por ele gerada, mas para assegurar a justiça e a boa ordem da coletividade, da salvaguarda dos ‘cidadãos de bem’ contra os ‘criminosos’.

Toda a retórica do princípio da humildade esbarra, pois, no desvendamento de que a racionalidade e a humanização do poder punitivo, longe de representarem freios intransponíveis à ilegalidade, ao arbítrio e ao sofrimento inútil, apresentam como pano de fundo as exigências de sedimentação da ordem social capitalista moderna e da violência estrutural a ela associada, da insuperável oposição entre sujeitos-proprietários e sujeitos-coisas descartáveis.

As práticas punitivas engendram-se, portanto, na modernidade, nos termos de Foucault, em primeiro lugar, a partir de uma nova *ótica*: “órgão de vigilância generalizada e constante; tudo deve ser observado, visto e transmitido: organização de uma polícia; instituição de um sistema de arquivos (com fichas individuais), estabelecimento de um *panoptismo*”. Por outro lado, as práticas penais obedecem a uma nova *mecânica*: “isolamento e agrupamento dos indivíduos; localização dos corpos; uso máximo das forças; controle e melhoramento do rendimento; em suma, estabelecimento de toda uma disciplina da vida, do tempo, das energias”. E por último, o novo poder punitivo estabelece uma nova *fisiologia*: “definição das normas, exclusão e rejeição daquilo que não lhes for conforme, mecanismo de

estabelecimento de normas por intervenções corretoras que são, de um modo ambíguo, terapêuticas e punitivas”. Com efeito, “o panoptismo, a disciplina e a normalização caracterizam, esquematicamente, essa nova investida do poder sobre os corpos, efetuada no século XIX” (FOUCAULT, 1997, p.42).

Nessa direção, toda a carga retórica do princípio da humanidade é desvelada, à medida que o sistema penal jamais lograria sepultar o espectro do arbítrio, da desproporcionalidade, da dinâmica perversa da produção social da criminalidade, mediante os processos de definição e seleção. Em outra medida, jamais conseguiria manter-se fiel aos marcos da legalidade e delimitar-se ao âmbito do essencialmente necessário, aparecendo, de fato, como *ultima ratio* da intervenção estatal no livre desenvolvimento das identidades individuais e sociais.

No entanto, poder-se-ia objetar que o tão decantado papel de proteção de bens jurídicos, atribuído ao campo penal, desempenharia, em última análise, uma essencial proteção da própria dignidade humana, posto que resguardariam de lesões, agressões, ou mesmo de simples ameaças, bens e direitos fundamentais, eleitos pela comunidade política e plasmados em níveis constitucionais. Isso porque o sistema penal, ao estabelecer a proteção de bens e direitos fundamentais da comunidade política, realizaria, de forma mediata, a proteção da dignidade humana de cada indivíduo singular. Essa é a visão corrente entre penalistas e constitucionalistas do maior porte, que representa uma corrente de pensamento abertamente democrática e percebe o direito penal como instrumento de garantia do indivíduo, mas, sobretudo, de proteção dos interesses da comunidade. Nessa linha, Dias assinala que “os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se como concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais”, o que lhes assegura a legitimidade e dignidade de bens penalmente relevantes (DIAS, 2001, p.47).

Porém, não se pode, de modo algum, olvidar o fato de que, a despeito dessa função declarada do campo penal, conforme apontam Batista *et all* (2003, p.98-99),

[...] o maior poder do sistema penal não reside na pena, mas sim no poder de vigiar, observar, controlar movimentos e idéias, obter dados da vida privada e pública, processá-los, arquivá-los, impor penas e privar de liberdade sem controle jurídico, controlar e suprimir dissidências, neutralizar as coalizões entre desfavorecidos, etc. Se existe alguma dúvida acerca do enorme poder verticalizador do sistema penal, basta olhar para a experiência histórica: o sindicalismo, o pluralismo democrático, o reconhecimento da dignidade das minorias, a própria república, conseguiram estabelecer-se sempre em luta contra esse poder. Qualquer inovação social que se fizer em prol do desenvolvimento humano deverá enfrentar o sistema penal; todo conhecimento e todo o pensamento abriu caminho confrontando-se com o poder

punitivo. *A história ensina que os avanços da dignidade humana sempre ocorreram em luta contra o poder punitivo*⁵⁶.

Nenhuma afirmação reflete tão significativamente a ambigüidade constitutiva do campo penal (moderno), na sua tensão entre regulação e emancipação, quanto a esposada acima. Se, de fato, “os avanços da dignidade humana sempre ocorreram em luta contra o poder punitivo”, em que medida poderia este favorecê-la de algum modo? Aqui parece residir um paradoxo que os penalistas jamais lograram dissolver. Por esse motivo, ao tentar resgatar a parcela ínfima de emancipação que lhe cabe, isto é, o contributo do garantismo; o campo penal postula o denominado “princípio da humanidade”, transformando-o pela força bem mais exorbitante do seu poder positivo ou configurador, em mero artifício retórico de manipulação do discurso punitivo.

Isso porque, ao lado dos objetivos ideológicos (aparentes) do sistema penal, consubstanciados nas metas de repressão da criminalidade e de controle e redução do crime, aparecem os seus objetivos reais, consistentes numa dupla reprodução, a saber, segundo Santos (2006, p.82):

[...] reprodução da criminalidade pelo recorte de formas de criminalidade das classes e grupos sociais inferiorizados (com exclusão da criminalidade das classes e grupos sociais dominantes) e reprodução das relações sociais, porque a repressão daquela criminalidade funciona como ‘tática de submissão ao poder’ empregada pelas classes dominantes.

Com efeito, o sistema penal apresenta-se teoricamente como uma programação decisória normativa, que engloba as instituições e práticas policiais, judiciais e penitenciárias, fundamentado no respeito à dignidade humana. No entanto, em termos práticos, ele se incumbem de realizar o controle social punitivo a mercê de regras legais e ilegais, pouco lhe importando aquele fundamento relativo à pessoa do homem (CARVALHO, P, 1998).

Parece evidente, portanto, que a construção da identidade e da visibilidade, como autenticidade, se dá, de modo fundamental, em contraposição ao poder punitivo, e não com o seu auxílio irremediável. Ao contrário, o aparelho repressivo estorva a realização da dignidade, visto que sua funcionalidade proclama justamente a fabricação de criminosos (Hulsman), por meio do preconceito e do estigma, da seleção arbitrária de comportamentos e pessoas; enfim, por intermédio da produção sistemática da monstruosidade como forma de

⁵⁶ Adicionalmente, os autores ressaltam que o “poder configurador positivo é o verdadeiro poder político do sistema penal. O que interessa politicamente são as formas capilarizadas e invasivas pelas quais as agências policiais exercem seu poder, e não, por certo, a prevenção e o castigo do delito” (p.52).

demarcar as hierarquias e as fronteiras das estratificações sociais e dividir o mundo em bons e maus; nós e eles; homens de bem e delinquentes; preto e branco; e, com isso, legitimar o exercício da dominação. O sistema penal constitui, pois, “o avesso do avesso do avesso do avesso” da comunidade democrática, à medida que a sua operacionalidade real encontra-se sempre, e necessariamente, condicionada pela seletividade arbitrária, pela escolha aleatória, perversa e desumana de pessoas e condutas associadas a pré-definições estigmatizantes, a grupos sociais específicos.

Nesse sentido, o aparelho penal reproduz as formas e os processos de invisibilidade pública e humilhação social, ao direcionar o seu vigor repressivo aos sujeitos e grupos vulneráveis; ao impingir-lhes definitivamente estigmas e imagens caricatas; e ao fulminar as possibilidades de seu reconhecimento intersubjetivo e de construção da identidade e cidadania. A gestão diferencial da ilegalidade, percebida com maestria por Foucault, está na base da funcionalidade do sistema punitivo, de modo que o enalço e a punição dos crimes dos sujeitos poderosos constituem não só uma impossibilidade lógica, como uma falácia institucional, posto que esbarram no limite material, estrutural, da sociedade capitalista. Com efeito, o termo delinquência aparece sempre associado aos ilegalismos das classes subalternas. Sendo assim, segundo Foucault (1997, p.43)

[...] a instituição penal, com a prisão no seu centro, fabrica uma categoria de indivíduos que entram num circuito junto com ela: a prisão não corrige; ela chama incessantemente os mesmos; ela constitui pouco a pouco, uma população marginalizada, utilizada para fazer pressão sobre as ‘irregularidades’ ou os ‘ilegalismos’ que não se pode tolerar. E ela exerce essa pressão sobre os ilegalismos por intermédio da delinquência, de três modos: conduzindo pouco a pouco a irregularidade e o ilegalismo à infração, graças a um jogo de exclusão e de sanções parapenais (...); integrando os delinquentes a seus próprios instrumentos de vigilância do ilegalismo (...); canalizando as infrações dos delinquentes para as populações que mais importa controlar.

Desse modo, o sistema penal transforma, sub-repticiamente, os fenômenos sociais da invisibilidade pública e da humilhação social em visibilidade do crime e do criminoso, seja por meio do espetáculo da pena, seja pela ação do sensacionalismo midiático. Esse sistema transforma, portanto, a invisibilidade social de inúmeros sujeitos e grupos sociais em hiper-visibilidade, desvirtuada e estigmatizada, que projeta sobre esses sujeitos e grupos uma imagem caricata e distorcida. Além disso, serve precisamente para fabricar as imagens e as distinções entre bons e maus, virtude e pecado, pureza e impureza, transmitindo a idéia facciosa de que a sociedade deve separar e eliminar radicalmente as suas sementes daninhas. A visibilidade do crime e do criminoso é, portanto, indispensável às estratégias de legitimação

da ordem social. Sem os criminosos e seus atos, é impossível traçar, com exatidão, os contornos da ordem e da normalidade, da virtude e da pureza.⁵⁷

Desse modo, a “ideologia do bem e do mal” evidencia que a missão declarada do sistema de justiça penal é, conforme declara Santos (2006, p. 17), nitidamente encoberta

[...] pela ‘indignação moral’ promovida pela ação oficial e os meios de massa contra o criminoso convencional, o ‘bode expiatório’ útil para esconder (e justificar) problemas sociais reais – ao contrário do criminoso de ‘colarinho branco’, protegido pelas instituições de privacidade da sociedade burguesa –, produzidos (como o próprio criminoso) pelas desigualdades intrínsecas do sistema de relações sociais.

O efeito seguinte e lógico dessa dinâmica perversa consiste na desumanização brutal da clientela típica do sistema penal por meio da negação completa da dignidade humana pela sua transformação em não-humana, cuja expressão teórica máxima representa o paradigma do Direito Penal do Inimigo. Lotke (1998) demonstra como, nos EUA, essa fabricação da monstruosidade pelo preconceito e pela estigmatização de grupos sociais vem promovendo, de modo assustador, a hipertrofia do encarceramento e da repressão que em nada reflete o crescimento das taxas de criminalidade. Trata-se, essencialmente, de uma esquizofrenia punitiva direcionada à manutenção de uma estrutura de poder atentatória aos direitos fundamentais.⁵⁸

Por tudo isso, pode-se facilmente concluir a existência da incapacidade do campo penal de servir aos horizontes emancipatórios da igualdade e da dignidade humana, vez que suas contradições internas apontam precisamente para o fato de serem realidades inconciliáveis, já que a afirmação de um implica na redução da outra. Quanto mais a igualdade e a dignidade humana cimentam os horizontes simbólicos da instituição da sociedade, menos ela necessita das ameaças punitivas e das estratégias de controle para que seja legitimada e conservada. Nessa perspectiva, Foucault percebe que parece ser um elemento constante das formas de punição da modernidade a noção de que “quanto mais uma sociedade for fraca, melhor deverá estar previamente munida, mais lhe será preciso se mostrar severa”. (FOUCAULT, 1997, p.13).

Ao contrário, quanto mais presente o sistema penal se faz em uma sociedade, menos espaço há para a afirmação da igualdade e da dignidade. O trabalho legítimo dos conflitos, típico de uma sociedade democrática e igualitária, dispensa o uso constante da força e da

⁵⁷ Uma resenha sobre as teorias da estigmatização pode ser encontrada em: Dias e Andrade, M (1984). A sua discussão relacionada aos fenômenos políticos da invisibilidade pública e da humilhação social resultou de diálogo com o professor Manuel da Costa Andrade sobre alguns pontos deste trabalho.

⁵⁸ Na mesma direção, as análises instigantes de Garland (2005) e Minhoto (2000).

violência. O princípio da não-violência consiste no postulado máximo de uma comunidade de princípios democráticos.

Se, no contexto das sociedades que constituíram o núcleo do projeto sócio-cultural da modernidade, todos esses paradoxos e mal-estares atingem em cheio o paradigma penal moderno, na realidade dos países periféricos, eles alcançam os limites do paroxismo. Aí se projetaram de forma ainda mais sinuosa e perversa sobre a realidade de formações sociais, forjadas nas franjas da expansão do capitalismo e do racionalismo ocidentais. A recepção das instituições e práticas modernas, desacompanhadas dos horizontes simbólico e valorativo que lhes garantiriam o devido suporte, trouxe, para o âmbito do sistema de justiça penal da modernidade periférica contradições e dilemas ainda mais aberrantes.

Assim, à vereda tortuosa dos processos de transplantação, recepção e adaptação das instituições e práticas penais modernas para o palco das sociedades periféricas, em particular do Brasil, conduzir-se-à o próximo capítulo.

CAPÍTULO IV-

O sistema penal como mecanismo de gestão da subcidadania no Brasil: “naturalização da desigualdade”, invisibilidade pública e humilhação social na modernidade periférica

A partir das insuperáveis contradições estabelecidas entre a dinâmica dos aparelhos penais das sociedades capitalistas, precisamente nos princípios do Estado e do mercado, e os princípios da igualdade e da dignidade humana, tradução do pilar da emancipação social, vê-se que, no bojo das sociedades periféricas, caracterizadas por uma modernização seletiva e tardia, suas marcas são ainda mais incisivas.

No cenário dessas formações sociais, o campo penal jamais logrou conferir, aos princípios em questão, o mesmo estatuto, alcance e dimensão que lhes foram atribuídos no âmbito do paradigma penal das sociedades modernas centrais.

Assim, a objetivo, nesse capítulo, é analisar as especificidades da recepção do moderno campo penal no palco das sociedades periféricas, em particular no Brasil. Cumpre destacar que, no interior destas sociedades, há, como marca fortemente distintiva, a visualização clara da funcionalidade do campo penal como instrumento histórico de “naturalização da desigualdade” e de gestão da subcidadania. Isso consolida, por intermédio de suas instituições e práticas, a (re)produção dos fenômenos políticos da invisibilidade pública e da humilhação social.

Com efeito, a hipótese central, norteadora dessas discussões, é que a transplantação das práticas e instituições penais modernas para a realidade brasileira sonegou, de forma ainda mais evidente, a eficácia dos princípios da igualdade e da dignidade humana. A consequência direta disso é que se produziu a invisibilidade social de sujeitos e grupos e se obstruiu os canais de luta por reconhecimento; esses fatos ocorreram, além disso, ao forjar uma ideologia de controle social que assume, sem embaraço, a brutalização e o banimento dos segmentos marginalizados da população.

Em rigor, o campo jurídico-penal brasileiro caracterizou-se historicamente pela ruptura aberta e flagrante aos princípios da igualdade e da dignidade humana, posto que estava ligado à estratégia de naturalização das hierarquias sociais e de imposição de um determinado conceito de moralidade contínua e exclusivamente forjada pelas classes hegemônicas.

Em linhas gerais, vislumbra-se que o sistema penal não deixou de cumprir na realidade brasileira o seu importante (e secreto) papel (político) de gerir diferencialmente as ilegalidades. Isso, nem mesmo, desde a conservação das práticas perversas de domesticação da mão-de-obra escrava e de reprodução da moralidade arcaica de uma sociedade agrária e patriarcal; vale notar, posteriormente, passou-se pela vigilância, normalização e punição severa da massa assalariada, dos centros urbanos em ascensão, e pela imposição das alegorias morais conservadoras das emergentes elites industriais. Inclua-se aí o período em que se passou até ao controle dos excluídos da sociedade globalizada de consumo e da manutenção de uma (ausência de) moralidade, associada aos anseios da reprodução do capital em escala global.

Pode-se facilmente perceber, ademais, como a noção jurídica de cidadania engendrada nas sociedades modernas centrais, apreendida como componente existencial prévio da constituição da comunidade político-jurídica, ergueu novos pressupostos de legitimação para o exercício do poder punitivo estatal e de seu respectivo discurso. Por outro lado, nas sociedades periféricas, nota-se a completa ausência desse expressivo alicerce valorativo prévio, calcado justamente na generalização da igualdade e da dignidade humana como pressupostos simbólicos das práticas e instituições modernas. De fato, inexistiam no cenário da modernidade periférica os mesmos ingredientes com os quais se fundaram e se difundiram as instituições e práticas penais modernas. A inexistência desses ingredientes afetou sobremaneira a sua adequada recepção, originando, no campo penal das sociedades marginais, uma forte limitação da incidência dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Se entender-se, à esteira de Tocqueville (1998), a modernidade também como um ininterrupto processo de afirmação da democracia e de universalização da igualdade, a distinção, realizada aqui, entre modernidade central e periférica; este estudo pretende essencialmente destacar que, enquanto nas sociedades centrais, este percurso desenvolveu-se com êxito e logrou estender-se gradualmente a todos os estratos sociais, nas sociedades ditas periféricas, ao contrário, este caminho foi explorado de forma deficiente, incompleta, inacabada, ou nem sequer chegou a ser trilhado.

Na clássica análise desse autor, a 'igualdade de condições' aparece como uma marca distintiva da moderna sociedade americana, "o fato essencial, do qual parecia descender cada fato particular", transmitindo, pois, conforme Tocqueville (1998, p.11), "[...] influência prodigiosa que essa realidade primária exerce sobre a marcha da sociedade; ela dá à opinião

pública uma direção definida, uma tendência certa às leis, máximas novas aos governos e hábitos peculiares aos governados”.

Ainda, segundo esse autor, o fato essencial da igualdade “estende a sua influência para muito além dos costumes políticos e das leis e que não tem menos domínio sobre a sociedade civil que sobre o governo; cria opiniões, faz nascer sentimentos, sugere práticas e modifica tudo aquilo que ele mesmo não produz” (TOCQUEVILLE, 1998, p.11).

Em outros termos, a igualdade aparece, nas sociedades modernas avançadas, como o imaginário simbólico sobre o qual se edifica a ordem social, política e jurídica. Todas as práticas e instituições orientam-se por esse horizonte simbólico, que institui os elos sociais possíveis. Sem os sentimentos criados pela “realidade primária” da igualdade, sem as opiniões e as práticas por ela agitadas ou sugeridas, não há qualquer possibilidade de Constituição da comunidade.

Por conta disso, a distinção aqui trabalhada parece tão fundamental e oportuna. Isso se justifica à medida que, no contexto das sociedades modernas centrais, o valor conferido à igualdade aparece, indubitavelmente, como o de um elemento fundante de instituições e práticas associadas às emergências do capitalismo e do individualismo liberal. Tocqueville (1998) ressalta que é precisamente da igualdade que derivam as visões do poder como expressão da soberania popular; a idéia elevada dos direitos políticos; o respeito pela lei; e, ainda, o importante espírito público, presente nas sociedades democráticas, em especial na sociedade americana, objeto de sua análise sociológica. O autor assinala, ademais, que esses valores essenciais, ao derivarem da igualdade, concebida como fonte primária, permitem aos indivíduos sentirem-se membros efetivos da comunidade política, cidadãos dignos porque iguais na construção da vontade soberana. Afirmo Tocqueville (1998, p.186) que

[...] nos Estados Unidos, cada qual tem uma espécie de interesse pessoal em que todos obedeçam às leis, pois aquele que hoje não faz parte da maioria talvez esteja amanhã em suas fileiras; e esse respeito, que professa agora pelas vontades do legislador, em breve teria ocasião de exigí-lo para as suas. Ainda que a lei seja malsã, o habitante dos Estados Unidos submete-se a ela, por isso mesmo, sem dificuldade, não somente por ser obra da maioria, mas ainda por ser obra também sua; considera-a do ponto de vista de um contrato do qual é uma das partes.⁵⁹

De outra sorte, nas sociedades periféricas, ver-se-á mais detidamente, que a igualdade, efetivamente, nunca existiu como fonte (imaginária) da Constituição da comunidade. Jamais

⁵⁹ Todos os indivíduos na comunidade democrática, diz Tocqueville (1998, p.184), são efetivamente portadores de direitos políticos. Assim, “na América, o homem do povo concebeu uma idéia elevada dos direitos políticos, porque tem direitos políticos; não ataca os de outrem para que não se violem os seus”.

atuou como elemento capaz de gerar sentimentos; de sugerir práticas; de fundamentar a origem das instituições; e nem tampouco como elemento apto a modificar tudo aquilo que fosse contrário ao seu reconhecimento universal. De maneira oposta, o que há, nessas sociedades, além da prevalência das hierarquias, das relações personalistas e de parentesco, da apropriação privada do público, da lei como expressão de privilégios, são precisamente a ‘naturalização da desigualdade’ e a ‘construção social da subcidadania’.

Nesse sentido, a abordagem aqui proposta almeja destacar a evidência da hipótese aqui construída de que as instituições e práticas concretas e argumentativas do campo penal atuam como o mais importante instrumento de gestão da subcidadania no Brasil, ou seja, de neutralização da ‘ralé estrutural’, indivíduos e grupos sociais prevalentemente portadores da condição de subhumanos, de não-gente, reproduzindo os fenômenos políticos da invisibilidade pública e da humilhação social e suplantando as vias de acesso ao reconhecimento intersubjetivo. A validade de tal hipótese pôde ser vislumbrada a partir da análise de relatórios, oficiais e não-governamentais; de dados institucionais sobre a realidade carcerária brasileira; e, mais especificamente, de decisões judiciais envolvendo direta ou indiretamente o tema da igualdade e da dignidade humana.

4.1 A ‘naturalização da desigualdade’ como o *habitus* da construção social da subcidadania no Brasil

A realidade das sociedades periféricas é marcada por um processo peculiar de importação de instituições e práticas sociais modernas, desvinculadas do consenso valorativo, que lhes garantiriam o devido suporte e a efetiva reprodução. Pretende-se, pois, em breves linhas, discutir as bases da consolidação desse processo de naturalização da desigualdade, percebendo-o como explicitação de um *habitus* social particular que diferencia as noções de igualdade e de dignidade humana e, por conseguinte, a própria noção de cidadania, nos países centrais e periféricos.

Segundo análise de Souza (2003), no âmago da modernidade ocidental, tem-se a eficácia – mais ou menos opaca e invisível de uma concepção específica de ordem moral, que atua no sentido de estipular as obrigações e os direitos que configuram e organizam a relação entre as pessoas. Obrigações políticas, por exemplo, são, nesse sentido, extensões ou aplicações desses vínculos morais mais amplos e fundamentais. Cria-se, com isso, um

imaginário social, isto é, a imagem que as pessoas comuns percebem como sendo o seu ambiente social, consubstanciada não sob a forma explícita de teorias, mas por meio de estórias, lendas, ditos populares etc. É esse imaginário social que permite a pré-compreensão imediata de práticas cotidianas ordinárias e assegura, por sua vez, um senso compartilhado de legitimidade da ordem social. Nesse sentido, o imaginário social é tanto factual quanto normativo.

Para Neves (2006), a elevada complexidade social e o desaparecimento de uma moral conteudística-hierárquica diretamente, válida em todas as esferas do agir e do vivenciar, podem ser definidas como traços parciais da interação social moderna. Sendo assim, explica Neves (2006, p.228)

[...] a distinção entre modernidade central e periférica é analiticamente frutífera, na medida em que, definindo-se a complexidade social e o desaparecimento de uma moral imediatamente válida para todas as esferas da sociedade como características da modernidade, constata-se que, em determinadas regiões estatalmente delimitadas (países periféricos), não houve de maneira alguma a realização adequada da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional nem a constituição de uma esfera pública fundada na generalização institucional da cidadania, características (ao menos aparentes) de outras regiões estatalmente organizadas (países centrais).

Portanto, na formação das sociedades da ‘nova periferia’, como a brasileira, a visão de mundo articulada institucional e simbolicamente era inexistente. Isso inviabilizou tanto a auto-reprodução dos sistemas sociais a partir da juntura da diferenciação funcional, quanto o aparecimento de fontes imaginárias de conteúdo universalista. Assim, “a legitimação das relações hierárquicas e desiguais era conseguida a custo da violência física aberta, no pior dos casos, ou da violência psíquica e encoberta da cooptação implícita na relação de dependência pessoal, nos outros casos” (NEVES, 2006, p.228).

Em realidade, a cultura material e simbólica, aquela que existia no Brasil colonial, era rasteira e pouco articulada, o que determinou a ausência de certas pré-condições existentes na modernidade central. Na percepção de Souza (2003, p.97-99),

[...] uma especificidade importante da modernidade periférica – da ‘nova periferia’ – parece-me precisamente o fato de que, nestas sociedades, as ‘práticas’ modernas são anteriores às ‘idéias’ modernas. Assim, quando mercado e Estado, ainda que de modo paulatino, fragmentário e larvar, são importados de fora para dentro com a europeização da primeira metade do século XIX, inexistia o consenso valorativo que acompanha o mesmo processo na Europa e na América do Norte. Inexistia, por exemplo, o consenso acerca da necessidade de homogeneização social e generalização do tipo de personalidade e de economia emocional burguesa a todos

os estratos sociais, como aconteceu em todas as sociedades mais importantes da Europa e da América do Norte.⁶⁰

Nessas circunstâncias, as intensas mazelas sociais de países periféricos como o Brasil, especialmente a desigualdade e sua naturalização, a massiva marginalização de setores expressivos da população e dificuldades de consolidar uma ordem democrática e de mercado competitiva e eficiente, resultam, para Souza, não de uma suposta herança pré-moderna, mas precisamente de um efetivo processo de modernização de grandes proporções que toma o país paulatinamente a partir do início do século XIX. A desigualdade e sua naturalização na vida cotidiana é estritamente moderna, posto que estão vinculadas à eficácia de valores e instituições modernas, com base em sua bem-sucedida importação ‘de fora para dentro’. Desse modo, “ao contrário de ser personalista, ela retira sua eficácia da ‘impessoalidade’ típica dos valores e instituições modernas. É isso que a faz tão opaca e de tão difícil percepção na vida cotidiana” (SOUZA, 2003, p. 17.).⁶¹

Ademais, a modernidade periférica pode ser definida, nos termos de Neves, como “modernidade negativa”. Isso porque, ao surgimento da hipercomplexificação das relações sociais e à superação do moralismo fundamentador da diferenciação hierárquica, não se seguiu a construção de sistemas sociais que, embora impenetráveis e mesmo interferentes, se construíssem autonomamente no seu *topos* específico. Isso põe a sociedade diante de uma complexidade desestruturada e desestruturante. Com efeito, Neves (2006, p.238) afirma que

⁶⁰ Efetivamente, o processo de modernização da ‘nova periferia’ carece, portanto, de um elemento fundamental, qual seja, a existência prévia de um contexto cognitivo e moral explícito, articulado e autônomo que possa se contrapor, limitando ou estimulando, a lógica própria dos imperativos funcionais que emanam de práticas institucionais consolidadas. Nesse aspecto, a singularidade dessas sociedades reside, justamente, na ausência tanto de um estímulo positivo dessa esfera moral autônoma, em direção à quebra com o tradicionalismo econômico e com hierarquias naturalizadas, como nas sociedades do Ocidente, quanto limitantes desses efeitos revolucionários, como nas sociedades do Oriente. Nas sociedades da nova periferia, como a brasileira, não existia nem um estímulo nem outro, posto que inexistia esfera moral autônoma generalizada e consensual de qualquer tipo. Inexistiu, portanto, as limitações e barreiras profundas que Weber percebia no caso da transplantação do capitalismo para a Índia, por um lado, mas também inexistiu o potencial generalizador, abrangente e inclusivo existente nas sociedades centrais do Ocidente (p. 100).

⁶¹ Em outra perspectiva, Damatta (2005, p.27-38) busca explicar estas especificidades a partir de um fundamento estritamente antropológico-cultural. Para ele, as relações institucionais na modernidade periférica obedecem ao código do personalismo enquanto nos países centrais, especialmente nos EUA, prevalece a cultura do individualismo e da impessoalidade. Afirma ele que “no Brasil, as pessoas são um valor social e, como tal, servem de veículos para modelar problemas e para exemplificar posições”. Já nos Estados Unidos, o elemento cultural preponderante consiste no “profundo desdém pelos elos” e, portanto, na valorização da “compartmentalização pessoal”.

[...] as relações entre as esferas de comunicação assumem formas autodestrutivas e heterodestrutivas, com conseqüências desastrosas para a integração sistêmica e a inclusão social. Nesse sentido, a modernidade não se constrói positivamente, como superação da tradição por força do surgimento de sistemas funcionais autônomos, mas antes negativamente, como hipercomplexidade desagregadora do moralismo hierárquico tradicional.

De outro lado, a ausência do *ethos* moderno, articulado a partir de fontes imaginárias universalistas (“moral pós-convencional”), capaz de cimentar as suas próprias práticas e instituições, também constitui o pano de fundo para a explicação acerca do fenômeno da naturalização da desigualdade nas sociedades da nova periferia, como a brasileira. Assim como a ordem competitiva dos países centrais apresenta um discurso legitimador da desigualdade, internalizado sob o manto da legalidade e da igualdade formal, a ordem competitiva da sociedade brasileira “também tem a ‘sua hierarquia’, ainda que implícita, opaca e intransparente aos atores. É com base nela, e não em qualquer ‘resíduo’ de épocas passadas, que tanto negros quanto brancos, sem qualificação adequada, são desclassificados e marginalizados de forma permanente” (SOUZA, 2006, p.162).

Nesse exato sentido, a modernidade periférica constrói-se negativamente também como desagregação da consciência moral convencional (e inclusive da pré-convencional), sem que daí resulte uma suficiente estruturação da ‘consciência moral’ universalista ou ‘pós-convencional’ e, muito menos, a ‘autonomia’ de uma esfera pública. Exatamente porque predomina a exclusão de grande parte do povo e, portanto, não se articula devidamente uma esfera pública pluralista, fundada na generalização institucional da cidadania, é que se pode vislumbrar que há uma carência de representações universalistas na modernidade periférica, embora já se tenha desagregado o moralismo tradicional (a ‘consciência moral convencional’). Com efeito, de acordo com Neves (2006, p.239-240),

[...] em decorrência dos grandes abismos de rendimento entre as camadas sociais, o código econômico reproduz-se hipertroficamente, implicando privilégios e ‘exclusões’ ilegais. Porém, relacionado com essa hipertrofia (e, ao mesmo tempo, ineficiência social) da economia, mecanismos relacionais, familiares, referentes à amizade e ao poder privatizado sobrepõem-se difusamente ao direito, heteronomizando-lhe a reprodução operativa e corrompendo-lhe a autonomia sistêmica. Assim sendo, a legalidade como generalização igualitária de conteúdos jurídicos é deturpada no processo de concretização do direito. Como será visto com referência ao caso brasileiro, prevalecem formas unilaterais de legalismo e de impunidade em uma relação paradoxal de complementaridade.

As raízes desse processo residem precisamente na ausência de universalização e homogeneização de consensos sociais e morais pré-reflexivos que fomentaram as transformações econômicas, políticas e culturais resultantes na afirmativa das práticas e instituições tipicamente modernas, em especial o Estado centralizado, o mercado competitivo e a esfera pública. Como destaca Souza (2003, p.185),

a 'importação' do capitalismo de 'fora para dentro' e através, antes de tudo, de suas 'práticas institucionais', sem o contexto ideacional de fundo moral, religioso e cognitivo, que na Europa transformou-se em fermento revolucionário, o qual acompanhou a entronização da lógica econômica do capitalismo e logrou modificar e generalizar, por conta de idéias morais, religiosas e políticas, um patamar de igualdade efetivo, *infra* e *ultrajurídico*, teve, no Brasil, um outro destino. Aqui, a importação de 'práticas institucionais' foram meramente acompanhadas de 'ideologias pragmáticas' como o liberalismo, o qual funcionou como uma espécie de 'graxa simbólica' destinada a facilitar a introdução pragmática do mundo dos contratos e da representação elitista no contexto primitivo e personalista anterior, mas que sempre encontrou seu limite em qualquer expansão realmente generalizante desses mesmos princípios.

Tanto é assim que a introdução do liberalismo no país deu-se, num primeiro momento, acompanhada contraditoriamente do mantimento da escravidão e, mais tarde, a construção da República opera-se alicerçada na desigualdade explícita de tratamento perante a lei. Segundo Carvalho, J. (2004, p.57) a lei

[...] que devia ser a garantia da igualdade de todos, acima do arbítrio do governo e do poder privado, algo a ser valorizado, respeitado, mesmo venerado, tornava-se apenas instrumento de castigo, arma contra os inimigos, algo a ser usado em benefício próprio. Não havia justiça, não havia poder verdadeiramente público, não havia cidadãos civis. Nessas circunstâncias, não poderia haver cidadãos políticos.

Assim, a amplitude do fenômeno da subcidadania, marca singular das sociedades periféricas, deita suas raízes na conformação de um *habitus* que, diferentemente das sociedades que constituíram o núcleo do paradigma sócio-cultural da modernidade, reproduz e naturaliza relações de desigualdade. Por conta disso, tanto as práticas sociais e institucionais quanto a própria percepção dos atores sobre a sua condição no mundo, erigem-se a partir de uma hierarquia valorativa, a qual tende a transformar-se numa linha divisória que separa o cidadão do subcidadão, aquele indivíduo considerado 'gente' do 'não-gente' (SOUZA, 2003).

Com efeito, esse processo de institucionalização e legitimação da ordem social por e a partir de um *habitus* peculiar dá-se de forma completamente distinta nas sociedades modernas centrais e nas sociedades engendradas sob o influxo da expansão do racionalismo e do capitalismo ocidentais. Essas marcas dão indelével especialmente no tocante aos princípios da igualdade e da dignidade humana, elementos intrínsecos à própria noção de cidadania. Isso porque, no contexto simbólico das sociedades centrais, explica Souza (2000, p.250),

[...] igualdade não é um mero ‘direito’ que pode ser compensado por valores e práticas ‘benignas’ de assimilação e integração. Igualdade é o valor básico da modernidade ocidental, sendo a fonte de dignidade e reconhecimento individual em primeira instância.

Portanto, de forma evidente, a construção, institucionalização e internalização desses valores sociais, no âmbito destas formações sociais centrais, obedeceram a um amplo e profundo processo de ruptura com as hierarquias do passado feudal. Além disso, pretenderam estender-se a todos os segmentos sociais, à medida que a própria solidez da economia de mercado dependia da universalização e homogeneização dos valores e práticas associados ao liberal-individualismo. Os valores da liberdade, da igualdade e a noção de dignidade humana, fontes do reconhecimento individual, associados à visão do ser humano como agente racional e autônomo, estão na base das instituições tipicamente modernas, como as noções de autonomia da vontade, de direito subjetivo, de liberdade contratual, de democracia representativa e do exercício dos direitos e das garantias constitucionais individuais sugerem (BURGUIÈRE, 2001; BEAUD, 1987).

Como ressalta Souza (2003), a emergência da sociedade moderna e de todo o seu quadro simbólico valorativo foi marcada precisamente pelo engendramento de uma configuração formada pelas ilusões do sentido imediato e cotidiano, as quais Taylor denomina de ‘naturalismo’ e Bourdieu, de ‘doxa’, que terminam por produzir um ‘desconhecimento específico’ dos atores acerca de suas próprias condições de vida. Essa percepção imediata e irrefletida do cotidiano (*habitus*), consistente na incorporação, por parte dos sujeitos, de esquemas avaliativos e disposições de comportamento, apesar de refletir uma dada situação sócio-econômica estrutural, não se limita a reproduzir uma posição simplesmente classista. Isto porque as transformações sociais possibilitam verdadeiros processos de aprendizado moral que ultrapassam em muito as barreiras de classe.

Na construção da modernidade, esse processo é extremamente emblemático. A burguesia, como a primeira classe dirigente que trabalha, logrou romper com a dupla moral

típica das sociedades tradicionais baseadas no código de honra. Além disso, conseguiu construir, pelo menos em uma medida apreciável e significativa, a homogeneização de um tipo humano, a partir da generalização de sua própria economia emocional, domínio da razão sobre as emoções, cálculo prospectivo, auto-responsabilidade etc., às classes dominadas. Nas sociedades centrais, o processo de nascimento das instituições e práticas modernas pressupôs e foi acompanhado pela homogeneização de um tipo humano transclassista, perseguido de forma consciente e decidida, mas não simplesmente deixado a uma suposta ação automática do processo econômico (SOUZA, 2003).

A esse tipo humano, que a nova classe dirigente pretendeu homogeneizar e universalizar, correspondia uma determinada noção de dignidade e de cidadania, representadas pela idealização de um indivíduo capaz de autocoerção e racionalidade. Ademais, um tipo caracterizado pelo domínio das pulsões, pela ocultação do corpo e das funções orgânicas (inculcando o senso de pudor), apto a reestruturar a própria personalidade individual. Esse tipo humano se encontrava na base do desenvolvimento das instituições e práticas modernas e, no âmbito dos países centrais, foi absorvido pelas classes dominadas. Portanto, esse consenso moral sobre a noção de dignidade era um elemento decisivo para impulsionar a reprodução da nova ordem social.

Desse modo, é fácil perceber que a própria expansão das dimensões fundamentais da igualdade nas esferas civis, políticas e sociais, decorrência das lutas classe trabalhadora e geradora das inúmeras conquistas, as quais resultaram na fórmula do *Welfare State* neocapitalista nas sociedades centrais, redundou de um gigantesco processo de aprendizado moral e político por parte dos segmentos sociais subalternos. Esse consenso valorativo, tornado universal, representa a formação daquilo que Souza denomina de ‘*habitus* primário’. Esse consiste em esquemas avaliativos e disposições de comportamentos objetivamente internalizados e ‘incorporados’, o que permite o compartilhamento efetivo de uma determinada noção de ‘dignidade’. Como destaca Souza (2003, p.1660,

[...] é essa ‘dignidade’ efetivamente compartilhada por classes que lograram homogeneizar a economia emocional de todos os seus membros numa medida significativa, que me parece ser o fundamento profundo do reconhecimento social infra e ultrajurídico, o qual, por sua vez, permite a eficácia social da regra jurídica da igualdade e, portanto, da noção moderna de cidadania. É essa dimensão da ‘dignidade’ compartilhada, no sentido não jurídico de ‘levar o outro em consideração’, e que Taylor chama de respeito atitudinal, que tem de estar disseminada de forma efetiva em uma sociedade, para que possamos dizer que nesta sociedade concreta, temos a dimensão jurídica da cidadania e da igualdade garantida pela lei. Para que haja eficácia legal da regra de igualdade é necessário que a percepção da igualdade na dimensão da vida cotidiana esteja efetivamente internalizada.

Em verdade, a eficácia legal da regra da igualdade só se obtém, quando se viabiliza, nas diversas esferas autônomas de comunicação, o respeito recíproco e simétrico das diferenças, já que se refere à integração ou acesso igualitário aos procedimentos jurídico-políticos do Estado. De fato, conforme Neves (2006, p.171),

[...] a ‘fundamentalidade’ do direito de igual respeito e consideração depende da existência de uma esfera pública pluralista na qual se assente e seja generalizado o respeito recíproco e simétrico às diferenças. Assim sendo, esse direito precisa ser pressuposto para que os sistemas político e jurídico possam institucionalizar o direito (“secundário”) de tratamento igual, ou seja, o primeiro seria construído a partir da esfera pública pluralista, o segundo seria uma resposta sistêmica às exigências de integração jurídico-política igualitária.

A pressuposição do direito à igualdade exige, pois, que se dissemine o âmbito universalista e inclusivo da cidadania como dignidade efetivamente compartilhada, ancorada nas dimensões simbólicas que estruturam o *‘habitus primário’*. Esse representa, portanto, a generalização das condições sociais, econômicas e políticas do sujeito útil, ‘digno’ e cidadão, no sentido tayloriano de reconhecido intersubjetivamente como tal.

A marca distintiva entre as sociedades centrais e periféricas seria, assim, a ausência de difusão do *‘habitus primário’* de todos os estratos sociais. Enquanto a emergência da modernidade nos países centrais possuiu como premissa a generalização desse conceito de dignidade, erguido como pressuposto da própria constituição da ordem legal liberal-burguesa; na modernidade periférica, a transplantação e o ajuste das instituições e práticas modernas vêm desacompanhados da homogeneização desse conceito de dignidade, o que permite a formação de uma ordem social que apenas reproduzia a desigualdade do contexto escravista e personalista do período colonial (SOUZA, 2003).

Na verdade, as instituições tipicamente modernas instaladas no país conviviam sem conflitos com a pouca ênfase dada aos direitos fundamentais individuais, os quais são o seu cimento básico.

O liberalismo aqui introduzido consegue abraçar até mesmo a escravidão, ao dilacerar por completo qualquer dimensão possível da cidadania tanto para os subjugados quanto para os “donos do poder”. Com efeito, lembra Carvalho J. (2004, p. 53)

se o escravo não desenvolvia a consciência de seus direitos civis, o senhor tampouco o fazia. O senhor não admitia os direitos dos escravos e exigia privilégios para si próprio. Se um estava abaixo da lei, o outro se considerava acima. A libertação dos escravos não trouxe consigo a liberdade efetiva. Essa igualdade era afirmada na lei,

mas negada na prática. Ainda hoje, apesar das leis, aos privilégios e arrogância de poucos correspondem ao desfavorecimento e humilhação de muitos.

A ausência dessas precondições cognitivas num desempenho adequado ao atendimento das demandas do papel de produtor (*habitus* primário), com reflexos diretos no papel de cidadão, implica na constituição de um *habitus* marcado pela precariedade. O ‘*habitus* precário’ seria o limite do ‘*habitus* primário’ para baixo, ou seja, seria aquele tipo de personalidade e de disposição de comportamento que não atendem às demandas objetivas para que um indivíduo ou um grupo social possam ser considerados produtivos e úteis em uma sociedade do tipo moderno e competitivo. E, em consequência disso, possam gozar de reconhecimento social com todas as dramáticas consequências sociais e políticas.

O pano de fundo dessa distinção repousa na idéia de ‘ideologia do desempenho’, conforme descrita por Kreckel. Essa ideologia, por sua vez, representa a tentativa de sedimentar um princípio único, para além da mera propriedade econômica, a partir do qual se constitui a mais importante forma de legitimação da desigualdade no mundo contemporâneo. Nesse passo, a legitimação da desigualdade apenas torna-se possível tendo em vista esse pano de fundo consensual acerca do valor diferencial dos seres humanos, sem o qual o caráter injusto e violento da desigualdade social manifestar-se-ia de forma clara e a olho nu (MACIEL, 2006).⁶²

Diante disso, diz Souza (2003, p.171)

[...] como o princípio básico do consenso transclassista é o princípio do desempenho e da disciplina (a fonte moral do self pontual para Taylor), passa a ser a aceitação e internalização generalizada deste princípio que faz com que a inadaptação e a marginalização destes setores possam ser percebidas, tanto pela sociedade incluída como também pelas próprias vítimas, como um ‘fracasso pessoal’. É também a centralidade universal do princípio do desempenho, com sua consequente incorporação pré-reflexiva, que faz com que a reação dos inadaptados se dê num campo de forças que se articula precisamente em relação ao tema do desempenho: positivamente pelo reconhecimento da intocabilidade de seu valor intrínseco, apesar da própria posição de precariedade e, negativamente, pela construção de um estilo de vida reativo, ressentido, ou abertamente criminoso e marginal.

⁶² Souza (2003) adverte que segundo Kreckel, a “ideologia do desempenho” se baseia na ‘tríade meritocrática’ que envolve qualificação, posição e salário. Trata-se de uma ideologia “na medida em que ela não apenas estimula e premia a capacidade de desempenho objetivo, mas legitima o acesso diferencial e permanente a chances de vida e a apropriação de bens escassos. Apenas a combinação da tríade da ideologia do desempenho faz do indivíduo um ‘sinalizador’ completo e efetivo do ‘cidadão completo’ (Vollbürger). A tríade torna também compreensível porque apenas através da categoria do ‘trabalho’ é possível se assegurar de identidade, auto-estima e reconhecimento social”. Como aponta Souza (2003, p. 169-170), “a ‘ideologia do desempenho’ funcionaria assim como uma espécie de legitimação subpolítica incrustada no cotidiano, refletindo a eficácia de princípios funcionais ancorados em instituições opacas e intransparentes como mercado e Estado. Ela é intransparente posto que ‘aparece’ à consciência cotidiana como se fosse efeito de princípios universais e neutros, abertos à competição meritocrática”.

Evidencia-se, portanto, que a ideologia do desempenho funciona como um catalisador das clivagens sociais, à medida que a sua internalização garante a opacidade da definição dominante da realidade social, legitimando posições de desigualdade como resultado de meros talentos pessoais. Para Souza, em sociedades avançadas, a disseminação desse consenso (*habitus* primário) é efetiva; e os casos de '*habitus* precário' são fenômenos marginais. Em sociedades periféricas, como a brasileira, o '*habitus* precário', que implica a existência de redes invisíveis e objetivas, as quais desqualificam os indivíduos e grupos sociais precarizados como subprodutores e subcidadãos, sob a forma de uma evidência social insofismável, tanto para os privilegiados quanto para as próprias vítimas da precariedade, é um fenômeno de massa, permitindo a percepção de que a marca diferencial desses dois tipos de sociedades é a produção social de uma 'ralé estrutural' na sociedade periférica.

Indubitavelmente, o exercício da 'ideologia do desempenho' ocorre de forma sub-reptícia, sutil e silenciosa, por meio de uma prática reproduzida irrefletidamente, que traduz escolhas, distinções e distanciamentos pré-embutidos através de um princípio de realidade simbólico. Esse princípio, vale salientar, ancorado e perpetuado institucionalmente, o que faz com que a opacidade da dominação, no âmbito da modernidade periférica, inflija feridas sociais profundas, ao atingir suas vítimas com um autodesprezo mutilador. Uma dessas formas de feridas profundas consiste em aceitar a situação de precariedade como legítima e até mesmo merecida e justa. Caracteriza-se, assim, um processo de "naturalização da desigualdade", especialmente de uma desigualdade abissal como a da sociedade brasileira.

Em decorrência disso, a autonomia privada é profundamente prejudicada pelas relações de dependência que se estabelecem entre privilegiados e excluídos. À medida que os direitos constitucionalmente estabelecidos como fundamentais são sistematicamente sonogados, fortifica-se o significado dos favores e do clientelismo. Esse problema afeta diretamente a fragilidade dos procedimentos constitucionais de legitimação das decisões políticas e da produção normativo-jurídica. Assim, no lugar da legitimação por procedimentos democráticos, em torno dos quais se estrutura a esfera pública pluralista, verifica-se uma tendência à privatização do Estado.

Cumprê lembrar que isso ocorre pelo fato de que, enquanto no núcleo do projeto sócio-cultural da modernidade, a igualdade situa-se como elemento primário e como valor básico da instituição da sociedade, difundido abstratamente a todos os estratos sociais e por eles internalizados, no Brasil está em vias de tornar-se europeizado do século XIX, segundo Souza (2000, p. 251),

[...] a ‘posse’ real ou fictícia desses novos valores que tomam a nação de assalto vai ser o fundamento da identidade de grupos e classes sociais e a base do processo de separação e de estigmatização dos grupos percebidos como não-participantes dessa herança.

Nesse contexto periférico e marginal, continua Souza (2000, p.251)

[...] a ‘posse’ de valores europeus individualistas vai, dessa forma, legitimar a dominação social de um estrato sobre o outro, vai justificar os privilégios de um sobre o outro, vai calar a consciência da injustiça ao racionalizá-la e vai permitir a ‘naturalização’ da desigualdade como a percebemos e vivenciamos hoje.

Fica claro, portanto, que a disseminação massiva do *habitus* precário constitui o pano de fundo consensual, o qual institucionaliza e legitima as práticas e as instituições modernas na sociedade. Ademais, introduz uma perversa dinâmica de invisibilidade pública e humilhação social, à medida que naturaliza posições de desigualdade, prevalência de privilégios, indiferenças cortantes em relação a inúmeros sujeitos e grupos sociais, estigmatizações e desumanizações permanentes, desfigurando, de forma gritante, tanto o sentido quanto a eficácia e incidência dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade humana, especialmente nas ideologias e estratégias de controle penal.

Por tudo isso, um dos obstáculos que mais inviabilizam a prática do Estado Democrático de Direito na modernidade periférica, destacadamente no Brasil, é a generalização das relações de subintegração e sobreintegração. Se a inclusão pode ser definida como acesso e dependência aos sistemas sociais, falta, nesse caso, uma das duas dimensões do conceito. Como ressalta Neves (2006, p.248), “não se trata, a rigor, de relações alopátricas de exclusão entre grupos humanos no espaço social, antes de formas subordinadas ou sobreordenadas de integração social”. Isso significa “inexistência de cidadania como mecanismo de integração jurídico-política igualitária da população na sociedade”. Nas palavras de Neves (2006, p.248),

[...] do lado dos subintegrados, generalizam-se situações em que não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico estatal, mas dependem de suas prescrições impositivas. Portanto, os ‘subcidadãos’ não estão inteiramente excluídos. Embora lhes faltem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas. Para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos de liberdade.

Na realidade, as camadas sociais marginalizadas são integradas ao sistema jurídico, em regra, apenas como devedores, indiciados, denunciados, condenados, réus, mas jamais como detentores de direitos, credores ou autores. No entanto, explica Neves (2006, p.250).

[...] é no campo constitucional que o problema da subintegração ganha um significado especial, na medida em que, com relação aos membros das camadas socialmente subalternas, as ofensas aos direitos fundamentais são praticadas principalmente nos quadros da atividade repressiva do 'aparelho estatal', ou seja, das ações violentas ilegais da polícia.

Ainda, segundo Neves (2006, p.250), o fenômeno da subintegração é inseparável da sobreintegração. Enquanto esta diz respeito

[...] à prática de grupos privilegiados que, principalmente com o apoio da burocracia estatal, desenvolvem suas ações bloqueantes da reprodução do direito. Os sobreintegrados, em princípio, são titulares de direitos, competências, poderes e prerrogativas, mas não se subordinam regularmente à atividade punitiva do Estado no que se refere aos deveres e responsabilidades. Sua postura em relação à ordem jurídica é eminentemente instrumental: usam, desusam ou abusam-na conforme as constelações concretas e particularistas dos seus interesses. Nesse contexto, o direito não se apresenta como horizonte do agir e vivenciar político-jurídico do sobrecidadão, mas antes como um meio de consecução dos seus objetivos econômicos, políticos e relacionais. Portanto, caso se pretenda insistir no termo 'exclusão', não apenas o subintegrado estaria 'excluído', mas também o sobreintegrado: este estaria 'acima' do direito, aquele, 'abaixo'.

Se a cidadania representa, efetivamente, a pertença a alguma unidade, capaz de assegurar uma identidade coletivamente compartilhada. Tais fenômenos implicam a insuficiente inclusão, seja, respectivamente, por falta de acesso (de integração positiva) ou de dependência (de integração negativa), constituindo posições hierárquicas facticamente condicionadas (não classificações baseadas em princípio), a saber, o fato de ser integrados em sistemas funcionais 'por baixo' ou 'por cima'.

No interior do campo jurídico, explica Neves (2006, p.253)

[...] isso significa que os sobreintegrados têm acesso aos direitos (e, portanto, às vias e garantias jurídicas), sem se vincularem efetivamente aos deveres e às responsabilidades impostas pelo sistema jurídico; os subintegrados, ao contrário, não dispõem de acesso aos direitos, às vias e garantias jurídicas, embora permaneçam rigorosamente subordinados aos deveres, às responsabilidades e às penas restritivas de liberdade. Daí por que tanto os subcidadãos quanto os sobrecidadãos são carentes de cidadania, que, como mecanismo político-jurídico de inclusão social, pressupõe igualdade não apenas em relação aos direitos, mas também a respeito dos deveres, envolvendo uma relação sinalagmática de direitos e deveres fundamentais generalizados.

Tal fenomenologia engendra uma dinâmica e uma conexão paradoxalmente completares entre 'legalismo' e impunidade. No dizer de Neves (2006, p. 254),

[...] o fetichismo da lei no Brasil é unilateralista, funciona como mecanismo de discriminação social. Dirige-se, normalmente, aos subintegrados. A interpretação legalista é normalmente aplicada àqueles que não se encontram em condições de exercer os seus direitos, mesmo que estes sejam 'garantidos' legal e constitucionalmente.

Em sentido oposto, a impunidade também aparece como uma marca da relação entre o direito e a realidade social no Brasil. Nesse sentido, acrescenta Neves (2006, p.255)

[...] enquanto a inflexibilidade legalista dirige-se primariamente aos subintegrados, a impunidade está vinculada ao mundo de privilégios dos sobreintegrados juridicamente. Estes podem orientar suas expectativas e conduzir suas ações contando com a grande probabilidade de que não serão punidos em caso de transgressão à ordem jurídica.

Portanto, os fenômenos políticos da invisibilidade pública e da humilhação social estão atrelados à generalização das relações de subintegração e sobreintegração, ao fim e ao cabo, também da produção social da subcidadania. A sociedade aparece, pois, como uma imagem caricata, dividida em sócios ou comparas e humilhados. Todos temem a todos, já que a instituição do elo social se dá a partir dos tímidos e particularistas interesses privados; a única forma de integração possível passa a ser a ameaça da punição, como na imagem brutal do Leviatã de Hobbes.

4.2 A naturalização da desigualdade no campo jurídico-penal brasileiro

No âmbito da modernidade central, a teoria política liberal erige-se como o ponto de partida da construção do campo jurídico (penal), fazendo com que passe a refletir toda a moralidade subjacente à cultura burguesa individualista, especialmente a noção de liberdade de ação. Essa está fundada no livre arbítrio e de igualdade formal perante a lei, na modernidade periférica. Já a transplantação e a adaptação das instituições e práticas sociais modernas vêm desacompanhadas das concepções morais que pudessem servir de cimento simbólico da vida social. Portanto, todas as instituições e práticas tipicamente modernas, transnacionalizadas e adaptadas a partir do processo de colonização e de atualização histórica, não refletem nem as exigências sociais nem os padrões morais das sociedades periféricas submetidas ao empreendimento colonizador. Nos primórdios da ocupação territorial são,

abertamente, apenas interesses comerciais, triunfantes na Europa e derivados dos valores que contagiavam a metrópole, que dita, por meio da adaptação gradativa, pragmática e minuciosamente calculada das instituições e práticas modernas, a exploração social e econômica do Brasil (RIBEIRO, 1998).

Os padrões de juridicidade da realidade brasileira refletem a toda evidência o processo de modernização seletiva, caracterizada pelo fato de que a transplantação, recepção e adaptação das instituições e práticas modernas são anteriores às idéias modernas, isto é, nascem alienadas do contexto valorativo que lhes garantiriam o devido suporte.

Nesse sentido, a emergência do Estado centralizado, do mercado competitivo e da esfera pública, a partir do início do século XIX, representa a gênese ao mesmo tempo do Brasil moderno e da miséria brasileira. A modernização (seletiva) brasileira permite, por um lado, a ascensão de amplas camadas sociais, segundo critérios impessoais; por outro, condena toda uma classe, pelo abandono, à condição secular de párias rurais e urbanos (SOUZA, 2000).

Todo esse processo é bastante visível no quadro das instituições e práticas jurídicas. Em linhas gerais, nos primórdios da colonização, vencido o arcaico regime de feitorias, implanta-se, a partir do incremento do processo de ocupação, o regime de capitania hereditárias. Esse regime munia os donatários de um amplo poderio, exercido de forma descentralizada e sem rígidos padrões de controle e unidade. Mais tarde, com a obsolescência desse sistema, a metrópole promoveu a reorientação da estrutura político-administrativa com o advento dos Governos Gerais e introduziu na colônia um plano de administração centralizada, nos moldes do Estado Absolutista português.⁶³ Entretanto, na prática, imperava um amplo universo de tiranias privadas, decorrentes da estrutura descentralizada de exercício poder que era articulada e desenvolvida pelos senhores de escravos e proprietários de terras.

No plano jurídico-político, a configuração gradativa de uma organização burocrática permite que “uma carapaça administrativa, vinculada à metrópole e obediente ao rei, crie a cúpula da ordem política”. Tal quadro consolida a criação dos instrumentos institucionais aptos ao domínio da população dispersa e/ou revoltosa, guiados pelo braço robusto e inexpugnável da Coroa. No dizer de Faoro (1998, p.46-47),

[...] o Estado português, plenamente maduro e constituído no século XVI, abraça as praias e os sertões, negando-se à experiência criadora de amoldar-se às novas, imprevistas e perigosas circunstâncias brasileiras. Ensaia-se, nestes primeiros passos

⁶³ NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 191-197. MACHADO NETO, A. L. *Sociologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 310-311

do enxerto americano da monarquia européia, o autoritário domínio da população, domínio abrandado com a domesticação dos naturais e dos portugueses extraviados da cólera do rei. Processo duplo: a subordinação impiedosa e a amalgamação persuasiva debaixo da sombra da violência.

Percebe-se, portanto, que os aparelhos jurídicos, políticos e ideológicos estatais tinham a função de organizar a exploração econômica e financeira da colônia subjugada. Assim, é desnudada a transferência estreita da legislação portuguesa para o Brasil, contida nas ordenações reais, as quais englobavam as Ordenações Afonsinas (1446), que não tiveram qualquer influência e aplicação na nova Colônia, as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603). Assegura-se, então, pela precária aplicação deste ordenamento e pelos mecanismos institucionais nele delineados, a arrecadação de tributos e a garantia da manutenção da ordem mediante um rigoroso ordenamento penal.

Dessa maneira, a ordem normativa limitava-se apenas a justificar a implementação das condições necessárias à institucionalização do expansionismo lusitano e a legitimar o genocídio das populações submetidas ao processo de subordinação colonial. Com efeito, argumenta Albuquerque (1986, p.145)

[...] a dominação colonial é imprescindível para que se reproduzam e legitimem as práticas de descapitalização na formação social colonizada e para que se realize a transferência compulsória de recursos econômicos e financeiros para o centro colonizador. É neste último que se localiza o aparelho de Estado que serve de referencial às práticas decisivas do poder e à sua respectiva legalização jurídica.

O delineamento do aparelho de Estado foi imposto de cima para baixo antes mesmo que o país possuísse um povo com vínculos e identidades culturais. Ele surge, portanto, antes da própria sociedade e não como resultado das contradições ou das exigências desta. A transplantação do instrumental administrativo tendia, unicamente, a proporcionar o controle e a própria (con)formação de uma população rarefeita, dispersa e de vínculos sociais praticamente inexistentes. Como bem percebe Faoro (1998, p.164-165),

O Estado sobrepôs-se estranho, alheio, distante à sociedade, amputando todos os membros que resistissem ao domínio. (...) Nenhuma comunicação, nenhum contato, nenhuma onda vitalizadora fluiu entre o governo e as populações: a ordem se traduz na obediência passiva ou no silêncio. (...) O Estado não é sentido como o protetor dos interesses da população, o defensor das atividades dos particulares. Ele será, unicamente, monstro sem alma, o titular da violência, o impiedoso cobrador de impostos, o recrutador de homens para empresas com as quais ninguém se sentirá solidário. Ninguém com ele colaborará – salvo os buscadores de benefícios escusos e de cargos públicos, infamados como adesistas a uma potência estrangeira. Os senhores territoriais, a plebe urbana, cultivam, na insubmissão impotente, um oposicionismo difuso, calado, temeroso da reação draconiana.

Assim, no tocante à estrutura jurídico-política, “[...] registra-se a consolidação de uma instância de poder que, além de incorporar o aparato burocrático e profissional da administração lusitana, surgiu sem identidade nacional, completamente desvinculada dos objetivos de sua população de origem e da sociedade como um todo” (WOLKMER, 1998, p. 39-42).

A idéia de que o soberano era, em última instância, o senhor supremo de todas as decisões conferia à ordem social instituída uma coerência ideológica capaz de legitimar consciente e escancaradamente a desigualdade. Assim, a figura do rei, justificada pelo jusnaturalismo calcado na “racionalidade escolástico-tomista e nas teses do absolutismo elitista português” era responsável pela manutenção da hierarquização do exercício do poder (WOLKMER, 1998).⁶⁴

Da mesma forma, a transferência dos mecanismos de controle social penal será decorrência evidente de uma necessidade de promover a domesticação dos segmentos autóctones e rebeldes, e assegurar, com isso, a mão-de-obra escrava indispensável às relações sociais de exploração assentes. As formas de organização e de controle da sociedade surgem, pois, não como resultado do influxo das matrizes constitutivas do paradigma sócio-cultural da modernidade, pilares da regulação e da emancipação em constante tensão e dinamismo, mas como exigências circunscritas a um projeto avassalador e impiedoso de dominação colonial, ou seja, de pura regulação espoliativa.

Assim sendo, enquanto nas sociedades centrais as transformações no âmbito do sistema de Justiça penal possuíam raízes culturais e ideológicas bastante nítidas; nas sociedades urdidas a partir da expansão do racionalismo e do capitalismo modernos, ao contrário, essas transições não possuem qualquer relação com um fundamento moral subjacente, representando apenas adaptações pragmáticas que tinham por objetivo a reprodução das práticas e valores dos setores dominantes da sociedade. Nesse sentido, a ausência de ‘idéias’ modernas, como substrato para as ‘práticas’ modernas, consolida a inexistência da internalização dos valores que sedimentaram a vida social competitiva e individualista típica das sociedades centrais. No âmbito do sistema de justiça penal, isso significa a completa ausência da recepção adequada dos fundamentos que inspiram o moderno direito penal iluminista.

⁶⁴ Em suma, o autor propõe que no âmbito ideológico a fase colonial não apresenta um conjunto ordenado de concepções justificadoras do mundo que se pudesse apreender do pensamento do colonizador. Não obstante, os traços essenciais da cultura propagada pela metrópole durante os primórdios da colonização apresentava, consoante destaca o autor, um caráter senhorial, escolástico, jesuítico, católico, absolutista, autoritário, obscurantista e acrítico.

Por essa razão, é possível perceber mais facilmente as vicissitudes e os imensos desvios incrustados nos mecanismos, nos valores e nas práticas que orientam o campo jurídico-penal no Brasil. Bem delimitado por suas matrizes ibéricas constitutivas, o sistema penal brasileiro seria, desde o início, marcado por estratégias de segregação e eliminação dos setores considerados uma constante ameaça à ordem simbólica dominante; essa era refletida pela construção sistemática de inimigos públicos e medos coletivos.

Desde a figura jurídica do *estranho*, herdada das práticas penais germânicas antigas, assim como do tratamento punitivo do *servo* e do *judeu* no reino visigótico, e também da perseguição e eliminação de *hereges*, *judeus*, *bruxas*, *prostitutas*, *leprosos* e *homossexuais* presentes no direito penal e penitencial canônico medieval, o sistema penal brasileiro trabalharia afinal prodigiosamente a partir do legado dos emblemas do rebaixamento político e da desqualificação jurídica de indivíduos, grupos, classes e segmentos sociais.⁶⁵

Basicamente, no decorrer do processo de colonização, o controle penal resumia-se ao exercício da violência física do donatário sobre os nativos e as populações escravizadas. A existência de um contexto social marcado por relações personalistas fomentou a consolidação de um direito penal privado-doméstico. Esse refletia o poder dos donatários, associado a um direito penal público extremamente violento e cruel, erguido a partir do *eurocentrismo* e, por essa razão, dissimulador do racismo e da exclusão sintetizadores do sincretismo assombroso e da brutalidade explicitados num discurso de “ocultamente do outro”.

Assim, a subjetividade coletiva das elites seria, desde o início, talhada por esses padrões de dominação e de violência historicamente naturalizados. A violência endêmica, presente no processo colonizador, estabeleceu-se como moldura do imaginário das classes dominantes na afirmação de um modelo de sociedade onde a segregação social seria o seu grande contorno ideológico (BATISTA, N., 1993).⁶⁶

Os mecanismos de submissão forçada, utilizados para o domínio dos povos nativos e, mais tarde, das populações negras submetidas à escravidão, incorporaram-se aos métodos de controle social formal, impregnando as legislações criminais com a violência arraigada ao nervo do projeto colonizador. Seja pelo assassinio direto, em guerras ou não, seja pela imposição de privações e maus tratos, ou ainda pela transmissão de doenças contagiosas,

⁶⁵ Sobre as minorias perseguidas na Idade Média, conferir a já citada obra de Richards (1993). Richards (1993, P.53) ressalta que “a Igreja Católica na Idade Média era uma organização totalitária. Tinha um corpo doutrinal definido e abrangente, uma hierarquia organizada, rituais estabelecidos e uma visão clara de sua autoridade e responsabilidade. Qualquer divergência em relação a estes fundamentos constituía um desafio à ordem temporal divinamente ordenada e não podia, portanto, ser tolerada”.

⁶⁶ Ver ainda Silva Filho (1998; 2001), Boff (1996), p. 95; Thompson (1982).

nota-se, claramente, nos termos de Batista, que o extermínio é o grande signo de abertura desse processo histórico.

A chave que permitiu essa abertura para a entrada do sistema penal moderno na América Latina, em particular no Brasil, escancarou as portas ao ingresso de um aparato jurídico e repressivo, reproduzindo a violência estrutural endêmica e do racismo presentes desde o desembarque do colonizador lusitano. O choque étnico transformar-se-ia, no prosseguimento da empreitada colonialista, numa constante e irremediável luta de classes que acompanharia a sociedade brasileira até os dias atuais. Aí o entrechoque de índios, negros e brancos assumiria constantemente, na visão de Darcy Ribeiro, “um estado de guerra latente, que, por vezes, e com freqüência, se torna cruento, sangrento”, marcando gravemente os padrões de imposição de uma dada definição da realidade social e das formas de legitimação e punição destinadas a assegurá-la (RIBEIRO, 1995, p.168).

De modo geral, Zaffaroni (1999) destaca que as formações sociais latino-americanas, em sua gênese, foram constituídas sob o modelo prisional, à medida que todo o continente recebia do Velho Mundo os excedentes populacionais miseráveis que, sobreviventes da decomposição da ordem medieval, lotavam as casas correcionais e os nascentes estabelecimentos prisionais europeus. Eram lançados às novas terras descobertas, por meio do banimento formal como penalidade, com a tarefa de povoar as novas colônias e de estimular a produção exigida pelo desenvolvimento do capitalismo mercantil. Portanto, as colônias latino-americanas estabeleceram-se como gigantescas “instituições de seqüestro”, expressão com a qual Foucault denomina as igualmente chamadas “instituições totais”. Afirma Zaffaroni (1999, p.103-126 sic) que

[...] não é possível considerar alheio a esta categoria foucaultiana, apesar de sua imensa dimensão geográfica e humana, um exercício de poder que priva da autodeterminação, que assume o governo político, que submete os institucionalizados a um sistema produtivo em benefício do colonizador, que lhe impõe seu idioma, sua religião, seus valores, que destrói todas as relações comunitárias que lhe pareçam disfuncionais, que considera seus habitantes como sub-humanos necessitados de tutela e que justifica como empresa piedosa qualquer violência genocida, com o argumento de que, ao final, redundará em benefício das próprias vítimas, conduzidas à ‘verdade’ (teocrática ou científica).⁶⁷

Assim sendo, o colonialismo impôs, às sociedades incorporadas, esse modelo social comparável a uma instituição total, destinada ao confinamento dos corpos humanos, e visa

⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op.cit.* 1999, p. 74-5. Sobre a tese foucaultiana, seu desenvolvimento mais elaborado se encontra em: FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: PUC/NAU, 1999, especialmente às p. 103-126.

além da dependência implacável da população, a sua transformação na força produtiva indispensável aos anseios do capitalismo em marcha. A performance desse poder, focada nos usos punitivos do mercantilismo, os quais caracterizados pela concentração no corpo do condenado – na reinvenção mercantil do degredo, nas galés, nos açoites e nos suplícios – era desempenhada essencialmente no âmbito privado.

Como ressalta Batista, N. *et all* (2003), além de expressar uma tradição ibérica, a *continuidade público-privado* era beneficiada, em primeiro lugar, pela incipiente e lerda implantação das burocracias estatais no Brasil colonial; em segundo lugar, pelo escravismo, acompanhado inexoravelmente de um direito penal doméstico; e, em terceiro lugar, pelo emprego de resquícios organizativos feudais no início do esforço de ocupação (capitanias hereditárias): na reminiscência feudal sobrevive a superposição entre o eixo jurídico privado (*dominium*) e o público (*imperium*). Efetivamente, Batista *et all* (2003, p.4114) aduz que

[...] a predominância de um poder punitivo doméstico, exercido desregulamentadamente por senhores contra seus escravos, é facilmente demonstrável, e constituirá remarcável vineta nas práticas penais brasileiras, que sobreviverá à própria abolição da escravatura.

O contorno formal do poder punitivo era traçado, entretanto, pelas Ordenações Filipinas (1603), estatuto fortemente impregnado por um espírito medieval, repudiando os princípios humanistas da Renascença. Este ordenamento jurídico, alicerçado no paradigma jusnaturalista teológico, consolidava a rejeição de Portugal à assimilação das rupturas empreendidas pela modernidade (burguesa) nascente. Consoante, assinala Neder (2000), o inquisitorialismo e o irracionalismo presentes no paradigma jurídico-penal das Ordenações Filipinas, marcados por posturas cruéis e desumanas, apenas refletia a limitação do desenvolvimento do humanismo renascentista em Portugal. O conservadorismo religioso, o isolamento cultural e a aproximação e imbricação entre Estado e Igreja, ao retardarem o processo de secularização, impediam a recepção dos postulados humanistas no pensamento jurídico da metrópole.⁶⁸

Nesse sentido, o notável caráter isolacionista das elites portuguesas, que tornava sua cultura rigidamente ensimesmada, contribuiu para o adiamento do processo de secularização e de recebimento do racionalismo moderno. Na análise de Neder (2000, p.59),

⁶⁸ A autora afirma que a atualização histórica empreendida por Portugal (e pelo Brasil), no sentido da adoção de aspectos modernizadores (novas tecnologias, mudanças comportamentais, moda, etc.) ocorreu na medida exata da garantia de outras tantas permanências, e visava apenas à manutenção de uma mínima articulação da formação social nos quadros do mercado mundial.

a cultura portuguesa, a partir da segunda metade do século XVI, embrenhou-se cada vez mais na direção de uma mentalidade eclesiástica, de pretensão universalista. Pela aproximação do Estado com a Igreja, a vida cultural portuguesa viu-se confinada aos limites de uma segunda escolástica influenciada por São Tomás de Aquino e pela forma religiosa católica, a Contra-Reforma.

O sistema penal que se erigiu na Colônia, sob os auspícios de um pensamento jurídico arraigado ao escolasticismo medieval, não verberou a crueldade de seus métodos de controle social punitivo, basicamente estruturado na aplicação de castigos corporais. A manipulação das penas obedecia à tecnologia punitiva dos suplícios na medida em que a punição representava a extensão do braço da Coroa cujo poder era legitimado por Deus.

Mais tarde, a transplantação das instituições e práticas modernas ‘de fora para dentro’ resultou na recepção incipiente do liberalismo apenas como ‘graxa simbólica’. Além disso, essa transplantação é incapaz de generalizar-se, posto que vinculada a necessidades estritamente pragmáticas de confinamento da participação política ao seletivo e restrito nível dos grupos sociais proprietários e dominantes, assegura a institucionalização da desigualdade na esfera pública (ADORNO, 1998). Daí a explicação de porque o liberalismo pôde conviver pacificamente com a escravidão e com uma forte repressão dos segmentos sociais subalternos, consolidando um sistema de Justiça penal que reproduzia abertamente a desigualdade de tratamento.

Emergiu, portanto, no cenário político nacional, uma espécie híbrida de liberalismo, que sempre tenderia à exclusão de amplos segmentos da sociedade do exercício dos direitos e liberdades civis. A dificuldade de sua recepção completa manifestava-se pelo custeamento da escravidão como elemento primordial da estrutura econômica, o que, obviamente, contrariava a liberdade contratual – princípio estabelecido como fundamento da nova ideologia política. Nessa conjuntura, a distorção dos ideais liberais promovia, de um lado, a afirmação dos direitos de liberdade para os setores dominantes e, de outro, contraditoriamente, o mantimento estrutural das formas escravistas de submeter-se à mão-de-obra.

No seio do quadro político contraditório e autoritário do período imperial, que impulsionava o aprofundamento das discordâncias e a radicalização das diferenças políticas, econômicas e sociais, emerge tanto a Constituição de 1824 quanto o festejado Código Criminal do Império, de 1830, exaltado e notabilizado como verdadeira ode ao liberalismo clássico. Tal estatuto estabeleceu, no nível formal, um rígido controle social que pune de forma ampla e severa os segmentos escravizados e despojados do acesso ao poder político e ao regime formal dos direitos e liberdade civis. Nem mesmo a sua recatada adequação aos

princípios da Escola Clássica, tão decantada pelos seus artífices e comentadores, de inegável matiz liberal (presenças das idéias de Kant, Bentham, Beccaria, etc.), impediria o barbarismo da imposição da pena capital para uma ampla gama de condutas. A crueldade das sanções e a desigualdade na sua aplicação demonstram cabalmente o direcionamento do seu rigor, sobretudo aos escravos.⁶⁹

Muito embora seja um avanço inegável em relação às Ordenações, o diploma imperial conservou a pena de açoites para os escravizados e afirmou insofismavelmente a desigualdade jurídica de sua incidência. Refletia, portanto, claramente, um período em que a intensificação dos conflitos, especialmente das revoltas dos negros mantidos no cativo da terra, exigia um rígido controle social destinado a obstruir as possíveis fissuras da ordem social conservadora e das relações de poder instituídas, afinal da luta por reconhecimento de amplas parcelas da população mantidas na condição de objetos de seus senhores.

Ao estudar a manipulação do medo como mola propulsora da detonação de políticas penais genocidas, Malaguti Batista percebe que o receio das insurreições dos negros, especialmente a partir da Revolta dos Malês em 1835, faz com que a (tentativa de) ocupação dos espaços públicos pelas classes subalternas produza fantasias de pânico do ‘caos social’, ancorando-se como matriz constitutiva da formação ideológica brasileira. A nítida negação do reconhecimento intersubjetivo do escravo, base da noção moderna de cidadania, que aparece como coisa perante a ordem jurídica constitucional, mas como pessoa criminalmente responsável, funda-se no fato de que

as sociedades autoritárias e desiguais, fundadas na violenta hierarquização, não suportam o encontro com o outro. Como na termodinâmica do século XIX, as mudanças levariam à morte térmica. Sem a ordem, o caos é a morte. Na produção de subjetividade, a tolerância levaria à desordem e à entrada do caos como portador da destruição. (MALAGUTI BATISTA, 2003, p. 32- 34)

Assim, “a produção imagética do terror cumpre então um papel disciplinador emergencial”, de modo que tais sociedades precisam do cerimonial da morte como espetáculo de lei e ordem (MALAGUTI BATISTA, 2003, p. 34).

Posteriormente, em face dos desdobramentos da intensificação do processo de Revolução Industrial na Europa, o sistema penal passaria a assumir, como afirma Malaguti

⁶⁹ A desigualdade entre homens livres e escravos, fartamente retrata no Código Criminal de 1830, e a brutalidade dos apenamentos podem ser percebidas pela leitura do art. 60 deste diploma, que determinava ao magistrado a aplicação da pena de açoites ao escravo não condenado a pena de morte ou galés. Estabelecia, ainda, a curiosa advertência “humanista”, que o número de açoites fixado na sentença não poderia ultrapassar o número de cinquenta por dia. Para uma análise destas especificidades do estatuto imperial, consultar: Wehling (2001) Neder (2000; 1996); Luisi(2003).

Batista, a função de garantir a mão-de-obra e impedir a cessação do trabalho, estimulado pelo modelo de sociedade disciplinar. As casas correccionais, nos séculos XVII e XVIII, visavam essencialmente garantir a mão-de-obra e adequá-la às necessidades do capitalismo mercantil. Com a Revolução Industrial, a missão de adestramento da força de trabalho é atribuída ao sistema prisional (disciplinar-panóptico), e as incriminações da mendicância, da vadiagem e da greve tornavam impossíveis à cessação do trabalho.

No Brasil, abolida a escravidão (1888) e proclamada a República (1889), o Código Penal de 1890 instrumentaliza formalmente o poder de controle social punitivo e de seu discurso (competente) legitimador sobre os mesmos fundamentos. O art. 399 deste diploma consagrava o delito de vadiagem e o art. 206 criminalizava a greve. Com efeito, a substituição da mão-de-obra escrava pelo trabalho juridicamente livre, correspondendo ao estabelecimento da economia de mercado, impunha um novo modelo de punição que, abandonando a inflicção de castigos corporais, disciplinasse os corpos ao trabalho fabril (BATISTA, N., 1990).

Para Neder (1995), a normatização da repressão e do controle social era endereçada primordialmente à regulamentação do incipiente mercado de trabalho capitalista. Essa nova estrutura de poder, que instilava a gradativa construção de uma ordem burguesa no Brasil, forjou a criação de novos mecanismos punitivos destinados a controlar, conservar e reproduzir as emergentes formas de organização da produção e da sociedade.

No plano político, a moldura da “democracia jurdicista”, presente de maneira exemplar no projeto de Rui Barbosa, estampava a fotografia jurídica e ideológica conservadora do período republicano, refletidas na Constituição de 1891 e no estatuto repressivo de 1890. A importância de visualizar essa postura política reside no fato de que ela sustentava a racionalização do exercício do poder pelo Direito, ou seja, apenas o Direito poderia garantir a racionalidade do Estado.⁷⁰ Isso possibilitou a tentativa de se inscrever, no âmbito repressivo, o monopólio do uso da violência física legítima nos aparelhos estatais. Era necessário, portanto, deslocar completamente a ação repressiva, ainda dispersa nas mãos do domínio privado do senhor de engenho, para as mãos de um ente abstrato, neutro, que a partir de então estaria encarregado de subjugar a massa de escravos liberta.

É precisamente a substituição do trabalho escravo pelo trabalho juridicamente livre, com reflexos no processo de construir um mercado de trabalho, que determina a formatação de uma nova ideologia e de novas estratégias de controle penal. No dizer de Neder e Cerqueira Filho(2006, p.23), foi precisamente nesse contexto que se organizou uma dada

⁷⁰ Sobre este aspecto particular consultar Rocha (1995).

estrutura de classes, no qual uma fração da classe dominante, mais especificamente a burguesia cafeeira, procurou deter o monopólio da repressão através do controle do Estado. A transição gradativa ao capitalismo implicou na forte presença de aspectos de uma modernização conservadora, que envolveu a construção de uma nova idéia de indivíduo, de disciplina e de mercado, fomentando, no campo penal, um amplo processo de criminalização dos setores subalternos. Para os autores, “estes aspectos conviveram (convivem ainda) com a permanência de uma cultura jurídico-política baseada na obediência hierárquica e na fantasia absolutista de um controle absoluto sobre os corpos dos trabalhadores (ex-escravos)” NEDER (2003, p. 23).

Novamente inserido de forma tímida nos marcos teóricos da Escola Clássica, o diploma penal republicano não alterou muito o viés racista e a consagração da desigualdade jurídica. Evidencia-se, pois, que “desde a Abolição da Escravidão (1888), a questão do controle e disciplinamento da massa de ex-escravos delimitou a extensão e a forma da reforma republicana no Brasil”.⁷¹ Como no Código do Império, as formulações teóricas dos clássicos sofreram uma mitigação em virtude da própria defasagem da recepção do liberalismo no país. Assim, a igualdade perante a lei do paradigma liberal e do humanismo abstrato não teve no Brasil sequer o seu reconhecimento e afirmação universais, sendo aberta e sistematicamente negada pela legislação.

Contrapondo-se ao movimento reformador clássico liberal-iluminista, que assumia como premissa ideológica a universalização da punição e a igualdade de tratamento perante a lei, com lastro no modelo de tipificação abstrata, a recepção do moderno sistema de Justiça penal no Brasil deu-se a partir dos limites impostos pela ausência completa de um consenso valorativo que acompanha o mesmo processo na Europa e nos EUA. Não há, de modo algum, o consenso acerca da necessidade de homogeneidade social e de generalização do tipo de personalidade e de economia emocional burguesa a todos os estratos sociais. Dito de outro modo, no âmbito da modernidade central, a burguesia logrou estabelecer a homogeneidade de um tipo humano, a partir da generalização de sua própria economia emocional – domínio da razão sobre as emoções, cálculo prospectivo, auto-responsabilidade etc. – às classes dominadas.

No Brasil, ao contrário, prevalece como idéia básica a não-humanidade do escravo, que impede, definitivamente, os efeitos sociais da hierarquia valorativa baseada na noção de

⁷¹ A criminalização da capoeiragem exemplifica esta atitude de consagração sistemática da desigualdade jurídica presente no estatuto e o seu direcionamento ao controle da massa de ex-escravos. O art. 402 do Código de 1890 estabelecia: “Fazer nas ruas e praças públicas exercícios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação de capoeiragem (...): pena – de prisão celular por 2 a 6 meses”.

dignidade intersubjetivamente partilhada. Assim, “a não-humanidade básica do escravo impossibilita qualquer forma compartilhada e institucionalizada tanto de formação de personalidade autônoma como de instituições que a protejam” (SOUZA, 2000, p.257).

Na modernidade periférica, o consenso em torno do valor da igualdade, fonte da dignidade e do reconhecimento, nunca existiu. De fato, o liberalismo aqui adotado a partir do Império nunca refletiu uma ideologia revolucionária de ruptura com a estrutura feudal hierárquica e estamental, mas apenas serviu, pragmaticamente, para estabelecer uma distinção precária entre o público e o privado e para garantir com isso as instituições básicas necessárias ao desenvolvimento do capitalismo incipiente. Assim sendo, o campo jurídico-penal jamais seria pulverizado completamente pelos ideais humanistas e racionalistas do movimento reformador clássico, mantendo-se extremamente brutal para os segmentos sociais subalternos. A igualdade formal perante a lei seria nitidamente velada pela aceitação da desigualdade como algo legítimo, natural e justo. Já na era republicana, por sua vez, a extensão das reformas na ideologia e nas estratégias de controle penal seria afetada por uma ambivalência fundamental entre liberalismo e autoritarismo. Essa resultante da forma como se organizava a dominação destinada à regulamentação e ao disciplinamento do mercado de trabalho, vez que o controle sobre o trabalhador não mais deveria ser exercido de forma direta e imediata, no próprio espaço da produção (nos engenhos de açúcar e nas fazendas de café), como acontecia sob a escravidão, mas sim ser deslocado para o espaço ‘neutro’ dos aparelhos do Estado (NEDER, 2006).

Explicitam-se, dessa forma, mais facilmente as diferenças estruturais do sistema de controle penal brasileiro em relação aos sistemas dos países centrais. Nos EUA, por exemplo, um dos núcleos da formação do paradigma sócio-cultural da modernidade e berço da tradição política liberal, o sistema de Justiça penal apresenta-se baseado no pressuposto da origem local, popular e democrática da lei e do seu sistema de produção de verdade e resolução de conflitos por negociação ou arbitragem. Como assevera Kant de Lima (1999, p.24),

[...] a desobediência à lei – e por extensão, a qualquer regra social – será identificada socialmente como uma transgressão moral, uma ruptura de um genérico e abstrato contrato social, uma agressão não a um Estado distante e impessoal, mas aos direitos de outros indivíduos caracterizados como ‘próximos’ física e moralmente, genérica e formalmente iguais, que estão se esforçando para conviver com a diferença alheia.

A sociedade assume a sua gênese individualista e suas sementes liberais, mas não deixa de explicitar as suas premissas ideológicas que permitem aos indivíduos representarem as suas instituições legais como autênticas e legítimas guardiãs dos direitos naturais dos

indivíduos, bem como dos valores socialmente dominantes. Parece ter sido Tocqueville (1998) quem desvendou com mais acuidade essa matriz constitutiva da modernidade ocidental, percebendo as razões pelas quais os pressupostos da sociedade democrática consistem no repúdio a toda manifestação oligárquica de exercício do poder e na disposição da igualdade como fundamento da vida social e política. Isso porque Tocqueville (1998, p. 179) nota, claramente, que

[...] as leis da democracia, em geral, tendem para o bem da maioria, pois emanam da maioria de todos os cidadãos, a qual pode enganar-se, mas não poderia ter um interesse contrário a si mesma. As da aristocracia tendem, ao revés, a monopolizar nas mãos de pequeno número a riqueza e o poder, porque a aristocracia sempre constitui, por sua natureza, uma minoria.

Dessa crença, arraigada à sociedade, deriva a credibilidade do sistema democrático e do regime de direitos, posto que “reinava uma igualdade muito grande entre os emigrantes que se foram estabelecer nas praias da Nova Inglaterra. O próprio germe da aristocracia jamais foi levado àquela parte da União”, e, portanto, “na América, o homem do povo concebeu uma idéia elevada dos direitos políticos, porque tem direitos políticos; não ataca os de outrem para que não se violem os seus” (TOCQUEVILLE, 1998, 179-184).

Assim, o sistema de controle penal procura proporcionar aos indivíduos, ainda que também reproduza desigualdades econômicas e raciais, uma experiência de renovada igualdade e de homogeneidade social, numa sociedade que se concebe formada por indivíduos cuja diferença é irredutível e que convivem em uma estrutura heterogênea e dividida em classes.⁷² Na vida política e social da América, Tocqueville (1998, p.44) ressalta que “[...] o princípio da soberania popular jamais fica escondido ou estéril, como em certas nações; é reconhecido pelos costumes, proclamado nas leis; estende-se com toda liberdade e sem obstáculos atinge as suas últimas conseqüências.

Na realidade brasileira, ao contrário, o sistema jurídico não reivindica uma origem popular ou democrática. A sua legitimidade assenta-se no fato de constituir-se numa reflexão iluminada, numa ciência normativa, que tem por objetivo o controle de uma população sem educação, desorganizada e primitiva. Portanto, os modelos jurídicos de controle social não têm e nem poderiam ter como origem a vontade do povo, como reflexo de suas demandas e do seu estilo de vida, mas resultam de formulações legais especializadas, legislativa ou judicialmente. Em decorrência disso, afirma Kant de Lima (1999, p.24), o sistema de Justiça penal brasileiro

⁷² KANT DE LIMA, Roberto. *Op.cit.* 1999, p. 24.

[...] não reproduz ampliamente o seu valor porque expressa a ‘vontade do povo’, ou um conjunto de prescrições morais partilhadas e internalizadas pelo cidadão comum, mas como uma imposição das ‘autoridades’, não importa quão legal e legitimamente produzidas e postas em vigor.

Conseqüentemente, a desigualdade de tratamento passa a ser vista como algo natural e legítimo, uma vez que a dignidade intersubjetivamente compartilhada ou a realidade primária da igualdade jamais constituíram as fontes imaginárias das quais brotaram tanto a Constituição da comunidade democrática, quanto os valores e práticas dela decorrentes. A naturalização da desigualdade reflete, inexoravelmente, os limites intrínsecos à própria produção social da subcidadania na modernidade periférica. As diferenças de tratamento legislativo espelham a existência naturalizada de uma estrutura social marcada pela diferenciação valorativa entre indivíduos e grupos sociais, sintetizada pela constituição de um *habitus* que permite diferenciar o cidadão e o subcidadão, o ‘gente’ do ‘não-gente’. Em países periféricos como o Brasil existe toda uma classe de pessoas excluídas e desqualificadas, visto que não participam do contexto valorativo de fundo – o que Taylor chama de ‘dignidade’ do agente racional – que é condição de possibilidade para o efetivo compartilhamento, por todos, da idéia de igualdade.

As conseqüências da transplantação abrupta, da recepção anódina e da adaptação pragmática das instituições e práticas penais modernas, na realidade brasileira, são evidentes na operacionalidade do sistema penal e assumem, atualmente, características ainda mais inusitadas que sinalizam a afirmação cotidiana de uma barbárie civilizada e de um genocídio gerido pelas teias da racionalidade burocrática estatal.

Na realidade brasileira contemporânea, o quadro social deficitário de sua vivência democrática recente, associado aos impasses do enxugamento do Estado Social e da perda de efetividade do direito estatal frente à complexidade das relações sociais, cada vez mais articuladas em nível transnacional, tendem a agravar a explosão de conflitos que caracterizam a situação precária de indivíduos e grupos submetidos às experiências invencíveis da invisibilidade pública e da humilhação social, decorrentes de séculos de desigualdade naturalizada.

Com efeito, as amplas demandas de justiça material, historicamente reprimidas e escamoteadas pelos sucessivos regimes ditatoriais, exacerbaram os conflitos e choques em virtude do aumento da complexidade da luta de classes na sociedade brasileira atual. Inegavelmente, o processo de reabertura política conduziu a uma explosão de litigiosidade

decorrente do fenômeno da radicalização ideológica que, permitindo os espaços para a (re)legitimação da ordem política, acabou por desaguar no *déficit* de legitimidade das instituições, em face da incapacidade dos governos gerirem democraticamente a estabilização econômica e a necessária e sempre adiada reforma social. Em decorrência, vislumbra-se a ineficácia dos direitos fundamentais restaurados pela abertura política, “uma vez que a miséria, as decepções e a falta de perspectivas minam a estabilidade institucional, esgarçam os laços de solidariedade e abrem caminho para o ‘hobbesianismo social’” (FARIA, 1998, p.129-130).

Nesse quadro, a hostilização das conquistas democráticas, especialmente a possibilidade de materializar a (re)distribuição dos direitos sociais, no sentido de resgatar e incluir amplos segmentos marginalizados da população ao regime formal de direitos, ganha ampla aderência no contexto globalizado neoliberal na realidade periférica. Assim, a degradação social, a precarização das condições laborais e a crescente miserabilidade de amplos setores da sociedade fulminam as bases do Estado Democrático. A possibilidade de afirmação das três dimensões de direitos humanos reconhecidos pelo texto constitucional paralisa-se radicalmente diante dos imperativos categóricos da economia globalizada, forjados sobre os critérios da eficiência, da otimização das permutas financeiras globais e da mercantilização completa da vida e da existência humanas. Atuando, portanto, praticamente livre de rígidos controles políticos e por meio de mecanismos cada vez mais auto-regulatórios, as práticas econômicas minam a capacidade (re)distributiva do Estado, perpetuando e agravando as desigualdades sociais.

No palco da globalização, o aprofundamento da desigualdade e da exclusão, pelo fato elementar de que a absolutização do mercado é obtida ao custo do degraço salarial, da informatização da produção e do aniquilamento de inúmeros postos de trabalho, consolida a produção crescente da marginalidade econômica e da inevitável subsequente marginalidade social. Isso obriga os aparelhos estatais a concentrarem a sua performance na preservação da ordem, da segurança e da disciplina (BAUMAN, 1999).

Os excluídos do mercado de trabalho ficam completamente alijados da possibilidade de exercício de quaisquer das dimensões de direitos fundamentais formalmente reconhecidas pela Constituição. A condenação da marginalidade sócio-econômica e das “condições hobbesianas de vida” não permite que esses segmentos excluídos apareçam como portadores de direitos públicos subjetivos. Nesse contexto, os setores sociais subalternos, vivendo numa espécie de estado de guerra perpétua, ficam à mercê de inúmeras formas de violência física, simbólica ou moral, que os sistemas de controle social geralmente exercem sobre eles,

mantendo-os vinculados ao sistema jurídico nacional apenas por meio das sanções normalizadoras e afastando-os das garantias estabelecidas pela ordem constitucional. Como ressalta Faria (1998, p.78),

[...] diante da ampliação das desigualdades sociais, setoriais e regionais dos bolsões de miséria e guetos 'quarto-mundializados' nos centros urbanos, da criminalidade e da propensão à desobediência civil coletiva, as instituições judiciais do Estado, antes voltadas ao desafio de proteger os direitos civis e políticos e de conferir eficácia aos direitos sociais e econômicos, acabam agora tendo que assumir funções eminentemente punitivo-repressivas. Para tanto, a concepção de intervenção mínima e última do direito penal é alterada radicalmente. (ADORNO, 1996). Essa mudança tem por objetivo torná-lo mais abrangente, rigoroso e severo, para disseminar o medo e o conformismo em seu público-alvo – os excluídos.

Essa incisiva abrangência e severidade das normas penais, em face do movimento de criminalização de várias atividades em inúmeros setores da vida social, objetivam acentuar a violência do controle social sobre os segmentos marginalizados da população. Mas isso sob o pretexto de ampliar a eficiência no combate ao crime organizado, ao narcotráfico, às fraudes financeiras, ao terrorismo e às operações de lavagem de dinheiro obtido de forma ilícita. Assim, as conquistas do direito penal liberal são gradativamente suprimidas em nome da necessidade de respostas ao estabelecimento de um verdadeiro estado de natureza hobbesiano. Vislumbra-se, portanto, um crescimento desordenado de normas penais que imponha ao arrepio das pautas deontológicas, firmadas em níveis constitucionais, a relativização dos princípios da legalidade e da tipicidade, em face da utilização de regras com conceitos indeterminados, porosos e ambíguos. Tal hipertrofia legislativa promove, ainda, a ampliação da discricionariedade das atividades policiais e judiciais, implicando na redução de garantias processuais, mediante, por exemplo, a inversão do ônus da prova, passando a considerar culpado quem não provar a sua inocência.⁷³

Vê-se, pois, que a erosão das garantias básicas faz-se presente numa avalanche legislativa penal brasileira que, obedecendo a lógica da hipertrofia punitiva do Estado neoliberal, substitui a omissão no implemento de políticas sociais pelo incremento da intervenção penal. Assim, um excessivo número de leis, dentre elas, a dos Crimes Hediondos (Lei n° 9.072/90), a do Crime Organizado (Lei n° 9.034/95), a das Interceptações telefônicas

⁷³ Esta tendência afeta inclusive importantes setores da esquerda, que fundamentando a maior repressão estatal contra “os crimes do poder” não percebem que, historicamente, o sistema penal sempre esteve voltado para a gestão desigual das próprias ilegalidades. Assim, desconsiderando a simples manifestação de poder que a pena representa – e no Estado capitalista, o poder das classes dominantes –, desconsideram o direcionamento privilegiado do controle social punitivo aos excluídos ou destituídos do exercício deste poder. Neste sentido, a fúria punitiva inevitavelmente se volta contra os setores oprimidos que, no âmbito da justiça criminal, constituem os atores que cotidianamente encenam o teatro do controle social formal de nossa sociedade. Cf. (KARAN, 1996, p. 79-92).

(Lei nº 9.296/96)⁷⁴, bem como a que estabelece o Regime Disciplinar Diferenciado (Lei nº 10.792/03), são diplomas normativos paradigmáticos da configuração de uma “criminologia da intolerância” no campo penal brasileiro, com supressão de garantias e agigantamento e endurecimento do tratamento penal dos conflitos sociais.

Se, é certo, que as interceptações telefônicas derivam de uma autorização constitucional (CF, art. 5º, XII), e a despeito das balizas legais impostas pela Lei n. 9.296/96, de modo algum tais mecanismos poderiam limitar-se às exigências impostas pelo discurso de lei e ordem e sustentar-se na ideologia do repressivismo saneador, como ressaltado por Streck. Ao contrário, deveriam recobrir-se de limites efetivos e seguros à proteção dos direitos fundamentais do cidadão. Como ponderou Hassemer, os mecanismos de escuta telefônica jamais poderiam legitimar-se pelos “objetivos preventivos como combate ao perigo e o ‘combate profilático da criminalidade’”. Deveriam, de fato, pautar-se por procedimentos rígidos traçados pelos direitos fundamentais e pelo sistema de direito processual penal. Diz Hassemer (2007, p.125) que

quem pratica efetivamente a defesa do perigo, por intermédio da escuta telefônica processual penal, e, ao mesmo tempo, quer garantir proteção aos direitos fundamentais, nos moldes do Estado de Direito, quer, ao mesmo tempo, comer e reservar o bolo. A defesa do perigo é um conceito complexo, flexível e aberto para orientações futuras. As garantias de orientação do Estado de Direito somente sobreviverão se os objetivos, atribuídos à escuta telefônica no Processo Penal, estejam adequadas aos meios que, por bons motivos, estão atrelados e reduzidos às conformidades da justiça.

No Brasil, os objetivos atribuídos à utilização das interceptações telefônicas nem sempre “estão atrelados e reduzidos às conformidades da justiça”. Frequentemente, as escutas atendem a interesses políticos, manifestos de perseguição de adversários, de justificativa de acusações infundadas. Mas quando, decididamente, dedicam-se de fato à apuração de fatos criminosos de elevada gravidade, são indevidamente publicados e transmitidos midiaticamente, afrontando, radicalmente, não apenas os fins investigativos, mas também os princípios fundamentais do Estado Democrático, como a presunção de inocência; a intimidade

⁷⁴ Streck (2001, p.28-29) afirma que “não há dúvida de que a Lei que autoriza a escuta telefônica aparece em um contexto no interior do qual o discurso sobre a lei e a ordem ganha força diariamente. No imaginário social, a repercussão do problema da criminalidade é superdimensionada e acaba por sustentar uma *ideologia do repressivismo saneador* representado por medidas de caráter eminentemente instrumentalizador. Há um *pânico coletivo*, surgido a partir da construção desse discurso. Dados mostram que 51,1% da população concordam com linchamentos; 77,6% concordam com *blitz* nas favelas; 53,7% concordam com a eliminação sumária de marginais pela polícia; 43,8% concordam com os espancamentos e outros castigos aos presos; 75,7% são favoráveis ao aumento das penas... Ou seja, o discurso sobre o retorno ao autoritarismo repressivo ganha espaço dia a dia. (...) Os indicadores sociais baixam, e os índices de violência aumentam. A violência do cotidiano, em especial a que ocorre nas grandes metrópoles do país, é um terreno fértil para a busca de soluções imediatistas”.

e a privacidade; a honra e a imagem individual; o devido processo legal; o contraditório e o direito de defesa; e por consequência, a própria dignidade humana.

Do mesmo modo, no Brasil, o chamado “combate ao crime organizado” emerge muito mais como uma ideologia, como um fetiche espectral e sem sentido do que propriamente como uma realidade concreta. Isso se dá desde a clássica e fustigante análise de Zaffaroni sobre a frustrante definição criminológica de “crime organizado”. Essa é a categoria a que o poder impôs à reflexão científica, porém jamais decifrada academicamente, uma vez que “constitui denominação aplicada a número incerto de fenômenos delitivos por diversos especialistas, pelos meios de comunicação de massa, pelos autores de ficção, pelos políticos e pelos operadores de agências do sistema penal (...), cada um deles com objetivos próprios”. Tal conceito parece ser apenas uma via ampla de acesso ao arbítrio e ao direito penal do terror (ZAFFARONI, 1996, p.45).

Embora não haja dúvidas, no âmbito do saber penal e criminológico, acerca da existência de associações ilícitas, como sociedades para delinquir, quadrilhas ou bandos; parece não haver dúvidas também de que o tratamento atual do denominado *organized crime* consiste na verdade num mecanismo de interferência punitiva estatal na regulação dos mercados, cada vez mais radicalmente globalizados. Isso porque, o mercado mundial impulsionado pela globalização econômica não se limitou apenas a expandir-se disciplinada e regulamentada, mas possibilitou novos e nunca imaginados espaços de indisciplina, prontamente aproveitados pela atividade empresarial, legal e ilegal. Sendo assim, Zaffaroni (1996, p.46) assevera que

[...] as proibições interferem no mercado, gerando um crescimento desmesurado da renda do proibido (serviços ou bens), o que se traduz em raro protecionismo, pois trata-se de protecionismo baseado nos critérios da seletividade penal, e não nos de seletividade econômica.

Adicionalmente, afirma Zaffaroni (1996) que em toda a economia de mercado emergem setores mais ou menos disciplinados, como resultado de sua própria dinâmica estrutural. Esses setores, cumpre notar, são ocupados por empresas que muito poucas vezes apresentam as faces de associações ilícitas, posto que, na generalidade dos casos, combinam atividades lícitas e ilícitas em diferente medida. A consequência direta disso é que a criminalização de determinadas atividades e setores introduz, no âmbito da regulação dos mercados, uma intervenção estatal na economia que, fundada na seletividade arbitrária do

sistema penal, obedece ao critério da vulnerabilidade, no caso empresas mais débeis. Desta forma, explica Zaffaroni (1996, p.58)

[...] a intervenção punitiva no mercado é um fenômeno que se introduz em todos os mutantes e instáveis buracos de indisciplina que este vai abrindo, sem uma categoria reitora e sem que possa deixar de interferir também nas atividades legais. Termina sendo um conjunto de medidas de protecionismo irracional ou arbitrariamente selecionado, que com demasiada freqüência aumenta as próprias atividades ilícitas, a corrupção (particularmente nos países periféricos), destrói a competitividade do empresariado mais débil e o elimina do mercado, podendo tomar partido como elemento decisivo nas disputas entre os mais fortes.

No cenário brasileiro, no qual as manifestações do terrorismo político e/ou religioso inexistem, a elasticidade semântica do conceito de “crime organizado” tende a reduzir-se aos fenômenos da corrupção político-econômica e do tráfico de drogas. Este último geralmente encenado no território inóspito das favelas, vilas e periferias das grandes metrópoles. A mídia acrítica utiliza, sem qualquer critério teórico, os jargões ‘Estado paralelo’ e ‘crime organizado’ para referir-se a modalidades bastante distintas de atos desviantes. No entanto, do ponto de vista criminológico, o fato de marginalizados se utilizarem com freqüência de aparelhos celulares para o desenvolvimento do comércio de drogas ilícitas, ou o fato de alguns indivíduos transmitirem ordens de dentro de presídios para comparsas do lado de fora, por si só, não permite uma clara diferenciação entre o tradicional fenômeno da quadrilha ou bando e a noção fetichista do crime organizado.

Mesmo para o contexto europeu, no qual o espectro de terrorismo fundamentalista político e religioso é uma realidade evidente, Hassemer (1993, p.142-143) advoga que “[...] precisamos de uma melhor definição sobre o fenômeno criminal proposto; isso não apenas aumentaria concretamente a efetividade da persecução, como também desoneraria, em geral e por um longo tempo, a atividade preventiva jurídica”. Ao invés de alterações legislativas, que visem o combate do crime organizado, exclusivamente estruturadas por uma erosiva “prevenção normativa”, fortemente direcionada para o desmonte dos direitos fundamentais, o jurista alemão propõe, acertadamente, a dedicação a uma ‘prevenção técnica’, como forma de tratamento desses conflitos sociais cada vez mais latentes. Essa prevenção técnica “impõe ao crime organizado obstáculos fáticos, organizacionais ou econômicos”, desonerando drasticamente a prevenção normativa e substituindo-a gradativamente.⁷⁵

⁷⁵ Tais medidas técnicas representam barreiras materiais efetivas ao desenvolvimento dessas novas manifestações de condutas danosas, e não pautam-se pela ilusão de que o direito penal dedica-se, com algum sucesso, ao controle da “ilegalidade dos direitos”, ou seja, aos delitos associados ao grupos sociais hegemônicos. Assim propõe o autor: a) obstrução de estradas e fonteiras contra o furto e tráficos clandestino de automoveis e

Conforme ressalta Zaffaroni (1996), esse crescimento vertiginoso de leis penais promove, no delineamento dos sistemas penais latino-americanos, e no brasileiro em particular, o desenvolvimento de algumas características peculiares, entre as quais se destacam:

a) a espetacularização do modo de atuar das agências políticas e judiciais no que tange ao exercício de poder dos sistemas penais;

b) a incapacidade de controlar, mesmo com a exacerbação punitiva, o assombroso crescimento da delinqüência de colarinho branco, à medida que os níveis tecnológicos e os graus de imunidade de seus agentes estancam a criminalização; acrescentem-se, esses delitos geralmente obedecem ou mesmo alimentam a dinâmica do desenvolvimento do mercado globalizado, com seu arsenal de transações financeiras visando à competitividade e ao lucro;

c) a hipertrofia legislativa como única via de resposta aos conflitos sociais é o meio preferido pelo “Estado espetáculo” e por seus operadores “*showman*”, pois leis penais são respostas imediatas, de propaganda fácil e a opinião pública engana-se com suficiente freqüência sobre sua eficácia;

d) a exploração midiática da justiça penal e da violência como instrumento de (re)legitimação de seu perverso modo de atuar.

No rastro dessas conseqüências, que perfazem as linhas mestras do exercício de poder do sistema penal brasileiro atual, percebe-se que o direcionamento do controle social punitivo destina-se aos delitos praticados pelos setores marginalizados e excluídos. Já no que tange aos delitos econômico-financeiros e toda a criminalidade do poder, que se acentuam nesta fase em decorrência das trocas financeiras globalizadas e digitalizadas, essa produção legislativa apenas configura um amplo espectro repressivo, enquadrado naquilo que Hassemer (1993, p. 86) denomina de “direito penal simbólico”⁷⁶, à medida que não alcança de fato a imunidade permanente das classes dominantes.

de armas; b) estancamento do mercado negro e da base econômica para o comércio de drogas ilícitas; c) impedimento de relações corruptivas na Administração, por meio de regras organizacionais da capacidade e da ocupação; d) Administração transparente e melhor participação dos cidadãos no controle dos negócios públicos; e) troca de informações, devidamente regulamentada, sobre suspeitos em situação de corrupção; f) cooperação internacional; g) realização técnica e organizacional das associações de comunicação. Idem, p. 143.

⁷⁶ Como bem assevera Hassemer (1993, p. 31), “há uma tendência do legislador em termos de política criminal moderna em utilizar uma reação simbólica, em adotar um Direito Penal simbólico. Quero dizer com isso, que os peritos nessas questões sabem que os instrumentos utilizados não são aptos para lutar efetiva e eficientemente contra a criminalidade real. Isso quer dizer que os instrumentos utilizados pelo Direito Penal são ineptos para combater a realidade criminal. Por exemplo: aumentar as penas, não tem nenhum sentido empiricamente. O legislador – que sabe que a política adotada é ineficaz – faz de conta que está inquieto, preocupado e que reage

A dinâmica da desigualdade de tratamento manifesta-se claramente quando se pretende reprimir os delitos cometidos pelas classes dominantes, fenômeno sempre visível na trajetória da legislação brasileira. Essa lógica é encontrada no vigente Código Penal quando, por exemplo, pune as espécies de corrupções (passiva e ativa, respectivamente arts. 317 e 333 do CP), delitos que, pela sua natureza e gravidade, obstaculizam a realização do Estado Social, com a pena mínima equivalente a um simples furto cometido por duas pessoas em concurso (2 anos de reclusão). Desproporção ainda maior se estabelece quando se compara a pena imposta aos delitos mencionados (reclusão de 1 a 8 anos) com a do crime de roubo (reclusão de 4 a 10 anos).

Mais ainda, a sonegação de tributos, além de possuir o máximo da pena prevista, menor que a de um simples furto cometido por duas pessoas (neste a pena é de reclusão de 2 a 8 anos, enquanto que para a sonegação a pena é de reclusão de 2 a 5 anos), recebe a benesse prevista no art. 9º da lei n. 10.684. Esse artigo prevê que o sonegador pode pagar ou parcelar seu débito com os cofres públicos, sem incorrer em nenhum crime, até o recebimento da denúncia do Ministério Público, ou seja, quando estiver na iminência de responder a uma ação penal. Vantagem essa, aliás, que nenhum ladrão de tênis importado, de botijão de gás ou de uma galinha pode gozar.

A transferência violenta da propriedade assume a condição de 'valor' máximo do sistema punitivo brasileiro. No entanto, como descreve Thompson, um extenso rol de condutas de imensurável danosidade social e que apresentam idênticos objetivos, ou seja, que violam o interesse protegido pelas normas que incriminam os delitos patrimoniais de um modo geral, colocam-se à margem da atenção legislativa por corresponderem aos postulados da racionalidade do mercado e serem perpetradas pelas classes privilegiadas. Deste modo, condutas das mais variadas conotações, porém teleologicamente idênticas, recebem o tratamento diversificado da ordem jurídica. Por exemplo, jogar na bolsa de valores; não pagar os empréstimos estatais obtidos mediante oferecimento de garantias inexistentes ou insuficientes; receber subsídios estatais em contradição com os fins a que se destinam; participar de licitações com cartas marcadas; praticar os jogos contábeis; fazer transações fictícias entre firmas de um mesmo conglomerado; realizar operações triangulares; fazer especulações de toda ordem; praticar a evasão de impostos; praticar a evasão de divisas para o exterior; efetuar a subida artificiosa de preços, fraudes aos consumidores etc.; tudo isso ou

imediatamente ao grande problema da criminalidade. É a isso que eu chamo de 'reação simbólica' que, em razão de sua ineficácia, com o tempo a população percebe que se trata de uma política desonesta, de uma *reação puramente simbólica*, que acaba se refletindo no próprio Direito Penal como meio de controle social"

não são ações incriminadas ou, quando raramente isso ocorre, recebem um tratamento contraditoriamente benevolente por parte do legislativo; seja pela cominação de penas irrisoriamente brandas, em absoluto contraste com a danosidade social de ditas condutas, seja pela concessão indiscriminada de um emaranhado de privilégios legais, os quais excluem a ilicitude da conduta ou isentam do cumprimento da pena os seus autores. Fica evidente, portanto, que o objetivo do sistema penal é “tratar diferencialmente condutas idênticas na sua objetividade, para classificá-las de criminosas ou não em razão do tipo de sujeito que as pratica” (THOMPSON, 1998, p. 50-52).⁷⁷

Os exemplos estendem-se aos milhares, duplicata simulada (art. 172, pena: detenção de 2 a 4 anos) comparado ao furto qualificado, (art. 155, § 4º. pena: reclusão de 2 a 8 anos). O mesmo delito de furto comparado ao de abuso de incapazes (art. 173, pena: reclusão de 2 a 6 anos) ou das demais fraudes previstas no art. 174 (induzimento à especulação), art. 175 (fraude no comércio) 176 (outras fraudes), art. 177 (fraudes ou abusos na fundação ou administração de sociedade por ações), art. 178 (emissão irregular de conhecimento de depósito ou “warrant”) e art. 179 (fraude à execução). A lista de exemplos seria infindável para demonstrar que a criminalização dos subintegrados (da subcidadania) é brutal e rigorosa e como a criminalização dos sobreintegrados (da sobrecidadania) é meramente simbólica.

4.3 A desfiguração dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade humana no campo penal: a (re)produção da invisibilidade pública e da humilhação social

No marco do constitucionalismo ocidental moderno, a igualdade e a dignidade humana, assim como a liberdade, representam a própria condição antropológica do ser humano no estado de natureza. A narrativa jurídico-política moderna assume a igualdade e a

⁷⁷ Como destacado, o autor adverte que o reforço ao combate de crimes do colarinho branco, na realidade brasileira atual, apenas reafirma a legitimidade seletiva do sistema contribui contra a sua clientela preferencial, os subcidadãos. Primeiramente, porque existe um sistema de sanções que podem ser acionadas dentro da esfera interna da própria classe, que impedem que estes delitos necessitem de solução por parte do acionamento da autoridade pública. Segundo, pela existência da “cifra negra”, que nestes delitos não absolutamente grandiosas, relegando ao anonimato condutas desta ordem. E, por último, as agências judiciais, pela reprodução consciente ou inconsciente da ideologia hegemônica ou pelo jogo de concessões recíprocas, filtram o prosseguimento do processo de criminalização das condutas perpetradas pelos poderosos. Neste contexto, prossegue o autor, “ainda que, por qualquer descuido, o delito de colarinho branco chegue a alcançar o primeiro patamar da escada encaminhadora à luz da ordem formal, há sempre todos os outros degraus a galgar, cada um permitindo que o crime grã-fino – deles – se projete para o escuro da cifra negra. E, se ocorrer de o caso esbarrar no individualístico ardor ingênuo de um promotor ou de um juiz que teimam em ignorar o papel que lhes cabe desempenhar, o processo será alçado aos tribunais superiores, onde a decisão depende de um colegiado, cuja maioria, suficiente para derrotar uns raros membros desastrosos, encontra-se perfeitamente amoldada pela experiência de muitos anos de judicatura aos padrões burocratizados de enxergar os problemas criminais pelos óculos pragmaticamente vantajosos da ideologia preponderante”(p. 57).

liberdade como precondições da própria possibilidade de realização do contrato social. O Estado (ou comunidade política) emergiria a partir de um consenso tramado por homens racionais, livres e iguais que, por meio do pacto associativo, estabeleceriam e garantiriam a legitimidade de uma forma específica de dominação política.

Assim, a noção de sociedade fundada sobre os pressupostos liberais e individualistas é concebida de modo universal, nos moldes do conceito hegeliano de ‘sociedade civil’, vislumbrada como a “esfera del libre juego ‘natural’ de las fuerzas iguales que el Estado deja en libertad e incluso considera como supuesto suyo” (HELLER, 2002, p. 148). A sociedade é vista, portanto, como um conjunto de relações entre sujeitos livres e iguais que competem em busca de suas satisfações individuais.

O consenso valorativo que permite a institucionalização e a legitimação dessa ordem social consiste, justamente, na abstrata condição natural dos homens, erigida a partir do *ethos* da autodeterminação e da auto-responsabilidade que cada indivíduo possui sobre si mesmo e sobre a sua propriedade. Com efeito, Heller (2002, p. 148) destaca que o primeiro pressuposto é o de que

[...] es, pues, la libertad y la igualdad jurídicas de las personas. Deben éstas poder traficar económicamente con plena libertad de contratación, sin intervenciones molestas de las autoridades, y deben, asimismo, poder disponer libremente de su propiedad privada.

Portanto, a própria interação social surge como consequência das relações contratuais entre indivíduos soberanos, guiados por interesses egoístas e unidos pela livre competição no mercado. A igualdade jurídica, ainda que mero pressuposto formal, constitui o elemento básico de legitimação da ordem política liberal moderna. Conforme se salientou, a sua afirmação como princípio jurídico nuclear, no contexto das Revoluções Burguesas, tinha por objetivo suplantar uma ordem social de privilégios vigente no *Ancién Regime*. Registrou-se, ainda, que essa visão da igualdade, erguida a partir do individualismo abstrato da teoria liberal, jamais logrou equacionar as desigualdades correspondentes a um contexto social marcado por lutas e contradições internas. Daí derivou, pois, o construto da distinção operada pela teoria constitucional entre igualdade formal perante a lei e igualdade material ou substancial.

De fato, se a igualdade consiste apenas numa afirmação abstrata, realizada no plano do dever-ser, sem qualquer vinculação com a realidade material concreta, a ordem jurídica mergulharia num terrível mal-estar, consistente na negação sistemática de inúmeros direitos a

consideráveis estratos sociais destituídos do acesso ao poder e aos bens. Esta é, sobretudo, a denúncia realizada por Marx (2002). O autor percebe que

[...] no mundo moderno, cada qual é a um só tempo escravo e membro da comunidade. É precisamente a escravidão da sociedade burguesa, na aparência, a sua maior liberdade. E isto ocorre por ser aparentemente perfeita a independência do indivíduo, que toma o movimento desenfreado dos elementos alienados de sua vida (...) por sua própria liberdade, quando se trata justamente de sua sujeição e de sua falta de humanidade acabadas. O privilégio é substituído aqui, pelo direito (MARX, 2002, p.79).

Tal contradição insolúvel é, portanto, da própria essência da ordem jurídica e política moderna, que impõe aos indivíduos, divididos entre o seu lado *citoyen* (pelo qual aparece como o homem universal da esfera pública) e o seu lado *bourgeois* (o homem particularista imerso na esfera econômica), uma situação dicotômica. A dicotomia apontada é o que torna abstrata e irreal a dimensão universal da cidadania proposta pela democracia moderna, convertendo objetivamente os *droits de l'homme* em direitos do indivíduo proprietário (COUTINHO, 1996).

Aí está a raiz da distinção operada pela dogmática constitucional perante a lei entre igualdade formal perante e igualdade material. A primeira representa o homem abstrato e universal da esfera pública que, diante da ordem jurídica, deve possuir igualdade de tratamento; a segunda, o homem inserido na dinâmica da divisão social do trabalho e vulnerável, portanto, à posição que ocupa em seu interior.

Não obstante, no contexto do constitucionalismo ocidental, essa dicotomia, mesmo representando o reconhecimento da ocultação de desigualdades concretas, ao permitir que diferenças de classe, raça, gênero, etc. fossem esfumadas pela ordem jurídica, ergueu-se a partir de um contexto social e histórico particular que pretendia romper com uma ordem abertamente calcada em hierarquias e privilégios.

O processo de homogeneização e universalização da cidadania, embora irreal e abstrato, pelo menos garantiu que a institucionalização e a legitimação das práticas e instituições modernas estabelecessem o reconhecimento intersubjetivo como fator de interação da sociedade e como fonte da afirmativa de uma idéia de dignidade compartilhada, da visibilidade pública. Isso se reflete, conforme já mencionado, na construção dogmática dos conceitos de igualdade formal e material: a noção de igualdade formal, primeiramente, determinou uma uniformidade de tratamento perante a ordem jurídica e pretendeu vedar o tratamento desigual aos iguais; a noção de igualdade material, por seu turno, buscou assegurar

o tratamento uniforme de todos os homens, resultando em igualdade real e efetiva de todos, perante os bens da vida (PÉREZ-LUÑO, 2005).

Percebe-se, pois, que a idéia de igualdade material deriva da própria internalização do *habitus* da dignidade, no sentido tayloriano de levar o outro em consideração e, encontra, na igualdade formal perante a lei, o seu ponto inicial de sustentação. A igualdade material reflete, destacadamente, a trajetória das lutas sociais e democráticas desencadeadas na Europa nos séculos XIX e XX. O seu conteúdo espelha a transformação do Estado Liberal de Direito em Estado Social de Direito, que passa a assumir uma feição intervencionista da realidade sócio-econômica, e visa limitar as contradições da sociedade de livre mercado e assumir a tutela da dignidade humana como um valor a ser perseguido por meio de uma ação positiva do Estado (GARCIA-PELAYO, 2002).

No entanto, nas sociedades periféricas, como a brasileira, em virtude da ausência da homogeneização e universalização do consenso valorativo, subjacente às instituições e práticas modernas, os conteúdos dos princípios da igualdade e da dignidade humana jamais expressarão a mesma trajetória percebida nas sociedades centrais. Isso porque o liberalismo aqui introduzido nunca possuiu uma conotação de ideologia revolucionária capaz de romper com o contexto personalista e escravista do período colonial. Desse modo, a cidadania liberal, pressuposto para a existência de um reconhecimento mínimo perante a ordem jurídica, limitou-se aos estratos superiores da sociedade. A ausência de generalização e de internalização desses valores permitiu a legitimação de instituições e práticas calcadas sobre a naturalização da desigualdade, que assumiam abertamente a distinção valorativa entre indivíduos e grupos sociais.

Em outros termos, o *habitus* precário que operou a sedimentação da ordem social periférica tinha na produção sistemática da subcidadania a sua marca mais devastadora. Com isso, a ordem jurídica brasileira sequer conseguiu, a partir da recepção do liberalismo, garantir à totalidade dos indivíduos a igualdade formal perante a lei. Nem mesmo os pressupostos da legalidade burguesa foram adequadamente estendidos a todos os estratos sociais. Tal fato deriva justamente da utilização do liberalismo como ideologia meramente pragmática, destinada a abrir pequenas brechas na ordem elitista e conservadora anterior.

Assim, a ordem jurídica liberal, introduzida paulatinamente no Brasil, jamais possuiu os mesmos pressupostos (existenciais) da ordem jurídica edificada nos países centrais. Conforme já assinalado, enquanto na modernidade central operou-se a efetiva presença de um consenso básico e transclassista, representado pela generalização das precondições que possibilitam o compartilhamento efetivo do *habitus* primário; nas sociedades periféricas, ao

contrário, esse consenso era representado justamente pela sua antítese, isto é, pela aceitação da desigualdade como algo natural, legítimo e justo (*habitus* precário).

No Brasil, não se trata, pois, da emergência de esferas jurídicas alternativas em relação à legalidade estatal, mas da fragilidade desta. Claramente, as fronteiras do campo jurídico são nebulosas. A questão diz respeito à falta de identidade/autonomia da(s) esfera(s) de juridicidade. “Nessas circunstâncias, a cultura dominante é a da ilegalidade. Por conseguinte, em vez da alternativa à legalidade, cabe antes falar da legalidade como uma alternativa”. Portanto, de acordo com Neves (2006, p. 256, 257).

não se trata apenas do problema de eficácia das normas constitucionais. A situação é mais grave. Ao texto constitucional, em ampla medida, não correspondem expectativas normativas congruentemente generalizadas, faltando-lhe assim relevância jurídica: ele é carente de força normativa. Isso não exclui que, em detrimento de sua função jurídico-instrumental, tenha efeitos hipertroficamente políticos simbólicos, especialmente na forma de constitucionalização-álibi. Dessa maneira, não se constrói Constituição como ordem básica da comunicação jurídica ou como acoplamento estrutural entre política e direito. Nessas circunstâncias, Leviatã não apenas subjuga Têmis; através do texto constitucional hipertroficamente simbólico, ele também a usa como meio lúdico ou como fachada que esconde a sua impotência.

É precisamente essa relação de apego à cultura da (i)legalidade, marca da distinção entre a modernidade central e a periférica, conforme Souza (2003, p. 174),

[...] que faz com que, por exemplo, um alemão ou um francês de classe média que atropela um seu compatriota das classes baixas seja, com altíssima probabilidade, efetivamente punido de acordo com a lei. Se um brasileiro de classe média atropela um brasileiro pobre da ‘ralé’, por sua vez, as chances de que a lei seja efetivamente aplicada neste caso é, ao contrário, baixíssima.

Não se trata de um desprezo pelo fato ocorrido. O procedimento policial é geralmente aberto e segue seu regular processamento. No entanto, o resultado é, na maioria dos casos, simples absolvição ou penas dignas de mera contravenção. Como percebe Souza (2003, p. 174 sic),

[...] é que, na dimensão infra e ultrajurídica do respeito social objetivo compartilhado socialmente, o valor do brasileiro pobre não-europeizado – ou seja, que não compartilha da economia emocional do self pontual que é criação cultural contingente da Europa e da América do norte – é comparável a que se confere a um animal doméstico, o que caracteriza objetivamente seu status sub-humano.

Esses esquemas avaliativos compartilhados social e objetivamente, ainda que opacos e quase sempre irrefletidos e inconscientes, guiam a ação e o comportamento dos indivíduos no

mundo. No caso da realidade brasileira, esse tipo de consenso, corporal, pré-reflexivo e naturalizado, acaba permitindo, além da eficácia meramente jurídica, uma espécie de acordo implícito sugestivo de que, como no caso do atropelamento referido, algumas pessoas e classes estão acima e outras abaixo da lei. Efetivamente, não se trata de intencionalidade. Os fatores desse processo possuem uma dimensão objetiva, subliminar, implícita e não-transparente. Com efeito, “o que existe aqui são acordos e consensos sociais mudos e subliminares, mas por isso mesmo tanto mais eficazes que articulam, como que por meio de fios invisíveis, solidariedades e preconceitos profundos e invisíveis” (SOUZA, p. 174-175).

Por essa razão, os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, ainda que decorrentes de conquistas e lutas históricas da sociedade brasileira, precisam estar situados no amplamente debatido contexto da construção social da subcidadania. Os seus conteúdos concretos dependem, pois, desse processo de internalização do respeito social compartilhado socialmente. Nesse sentido, a sua eficácia plena não prescinde de um rompimento com esse acordo implícito e pré-reflexivo que naturaliza as relações de desigualdade na sociedade brasileira.

Intenta-se, a partir de então, perceber os reflexos desse processo de naturalização da desigualdade no interior do campo penal, que explicitem de que modo suas instituições e práticas consolidam atitudes que permitem a reprodução sistemática dos fenômenos políticos da invisibilidade pública e da humilhação social, que atuam como mecanismo de gestão da subcidadania.

A invisibilidade pública, como desaparecimento intersubjetivo de um homem no meio de outros homens e a humilhação social, que indicam exclusão intersubjetiva de uma classe inteira de homens do âmbito da iniciativa e da palavra do âmbito da social fundadora e do diálogo, do governo da cidade e do governo do trabalho, são sintomas e dramas sociais e psíquicos generalizados, iniciados pelas feridas profundas da naturalização da desigualdade e da produção social da subcidadania. Isso corrói, no interior do tecido das relações sociais, qualquer possibilidade de instituição dos horizontes simbólicos da sociedade democrática na realidade periférica.

Tanto homens invisíveis quanto grupos humilhados constituem precisamente os segmentados sociais marcados pela internalização e pela reprodução do *habitus* precário. Se a generalização do *habitus* primário constitui o alicerce valorativo indispensável ao desenvolvimento das práticas e instituições modernas, consubstanciada na homogeneização e universalização de um tipo humano a partir da absorção de acordos pré-reflexivos e pré-embutidos, a naturalização da desigualdade e a produção da subcidadania derivam justamente

da ausência dessa universalização, o que permite que uns sejam mais iguais que outros. A ausência de difusão do *habitus* primário a todos os estratos sociais, condição inarredável para um efetivo reconhecimento intersubjetivo, é marca indelével das sociedades periféricas, em especial do Brasil. Isso ocorre à medida que traduz esquemas avaliativos e disposições de comportamento objetivamente internalizados e incorporados, que outorgam um compartilhamento efetivo de uma determinada dimensão de dignidade.

Por essa razão, na realidade brasileira, a existência de toda uma classe de pessoas excluídas está arraigada ao fato de que tais indivíduos ou grupos não participam do contexto valorativo de fundo, – aquilo que Taylor denomina de ‘dignidade do agente racional’ – que é condição de possibilidade para o efetivo compartilhamento, por todos, tanto da idéia quanto da regra jurídica da igualdade.

Com efeito, o que se evidencia, no campo penal brasileiro, é precisamente a utilização sistemática das ideologias, instituições e práticas punitivas como instrumentos de gestão da subcidadania, isto é, como mecanismo direcionado ao controle dos indivíduos e grupos portadores daquele tipo de personalidade e de disposição de comportamento. Esses indivíduos são aqueles que não atendem às demandas objetivas para que possam ser considerados produtivos e úteis em uma sociedade do tipo moderno e competitivo que lhe permitiria gozar de reconhecimento social com todas as suas dramáticas conseqüências sociais e políticas.

Nesse sentido, como bem pondera Batista, N. (1996, p. 72), a cidadania no Brasil real apresenta uma concepção negativa, restrita “ao conhecimento e exercício dos limites formais à intervenção coercitiva do Estado”. Trata-se, apenas e tão-somente, de uma “trincheira utodefensiva” em relação ao poder de controle penal. Os homens invisíveis e grupos humilhados, portadores do *habitus* precário, dificilmente encontram espaço e linguagem suficientes, nas tensões entre formas instituídas e forças instituintes, que lhes permitam a afirmação da identidade e do reconhecimento intersubjetivo.

Percebe-se, portanto, que o *habitus* primário representa a generalização das precondições sociais, econômicas e políticas do sujeito útil, digno e cidadão, no sentido tayloriano de reconhecido intersubjetivamente como tal. O *habitus* marcado pela precariedade denota, sobretudo, aquele tipo de personalidade ou disposição de comportando que, do ponto de vista da definição dominante da realidade social, numa sociedade individualista e competitiva, não corresponde à economia emocional burguesa, caracterizada, segundo Souza (2006, p. 11), pelo

[...] domínio da razão sobre as emoções e as pulsões irracionais, interiorização progressiva de todas as fontes de moralidade e significado e entronização concomitante das virtudes do autocontrole, auto-responsabilidade, vontade livre e descontextualizada e liberdade concebida como auto-remodelação em relação a fins heterônomos.

Desse modo, classe, raça, gênero e dependência química, juntos ou separadamente, parecem ser cercas poderosas para traçar as trincheiras entre cidadania e subcidadania. Isto porque, como percebe acuradamente Souza (2006, p.15),

[...] é o trabalho útil, produtivo e disciplinado que parece estar por trás da ‘avaliação objetiva do valor relativo’ de cada qual também na dimensão política da cidadania. Para além da letra legal da regra da igualdade, é apenas a percepção, na dimensão pré-reflexiva em que estamos nos movimentando neste texto, mediada por signos opacos, mas imediatamente compreensíveis por todos, posto que inscritos no corpo, na forma de andar, falar, etc. de que estamos tratando com sujeitos que são suportes de uma ‘ética do desempenho’ adequada ao trabalho útil e produtivo, que garante seu reconhecimento social não só na esfera econômica, mas em todas as outras dimensões da vida social.

Portanto, a explosão legislativa no âmbito penal, os dados acima aludidos sobre a população carcerária brasileira, as estratégias genocidas de exercício do poder de controle penal, amparadas por seu discurso competente (dogmática jurídica), ilustram e confirmam a atuação do sistema penal como mecanismo de gestão da subcidadania. Isso ocorre à medida que revelam o seu engajamento no controle de indivíduos e grupos portadores do *habitus* precário, dotados de certo tipo de personalidade considerada improdutiva e disruptiva aos olhos da definição hegemônica da realidade social, segundo a qual, a cor da pele soma-se como ferida adicional.

Pretende-se com essa abordagem, pois, trazer em linhas gerais os exemplos concretos dessa manifestação brutal do campo penal como poderoso instrumento de gestão da subcidadania no Brasil; seja pela definição de uma rede de incriminações que perseguem com tonalidades mais rígidas os setores marginalizados, seja pela gestação da eliminação aberta do terrorismo de Estado como estratégia de controle social tanto de homens invisíveis quanto de grupos humilhados.

4.3.1 A violação da dignidade humana pelas desigualdades de classe e de cor

A discussão acerca das relações entre pobreza, exclusão social e crime remonta a um profundo choque de visões sociológicas, políticas e ideológicas bastante conhecido. Tal

discussão insere-se no bojo da transição do paradigma etiológico ao modelo da criminologia da reação social, que deslocou o foco de análise da violência e do controle penal das “causas da criminalidade” para os processo de definição e seleção da reação social às condutas desviantes (LARRAURI, 1991).

No Brasil, esse debate ativa-se, sobretudo, durante a transição da ditadura para a democracia, ocasião em que o problema da violência, tanto social quanto institucional, ganha uma visibilidade que ultrapassa a simples manifestação do regime de exceção. Com efeito, Adorno (2002) ressalta que o fim do regime autoritário deixou mostras significativas de que a violência institucional, sob a forma de arbítrio de Estado contra a dissidência política, não se restringia à vigência do modelo ditatorial. De acordo com esse autor,

[...] há muito, desde os primórdios da República, trabalhadores urbanos pauperizados eram vistos como pertencentes às classes perigosas e passíveis de estreito controle social que incluía detenções ilegais, aplicação de torturas e maus tratos nas delegacias e postos policiais e perseguições arbitrárias (ADORNO, 2002, p. 107).

Em meados da década de 70, com a persistência da violência institucional como forma rotineira de exercício do poder, acreditava-se que o crime, a criminalidade e a brutalidade contra o delinqüente tinham bases estruturais. Devia-se ao capitalismo, às estruturas de exploração, dominação e exclusão inerentes a esse modo de organização societário. Em decorrência, estabelecia-se uma sorte de associação mecânica, por assim dizer, entre pobreza e violência. Quanto maior a pobreza maior a violência. A violência urbana aparecia como expressão de luta entre as classes dominantes e o conjunto dos subalternos. Por conseguinte, também os criminosos compareciam às representações sociais como vítimas potenciais de um modelo fundado na injustiça social (ADORNO, 2002, p. 108).

Tanto a reação das forças conservadoras, que creditavam o aumento da violência e da criminalidade como desdobramento da falência das políticas retributivas, quanto o constrangimento das forças políticas progressistas com o resultado de inúmeras pesquisas, conduziram a uma mudança de perspectiva. Conforme percebe Adorno (2002, p. 109),⁷⁸

⁷⁸ O autor destaca que pesquisa de opinião pública (Jornal do Brasil/Vox Populi), realizada em 1995, revela a desconfiança da população em relação ao sistema de justiça penal. A pesquisa conclui que: “73% dos brasileiros não confiam na justiça. As respostas dadas aos questionários mostraram que, no entender da maioria da população, a lei não é igual para todos, embora esse princípio esteja estabelecido no artigo 5º da Constituição. Para 82% dos 3.075 entrevistados, a lei é mais rigorosa para alguns, privilegiando outros. O *Vox Populi* perguntou se negros e brancos, pobres e ricos recebem o mesmo tratamento para crimes iguais. Para 80%, não há dúvida: o pobre será julgado mais rigorosamente; e 62% acreditam que o negro receberá punição mais pesada” (p. 105-106).

[...] a associação mecânica entre pobreza, crime e violência suscitava mais problemas do que os solucionava. Afinal, embora a maior parte dos delinquentes proviesse das classes trabalhadoras urbanas pauperizadas, a maior parte destes trabalhadores, submetidos às mesmas condições sociais de vida, não enveredava pelo mundo do crime. O problema não residia na pobreza, porém na criminalização dos pobres, vale dizer, no foco privilegiado conferido pelas agências de controle social contra a delinquência cometida por cidadãos pobres. Polícia e justiça pareciam revelar maior rigor punitivo contra negros, pobres, migrantes.

Não se trata, portanto, de postular, por óbvio, a existência de relações de causalidade entre pobreza, cor e violência; o que se quer expressar, aqui, é precisamente a visualização do sistema de justiça penal como mecanismo de gestão da subcidadania, ou seja, como forma de vigilância, controle, punição e mesmo banimento sistemático dos subintegrados, por um lado, e a garantia da impunidade para os sobreintegrados, de outro.

Nesse sentido, aduz Soares (2005, p. 175) que

[...] um jovem pobre e negro caminhando pelas ruas de uma grande cidade brasileira é um ser socialmente invisível (...) a invisibilidade decorre principalmente do preconceito ou da indiferença. Uma das formas mais eficientes de tornar alguém invisível é projetar sobre ele ou ela um estigma, um preconceito. Quando fazemos, anulamos a pessoa e só vemos o reflexo de nossa própria intolerância.

Assim, preconceito e indiferença são águas incessantes no moinho da invisibilidade e que se traduzem, no campo penal brasileiro, na violência, no terrorismo de Estado e na humilhação com que são cotidianamente tratados os negros e as classes pobres pelas agências do sistema penal, especialmente nas grandes cidades. Visivelmente, tais violações encontram ressonância tanto no genocídio compulsivo, perpetrado por forças policiais nas favelas e nas periferias dos centros urbanos, quanto na seleção cotidiana que as instituições da Justiça penal operam ao filtrarem a sujeira que será em seguida varrida para debaixo do tapete do sistema prisional pelas vassouras e pás usualmente dogmáticas da cultura jurídica dominante.

Não é demais recordar que a população carcerária brasileira é composta, curiosamente, na sua maioria (95,5%), por homens pobres do sexo masculino, 65% são negros ou mulatos, 54% têm menos de 30 anos, e 30% possui entre 18 e 24 anos; todos de pouca escolaridade: 10,4 % analfabetos e 69,5 % possuem apenas o 1º grau completo (WATCH, 2006). Esses são sujeitos ou grupos sociais portadores do *habitus* precário e, portanto, considerados subprodutores e sub-cidadãos e, portanto, não possuem a dignidade do sujeito racional, útil e produtivo, posto que destituídos das dimensões impostas pela ideologia do desempenho (ocupação, posição e salário) ao reconhecimento social.

As raízes desse processo de seletividade do sistema penal, a partir dos componentes sócio-raciais dos indivíduos e grupos criminalizados, evidência dos sintomas do processo de

gestão da subcidadania protagonizada pelo campo penal, possui fontes imaginárias bastante precisas. Como amplamente debatido, a grande instituição de seqüestro que consistiu o território brasileiro projetou sobre as populações nativas e escravizadas um gigantesco trabalho de disciplinamento e controle absoluto, caracterizados pela segregação, pelo isolamento, pela destruição de toda a rede cultural e simbólica das populações subjugadas, consideradas inferiores, selvagens ou bárbaras aos olhos do conquistador.

Adicionado às heranças históricas do rebaixamento político e da desqualificação jurídica de inúmeros seguimentos e grupos sócio-culturais, do escravismo como mecanismo cruel e aviltante de exploração e submissão da mão-de-obra, também o racismo caracterizará as faces das ideologias e da operacionalidade dos aparelhos penais no Brasil em seu percurso histórico. Como decorrência inexorável dos processos de atualização histórica, pautados pelos discursos e posturas de superioridade biológica e cultural dos colonizadores europeus, a nova periferia permite incrustar-se nas instituições e práticas (penais) modernas esse componente da discriminação racial nas demarcações das fronteiras entre cidadania e subcidadania.

Ao lado do genocídio inaugural do período do Brasil colônia e além da já ressaltada desigualdade escancarada de tratamento perante a lei, visível nos diplomas criminais do Império (1830) e da República (1890), a seleção racista das agências de controle penal, no desenvolvimento de sua tarefa de criminalização primária e secundária, constitui a marca registrada das instituições e práticas punitivas na sociedade brasileira. As primeiras visões criminológicas forjadas no Brasil, pelas mãos de Tobias Barreto, Nina Rodrigues e Clóvis Bevilácqua, talhadas a partir do debate entre a escola clássica e a escola positiva, convergiam para a formação de uma ideologia racista que justificasse a repressão contra as populações não-brancas, excluídas do processo de modernização em curso (DUARTE, 2003).

Na produção científica desses autores, denota-se, claramente, a dificuldade de pensar-se o controle penal além das representações autoritárias da inferioridade racial, o repúdio insistente à generalização das idéias de indivíduo e de direitos e garantias individuais e a exuberante defesa da maximização da violência. A identificação do futuro e do progresso do Estado e da sociedade com o modelo da cultura européia, associada à localização dos conflitos como manifestação da inferioridade racial, biológica e cultural moldavam a distribuição da cidadania. Isso permitia que índios e negros fossem percebidos como seres moral e juridicamente inferiores, distantes do 'humano universal', o branco europeu, o único portador de direitos e o porta-voz da civilização (DUARTE, 2003).

Em termos contemporâneos, essa herança, já denunciada na pesquisa que revela o perfil da população carcerária brasileira, é ademais retratada nas formas insistentes e

aviltantes de preconceito e discriminação a que são submetidos os indivíduos negros na sociedade brasileira. De fato, como percebe Guimarães (2004, p. 98), “a discriminação racial no Brasil anda de mãos dadas com o abuso de autoridade e com a arbitrariedade dos agentes sociais”. Assim, na realidade brasileira, “a *cor* é tomada como signo de criminalidade”.⁷⁹

Nesse sentido, dentre as práticas racistas ainda extremamente comuns na sociedade brasileira, ao lado da injúria racial exercida, sobretudo, verbalmente, uma chama a atenção por violar sistematicamente os princípios da igualdade e da dignidade humana, justamente aquela que é fomentada pelas idéias e práticas punitivas arraigadas ao universo simbólico e ao exercício do poder das agências penais; trata-se, segundo Guimarães (2004, p. 37), essencialmente,

[...] da discriminação de alguém pelo fato de que sua cor ou aparência o tornam suspeito de crime ou de comportamento anti-sociais que não perpetrar, nem viria a perpetrar, como, por exemplo, furto em estabelecimentos comerciais, roubos em bancos ou condomínios, prostituição em hotéis, etc. Nestes casos, a cor da pessoa a torna suspeita de ser um criminoso ou vagabundo, dando lugar a constrangimentos em diversas esferas da vida social, limitando sua liberdade de ir e vir, os seus direitos de consumidor, ou o livre exercício de sua ocupação profissional.

Dos inúmeros casos analisados pelo autor em sua pesquisa, dois deles retratam claramente a produção dos estigmas sociais, dos estereótipos criminais, e refletem a cor, o rosto, o porte, a vestimenta e a atitude que demarcam as linhas divisórias entre a cidadania e a subcidadania no Brasil. Nos termos de Guimarães (2004), em 1988, os jornais noticiaram dois episódios de discriminação envolvendo negros de posição social de destaque – um bispo e uma comitiva estrangeira. Em ambos os episódios, a Polícia justifica as intervenções equivocadas alegando a aparência da vítima (no caso do bispo) e a atitude suspeita (no caso da comitiva estrangeira). No primeiro caso, “ele tinha pinta de malandro”, é o que diz o delegado que prendeu o bispo da Igreja Católica Apostólica Ortodoxa do Brasil. Já no relatório policial do episódio que envolveu a comitiva do Suriname, lê-se que “os policiais avistaram ‘um elemento negro, alto e usando um cavanhaque, em atitude suspeita e fisionomia assustada’” (GUIMARÃES, 2004, p.76-77).

Conclui Guimarães (2004, p. 77) que

a suspeita, portanto, está na cor (fenótipos) e na aparência (simbolização de status social da vítima) das vítimas. A fisionomia assustada é o reconhecimento da

⁷⁹ Segundo o autor, “a discriminação racial consiste no tratamento diferencial de pessoas baseado na idéia de raça, podendo tal comportamento geral *segregação e desigualdade raciais*. Por outro lado, o preconceito seria apenas a crença prévia (preconcebida) nas qualidades morais, intelectuais, físicas, psíquicas ou estéticas de alguém, baseada na idéia de raça” (p. 18, destaque do autor). Lima (1999, p. 229) constata que “o negro brasileiro é quem está mais distante do exercício da cidadania”, e que, cotidianamente, no contato com a polícia, aparece como o principal grupo social vitimizado por agressões e extorsões.

subalternidade e, ao mesmo tempo, o reconhecimento da culpa. Nas batidas policiais a ônibus urbanos, por exemplo, cada vez mais comuns nas grandes cidades brasileiras, segundo denúncias (...), todo preto é um suspeito. Mas há também casos em que o único 'indício' em que se baseia a suspeição é a cor. É quando os policiais prendem um preto porque está muito bem vestido para um preto, ou porque esse negro foge a normas de postura e aparenta subalternidade.

De outra sorte, a própria legislação penal, que busca coibir a disseminação das práticas discriminatórias, carrega uma ambigüidade intrínseca. Tal ambigüidade reflete a natureza retórica dessa legislação, de lei penal simbólica (Hassemer). Essa lei está menos preocupada em punir efetivamente tais condutas, geralmente realizadas por pessoas de elevado nível social, e mais em alimentar tanto a invisibilidade da desigualdade brasileira, como o mito do direito penal igualitário, e ainda realizar a pacificação das consciências dos movimentos sociais que não conseguem mergulhar profundamente no torvelinho e na opacidade das opressões penais, percebendo os seus conteúdos concretos; porém, ocultos.

Não obstante a Constituição proclamar, no seu art. 5º., XLII, que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”, tais termos são visivelmente contraditórios e denotam a simbologia do campo penal, desmascarando o mito da igualdade penal. As leis que vieram para disciplinar o tema, Lei nº 7.716/89, Lei nº 8.081/90 e Lei nº 9.459/97, evidenciam que tais crimes, embora inafiançáveis e imprescritíveis, não podem e não devem causar grandes constrangimentos aos seus protagonistas, que dificilmente serão levados à prisão em caso de condenação.

No caso da Lei nº 7.716/89, a maioria dos delitos tipificados (arts. 5º, 8º, 9º, 10º, 11º e 12º) são punidos com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, ou seja, menos do que a pena de um furto simples (art. 155). Em todos os casos, ademais, é cabível a hipótese da suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95. O crime mais grave previsto pela lei em tela, constante de seu art. 6º (Recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau), punido com 3 (três) a 5 (cinco) anos de reclusão, aumentada de 1/3 se o crime for praticado contra menor de 18 (dezoito) anos; é, portanto, uma pena inferior à imposta a um furto de veículo que venha a ser levado para outro Estado da Federação (art. 155, § 4º do CP). Além disso, todas as hipóteses previstas na lei admitem, em tese, a substituição por simples penas restritivas de direitos, caso a condenação não ultrapasse os 4 (quatro) anos de reclusão.

Nítidamente, a criminalização do racismo no Brasil beira o paroxismo. Por um lado, crimes inafiançáveis e imprescritíveis; de outro, a fixação de penas que apenas com esforço imensurável poderiam ensejar em pena privativa de liberdade. Aliás, parece uma evidente

contradição considerar inafiançáveis e imprescritíveis crimes que admitem a substituição por pena restritiva de direito ou permitem a suspensão condicional do processo. As demais Leis nº 8.081/90 e 9.459/97 apresentam as mesmas idiossincrasias, nenhuma delas apresentando apenamento superior ao limite de 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão. Assim sendo, enquanto negros e pobres são presos cotidianamente por furtos, ou simples suspeita, em estabelecimentos comerciais, dificilmente um membro dos segmentos dominantes sofrerá as mesmas conseqüências em razão de cometimento de um crime de preconceito de raça ou de cor.

Com efeito, a evidência da violação dos princípios da igualdade e da dignidade humana pelas discriminações raciais e sociais é algo que salta aos olhos no campo penal brasileiro, o que denota as características das estratégias de gestão da subcidadania que esse campo realiza com notável desenvoltura. A gestão da miséria e da exclusão também é largamente percebida não só pelas referidas práticas de genocídio e confinamento da população pobre, mas também no âmbito do próprio processo de criminalização primária. E isto se dá, de fato, pelas evidências insofismáveis, encontradas na legislação, a saber, a de valorizar mais a propriedade que a vida ou a integridade física como bens penalmente tuteláveis, e de imunizar escancarada as classes hegemônicas, de tolerar os delitos dos sujeitos poderosos.⁸⁰

Enquanto a legalidade fetichista é aplicada implacavelmente em relação aos delitos praticados pelos subintegrados e subcidadãos, como pequenos furtos, a criminalidade patrimonial violenta (a venda de drogas a varejo), evidencia-se a completa relação de impunidade no que diz respeito aos delitos praticados pelos sobreintegrados ou sobrecidadãos. No Brasil, afirma Adorno (2002), tudo parece indicar que as taxas de impunidade sejam mais elevadas para crimes que constituem graves violações de direitos humanos, tais como: homicídios praticados pela polícia, por grupos de patrulha privada, por esquadrões da morte e/ou grupos de extermínio, ou ainda homicídios consumados durante linchamentos e naqueles casos que envolvem trabalhadores rurais e lideranças sindicais. Do mesmo modo, parecem altas as taxas de impunidade para crimes do colarinho branco cometidos por cidadãos procedentes das classes médias e altas da sociedade.

4.3.2 A violação da dignidade humana pelas desigualdades de gênero

⁸⁰ Esta evidência já fora apontada de há muito por Santos (2006, p. 111).

As implicações da questão do gênero no controle penal remontam a um amplo debate que, impulsionado pelas teorias feministas do direito (*feminist jurisprudence*), procuram mapear como o discurso jurídico (penal) logrou criar e reforçar a construção de uma imagem específica do universo feminino e, com isso, reproduzir formas de dominação sobre as mulheres. Sem adensar as grandes linhas de tal debate, o que escaparia ao objeto central do presente estudo, importa ressaltar a importância de dois temas fulcrais que permitem visualizar de que maneira o campo penal desvaloriza a mulher como sujeito portador de dignidade racional e fulmina, em grande medida, as possibilidades de um reconhecimento intersubjetivo igualitário.

Não é preciso remontar à imagem demoníaca, inferiorizada e estigmatizada que a doutrina católica medieval pintou sobre as mulheres para postular uma determinação histórica das razões pelas quais, na passagem da organização social feudal ao mundo moderno competitivo, reerguida a distinção entre o espaço público e a esfera privada, as mulheres ficaram remetidas e confinadas no ambiente doméstico (BATISTA *et all.*, 2003).

Em linhas gerais, as análises feministas do direito auxiliaram na compreensão de que o sujeito de direito da modernidade iluminista, representado por um sujeito autônomo, neutro, e sem referências substantivas, reflete a assunção de um ponto de vista do homem branco, adulto e proprietário, que marginaliza e aparta de tal modelo todos aqueles que fossem diferentes. No tocante ao campo penal, os dois temas centrais, que implicam na percepção da supremacia masculina, consistem na intervenção penal como forma de controle social sobre a sexualidade feminina, no tratamento penal da chamada “violência sexual”, e como desdobramento intrinsecamente associado ao primeiro, no tratamento da denomina “violência doméstica”. Esses temas são caracterizados pelo simulacro do “sujeito de direito” e pelo rebaixamento moral, político e jurídico das mulheres, estampados na afirmação daquilo que as teorias feministas descrevem como um direito produto do “patriarcado”, o que fomenta processos de invisibilidade e humilhação.

Como assinalam Bergalli e Bodelón (1992, p. 56), “las mujeres han sido definidas históricamente por el sistema penal y la criminología positivista (...) como sujetos necesitados de tutela, lo que ha comportado una articulación de su control diferente a la de los sujetos masculinos”. Nesse sentido, o direito penal moderno é reflexo de um paradigma, no qual as mulheres são consideradas inferiores ao homem, de modo que a transgressão feminina não será interpretada do mesmo modo que o comportamento de um indivíduo do sexo masculino, senão como um comportamento refratário às expectativas e aos padrões atribuídos ao seu gênero. Nas palavras de Bergalli e Bodelón (1992, p. 56-58),

la conducta sexual y la conducta del trabajo (doméstico fundamentalmente) son los elementos básicos en el mantenimiento de un rol femenino; la transgresión de tal rol fue en diversos aspectos criminalizada y a su vez cualquier comportamiento desviado era relevante en cuanto que ponía en cuestión tal imagen del género. Por lo tanto, la función de la pena fue, por un lado, reconducir a la mujer a un modelo de conducta basado en la castidad y fidelidad sexual y, por otro, hacer aprender a la condenada el trabajo doméstico, considerado fundamental para absorber el rol femenino, pero además importantísimo económicamente, por cuanto que de él depende el trabajo asalariado de otros miembros de la familia.

Se, por um lado, como adverte Baratta (1999, p. 45- 47) , o campo penal “é um sistema de controle específico das relações de trabalho produtivo e, portanto, das relações de propriedade, da moral do trabalho, bem como da *ordem pública* que o garante”; por outro contribuirá para garantir amplamente o controle informal exercido sobre a mulher na *ordem privada*, percebida como a esfera da reprodução, da troca sexual de um casal, da procriação, da família e da socialização primária. Com efeito, o sistema de controle direcionado exclusivamente à mulher é o informal, aquele que se realiza na família, precisamente aquele que é “exercitado através do domínio patriarcal na esfera privada e vê a sua *última garantia* na violência física sobre as mulheres”. Assim, ao lado dos outros sistemas da esfera pública, o penal contribui, de modo integrativo, com o sistema de controle informal que age na esfera privada, na reprodução das relações iníquas de gênero, sendo que “o elemento masculino comum é a violência física (a pena pública ou a pena privada), que age nas duas esferas como modelo de resolução dos conflitos, e constitui, em ambos os casos, a última garantia de controle” (BARATTA, p. 45-47).

Desse modo, a esfera pública, como *locus* da produção material, que concentra as relações de propriedade e trabalhistas (o trabalho produtivo e a moral do trabalho), tem seu protagonismo reservado ao homem, cuja “esteoreotipia correspondente para o desempenho deste papel (trabalhador de rua) é simbolizada no homem racional/ativo/forte/potente/guerreiro/público/possuidor”. Já a esfera privada, percebida como a esfera da reprodução natural, circunscrita à esfera das relações familiares (casamento, sexualidade reprodutora, filiação e trabalho doméstico) “tem seu protagonismo reservado à mulher, por meio do aprisionamento de sua sexualidade na função reprodutora e de seu trabalho no cuidado do lar e dos filhos. É precisamente este o eixo da dominação patriarcal” (ANDRADE, V. 2004, p.261-274). Com efeito, segundo declara Andrade, V. (2004, p. 74)

[...] os atributos necessários ao desempenho deste papel subordinado ou inferiorizado de esposa, mãe e trabalhadora do lar (doméstico), são exatamente bipolares em relação ao seu *outro*. A mulher é então construída *femininamente* como

uma criatura emocional/ subjetiva / frágil/ impotente/ pacífica/ recatada/ doméstica/ possuída.

Esse universo simbólico patriarcal e capitalista governa as ideologias, as estratégias e as práticas instituídas do campo penal. O que importa aqui ressaltar, para os objetivos aqui propostos, é o velamento do reconhecimento intersubjetivo igualitário da mulher, como portadora de mesma dignidade do sujeito racional devotada aos homens. Nesse aspecto a argumentação aqui conflui totalmente com a percuciente análise de Andrade (2004), segundo a qual o simbolismo de gênero, forjado pela cultura patriarcal e capitalista, com sua poderosa estereotipia e carga estigmatizante cotidianamente reproduzidas tanto por homens quanto por mulheres, apresenta, de acordo com Andrade (2004, p. 275),

[...] a polaridade de valores culturais e históricos como se fossem diferenças naturais (biologicamente determinadas) e as pessoas do sexo feminino como membros de um gênero subordinado, na medida em que determinadas qualidades, bem como o acesso a certos papéis e esferas (da política, da economia e da justiça, por exemplo) são percebidos como naturalmente ligados a um sexo biológico e não ao outro. De tal maneira que a mulher é construída como (não) sujeito do gênero feminino.

Portanto, o sistema penal, ao mesmo tempo que integra o controle informal de mercado, reforçando o controle capitalista de classe, constitui-se como determinante

mecanismo público integrativo do controle informal feminino, reforçando o controle patriarcal (a estrutura e o simbolismo de gênero), ao criminalizar a mulher em algumas situações específicas e, soberanamente, ao reconduzi-la ao lugar de vítima, ou seja, mantendo a coisa em seu lugar passivo (ANDRADE, V., 2004, p. 278-279).

Nesse sentido, no que toca ao tratamento penal da “violência sexual e/ou doméstica”, é patente como o sistema repressivo, ao tentar traduzir as lutas e reivindicações das mulheres, distorce a sua voz, e, conseqüentemente forja um produto que reflete e reafirma a imagem do gênero tecida pelo paradigma patriarcal. Paradoxalmente, não obstante o desvelamento proporcionado pela criminologia feminista das funções do sistema penal como instrumento de controle social sobre as mulheres, emergiu, no seio do movimento, uma demanda pela criminalização dos casos agregados em torno do conceito de “violência sexual e/ou doméstica”.

A questão aparece como decorrência da própria reflexão sobre a opressão global das mulheres no sistema patriarcal, da qual a opressão ou violência sexual seria mais uma de suas manifestações, ou ainda, para algumas correntes do feminismo, o próprio núcleo de tal opressão. Mas foi precisamente no período dos retrocessos das conquistas sociais, advindas

com as crises dos regimes do *Welfare State*, que se debilitaram as vozes feministas, as quais advogavam projetos de transformação sociais efetivos e reforçaram-se outras que pleiteavam e reivindicavam a criminalização de conflitos sociais, intersubjetivos, decorrentes da opressão masculina.

Segundo Bergalli e Bodelón (1992), nada obstante muitos grupos de mulheres fizeram do tema da violência sexual um símbolo de problemas mais complexos, como o do mantimento e o da organização da sociedade patriarcal através dos mitos da sexualidade masculina e feminina, ou seja, como expressão de relações de poder desiguais, o processo de criminalização despolitizou a questão que, de um problema social representativo da estrutura de dominação, transformou-se em mero conflito particular, (inter)individual. Em outros termos,

el proceso de criminalización hizo que todos los elementos simbólicos que podían encontrarse expresados en la denuncia de la violencia sexual se vieran negados. Exponer, manifestar la existencia de expresiones diversas de violencia sexual, fue vista por algunas mujeres como una opción para dar palabras, para dar dignidad, subjetividad moral a personas que incluso en ese plano eran negadas. Sin embargo, tampoco este objetivo se conseguiría. La expresión de dicha violencia mediante el sistema penal tiene la perversa consecuencia de convertirlas en víctimas, más que ayudarlas a construir una subjetividad (BERGALLI e BODELÓN, 1992, p. 62).

Assim, a criminalização da violência sexual, no âmbito político, engendrou um direito penal meramente simbólico, o que reforçou a imagem da debilidade feminina e garantiu a reprodução da ótica patriarcal. Isso porque o direito penal foi canalizado para (re)assegurar os mesmos papéis atribuídos às mulheres impostos pela definição hegemônica da realidade social projetada no seio paradigma sócio-cultural (patriarcal e capitalista) da modernidade ocidental.

Nesse sentido, a mulher como ser débil, fraco, necessitado de tutela, e a violência sexual, vislumbrada não como expressão de uma estrutura de dominação, mas como problema meramente inter-individual, contornáveis no palco da reconciliação privada, expressam sensivelmente o despolitizar da questão, o que implica a conservação do rebaixamento político, da invisibilidade pública e da humilhação social sofridas pelas mulheres.

Nesse sentido, conclui Andrade (1999) que o sistema penal, salvo situações contingentes e excepcionais, não é apenas um meio ineficaz para a proteção das mulheres contra a violência sexual, como também é um meio de duplicar a violência exercida sobre elas, dividindo-as, por meio de uma estratégia excludente, ao estabelecer distinções de tratamento segundo a classe social e a moral sexual. Segundo a autora, isso ocorre precisamente porque o direito penal é subsistema de controle social, seletivo e desigual, tanto

de homens como de mulheres e porque é, ele próprio, um sistema de violência institucional, que exerce seu poder e seu impacto também sobre as vítimas. Assim, ao contrário de proteger a mulher, o campo penal reforça e duplica a vitimação feminina, pois, ao lado das diversas agressões sexuais produzidas por ações masculinas, ela torna-se vítima da violência institucional plurifacetada do sistema; um sistema que expressa e reproduz, por sua vez, dois grandes tipos de violência estrutural da sociedade: a violência estrutural das relações sexuais capitalistas (desigualdade de classes) e a violência das relações patriarcais (desigualdade de gênero; tal sistema recria, ainda, os estereótipos inerentes a essas duas formas de desigualdade, particularmente visíveis no campo da moral sexual, na divisão entre mulheres de ‘boa ou má-reputação’, ‘honestas’ e ‘desonestas’ (ANDRADE, V., 1999).

Neste ponto, reside o cerne do problema aqui tratado, precisamente a produção social da invisibilidade e da humilhação social das mulheres reproduzidas, protagonizadas, e muitas vezes amplificadas, pelo campo penal. Isso acontece porque se, de fato, o núcleo do controle feminino no patriarcado é o controle da sexualidade, que implica a preservação da virgindade, da sexualidade reprodutora monogâmica e do zelo pela reputação sexual, a violência contra a mulher será tratada pelo campo penal apenas como violência sexual, e a mulher aparecerá como vítima dessa violência. No entanto, como ressalta Andrade (1999, p. 279), é na

[...] criminalização sexual que o sistema segue, talvez com mais contundência do que em qualquer outra, a lógica da seletividade, acendendo seus holofotes sobre as pessoas (autor e vítima) envolvidas, antes que sobre o fato crime cometido, de acordo com estereótipos de violentadores e vítimas.

A autora constata a operância, no interior do campo penal, de uma “lógica da honestidade”, como sublógica da seletividade, a qual funciona como arsenal simbólico que demarca, de forma discriminatória e excludente, as trincheiras entre as mulheres honestas, que podem ser consideradas vítimas e as mulheres desonestas (das quais a prostituta é o modelo radicalizado), que o sistema abandona na medida em que não se adequam aos padrões da moralidade sexual impostos pelo patriarcado à mulher (ANDRADE, V., 1999).

No dizer preciso dessa criminóloga, reproduz-se no interior do campo jurídico-penal, no que tange ao tratamento dos crimes sexuais, uma espécie de ‘hermenêutica da suspeita’, posto que tanto a imunidade dos agressores quanto a impunidade dos fatos delituosos dependem do grau de ‘credibilidade’ da vítima, da sua reputação, tendo em vista os padrões comportamentais impostos pela moral sexual hegemônica. Sendo assim, argumenta Andrade, V. (1999, p.283),

[...] a mulher que acessa o sistema requerendo o julgamento de uma conduta definida como crime – a ação em regra é de iniciativa privada –, acaba por ver-se ela própria ‘julgada’ (pela visão masculina da lei, da polícia e da justiça) incumbindo-lhe provar que é uma vítima real e não simulada.

No plano legislativo, essas evidências escancaram a violação sistemática da igualdade e da dignidade humana, encontradas no campo penal nas relações de gênero, o que confirma, também nesse aspecto, a hipótese do protagonismo do sistema penal como mecanismo de gestão da subcidadania (feminina). Os revogados arts. 214, 215, 216 e 220 exigiam, explicitamente, da vítima, a qualidade de ‘honesta’, constituindo elemento normativo do tipo penal. No caso do estupro e do atentado violento ao pudor, muito embora os tipos penais prescindam de tal exigência, a lógica da honestidade contamina de forma tão violenta o imaginário punitivo que também determina os julgamentos nesses casos, já que apenas as vítimas honestas podem ser consideradas vítimas de estupro, a despeito do texto legal.⁸¹ Também o fato de a ação penal possuir natureza privada evidencia, cabalmente, a normatização sub-reptícia tanto da lógica da seletividade quanto da sublógica da honestidade da vítima, à medida que constitui importante filtro do processo de criminalização. As chances de mulheres das classes pobres, prostitutas ou não, denunciarem o fato à polícia e exercerem, de fato, o acesso à justiça é evidentemente muito menor.

Conforme percebe Streck (1999), representa evidente inconstitucionalidade o fato de conferir à perseguição um caráter privado, em se tratando de crimes considerados hediondos (estupro e atentado violento ao pudor), delitos de indiscutível gravidade. Portanto, o autor, nos termos de uma revisão hermenêutica do art. 225 do Código Penal, mediante a técnica da nulidade parcial sem redução de texto, demonstra vigorosamente a invalidade do presente dispositivo, se aplicados aos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, classificados como hediondos. Afirma ainda que, “se o legislador entendeu por classificar tais delitos como hediondos, não há qualquer justificativa para mantê-los no rol dos crimes nos quais somente se procede mediante queixa (sic) ou representação” (STRECK, 1999, p. 10). Acrescenta, mais

⁸¹ No plano dogmático, ainda prevalece a noção, também predominante nos Tribunais brasileiros, segundo a qual a condenação por estupro baseado unicamente na palavra da vítima é admissível, “mas devem ser considerados todos os aspectos que constituem a *personalidade da ofendida, seus hábitos, seu relacionamento anterior com o agente, entre outros fatores*”. A decisão do Superior Tribunal de Justiça é emblemática: “A palavra da ofendida, no caso em exame, não é suficiente para gerar credibilidade. Não há certeza de ser ela *moça recatada*”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: RT, 2003, p. 647. A decisão referida, embora deva ser sempre respeitado o contexto fático atinente a cada decisão, já quem nenhum precedente pode ter a pretensão de universalização, sob pena de um profundo equívoco hermenêutico, o importa perceber no *decisum* que a decisão dedica-se a analisar não a violência em si, mas sim a credibilidade da vítima. Ou seja, ao invés de referir-se sobre inexistência de prova da violência ou da grave ameaça, funda a decisão no fato de não haver prova “de ser ela recatada”. De novo a lógica da seletividade e a sublógica da honestidade!

além, a flagrante violação ao princípio da igualdade promovida pelo artigo em tela, uma vez que

[...] institucionaliza uma espécie de ação penal censitária, pela qual somente os bem aquinhoados socialmente é que podem, *sponte* sua, acionar ou até perdoar o agente estuprador, como se o crime de estupro, que violenta a dignidade da pessoa humana, estivesse na esfera de disponibilidade da vítima ou do representante legal (STRECK, 1999, p. 12).

Neste aspecto específico, Streck (1999) considera que a Lei Maria da Penha representa um avanço, no sentido de que a republicização dos conflitos envolvendo a violência contra a mulher podem incrementar o debate acerca da ação penal nos crimes de violência sexual, já que também o faz em relação às lesões corporais.⁸²

Sendo assim, parece manifesto que o campo penal não protege, porque não representa de fato a sua função real, a liberdade sexual feminina, mas, ao contrário, a perverte (a mulher que diz não quer dizer talvez; a que diz talvez quer dizer sim, e a que diz não, não é, em absoluto, uma mulher), de modo que, como salienta Andrade, V. (1999, p. 288),

[...] o SJC [Sistema de Justiça Criminal] é ineficaz para proteger o livre exercício da sexualidade feminina e o domínio do próprio corpo. Se assim fosse, todas as vítimas seriam consideradas iguais perante a lei e o assento seria antes no fato crime e na violência do que na conjunção carnal. E teriam do sistema o *reconhecimento* e a solidariedade para com a sua dor. Não é casual que ocorra o inverso.

Em palavras ainda mais vigorosas, Andrade, V. (1999, p. 288) afirma que

a sexualidade feminina referida ao coito vaginal diz respeito à reprodução. E a função reprodutora (dentro do casamento) se encontra protegida sob a forma da sexualidade honesta, que é precisamente a sexualidade monogâmica (da mulher comprometida com o casamento, a constituição da família e a reprodução legítima), de modo que protegendo-a, mediante a proteção seletiva da mulher honesta, se protege, latente e diretamente, a unidade familiar e, indiretamente, a unidade sucessória (o direito de família e sucessões) que, em última instância, mantém a unidade da própria classe burguesa no capitalismo.

Portanto, como lembra exemplarmente Streck (1999, p. 86-87), “não é o só o problema da mulher, mas o problema dos (demais) setores oprimidos da sociedade. A questão da mulher (e seu mau trato pelo Direito e pela dogmática jurídica)” deve ser interrogada a partir do contexto das crises do Estado e do Direito, refletindo, essencialmente, a própria forma como a mulher insere-se no conflito de classes da sociedade. De fato, também no caso

⁸² Lembre-se que o artigo 225 do CP impõe, como regra, que a iniciativa da persecução penal é privada, sendo que se a vítima for pobre ou o crime for cometido com o abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, a ação será pública (condicionada à representação no primeiro caso). Será pública incondicionada apenas nos casos de “violência real”.

dos conflitos e das discriminações de gênero, parece evidenciar-se que os acordos pré-reflexivos, que sustentam as instituições e práticas modernas, determinam a produção social da invisibilidade feminina, ao fundar a imagem da mulher como portadora de um *habitus* precário, ou seja, de um certo tipo de personalidade que não atende exemplarmente às demandas do papel de produtor e cidadão.

Em relação à violência doméstica, a estigmatização feminina permanece inalterada no campo jurídico-penal brasileiro, mesmo com o advento recente da Lei nº 11.340/06, a denominada lei Maria da Penha. A referida lei, com o intuito de superar o forte ataque direcionado aos mecanismos albergados pela Lei dos Juizados Especiais Criminais (9.099/95), considerados pelos críticos como um paradigma que havia contribuído para a impunidade e banalização da violência doméstica contra a mulher, em razão da aplicação simbólica da cesta básica, a despeito do seu entusiasmo repressivo, parece vir na contramão dos próprios interesses que visa remediar. Isso porque a citada lei também não recepciona o “paradigma de gênero” à medida que exclui a participação da mulher da solução do conflito, atribui-lhe apenas a qualidade “vítima” e contribui, ademais, para transformar um grave problema social num conflito meramente interindividual (CELMER, 2007).

A nova lei, ressalta Karam (2006, p. 7), reduz a mulher a uma condição “objetivamente inferiorizada, ocupando uma posição passiva e vitimizadora, tratada como alguém incapaz de tomar decisões por si própria”, terminando por “instrumentalizar a materialização de concepções discriminatórias”. O rigor repressivo, a modificação da competência e a ‘reordinarização’ do rito processual vêm, ao contrário do esperado, reduzindo drasticamente o número de denúncias por partes das mulheres, principalmente quando descobrem que seus cônjuges podem ter, inclusive, a prisão preventiva decretada. Trata-se, pois, de perceber que a dupla vitimação, operada pelas agências do sistema penal, também aqui, não deixa de operar. As delegacias de polícia e as demais instâncias encarregadas do tratamento do tema, despreparadas técnica e conceitualmente para o enfrentamento do problema, tendem a desvalorizar os presentes conflitos, vistos como ‘briga de marido e mulher’, em que a mulher muitas vezes aparece como a ‘provocadora’.

Em termos legislativos, a nova lei apresenta inúmeras contradições que denunciam a sua limitação aos marcos do paradigma patriarcal, da lógica da violência doméstica, quase sempre também violência sexual, como problema privado e não essencialmente público. Por exemplo, o art 16 da Lei 11.340/06 amplia o prazo da *renúncia* à representação (o correto tecnicamente deveria ser *retratação*), podendo ser manifestada após o oferecimento da denúncia, desde que antes da decisão de sua admissibilidade, diferentemente do que proclama

o art. 25 do Código de Processo Penal, que a restringe ao ato de oferecimento. Portanto, apresenta tratamento mais benigno, impondo a realização de uma audiência especialmente designada para tal finalidade, o que evidencia a lógica da reconciliação privatista. A exigência de representação para determinados tipos de lesões corporais corrobora ainda mais esta lógica da privatização das agressões.

Outra contradição bastante visível consiste, a toda evidência, no tratamento injustificado que recebem determinadas condutas albergadas sob o rótulo de ‘violência doméstica ou familiar contra a mulher’. Exemplarmente, uma injúria praticada contra a mulher, desde que decorrente de uma relação de gênero, ou seja, “no âmbito da unidade doméstica, (...) no âmbito da família, (...) ou em qualquer relação íntima de afeto, no qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independente de coabitação” (Lei 11.340/06), afasta-se da aplicação da Lei 9.099/95, por força do disposto no art. 41 da referida lei. Já uma lesão corporal leve, cuja pena é o dobro da injúria praticada contra um idoso ou uma criança, é tratada como um crime de menor potencial ofensivo. Ressalte-se, ainda, que no primeiro caso o autor pode, inclusive, ter a sua prisão preventiva decretada, o que seria quase impossível na segunda hipótese.

Resta evidente, portanto, como apontam Celmer e Azevedo (2007), que o conflito social subjacente à violência doméstica não pode ser vislumbrado apenas sob a ótica criminalizadora. O aumento do rigor punitivo, a reafirmação do rito ordinário para a apuração e o processamento dos casos de violência doméstica não levam em conta a relação íntima existente entre vítima e acusado, não sopesa a pretensão da vítima nem tampouco seus interesses e necessidades (CELMER e AZEVEDO, 2007). As relações de gênero são construídas social, política e eticamente, sendo que a contribuição da incidência criminalizadora tem se mostrado inócua quando não nociva à superação das dinâmicas das opressões de gênero.

4.3.3 A violação da dignidade humana pela matriz da intervenção moral: a questão do uso de drogas

Dentre as formas de rebaixamento político, que fabricam invisibilidade e humilhação, a manipulação do sistema penal como forma de ‘intervir moralmente’ remonta ao discurso penal anti-judaico do reino visigótico e ao sistema de moral escolástica, edificador do direito

penal e penitencial canônico. Tal rebaixamento faz do poder punitivo um aliado na destruição da dissidência religiosa.

Com seu peculiar rigor histórico, assevera Batista (2003, p. 163-164) que, exemplarmente, na Idade Média,

[...] a promiscuidade conceitual entre delito e pecado, da qual resulta a sacralização do primeiro e a politização do segundo, abrirá ao direito penal canônico uma perspectiva de intervenção moral comparável a poucas experiências judiciais da antiguidade, e cabalmente inédita quanto ao totalitarismo do discurso e à expressão quantitativa de suas vítimas. Essa intervenção moral do sistema penal estará doravante legitimada para ocupar-se do pensamento, porque o pecado (e logo, o delito) pode perfeitamente residir no pensamento, seja ele uma inquietação herética ou um desejo sexual nefando.⁸³

Assim, a matriz da intervenção moral, incrustada no campo penal, proveniente do ranço da herança ibérica, legitima as atuais práticas de criminalizar do uso de drogas e de considerar o usuário como ser moralmente inferior, um não-sujeito, necessitado de tutela e de recondução aos padrões morais e comportamentais da sociedade competitiva e individualista.

De fato, historicamente, o cuidado com a sanidade das relações sociais e com os indivíduos, a busca incessante pela higienização do corpo social, concretizam-se, insistentemente, por meio de estratégias de banimento da dissensão, das fissuras na ordem simbólica instituída. Por esse motivo, a criminalização do uso de drogas corresponde, indisfarçavelmente, à indução de políticas de controle social sobre grupos considerados disfuncionais, perigosos, perturbadores, para uma específica definição dominante da realidade social.

Nos EUA do início do século XX, lembra Rodrigues (2004, p. 137-138), que, antes mesmo da elaboração das primeiras leis proibicionistas,

[...] o moralismo organizado e não-organizado já identificava o consumo de substâncias indutoras de estados alterados de consciência aos hábitos de minorias estigmatizadas. Assim, os negros eram identificados como consumidores de cocaína; os chineses, como viciados em ópio; os irlandeses, como inveterados bebedores de álcool; os mexicanos e outros hispânicos, como indolentes e lascivos fumadores de maconha. (...) A ameaça parte ‘de baixo’, das vielas e cortiços, dos homens com costumes ‘anômalos’ e línguas incompreensíveis, das doutrinas revolucionárias e instabilizadoras, do outro que está dentro como peste.

⁸³ Nas preciosas palavras de Batista (2003, p. 165) “o sistema penal canônico se apresenta, assim, como o instrumento de uma ordem totalizante e inexorável, que não admite contestação ou desobediência, e a submissão do réu é recortada também a partir de uma drástica redução na operatividade de sua defesa. Sem trocadilho, a repressão às heresias cria o maniqueísmo penal, onde uma ordem virtuosa, representada pelo tribunal canônico, contempla o desviado inerme, cuja alma deve ser reconduzida ao grande programa salvacional da igreja, ainda que ao custo de seu extermínio físico”.

Com efeito, expõe-se um elo visível entre a proibição das drogas e o incremento das estratégias de controle penal sobre as classes e grupos estigmatizados. A sobreposição entre ‘classes perigosas’, ‘viciados’ e traficantes provou-se largamente poderosa, ao justapor três planos de graves ameaças à imagem da ordem dominante: à moral, à saúde pública e à segurança pública. De outra sorte, no Brasil, ‘do estigma para a criminalização’, o ritmo foi ditado, como nos Estado Unidos, pela capacidade das práticas sociais e de governo conectar ‘grupos’ e ‘venenos perigosos’ (RODRIGUES, 2004, p. 140).

Batista, N. (2002) identifica, com precisão, os contornos históricos desta matriz de intervenção moral que ainda se encontra na base da política criminal de drogas no Brasil, uma “política criminal com derramamento de sangue”. Num primeiro momento, o autor constata que

[...] a inquisição nos permite compreender que o dogmatismo legal, com sua aversão ao pluralismo jurídico, é condição necessária para uma criminalização do diferente, criminalização esta que sinaliza a coercitividade do consenso e o reforça através da manipulação dos sentimentos ativados pelo episódio judicial (BATISTA, N. 2002, p. 238).

Todos esses mecanismos persistem à descriminalização histórica da heresia e podem ser facilmente entrevistados em plena vitalidade no século, que ora se encerra com clareza em contextos mais politizados (judeus perante a ordem nazista, socialistas perante tribunais militares no Cone Sul, etc.); porém, sem muito esforço em conjunturas de conotações políticas ocultas, dissimuladas, (a guerra santa contra as drogas e o traficante-herexe que pretende apossar-se da alma das crianças). Em seguida, o autor conclui que tal herança histórica alimenta o atual modelo bélico, genocida, da política de drogas, no qual , de acordo com Batista, N. (1997, p. 143),

a droga se transforma no grande eixo – o mais impertubavelmente plástico, capaz de acionar motivos religiosos, morais, políticos e étnicos – sobre o qual se pode reconstruir a face do inimigo (interno) também num compatriota; no Rio de Janeiro, na figura de um adolescente negro e favelado que vende maconha ou cocaína para outros adolescentes bem nascidos.

Nesse sentido, vê-se claramente que “o problema do sistema não é a droga em si, mas o controle específico daquela parte da população considerada perigosa” (BATISTA, N., 2003, p. 81). Aos adolescentes bem nascidos, aplica-se o modelo de controle médico, de tratamento e recondução às imagens dominantes da boa ordem da sociedade. Aos jovens invisíveis e

humilhados, destina-se toda a brutalidade do encarceramento ou a insanidade genocida da eliminação física.⁸⁴

A intervenção punitiva, no domínio das drogas, retrata, visivelmente, além de um sensível olhar discriminatório e excludente, ao visualizar como moralmente inferiores indivíduos ou grupos que decidem livremente pelo uso de substâncias consideradas ilícitas pela ordem dominante, a divisão de classes da sociedade, que seleciona, segundo a cor e o *status* social, aqueles passíveis de recondução aos padrões considerados convenientes à reprodução da boa sociedade, ordeira e justa.

No plano legislativo, essa evidência estampa-se na nova lei 11.343/06, que radicaliza a diferenciação de tratamento entre o traficante, visto a partir do paradigma do direito penal do inimigo, vez que as condutas previstas no art. 33 da referida lei, além de possuírem um apenamento semelhante ao do homicídio cometido “por motivo de relevante valor social ou moral”, e superior à da lesão corporal seguida de morte, são equiparadas aos crimes definidos como hediondos. Portanto, como tais são “inafiançáveis e insusceptíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada à conversão de suas penas em restritivas de direitos” (art. 44) (LEI 11.343/06).

Já o tratamento do uso de drogas, a despeito de sua inconstitucionalidade manifesta, impõe a lógica do tratamento, respaldada pelo modelo sanitário. Nitidamente, o modelo imposto pela nova lei assume o paradigma da intervenção moral, visto que criminaliza um comportamento pessoal que não atinge bens jurídicos ou direitos alheios, mas tão-somente determina pela coação determinados padrões de comportamento que reforçam concepções exclusivamente morais. Esse modelo rompe, assim, com os princípios da secularização e da tolerância, bem como agride os direitos constitucionais à intimidade, à vida privada e à liberdade de convicção filosófica (autonomia moral). Ademais, a natureza essencialmente abstrata do “bem jurídico” tutelado (saúde pública), sem nenhuma relação concreta com a esfera da dignidade pessoal de sujeitos também concretos estabelece, segundo Carvalho, S. (2007, p. 253) “uma espécie de (neo)espiritualização do valor ou interesse de tutela, ferindo abertamente os princípios da lesividade, da economia da proibições penais, da proporcionalidade, da necessidade e da intervenção mínima do direito penal”.

Adicionalmente, Carvalho, S. (2007) percebe a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei, ao introduzir a possibilidade de aplicação cumulativa de pena e de medidas restritivas, o que

⁸⁴ Em Batista (2004, p. 156), a autora ressalta que “as cruzadas contra as drogas, essa combinação de elementos morais, religiosos e de confronto, produzem um direito penal sem fronteiras forjando em Bangu I algo que aspira ser muito parecido com as imagens sinistras dos prisioneiros de Guantánamo”.

constitui afronta ao princípio do *ne bis in idem*. Com efeito, “a possibilidade de o magistrado aplicar advertência verbal e prestações comunitárias ou qualquer dessas hipóteses acrescida de medida educativa deflagra dupla incriminação pelo mesmo fato”. Também a previsão legal da pena de admoestação reflete nítido caráter anti-secular e intolerante da legalidade penal no Brasil (CARVALHO, S. 2007, p.267).

De novo, estão em jogo na criminalização das drogas a gestão da subcidadania; o efetivo controle do sujeito considerado inútil e improdutivo, não portador da dignidade do sujeito racional e, portanto, não dotado do reconhecimento intersubjetivo que lhe determina o *status* de cidadão, seja em razão da tóxico-dependência, ou simplesmente em razão do uso eventual ou reiterado de substância alteradora do estado de consciência, induz tratar-se de sujeito inadaptado, rebelde, ou moralmente inferior.

CAPÍTULO V-

Direito penal, comunidade e justiça: (in)visibilidade, reconhecimento as possibilidades hermenêuticas dos princípios da igualdade e da dignidade humana no campo penal

O objetivo do capítulo final é, precisamente, a partir da inflexão constitucional dos horizontes simbólicos da igualdade e da dignidade humana, operar a (re)construção hermenêutica desses horizontes, agora como princípios jurídicos, visando sua aplicação e concretização no campo penal. Intenta-se, portanto, mapear os horizontes de sentido do direito penal no contexto do Estado Democrático de Direito, esquadrihando-os desde os pontos de vista da comunidade e da justiça. Trata-se, pois, a partir da hermenêutica filosófica, de postular uma crítica do paradigma jurídico positivista, na tentativa de indagar aquilo que está ‘por detrás’ dos problemas e pressupostos fundamentais da ciência jurídica tradicional, a fim de evidenciar que os ‘pré-conceitos’ ou a ‘pré-compreensão’ constitui uma condição transcendental para o entendimento de conteúdos das significações jurídicas e, com isto, engendrar horizontes simbólicos para a construção de uma dogmática transformadora (KAUFFMAN, 2002).

5.1 Linhas iniciais da (re)construção hermenêutica dos princípios da igualdade e da dignidade humana no campo jurídico-penal

A necessária (re)construção da igualdade e da dignidade humana, como princípios aplicáveis ao sistema de justiça penal, constitui tarefa de extrema complexidade ante a apontada naturalização da desigualdade presente tanto nas instituições quanto nas práticas jurídico-penais instituídas. Tal empreitada parece consolidar-se como imprescindível contrapondo à materialização do sistema penal como mecanismo de gestão da subcidadania no Brasil.

Assim é que, a partir da justificação filosófica e jurídico-constitucional dos princípios em tela, pretende-se abrir caminhos nas direções traçadas pelos questionamentos suscitados na introdução do presente estudo. Assim, à esteira da hermenêutica filosófica, intenta-se estabelecer critérios interpretativos desses princípios nucleares da rede simbólica jurídico-constitucional. Esses critérios devem ser vislumbrados tanto como barreiras de demarcação

das fronteiras do direito penal, como estratégias de tratamento dos conflitos sociais, quanto como ‘fundamentos’ hermenêuticos basilares de aplicação da lei penal nos casos concretos.

A exploração hermenêutica dos princípios da igualdade e da dignidade humana parte da necessidade de superação dos paradigmas jurídicos tradicionais, especialmente do modelo (neo)positivista da ciência jurídica, a partir do qual, segundo Kauffman (1995, p. 14), a “Hermenêutica no es un método, sino Filosofía trascendental [...]”, e ademais “[...] se caracteriza por abolir la concepción objetivista del conocimiento, que gira sobre el contraste sujeto-objeto”. Portanto, a compreensão dos princípios analisados implica, sobretudo, perceber que o conhecimento da realidade é conjuntamente um processo objetivo e subjetivo em “que el sujeto cognoscente se introduce a sí mismo en el ‘horizonte del conocer’ y, en vez de limitarse a recibir pasivamente en su conciencia el objeto a comprender, contribuye a construirlo”(KAUFFMAN, 1995, p. 14). Como adverte Streck (2006, p.06), “os princípios vêm a propiciar uma nova teoria da norma (atrás de cada regra há, agora, um princípio que não a deixa se ‘desvencilhar’ do mundo prático)”, o que importa reconhecer, também, que “o modelo de conhecimento subsuntivo, próprio do esquema sujeito-objeto, tinha que ceder lugar a um novo paradigma interpretativo”.

Assim sendo, enquanto valores, a igualdade e a dignidade humana situam-se no plano axiológico, daquilo que é bom, correto, justo.⁸⁵ Já na qualidade princípios, apresentam natureza deontológica, isto é, de um dever-ser, aquilo que é proibido, permitido, obrigatório, mandado. No entanto, as duas faces possuem uma conexão íntima entre si, visto que os valores constituem o conteúdo dos princípios, pois estes sempre representam exigências de justiça, equidade, decência, ou alguma outra dimensão da moral (DWORKIN, 1977, p. 22).⁸⁶

⁸⁵ Na síntese de Abbagnano (1996, p. 993 destaque do autor) , o *valor* não se restringe à preferência ou ao objeto de preferência, mas é o preferível ou desejável, o objeto de uma antecipação ou de uma expectativa normativa. Por outro lado, não se trata de um mero ideal que possa ser total ou parcialmente posto de lado pelas preferências ou escolhas afetivas, mas é guia ou norma – nem sempre seguida – das escolhas e, em todo caso, seu critério de juízo. Por essa razão, “a melhor definição de valor é a que considera como *possibilidade de escolha*, isto é, como uma disciplina inteligente das escolhas, que pode conduzir a eliminar algumas delas ou a declará-las irracionais ou nocivas, e pode conduzir (e conduz) a privilegiar outras, ditando a sua repetição sempre que determinadas condições se verifiquem. Em outros termos, uma teoria do valor, como crítica dos valores, tende a determinar as autênticas possibilidades de escolha, ou seja, as escolhas que, podendo aparecer como possíveis sempre nas mesmas circunstâncias, constituem pretensão do valor à universalidade e à permanência”.

⁸⁶Em outra perspectiva, Alexy (1999, p. 144) também visualiza esta conexão íntima entre os princípios e a moral. De fato, aduz Alexy, “el carácter de los principios significa que no se trata simplemente de normas vagas, sino que con ellas se plantea una tarea de optimización. Dicha tarea es, en cuanto a la forma, jurídica; en cuanto al fondo, sin embargo, es siempre también moral, a causa de su contenido moral”.

Nesse exato sentido, Streck (2007, p. 176) afirma que

[...] direito e moral são co-originários porque o direito do Estado Democrático de Direito, sustentado nos princípios que traduzem o mundo prático, origina-se de um lugar que não prescinde (mais) da moral. A moral não é (mais) instância paramétrico-corretiva, pela simples razão de que a fundamentação moral já está co-originiariamente referida ‘ao direito gerado democraticamente’ e juridicamente institucionalizado.

Tradicionalmente, no entanto, os princípios jurídicos não possuíam a importância que lhes devotam atualmente as teorias e a filosofia do direito. No universo do paradigma positivista (ou do neopositivismo lógico) isso se justifica à medida que se buscavam, sobretudo, os ideais de certeza, previsibilidade e segurança jurídica, numa concepção de ciência do direito circunscrita aos dogmas da unidade, da coerência e da completude do ordenamento jurídico. Ao lado deles, impunha-se ainda o rigorismo lingüístico como paradigma de cientificidade, tanto da atividade interpretativa quanto teórica do afazer jurídico. Ademais, Streck (2007, p. 163) destaca que os velhos princípios gerais do direito possuíam a mera função integradora de “fechamento do ordenamento”, proporcionando, deste modo, ainda mais discricionariedade ao intérprete e aplicador da lei.

Nesse sentido, os princípios denotavam apenas uma espécie de regra de distinto grau, de natureza mais genérica, abstrata e imprecisa, apenas invocada como mecanismo lógico-dedutivo de integração das lacunas e antinomias do direito positivo. Esses princípios aparecem sob a denominação nitidamente formalista de “princípios gerais do direito”, ou seja, repertórios semanticamente disponíveis ao intérprete para cimentar a unidade, a coerência e a completude do ordenamento.

As discussões atuais aprofundam um amplo debate em torno do entendimento dos princípios jurídicos a partir da distinção conceitual amplamente repisada, não obstante pouco frutífera, entre princípios e regras como categorias diferentes de normas jurídicas, bem como de seus critérios específicos de aplicação. No entanto, tais propostas aparecem ainda amplamente arraigadas ao paradigma da filosofia da consciência e à matriz analítica da ciência do direito, ao postularem tanto o rigorismo lingüístico como critério de cientificidade de seu estatuto epistemológico quanto o tradicional esquema sujeito-objeto como ponto de partida para a compreensão dos fenômenos.

Do ponto de vista do paradigma analítico, a proposta conceitual de Ávila (2004, p. 70) estabelece que

[...] os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Nesse sentido, tais princípios estabelecem um fim a ser atingido, uma idéia que exprime uma orientação prática, segundo a qual o elemento constitutivo fim é a fixação de um conteúdo como desejado.

Ainda mais imerso no modelo objetivista e formalista, a posição de Correas (1992, p.82) proclama que os princípios são “aquellas proposiciones que justifican, antes que ninguna outra, la normatividad o deonticidad de las normas concretas”. Em outras palavras, “se considerarán ‘principios’ en el orden normativo a todas aquellas proposiciones, descriptivas o deónticas, a partir de las cuales alcanzan fuerza obligatoria las normas”. Para Correas (1992, p. 82)

[...] estos principios han de ser: i) lógicamente ‘anteriores’ a las normas justificadas; ii) han de ser también más o igualmente universales que las normas que justifican y iii) deben revestir, al menos de uno de ellos, carácter normativo, de modo de poder servir lógicamente de fundamento racional de las proposiciones normativas.

Para o autor, os princípios apresentam uma inequívoca “dimensão objetiva”; diante disso quer designar “a la independencia de las cualidades de ciertos objetos respecto de las percepciones, actitudes o valoraciones del sujeto”. Correa (1992, p.83) afirma que

[...] en el orden deóntico normativo, esto significa que al hablar de la obrigatoriedad ‘objetiva’ de las normas, se hace referencia a que ellas no reciben su fuerza obligatoria o su contenido, o ambos, de la mera creación del sujeto, sino que, de algún modo, ellas provienen de una realidad independiente del sujeto mismo. De este modo, la justificación objetiva de las normas y principios supone una cierta independencia de las fuentes de la obrigatoriedad normativa respecto de las opiniones o de las meras construcciones racionales del sujeto.

Em outra perspectiva, mas igualmente ancorada em pressupostos metafísicos, analíticos e dedutivistas, Pérez Luño (1997) destaca que os princípios apresentam contornos variados, desde sua clássica aparição no direito romano, sintetizados não como elementos apriorísticos, prévios às pautas ou máximas decisórias abstratas, mas como sínteses obtidas *a posteriori*, por via da recapitulação do direito preexistente. É desse modo que o autor busca

reconduzir a variedade de enfoques e construções teóricas sobre os princípios aos termos de três acepções distintas. Em uma primeira acepção, os princípios atuam como *metanormas*. Trata-se, no dizer do autor, do seu significado *metodológico*, em que aparecem entendidos como *principia cognoscendi*, é dizer, como regras orientadoras para o conhecimento, para a interpretação e para a aplicação de todas as demais normas jurídicas.⁸⁷

Em uma segunda acepção, os princípios jurídicos apresentam um sentido primordialmente *ontológico*, atuando como *principia essendi*, aos quais remete o sistema jurídico na qualidade de fontes normativas fundamentais. Para Pérez Luño, é importante advertir que, nesta acepção, a juridicidade dos princípios obedece a sua própria condição de elemento ou parte integrante do ordenamento, que se refere a eles de forma expressa ou tácita. Todos os princípios políticos inspiradores do sistema jurídico possuem, segundo o autor, essa dimensão ontológica, precisamente por configurarem aquilo que se está denominando, com apoio em Castoriadis e François Ost, de fontes imaginárias da Constituição da comunidade. Nesse sentido, “nos es ocioso aclarar que la dimensión de los principios se predica aquí respecto a su función, en cuanto manifestaciones del ‘ser’ del derecho; es decir, en su condición de elementos integrantes del sistema de fuentes normativas (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 17).

Por último, o autor espanhol assevera que os princípios podem entender-se também em sua dimensão *axiológica*, como *prima principia*, axiomas ou postulados éticos que devem inspirar toda a ordem jurídica. Segundo Pérez Luño (1997, p. 18) “en esta acepción lingüística se entiende que los principios son jurídicos porque el derecho se remite a ellos como término o canon de aspiración (...); o bien porque se oconsidera que deben ser parte integrante del ordenamiento jurídico de un Estado de derecho”⁸⁸.

⁸⁷ A aplicação dos princípios demanda uma teoria da norma que ultrapassa a ingênua visão positivista da subsunção lógico-formal, bem analisada por Philips (1997, p. 17).

⁸⁸ O autor, no entanto, defende a idéia de que os princípios jurídicos constituem verdadeiros exemplos de mitos (jurídicos), de “entes que não existem”, de realidades puramente abstratas, na medida em que apresentam características semelhantes aos mitos em geral, especialmente a de forjar imagens inexistentes ou meras abstrações. Esta constatação reside, segundo sugere, no fato de que a linguagem dos princípios jurídicos é uma linguagem de referências constantes e inevitáveis a outras fontes do direito. Não obstante, adverte Pérez Luño (1997, p. 21-22), a ausência de realidade e substância inerente aos princípios jurídicos seriam válidas apenas para as suas acepções ontológica e axiológica, não alcançando a sua dimensão metodológica. Segundo o autor, a consideração dos princípios como “normas de segundo grau”, que indicam como devem interpretar-se as normas de primeiro grau ou, ainda, como “mandados de otimização”, que podem ser cumpridos em diferentes graus tendo em vista as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, permitiriam avaliar a importância sistemática da autonomia de seu estudo. Mas, mesmo aqui, ressalta ele, resulta discutível a autonomia dos princípios, que permanecem relegados a meros métodos ou pautas interpretativas: seja de caráter lógico, tendentes a garantir a correção formal do sistema jurídico; ou teleológico, destinados a maximizar o alcance de determinados valores ético ou políticos.

Visivelmente, a classificação proposta, associada a afirmativa acerca da irremediável natureza mítica dos princípios, não no sentido de instituição simbólica, mas apreendidos como meras realidades abstratas, ‘entes que não existem’, deixam de perceber adequadamente a dimensão dos princípios como fontes imaginárias do Direito, dotados de validade jurídica, ou ainda, de “magmas de significações”, produtos de significações sociais que emergem do embate entre posições instituídas e forças instituintes. Efetivamente, também os princípios possuem a característica de sistemas simbólicos sancionados. Portanto, não podem ser vistos como entes abstratos derivados da razão ou da natureza das coisas, entidades supra-positivas, como advogam as correntes jusnaturalistas; nem tampouco podem ser vistas como puras normas gerais tácitas, contidas no próprio ordenamento e apreensíveis mediante um processo indutivo a partir de leis particulares, como nas posturas positivistas; mas como imaginário efetivo, modo-de-ser da sociedade num dado momento de sua história, aquele feixe de sentidos que estabelece as condições de possibilidade da instituição da sociedade.

Fica evidente, portanto, que tais posturas são representativas da visão predominantemente idealista ou positivista da ciência do direito, na medida em que os princípios aparecem como proposições lógicas que buscam justificar dedutivamente as demais normas do sistema, operando como premissas objetivas de fundamentação. Atualmente, Alexy (2001), não obstante oferecer inúmeros contributos ao estudo dos princípios, prende-se radicalmente aos pressupostos da matriz jurídica analítica. O autor busca estabelecer uma metodologia argumentativa lógico-dedutiva, amplamente assentada no paradigma epistemológico da filosofia da consciência, calcado na superada relação sujeito-objeto, para estabelecer um método de “ponderação dos princípios”, articulado como mecanismo capaz de assegurar a regularidade dos processos de sua aplicação. Com efeito, Alexy postula uma conexão conceitual necessária entre direito e moral. Sendo assim, os princípios representam justamente a expressão desse atrelamento, vislumbrados como “mandados de otimização”. Esses princípios ordenam que algo se realize na maior medida possível, tendo em vista as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. O autor sustenta, porém, que tais princípios apresentam o método da ponderação como a forma característica de sua aplicação.

Ainda aliado aos pressupostos epistemológicos do tradicional esquema sujeito/objeto, Alexy (2001) apresenta uma concepção de racionalidade “procedimental-universalista”. Para ele, a racionalidade do discurso prático encontra-se vinculada à satisfação de um sistema de regras que determinam e condicionam o argumentar prático-racional. Assim, “a razão prática pode ser definida como a faculdade que permite chegar a juízos práticos de acordo com este sistema de regras”. Nesse sentido, “um enunciado normativo é correto ou verdadeiro quando

pode ser resultado de um determinado procedimento, do discurso racional”. Portanto, na visão de Alexy, “é o procedimento que cada vez mais define o que é o direito” (SAAVEDRA, 2006, p.102-118).

Importa perceber que os princípios, desde a análise de Alexy (2001), compõem uma classe distinta de normas, que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Os princípios possuiriam, no dizer do autor, um caráter ideal, implicando a possibilidade de eles serem aplicados “em diferentes graus”, o que permitiria defini-los como “mandados de otimização”, devendo ser aplicados, em cada caso, a partir um procedimento de ponderação.⁸⁹ Muito embora aprisionado no paradigma da filosofia da consciência, na busca de um fundamento último e de um meta-critério de interpretação das normas (regras e princípios), a proposta de Alexy (2001), sem dúvida, contribui para a ampla aplicação dos princípios jurídicos para o fim de formular *standards* capazes de aferir a racionalidade da decisão encontrada, assim como a possibilidade de justificar os resultados da ponderação a partir de parâmetros fornecidos pela própria racionalidade prática.

Seguindo a mesma trilha, Sarlet (2004) destaca que, na sua perspectiva principiológica – e hermenêutica, poder-se-ia acrescentar – os princípios, em particular o da dignidade da pessoa humana, devem atuar como um mandado de otimização, ordenando algo (no caso, a proteção e promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. De outro lado, como regra definidora de prescrições imperativas de conduta, o conteúdo da regra da dignidade decorreria do processo de ponderação que se opera no nível mais elevado do princípio da dignidade, levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto. Ademais, assinala o autor, que tal princípio, percebido a partir de uma acepção rigorosamente moral e jurídica, encontra-se vinculado à simetria das relações humanas, de tal sorte que a sua intangibilidade resulta justamente das relações inter-pessoais marcadas pela recíproca consideração, respeito e reconhecimento.

A proposta de Alexy (2001), no entanto, não supera o modelo dedutivista e representacional do raciocínio jurídico, que conduz o processo de aplicação dos princípios a

⁸⁹ A partir da polêmica com Dworkin, sobre a distinção entre princípios e regras como classes de normas, o autor alemão afirma “el punto decisivo para la distinción entre reglas e principios es que los *principios* son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, *mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario” (ALEXY, p. 143).

um beco sem saída, ou seja, ao procedimentalismo metodológico que amplia sobremaneira a discricionariedade do intérprete. Como bem destaca Streck (2007, p.180), a teoria da argumentação hierarquiza os princípios e os desloca “em favor da ‘subjetividade’ (assujeitadora) do intérprete”. Com efeito, o cerne da problemática está na continuidade da delegação da ponderação, isto é, do processo de escolha do princípio a ser aplicado ao sujeito da filosofia da subjetividade, já que a ponderação implica sempre em uma escolha ‘subjetiva’ do aplicador.

De outra sorte, superando esta perspectiva filosófica, o paradigma hermenêutico mobiliza uma nova análise dos princípios jurídicos, vistos agora sob o ponto de vista da *diferença ontológica* e da *circularidade da compreensão*. Isso se deve ao fato de que, como ressalta Streck (2005, p. 292),

[...] a (pretensa) plenipotenciariiedade da regra – como fonte e pressuposto do sistema – cede lugar aos textos constitucionais que darão guarida às promessas da modernidade contidas no modelo do Estado Democrático (e Social) de Direito. Implica, assim, introduzir valores, abrindo espaço para a própria positivação dos princípios e, desse modo, do conteúdo moral (co-originário) do direito.

Desse modo, na sua expressão lingüístico-normativa, os princípios jurídicos, assim como a própria linguagem do direito em geral, não podem jamais reduzir-se a premissas meramente abstratas a partir das quais se deduziriam sentidos por meio de procedimentos (métodos) rigorosos de interpretação. Nenhum álbi teórico-metodológico é capaz de libertar o processo interpretativo da imensa riqueza da realidade. De modo geral, os princípios sempre permanecem reféns da linguagem corrente. Precisam retratar aquela riqueza ilimitada com meios limitados e qualificá-la por meio de valorações (realidades adicionais de ‘tipo mais elevado’). Essa descoberta exclui a univocidade; a linguagem – e, como tal, também a linguagem do direito – tem de ser equívoca/plurívoca (HAFT, 2002). Assim sendo, “os princípios constitucionais ingressam no cenário jurídico para superar esse paradigma da dedução (causalista-explicativo), que se move ainda no plano da teoria do conhecimento (sujeito-objeto)” (STRECK, 2005, p.311).

Com efeito, do ponto de vista valorativo, os princípios jurídicos, na verdade, espelham aquilo que Ost (1999, p.203-204) denomina de *promessas*,

[...] como se o futuro estivesse necessariamente associado a amanhã cantantes. Caminhamos, pois, em direção a um paraíso na terra, e a promessa de felicidade – uma idéia também ela nova – está no fim do caminho. Um caminho iluminado pelas luzes da razão e aberto pela energia formidável de idéias-força como liberdade, igualdade, talvez mesmo fraternidade.

Em verdade, a promessa, segundo Ost (1999, p. 284) “só constituirá vínculo social quando enraizada numa socialidade prévia e referida à regra de fidelidade, enquadrada num fundo de confiança partilhada”. E o seu escopo primordial é iludir o tempo, permitir que a interpretação do direito possa oscilar incessantemente entre a vontade e a instituição, a ruptura do instantâneo e a continuidade da duração. Nesse sentido, os princípios seriam, em realidade, esses elos indispensáveis entre lei e tempo do futuro, lei e promessa.⁹⁰

Por essa razão, os princípios apresentam uma inarredável dimensão fenomenológica, existencial, apreendidos como totalidade dotada de sentido, pois, conforme Streck (2007, p. 175) “adquirem significado apenas quando considerados em conjunto com o restante do sistema jurídico: daí a necessidade de se pressupô-lo como uma totalidade”. Em seus mais variados conteúdos, eles podem servir como um *topos* hermenêutico. Ademais, o enraizamento ontológico dos princípios, no sentido que lhe atribui o paradigma hermenêutico, emerge a partir da constatação de que eles representam o próprio modo de ser dos homens em um determinado período histórico, sendo que seus sentidos espelham essa faticidade da instituição (imaginária) do mundo coletivo (OST, 2004, p.109-110).

Para Magalhães (1997), as análises que pretendem situar os princípios no interior ou no exterior do ordenamento são insuficientes para apreender a sua complexidade. Assim, a autora destaca, os princípios existem nos sistemas jurídicos sempre sob a forma de um paradoxo, dentro e fora do sistema ao mesmo tempo. Em suas palavras, “os princípios gerais do direito existem no sistema do direito exatamente porque não existem neste sistema. Isto é um paradoxo, e o sistema do direito utiliza este paradoxo de maneira criativa” (MAGALHÃES, 1997, p. 246). Tal paradoxo pode ser explicado, explica a autora, pela percepção de que os princípios não existem, uma vez que são criados em função das conseqüências que produzem, mas, por outro lado, existem, pois produzem determinadas conseqüências (dando lugar não exatamente a estas conseqüências, que podem não ser exatamente aquelas esperadas, mas a efeitos que surgem em função da expectativa de que tais conseqüências se produzam). Assim, os juízes não criam o direito (embora certamente produzam direito), porque interpretam o direito aplicando princípios gerais. Mas, na realidade, ao aplicarem esses princípios, considerando determinadas conseqüências, eles na verdade

⁹⁰Esse vínculo indispensável requer “não só lei como instrumento de governo (...) mas a lei como expressão de valores superiores susceptíveis de regenerar o corpo social. Longe de se contentar em gerar o social no dia-a-dia, uma tal lei tem esse duplo efeito, próprio de qualquer ruptura revolucionária, de romper com um passado, considerado corrompido e desviado, e de fundar uma nova ordem portadora de uma nova memória. Contra preconceitos e abusos mantidos pelo antigo direito de que os costumes e precedentes ainda têm vestígios, temos a ambição de instituir um direito regenerado, fundador de projecto” (OST, 1999, p. 284).

criam direito, porque nem todas as conseqüências e, portanto, nem todos os princípios, podem ser previstos pelo direito.⁹¹

No plano hermenêutico, a exploração desses paradoxos deve assentar-se na sedimentação dos princípios enquanto indícios formais que sustentam a pré-compreensão no âmbito do movimento da circularidade da produção de sentido. Em primeiro lugar, os princípios necessitam ser vislumbrados a partir da *diferença ontológica*, isto é, devem ser suscitados no esquadro da distinção entre ser e entes. Assim, o processo de interpretação e aplicação dos princípios requer sejam eles percebidos como existenciais, não como entes dotados de estrutura ôntica, vale dizer, de uma generalização teórica objetiva, mas sempre interrogada na dinâmica da historicidade da compreensão. Isto porque, “só se pode chegar ao sentido-de-ser através de um esforço interpretativo”. Nessa perspectiva, a estrutura prévia que permite as condições para o conhecimento dos princípios, “a síntese *a priori*, é dada pelo Dasein na compreensão do ser”.⁹²

De outro lado, a nova teoria dos princípios deve, ainda, situá-los no movimento incessante do *círculo hermenêutico*, em que se assume e reconhece que toda compreensão norteia-se por um determinado conjunto de antecipações. A interpretação consiste, pois, no desenvolvimento de possibilidades projetadas no compreender, não um compreender a que se

⁹¹ Nesse sentido, a autoria explica que os princípios gerais do Direito podem ser compreendidos da mesma forma que o estudioso von Foerster explicou o que seria a realidade, ou seja, como uma espécie de 18º camelo – integrante e ao mesmo tempo ausente – do sistema jurídico. Segundo a estória contada por Foerster, um *mullah* (religioso islâmico) cavalgava pelo deserto, quando encontrou alguns homens com um grupo de camelos. Os homens estavam profundamente tristes. Perguntados acerca da razão da tristeza, responderam que seu pai havia falecido. Disse-lhes então o *mullah*: “isto é muito triste, mas seguramente *Allah* o aceitou. Deve haver-lhes deixados alguma coisa”. Os homens, abatidos, responderam que o pai havia lhes deixado tudo o que possuía, ou seja, 17 camelos, que deveriam ser repartidos segundo a tradição. Assim, o irmão mais velho deveria ficar com metade dos camelos, o segundo com um terço e, o último, com um nono dos camelos. Porém, acrescentaram os homens, nesses parâmetros, era absolutamente impossível operar-se da divisão. Em face disso, comovido com o drama e a tristeza dos homens, o *mullah* junta o seu camelo aos 17 daqueles tristes homens e, então, começa a dividir: a metade de 18 é 9; um terço é 6; um nono é 2. A soma de nove, seis e dois é 17. Então, saltou em seu camelo (que era o 18º) e foi embora, deixando os homens felizes. Constata-se, pois, que na estória narrada, o 18º camelo tem a função de tornar possível a operação de divisão que, diversamente, não poderia ser realizada no sistema. Mas o 18º camelo existe ou não existe? Esse camelo, que é ‘tomado emprestado’, é restituído ou permanece no sistema? A autora esclarece: “a operação de divisão não pode colocar em dúvida a existência do camelo. Por outro lado, para que seja possível essa operação, não é necessário pressupor a existência de um camelo, mas, sim, a existência de um complexo unitário de bens. No exemplo em questão, o 18º camelo adquire um significado apenas quando considerado em conjunto com os outros 17: não se pressupõe 1 camelo, mas 18. Também os princípios jurídicos funcionam dessa forma, apresentam significado apenas quando articulados com a totalidade do sistema jurídico.

Ver, também, STRECK (2004, p. 110-111). Discorda-se de Magalhães apenas quando afirma que “os princípios não têm um conteúdo semântico”, pois, do ponto de vista hermenêutico, a “pré-compreensão” sempre condiciona as possibilidades interpretativas possíveis, ainda que elásticas, posto que a tradição nos confere uma dimensão semântica que funda os nossos pré-juízos, muito embora sempre re-elaborada, é bem verdade, a partir da intersubjetividade inerente à dimensão pragmática da linguagem e da compreensão (Cf. NEUMANN, 2002).

⁹² BLEICHER, Josef. *Hermenêutica Contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1992, p. 139-40. STEIN, Ernildo. *Diferença e Metafísica*: ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 101 e segs.

chegue por um procedimento interpretativo, porque a interpretação explicita todas as possibilidades abertas pelo *Dasein*. Nesses termos, a interpretação faz surgir o sentido, à medida que a abertura do *Dasein* não se esgota na compreensão, mas permanece sempre como um espectro de possibilidades incessantemente explicitadas. Sendo assim, o sentido não está flutuando sobre as coisas, nem encerrado nelas tal como um tesouro escondido. O sentido manifesta-se, sempre, como um existencial (FERNANDEZ-LARGO, 1993, p.44-45).

Nesse quadro teórico, os princípios apresentam a finalidade de limitar a discricionariedade judicial, realizando o “fechamento hermenêutico”. A sua função essencial seria a de impedir a ‘livre atuação da subjetividade do juiz’, visto que ao inserir o mundo prático no direito, não o fazem a partir da inserção de ‘cláusulas abertas’, ou como ‘mandados de otimização’, ou seja, pontos de Arquimedes dedutivos do raciocínio interpretativo, álibis teóricos para a pura expressão da subjetividade do intérprete, mas como faticidade e historicidade do mundo sócio-histórico (STRECK, 2007).

Mergulhando no campo, pode-se notar que são precisamente alguns ‘princípios cardeais’ que buscam conservar viva e fazer efetiva a idéia da existência de fontes imaginárias para o construto de uma intervenção punitiva estatal democraticamente regulada. Essas fontes são destinadas a servir de colunas ou pilares que mantenham a intervenção punitiva em sua retidão estrutural e em seu perfil, guardando-a de deformações ou desvios. Assim sendo, tradicionalmente, a teoria penal, em consonância com (Rivacoba, 1999, p.748) vislumbra tais princípios como

[...] una serie de criterios abstractos, derivados directamente de las meras nociones de hombre y de Derecho, congruentes y complementarios entre si, que informan ciertas disposiciones, secciones o instituciones punitivas y, por tanto, en su conjunto, también el ordenamiento penal, y que, en consecuencia, permiten su comprensión sistemática.

Portanto, a construção de “um sistema penal na medida do ser humano” deve partir exatamente da noção de que os princípios da dignidade humana e da igualdade, como fontes do reconhecimento intersubjetivo e da visibilidade pública, determinam as pautas normativas, as instituições e as práticas jurídico-penais. Conforme se discutiu no segundo capítulo, o estar entre iguais no exercício da palavra e da ação e o direito à autenticidade, ao ser fiel a si mesmo e ao seu modo particular de ser, assumem as dimensões de fontes imaginárias para consolidação de uma intervenção penal democraticamente regulada.

Como visto, ser digno significa, portanto, percorrer de forma completa as etapas do reconhecimento intersubjetivo, além de apresentar as condições necessárias e suficientes ao

pleno exercício da vida ativa, ambos os processos construídos na dinâmica das interações sociais. Com efeito, Sarlet (2005) propõe um universo semântico interessante para a (pré)compreensão do princípio da dignidade humana na Constituição Brasileira de 1988, que serve de base à perspectiva aqui sustentada. Para Sarlet (2005, p. 37),

[...] tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Nesse sentido, a proteção e o respeito pelo ser humano devem erigir-se como pedra angular do campo penal, funcionando como finalidades a serem alcançadas mediante a limitação radical da incidência dos fenômenos políticos da invisibilidade pública e da humilhação social potencializados pelo sistema de justiça penal. Essa empreitada precisa assentar-se, segundo Eser (1998, p.135) na premissa de que “el ser humano tiene que ser objeto de contemplación no sólo como ser individual sino también como ser social”. A partir da configuração de vínculos interpessoais concretos, engendrados na complexidade das interações sociais, é que se pode fincar as bases para fundamentar determinadas obrigações recíprocas entre cidadãos plenos.

Na verdade, o direito penal brasileiro assenta-se, por um lado, sobre uma individualidade abstrata, que homogeneíza diferenças sociais, raciais, culturais e de gênero cruéis e abissais. E, por outro, tece-se a partir do rebaixamento político e da desqualificação jurídica de inúmeros indivíduos, grupos, classes e segmentos sociais. Assim destitui a essas classes da mais elementar significação moral e jurídica; determina a configuração de um paradigma marcado pelo signo da desigualdade aberta, da seletividade arbitrária, da exceção permanente, do genocídio compulsivo do terror de Estado, erigindo-se em torno de um paradigma denominado de “direito penal do *homo sacer* da baixada”, no qual a *vida nua* dos indivíduos, especialmente dos homens invisíveis e grupos humilhados, aparece como o objeto primordial da violência do controle penal.

Por essa razão, cabe delinear a (re)construção hermenêutica desses princípios a fim de romper com a sistemática produção dos fenômenos políticos da invisibilidade pública e da humilhação social pelas ideologias e estratégias de controle penal no Brasil. No cenário do Estado Democrático de Direito, construído pela Constituição de 1988, a dignidade humana

representa, na sua dimensão ontológica (no sentido fenomenológico-hermenêutico), a tradução dos horizontes simbólicos da vida ativa a da afirmação do reconhecimento intersubjetivo como fontes da cidadania. Assim, a dignidade humana consistiria tanto na impossibilidade de utilizar-se do homem como meio a serviço de um fim, tornando-o instrumento dos desígnios dos poderes instituídos, tal como consagrado pela formulação kantiana; quanto no reconhecimento de sua particularidade, de seu autêntico modo-de-ser, bem como a sua proteção inequívoca contra toda sorte de ataques e humilhações, pela simples razão de que cada ser humano é irrepetível e merece ser tratado como ser único e capaz de se autodeterminar, embora sempre impregnado pela ordem simbólica que o governa.

Nas precisas palavras de Pérez Luño (1995), a dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de humilhações e ofensas, mas também agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. Esse pressupõe, por sua vez, de um lado, o reconhecimento da total autodisponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, das possíveis atuações próprias de cada homem; de outro a autodeterminação (*Selbstbestimmung des Menschen*) que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que de uma predeterminação dada pela natureza.

Em termos constitucionais, o princípio da dignidade humana assume, pois, a característica de um ‘princípio de valor’ que é o *fundamento* mesmo (e o ‘critério’) de todos os demais direitos fundamentais, conferindo unidade de sentido ao texto constitucional (CANOTILHO, 1998). Nessa medida, Gutiérrez Gutiérrez (2005, p.29) afirma que

[...] el reconocimiento constitucional de la dignidad humana, no menos que los (demás) derechos fundamentales, debe garantizar las posibilidades de desarrollo de cada identidad personal y, de este modo, la legítima pluralidad efectiva de los hombres reales en función del ejercicio legítimo de las libertades. La dignidad puede así mantenerse elevada, como derecho esencial e inviolable de la persona, frente a la tutela jurídico-positiva, más o menos delimitada, de otros intereses concretos.

O conteúdo material da dignidade humana, portanto, deve ultrapassar a simples impossibilidade de não instrumentalização do ser humano, vislumbrando-o no interior de suas relações concretas, de suas necessidades existenciais que conspiram contra ou a favor de seu reconhecimento social. Assim, segundo Gutiérrez Gutiérrez (2005, p. 43),

[...] de este modo, si la personalidad en sentido kantiano es un primer supuesto, y constituye por ello el elemento inmodificable de tal garantía, existe igualmente un elemento variable, ligado al modo en que el orden social provee a las necesidades existenciales de los hombres y a la distribución del poder.

Para Costa (1999, p.192), afirmar-se, na verdade, que

a ‘dignidade da pessoa humana’ é reconhecer a autonomia ética do homem, de cada homem singular e concreto, portador de uma vocação e de um destino, únicos e irrepetíveis, de realização livre e responsável, a qual há de cumprir-se numa relação social (e de solidariedade comunitária) assente na igualdade radical entre todos os homens – tal que nenhum deles há de ser reduzido a mero instrumento ou servo do ‘outro’ (seja outro homem, seja o Estado).

Em outros termos, isso quer dizer que a autonomia ética e a idéia de não instrumentalização do homem assumem sentidos concretos apenas quando se reconhece a sua necessária inserção na dinâmica da solidariedade comunitária.

Por esta razão, Gutiérrez Gutiérrez (2005, p. 43-44) adverte, com o auxílio das formulações de Häberle (2005) e Maihofer, que a aceitabilidade de uma ordem estatal pelos cidadãos pressupõe ao menos cinco condições, justamente aquilo que consistiria o núcleo material da dignidade humana, é dizer:

- 1) la seguridad en la vida individual y social (la liberación de la angustia por la preservación de la propia existencia, que nadie puede garantizarse ya por sí mismo;
- 2) la igualdad jurídica, sin derivar perjuicios para el sujeto de circunstancias de las que él no es responsable;
- 3) la garantía de la conformación privada de la identidad e integridad humanas, de un espacio de autodeterminación responsable en tal ámbito;
- 4) la limitación de la utilización del poder estatal, entendida en los términos del Estado formal de Derecho, y
- 5) la atención a la contingencia corporal del hombre.

Essas condições da dignidade humana têm o objetivo de garantir que cada indivíduo possa levar a efeito, livremente, a sua própria idéia de vida digna. Trata-se de proteger, respeitar e reconhecer que cada ser humano pode desenvolver seus próprios planos de vida. Segundo Costa (1999, p. 193),

[...] do conteúdo e do significado do princípio da ‘dignidade da pessoa humana – que acabam de pôr-se em relevo – já decorre que dele são titulares todas as ‘pessoas’ – seja essa titularidade entendida como a de um verdadeiro ‘direito’ (subjetivo), em sentido técnico-jurídico, seja, em qualquer caso, como a de um princípio jurídico objetivo (um ‘princípio de valor’) fundamental.

No dizer de Compoy Cervera (2004, p.147), “el fundamento último de los derechos fundamentales reside en la vida humana digna, es decir, en el desarrollo de la vida conforme a lo que cada persona considera que constituye su propia dignidad como ser humano”. Em outras palavras, deve-se reconhecer, proteger e respeitar a vontade de cada indivíduo no processo de tomada das decisões que afetam o desenvolvimento de sua própria existência concreta. Isso também supõe, necessariamente, que cada pessoa tenha o direito de participar e influenciar em todas aquelas decisões públicas que lhe afetam.

Imprescindível, portanto, ver a dignidade humana além da perspectiva exclusivamente formal, que parece sugerida pela simples interdição de instrumentalizar o homem. A dignidade humana, no Estado Democrático de Direito, transcende claramente a mera identidade física e moral, a liberdade individual ou a igualdade formal; ela deve englobar a participação ao adotarem-se decisões públicas, inclusive acessos irrestritos a prestações sociais materiais no marco de um sistema econômico justo. A dignidade humana, como preconiza Häberle (2005), permanece irreduzível como elemento central que catalisa a “imagem do homem” no Estado Constitucional.

Isso significa garantir, além da autonomia individual, tanto os elementos integrantes da vida ativa, permitindo o estar entre iguais e diferentes no exercício da ação fundadora e do diálogo, do governo do trabalho e do governo da cidade; quanto a possibilidade de os indivíduos singulares obterem as condições essenciais para o perfazimento com sucesso das etapas indispensáveis ao reconhecimento intersubjetivo, nos âmbitos dos laços afetivos, das relações jurídicas e dos valores socialmente deliberados e partilhados.

A partir desse objetivo, então, pode-se claramente vislumbrar o princípio da dignidade humana e da igualdade como elemento constitutivo do Estado Democrático de Direito a partir de uma dupla dimensão: negativa (defensiva) e positiva (prestacional). No dizer de Sarlet (2005), como limite, a dignidade implica não apenas a impossibilidade de que a pessoa seja reduzida à condição de mero objeto da ação de terceiros, mas também o fato de que a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. De outra sorte, afirma Sarlet (2005, p. 32)

[...] como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção.

Ao lado espoco e ao mesmo tempo como elemento que engloba a dignidade humana, a própria imagem do homem como ser individual e social, a igualdade também estrutura e fundamenta a instituição social do Estado Democrático de Direito, permite compreender que o reconhecimento intersubjetivo pressupõe e constrói, dialeticamente, uma sociedade de diminutas clivagens e divisões radicais. Desenvolver os próprios planos de vida implica, necessariamente, poder primeiramente elaborá-los, depois expressá-los e finalmente efetivá-los, o que requer a satisfação de necessidades básicas sem as quais tudo isso permanece impossível.

Assim sendo, a obrigação de reconhecer, respeitar e proteger os planos de vida de cada indivíduo exige de todos, ressalta Campoy Cervera (2004), um dever de atuar na direção de satisfazer as necessidades básicas daquelas pessoas que não conseguem satisfazê-las por si mesmas, a fim de que tenham realmente oportunidade de desenhar e dar cumprimento aos seus próprios planos de vida; ou o espoco na expressiva síntese de Peter Häberle (2005, p.126), “o Estado constitucional realiza a dignidade humana, quando transforma os cidadãos em sujeito de suas ações”.

Nesse sentido, compreendida a inflexão constitucional dos valores da igualdade e da dignidade humana, agora delimitados como princípios jurídicos dotados de validade, à medida que possuem natureza deontológica, cabe analisar a sua irradiação para a (re)modelação das ideologias e estratégias de controle penal. Em linhas mais precisas, é necessário avaliar suas possibilidades de demarcarem, a partir da *esfera da comunidade*, as fronteiras da intervenção penal no Estado Democrático de Direito. Nesse ponto, os princípios da igualdade e da dignidade humana atuam nas acepções axiológica e ontológica, vislumbradas desde o paradigma hermenêutico. Conseqüentemente, esses princípios atribuem o conteúdo ético-político ao injusto penal e conectam-se aos demais princípios cardeais da intervenção penal, como os princípios da secularização, da tolerância e da não-violência.

Em outra face, nomeadamente na *esfera da justiça*, os princípios em questão cumprem uma fundamental função, a saber, a de estabelecer uma nova pré-compreensão. Essa deve orientar a aplicação da lei nos casos penais e determinar uma antecipação de sentido que leve em conta, no ato de interpretação/aplicação da lei, a evidência do dado da seletividade, isto é, da potencialização dos fenômenos políticos da humilhação social e da invisibilidade pública protagonizadas pelo sistema de justiça penal.

Com efeito, a *esfera da comunidade* diz respeito aos “valores supremos”, isto é, à moralidade política que institui e delimita o exercício da palavra e da ação no cenário da democracia, conferindo sentido, direção e legitimidade tanto às instituições quanto às práticas jurídico-políticas, ao mesmo tempo que definem as possibilidades argumentativas que as fortalecem. Trata-se, portanto, de aclarar como os valores e princípios da igualdade e da dignidade humana devem conduzir uma pauta principiológica que elimine a produção histórica e sistemática dos fenômenos da invisibilidade pública e da humilhação social pelo sistema penal. Nesse sentido, deve-se perceber a conexão existente entre os princípios da igualdade e da dignidade humana e os valores ou princípios da secularização, da tolerância e do seu horizonte simbólico máximo, *o princípio de não-violência*.

Se a Constituição quer representar efetivamente o ordenamento geral das relações sociais e políticas, histórica e concretamente engendradas de uma dada sociedade, simbolizando inclusive o seu instante inaugural, o “momento fundador”, deve necessariamente delimitar os contornos do seu sistema punitivo. Como expressão pactuada da imposição um conceito hegemônico da realidade social, à Constituição incumbe balizar as estratégias do punir, destinadas a assegurar sua coesão. A aparente obviedade dessa constatação é, sem embargo, amplamente desmentida pelo visível distanciamento do campo penal em relação ao painel talhado pelo texto fundador e seus princípios fundamentais.

Sugere-se aqui, ademais, que a Constituição Federal de 1988 assume, não obstante abertamente criminalizadora em diversos pontos, a perspectiva de um “liberalismo baseado na igualdade”. Desse modo, aproxima-se das teses oferecidas por Dworkin (1977), para estabelecer os contornos do direito penal como mecanismo protetor dos bens jurídicos fundamentais da comunidade, ao fixar-se na premissa substancial de que todos os membros de uma comunidade democrática são iguais como seres humanos e independentemente de suas condições sociais e econômicas, ou de suas crenças e estilos de vida, devem ser tratados com igual consideração e respeito.

Do ponto de vista da *esfera da justiça*, deve-se ter claro que essa está relacionada com o conjunto dessa prática social argumentativa denominada Direito, presidida por uma teia de ficções operatórias espoco que almejam garantir a sua ‘coerência narrativa’. Trata-se, pois, de definir claves hermenêuticas que norteiem a construção de respostas justas, ‘corretas’, destinadas a fomentar tanto a redução do tratamento penal dos conflitos sociais, visando-se a sua gradativa abolição, quanto à condução do poder punitivo pelos fios inquebrantáveis da igualdade e da dignidade humana. Conforme discutido, evidencia-se que a natureza discursiva das decisões jurídicas é comandada por uma tensão dialética ininterrupta entre posições instituídas e funções instituintes, em que os princípios enfocados cumprem uma função primordial e incessante de ruptura de posições instituídas e de afirmação sempre inesgotável de forças instituintes.

Em vista disso, no plano da justiça e da teoria jurídica, deve-se oferecer um contributo satisfatório à minimização da violência seletiva arraigada ao sistema de justiça criminal brasileiro; um sistema pautado pelo desrespeito mais elementar aos valores e princípios da igualdade e da dignidade humana, visto que é historicamente caracterizado por servir à reprodução de uma ordem social autoritária e à imposição de uma concepção de moralidade que inviabiliza os processos de luta por reconhecimento.

Para tanto, busca-se refletir sobre as conexões entre os princípios da igualdade e da dignidade humana, apreendidos enquanto condições existenciais do reconhecimento e da visibilidade pública, com os princípios mais fundamentais de qualquer sistema de justiça criminal que pretenda pautar-se pelo respeito aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

Assim, explorar-se-á especificamente as ligações indispensáveis entre os princípios da igualdade e da dignidade humana e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, vetores esses imprescindíveis no sistema de justiça penal de uma comunidade democrática, com vistas à redução da produção da invisibilidade pública e da humilhação social pelas instituições e práticas jurídico-penais instituídas.

Cabe pensar, no entanto, na conformação e na incidência de tais princípios como elementos de delimitação das fronteiras do direito penal, bem como de uma urgente revisão das práticas jurídicas argumentativas ainda hegemônicas. A partir daí o intuito é formatar uma nova cultura política do campo jurídico-penal, especialmente da aplicação da lei penal, confrontando duramente o *habitus* dogmático hegemônico e articulando novos canais simbólicos para o sistema penal, a fim de assumir de fato a principiologia do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, importa propor essa revisão hermenêutica com o intuito de romper drasticamente com o fenômeno da ‘naturalização da desigualdade’, arraigado ao campo penal, desaguando nos inflexíveis fenômenos políticos da invisibilidade pública e da humilhação social, uma vez que os aparelhos penais do Estado assumem primordialmente os papéis de gestores das disfunções e das conseqüências advindas das seqüelas da produção social da subcidadania. Por isso mesmo, postula-se a inserção dos princípios referidos no contexto doloroso, cruel e desumano da atuação do sistema de justiça penal no Brasil, buscando, assim, recriá-los através da nova hermenêutica, com base numa teoria constitucional adequada aos países de modernidade tardia ou periférica.

Parece evidente que, na realidade brasileira, a constitucionalização dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, ainda que decorrentes de conquistas e lutas históricas da sociedade, precisa situar-se no contexto da construção de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia, sob pena de refletir apenas e tão-somente comandos formais destituídos de qualquer operacionalidade concreta. A adjudicação de seus sentidos depende, inevitavelmente, de decifrar-se a próprio sentido e a visão que se possui acerca do papel da Constituição e da Jurisdição Constitucional no ambiente do Estado Democrático de Direito.

Em linhas mais precisas, o conteúdo dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade (da pessoa) humana e sua efetiva aplicação, não prescindem da análise do papel da justiça constitucional em países marcados por um longo e penoso processo de sonegação de direitos fundamentais e de *déficit* democrático. Enquanto nas sociedades centrais a evolução e a trajetória do constitucionalismo caminharam *pari passu* com a afirmação da cidadania numa dimensão universalista e inclusiva, nas sociedades periféricas, em especial na realidade brasileira, o histórico das Constituições demonstra uma realidade diametralmente oposta. As Constituições brasileiras, na maioria dos casos, refletiram apenas documentos legitimadores dos desígnios de poderes quase sempre destituídos do consenso democrático, marcados por uma perspectiva elitista e excludente da cidadania.

Portanto, é precisamente esse ranço autoritário, personalista, elitista e excludente que vem guiando, com base em pré-juízos gravemente atentatórios à construção da democracia e da cidadania no Brasil, as instituições e práticas jurídico-penais. Não obstante, os valores supremos introduzidos pela Constituição Federal de 1988 traduzem-se em horizontes emancipatórios que devem pulverizar definitivamente a atuação do controle penal e varrer, de uma vez por todas, o verdadeiro ‘genocídio em ato’, que constitui a operacionalidade do sistema punitivo brasileiro. É justamente a partir das esferas da comunidade e da justiça que essa reconstrução precisa ser (re)pensada.

5.2 O campo penal e a esfera da comunidade: a perspectiva substancialista da constituição no contexto dos países de modernidade periférica e suas implicações na intervenção penal

No marco da tradição política moderna, tanto a Constituição quando os direitos fundamentais projetam-se como canais institucionais e simbólicos que delimitam o campo da ação coletiva, afirmando-se como espaços de articulação ético-política da sociedade. Entretanto, como já se viu, as sociedades periféricas foram constituídas a partir de peculiaridades históricas que as afastam completamente do desenvolvimento das etapas políticas e jurídicas percorridas pelos países centrais. A transplantação das práticas e instituições modernas para a realidade dos países periféricos não foi acompanhada do consenso moral básico capaz de perceber na Constituição o mesmo sentido que lhe fora atribuído pela tradição política urdida pela narrativa moderna.

A Constituição jamais logrou assumir o sentido de linguagem instituidora de um elo social durável, definidora de promessas publicamente negociadas e deliberadas. Ademais, nunca emergiu significativamente como ‘estatuto jurídico do político’, no sentido da

materialização de um conjunto de possibilidades afirmar os valores democráticos publicamente articulados.⁹³

Por essa razão, Streck (2004) postula a necessidade da construção de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT). Para o autor, ainda não estão esgotadas as promessas da modernidade, o que impõe a necessidade de defesa e afirmação da idéia de Constituição Dirigente e Compromissária, especialmente em países nos quais essa modernidade representou um mero simulacro. Segundo Streck (2004), o preenchimento do *déficit* resultante do histórico descumprimento das promessas da modernidade pode (e deve) ser considerado como conteúdo compromissário mínimo a constar no texto constitucional, bem como os correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática.

Assim, uma Teoria da Constituição adequada a países de modernidade periférica deveria assumir e materializar as condições para o resgate das promessas modernas não cumpridas, deficitárias, especialmente a partir da instituição de um espaço público plural e verdadeiramente democrático. Em razão disso, aduz Streck (2004), a força interventora do Estado serviu apenas, na realidade brasileira, para exacerbar ainda mais as contradições e as discrepâncias sociais com esteio em ideologias pragmáticas. Portanto, a Constituição ainda tem um papel fundamental a cumprir como linguagem instituidora de direitos fundamentais e condição do agir político estatal no sentido da efetivação desses mesmos direitos.

De fato, o paradigma do Estado Democrático de Direito, inscrito na Constituição de 1988, está indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais, dimanados de uma ordem substantiva de valores. Herdeiro do constitucionalismo europeu dos pós-guerras, o modelo brasileiro erige a Constituição como a imagem de um projeto político substancialmente articulado e, portanto, não restrita à definição das regras do jogo, senão como orientadora direta e vinculante das decisões políticas, mediante a incorporação de um

⁹³ Nesse sentido, Bonavides (2001, p. 135) traça um amplo panorama da evolução constitucional do Brasil, a constata que, desde sua gênese, o constitucionalismo das colônias ibéricas foi marcado por uma tentativa de rompimento com o passado europeu, sem lograrem, no entanto, consagrar as instituições de igualdade e liberdade providas do mundo inglês ou francês. Recolheram e adotaram apenas a grande sugestão republicana, federativa e presidencial de Filadélfia, que seus primeiros constituintes lhes sopravam, “mas fracassaram por inteiro criando repúblicas fragmentadas, federações desfeitas e governos presidenciais dissolvidos em ditaduras de opressão e caudilhismo”.

denso conteúdo normativo, composto de valores, princípios, diretos fundamentais e diretrizes aos poderes públicos.

Trata-se, pois, de um constitucionalismo dos direitos, inspirador de uma nova cultura jurídica de matiz anti-positivista, o *neoconstitucionalismo*, expressão de Constituições materiais e garantistas (PRIETO SANCHÍS, 2004). Nesse sentido, conforme manifesta Cruz (2005, p.01), tal modelo de Estado Constitucional, edificador de uma ordem concreta de valores, funda um novo paradigma no qual ao lado da

[...] socialización del Estado de Derecho se produce también una ‘rematerialización’ del mismo, ya que el poder del Estado se entiende ahora vinculado a determinados principios y valores superiores del Derecho, de modo que el centro de la actividad estatal no está orientado primariamente a asegurar las garantías formales de la libertad, sino a establecer situaciones jurídicas justas.

Nos termos de Häberle (1998), “la Constitución constituye el poder y lo limita. No es sólo un texto jurídico, sino también un contexto cultural”. Com efeito, a Constituição não consiste apenas num texto jurídico ou num emaranhado de normas jurídicas potenciais, senão também a expressão de uma situação cultural dinâmica, instrumento de auto-representação cultural de um povo, espaço de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças. A dimensão jurídica consiste apenas numa pequena faceta da *Constituição como cultura*.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 emerge no cenário cambiante da história democrática brasileira como linguagem instituidora de inúmeros direitos fundamentais até então sistematicamente (so)negados, tendo em vista os *déficits* de participação democrática e de inclusão social presentes no Brasil. Por sua vez, o novo paradigma do Estado Democrático de Direito aparece como um novo horizonte simbólico, um inédito e extraordinário ‘magma de significações’ que impõe originais sentidos democráticos para o direito no interior da sociedade, estabelecendo-se como uma condição prévia de sentido e manifestando-se como um inaudito modo-de-ser, uma pré-compreensão existencial que deve forjar novos e constantes espaços de cidadania.

Como ressalta Streck (2004, p. 136), “a Constituição (ainda) constitui” e cria os possíveis cenários da visibilidade e do reconhecimento intersubjetivo, fundando as redes simbólicas das instituições políticas, das práticas governamentais, das decisões jurídicas e da participação cidadã. Desse modo, os processos de criminalização e descriminalização e as opções político-legislativas por um Direito Penal Máximo ou um Direito Penal Mínimo devem ancorar-se nesse conjunto de princípios que confere unidade e legitimidade à partilha do espaço público democrático.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 inaugura, de forma inequívoca, a tentativa de (re)democratização do Estado e da sociedade, a partir da instituição de um texto nitidamente aberto ao pluralismo. Nesse novo quadro, inserem-se os princípios da igualdade e da dignidade humana que, como elementos constitutivos da própria cidadania, afirmam-se como princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º, II e III e art. 5º *caput*). Além disso, a Constituição proclama textualmente que “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV), representa um dos objetivos fundamentais da República.

Dáí deduzir-se a importância nuclear atribuída a esses dois princípios no bojo da rede simbólica constitucional brasileira. Como ‘fundamentos’ e ‘objetivos’ da República, inscritos já desde o preâmbulo da Carta Política, esses princípios vinculam e direcionam, na linha da tradição do neoconstitucionalismo dirigente, todos os poderes, as atividades, as funções e as normas estatais. A igualdade e a dignidade humana constituem a materialidade por excelência do arcabouço jurídico-político constitucional e infra-constitucional brasileiro, pois como aclama Häberle (1998), os Estados Constitucionais contemporâneos apóiam-se sobre a dignidade humana como premissa antropológico-cultural e conduzem à democracia como ‘conseqüência orgânica’.

Desde os pontos de vista filosófico e antropológico-cultural, assim como nas suas expressões normativo-constitucionais, os princípios da igualdade e da dignidade humana possuem íntima correspondência e imbricação, apoiando-se um no outro. De perspectivas meramente formais e abstratas, engendradas sob a égide do individualismo liberal, tais princípios devem ser vislumbrados a partir das especificidades culturais, econômicas e sociais da modernidade periférica. Suas concretizações dependem, inegavelmente, de um necessário reconhecimento intersubjetivo prévio como condição de sentido da instituição da comunidade. O ‘levar o outro em consideração’, pretendido por Taylor, requer, antes de tudo, o rompimento com os quadros históricos de discriminação, prepotência e intolerância institucionais presentes nas práticas jurídicas hegemônicas.⁹⁴

⁹⁴ Não sem razão, aduz Bonavides (2001, p. 50) que “um povo sem pão, sem terra e sem fraternidade; uma sociedade sem justiça, sem pátria e sem família – eis aí a extrema privação de valores, acompanhada da suprema negação de princípios, configurando um perfil silencioso de uma *ditadura constitucional* que desampara as instituições, posterga a tradição federativa e republicana, infelicita a Nação, flagela o universo social e corrompe, com o apoio das elites reacionárias e dos corpos privilegiados, um sistema de poder do qual a Nação se acha desapossada (...) Ao invés da república livre, justa e solidária do art. 3º da Carta Magna, instalou-se, pois, a opressão do suserano, que na presidência governa com medidas provisórias, leis injustas e atos inconstitucionais. O país está fadado a ser nesse regime uma organização de súditos e vassalos e não um povo de homens livres e cidadãos honrados”. Por essa razão, é preciso estabelecer uma resistência constitucional com o objetivo de redimensionar o papel do jurista e do Poder Judiciário nesse complexo jugo de forças sociais em que se

Essa exigência está estampada na dimensão da igualdade materializada na Constituição Federal de 1988, posto que não se limita ao espectro estritamente formal. Segundo à formulação de Arendt (2002), o Estado Democrático de Direito, instituído no Brasil em 1988, parece não olvidar o fato de que, numa ordem verdadeiramente democrática, a sociedade não nasce pura e simplesmente na representação figurativa do contrato social, tendente a fazer tábula rasa de todo e qualquer tipo de relação, um produto abstrato de indivíduos sem corpo, sem comunidade, sem contexto. Ao contrário, vê-se impregnada no texto constitucional a lição de Arendt (2002) no sentido de que o homem só nasce enquanto individualidade e singularidade a partir da mediação política pela palavra e, assim, traz consigo todas as marcas dessa singularidade irrenunciável, devendo a si mesmo a sua pluralidade. Dito de outro modo, nenhum indivíduo pode ser percebido como despido de qualquer referência as suas condições concretas de existência. E, por outro lado, o próprio exercício da liberdade exige a satisfação das condições materiais elementares.

Em termos constitucionais, tal aporte encontra amparo desde o preâmbulo, ao estabelecer como narrativa fundadora que a instituição do novo Estado Democrático de Direito destina-se “a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a *igualdade* e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, *pluralista e sem preconceitos*”. Mais do que isso, ao buscar assegurar o espectro concreto do exercício da *vita activa* e resguardar as condições materiais reais dos membros da comunidade, a Constituição prescreve como “fundamentos” da comunidade política a cidadania, a *dignidade da pessoa humana*, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1º, II, III, IV e V). Todos esses direitos estão, indiscutivelmente, relacionados às dimensões da condição humana, tal qual delineadas por Arendt (2002), pois garantem as atividades humanas do labor, do trabalho e da ação, assim como protegem e asseguram as etapas do reconhecimento intersubjetivo desenhadas por Honneth (2003): o amor que funda as relações familiares e de amizade; o direito que institui a cidadania e protege o homem contra o arbítrio e a violência; e a solidariedade que confere o sentimento de pertença à comunidade plural e igualitária.

Na mesma linha, apreendendo as diferenças reais, o texto constitucional impõe como ‘objetivos fundamentais’ do Estado, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que se erradique a pobreza e a marginalização; que se reduza as desigualdades sociais e

presencia, de um lado, uma Constituição repleta de direitos (individuais, sociais e supra-individuais) e, de outro, a uma prática política e jurídica abertamente atentatória destes mesmos direitos (STRECK, 2007).

regionais e se promova o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I, III e IV)

Ademais, confere a todos os membros da comunidade direitos e deveres individuais e coletivos que asseguram a igualdade das singularidades, o ser igual entre diferentes no exercício da palavra e da ação, tal como sugerido, desde a Grécia clássica, por Aristóteles. De outro lado, pretende resguardar também o ser diferente entre iguais, isto é, o direito à autenticidade, à autodeterminação e ao livre exercício da própria concepção de vida digna, na linha do imaginário moderno. Ambos os aspectos da igualdade traduzem-se em fontes de reconhecimento e visibilidade pública.

Por esse motivo, a Constituição parece aproximar-se claramente de algumas propostas de Dworkin (2001), para quem o “liberalismo baseado na igualdade” assume, como premissa irrenunciável, o fato de que o governo “não deve impor sacrifícios nem restrições a nenhum cidadão com base em algum argumento que o cidadão não poderia aceitar sem abandonar seu senso de igual valor”, à medida que, de acordo com Dworkin (2001, p.306)

[...] nenhuma pessoa com auto-respeito que adota um certo modo de vida por considerá-lo mais valioso para si, pode aceitar que esse modo de vida seja vil ou degradante, nenhum ateu que se preze pode concordar que uma comunidade em que a religião é compulsória é melhor por essa razão, e nenhum homossexual pode concordar que a erradicação da homossexualidade torna a comunidade mais pura. Portanto, o liberalismo baseado na igualdade justifica o tradicional princípio liberal de que o governo não deve impor a moralidade privada.

Nessa exata proporção, o Estado Democrático de Direito representa a síntese pós-metafísica da comunidade política, tendente a ultrapassar tanto o holismo e o coletivismo da perspectiva clássica quanto o atomismo e o individualismo da tradição do liberalismo (possessivo) moderno. Essa transposição consiste em perceber, por um lado, a importância da Constituição como ordem concreta de valores substantivos, reflexo da cultura, um entorno ético, um senso comum de decência, de justiça e de equidade que orienta a autonomia individual e confere sentido às práticas sociais e às ações coletivas. Mas, por outro lado, garante igualmente a proteção da autodeterminação individual, assegura a impossibilidade de que a comunidade política totalize-se e impeça que os indivíduos possam afirmar a sua própria visão acerca da vida digna.

Assim sendo, tal modelo de Estado rejeita a totalização desses valores, inserindo-os nos movimentos constantes da história e dos conflitos entre grupos e classes da sociedade, nas intermináveis tensões entre formas instituídas e forças instituintes. Todos esses valores devem ser traduções dos pontos de vista da comunidade num determinante momento histórico,

produtos histórico-culturais concretos, engendrados desde o 'ponto de vista da prática', dos processos ininterruptos de deliberação acerca das visões sobre o bem e a vida digna.

De outra sorte, o Estado Democrático de Direito resguarda, como valor fundamental, a liberdade e autonomia individuais, determinando, portanto, que algumas facetas da vida dos indivíduos escapem ao campo de ação e de regulação do Estado de modo que essas dimensões da individualidade jamais poderiam ser moldadas pelas referências da comunidade e de sua primazia ontológica.

Nem a vontade popular democraticamente expressa pode elevar-se à fonte incondicional de poder absoluto, nem a liberdade, a igualdade e a dignidade humana traduzem-se apenas na autonomia privada. Como destaca Novais (2004, p. 97),

[...] a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado de Direito democrático afasta decisivamente qualquer idéia de projeção do Estado como fim em si, como se o Estado pudesse prosseguir o próprio engrandecimento enquanto destino de uma pretensa realidade ética em que o indivíduo se devesse, subordinadamente, integrar. Pelo contrário, num Estado baseado na dignidade da pessoa humana é a pessoa que é um fim em si, como indivíduo singular e não enquanto membro de qualquer corpo ou realidade transpessoal, seja a família, a corporação, a classe ou casta, a nação ou a raça; o Estado é instrumento que não existe para si, mas que serve às pessoas individuais, assegurando e promovendo a dignidade, autonomia, liberdade e bem-estar dessas pessoas concretas.

As bases pós-metafísicas da comunidade política refletem precisamente essa dimensão substancialista da comunidade democrática como ordem concreta de valores, ao mesmo tempo em que resguarda a dignidade humana, o livre desenvolvimento da identidade individual como valor supremo. Este traduzido pelo reconhecimento de visões plurais e alternativas constantemente deliberadas sobre os sentidos do bem, do justo e da vida digna. Com efeito, afirma Novais (2004, p.41)

[...] o Estado social e democrático de Direito é um quadro impregnado de uma intenção material aberta a uma pluralidade de concretizações, entre as quais se desenvolve a tensão conflitual inerente aos diferentes programas políticos e interesses sociais que nelas se consubstanciam.

Para o direito penal, a consequência elementar imposta pela perspectiva do Estado Democrático de Direito consiste justamente em desaprovar qualquer forma de imposição de uma idéia unívoca de moralidade por meio da prescrição da pena. Dito de outro modo, as incriminações não podem ter como justificativa racional a imposição de uma determinada concepção de vida digna em detrimento de outras. Não que a comunidade democrática

oponha-se à formação de um senso comum de decência, mas repudia o uso do direito penal para obtê-lo a qualquer custo.

No processo de criminalização de condutas, a necessidade de justificação filosófica e racional das pautas incriminadoras, no âmbito do Estado Democrático de Direito, não pode desconsiderar a advertência de Habermas (2002, p. 248), o qual salienta que

[...] a teoria dos direitos não proíbe de maneira alguma que os cidadãos do Estado democrático de direito, no âmbito de sua ordem estatal conjunta, validem uma concepção do que seja bom, advenha ela da própria origem cultural, ou de um consenso alcançado em discursos de natureza política; entretanto, essa mesma teoria proíbe sim, no interior do Estado, que se privilegie uma forma de vida em detrimento da outra.

Essa pré-definição a respeito do bem não pode servir de instrumento de negação da pluralidade e do dissenso, visto que leva à interdição de visões de mundo divergentes. A validação de uma idéia do que seja bom não exclui, ao contrário, exige que se delibere, interprete e aplique esses mesmos valores no movimento incessante da intersubjetividade. As decisões políticas e jurídicas estão pautadas pela necessidade de abertura desse processo de interpretação dos valores, somente possível no momento de aplicação (*applicatio*) (GADAMER, 1996) e (BARZOTTO, 2003). A pluralidade passa a ser uma condição sem a qual a democracia jamais lograria realizar-se plenamente.

Assim sendo, o direito penal não pode assumir a condição de arma de combate para a afirmação de um dado conceito de vida digna no interior de uma determinada comunidade política, até porque a dignidade humana alcança-se sempre em contraposição ao sistema penal, sendo este a sua antítese, para lembrar o pensamento de Zaffaroni e o Batista.

A interpretação e a aplicação dos valores cristalizados constitucionalmente não podem ser guiadas e instrumentalizadas pela força, pela repressão institucionalizada, mas pela deliberação racional no espaço público, pois a ordem jurídico-normativa deve assumir a pluralidade como seu elemento nuclear. Tudo isso remete à delimitação das fontes imaginárias para a definição do conteúdo do injusto penal na comunidade democrática.

5.2.1 Dignidade Humana, Igualdade e o conteúdo do injusto penal no Estado Democrático de Direito

É certo que o direito penal reflete a moralidade política da comunidade, isto é, o conjunto de princípios que fundam a instituição (Constituição) imaginária da sociedade. Além

disso, atua indiscutivelmente para reforçar a sua integridade como condição indispensável da formação da identidade pessoal, precisamente àquele indispensável senso comum de decência, justiça e equidade sem o qual a sociedade seria a frágil representação fantasmagórica de interesses privados conflitantes ou a mera reunião de armas.

Nesse sentido, o direito penal necessariamente espelha aquilo que Ferrajoli(2006b) denomina de *ética normativa* e *descritiva* do sistema jurídico, ambas destinadas a conferir legitimidade externa (justiça) e interna (validade) às instituições e práticas jurídicas argumentativas. No dizer do autor, a primeira prescreve desde o exterior, os valores que a sociedade engendra como fontes informadoras do sistema normativo; a segunda reconhece, desde o interior, os valores que este incorpora e/ou satisfaz positivamente.

Como afirma Cunha (1998, p.66), o sistema normativo penal não se sobrepõe simplesmente aos restantes ramos de direito, mas à moral essencial de cada comunidade concreta, segundo ele

é pela essencialidade para a subsistência espiritual e material do grupo (da ‘tribo’, diria Baptista Machado) que as causas penais interessam tanto à comunidade. Fundada na fidelidade, na palavra, na propriedade, na honra e no sangue, ela sabe ser pela falta dos primeiros e pelo derramamento do último que poderá perecer.

Para Ost (1999, p. 127-128) do mesmo modo que afirmava-se que

[...]‘há sempre direito antes do direito’, poderíamos defender: ‘há sempre crime antes do crime’: o crime que a vingança pune, explica René Girard, ‘quase nunca se concebe a si mesmo como primeiro; pretende ser vingança de um crime mais original’. Assim, portanto, os homens terão sido sempre já confrontados com a violência; existe um futuro anterior do mal, como existe um futuro anterior da legitimidade. A esta anterioridade do crime responde a perenidade da memória punitiva; se não a sua perenidade, pois no universo moderno intervém a prescrição, pelo menos a sua longa duração. Punir é, pois antes do mais, recordar.

No entanto, se, por um lado, “são valores morais todos os valores real, efectiva, materialmente penais”; de outro, todavia, não são penais todos os valores morais, posto que “importa ao Direito Penal apenas o que for básico, melhor, basilar, para a coesão social do grupo no plano cívico. E o jurista deve bater-se pela despenalização do que é estritamente moral (e não jurídico) na legislação penal” (CUNHA, 1998, p.66).

Com efeito, Ferrajoli (2006a) esclarece oportunamente este aspecto ao afirmar que a tese da separação entre direito e moral não busca rechaçar a idéia óbvia de que o direito opera a positivação de determinados conteúdos morais. Nesse sentido, Ferrajoli (2006a, p.17) explica que

[...]‘laicidad del derecho’ y ‘laicidad de la moral’, significan [...] la recíproca autonomía de las dos esferas: por un lado, el principio en virtud del cual el derecho no debe ser nunca utilizado como instrumento de mero reforzamiento de la (esto es, de una determinada) moral, sino únicamente como técnica de tutela de intereses e necesidades vitales; por otro, el principio, inverso y simétrico, por el cual la moral, si cuenta con una adhesión sincera, no requiere, sino que más bien excluye y rechaza, el soporte heterónomo y coercitivo del derecho.

Sendo assim, a premissa do apartamento entre direito e moral busca apenas confrontar-se com a positivação de “*la moral en cuanto tal, esto es, ‘lo que era moral’ no ya según los constituyentes, sino intrínseca u objetivamente*” (FERRAJOLI, 2006a, p.43). Tal operação conduziria a uma mistura temerária de jusnaturalismo e legalismo ético, ao estabelecer a moralidade como conotação que englobaria o próprio conceito de direito. Em decorrência, a proteção da autenticidade, enquanto dimensão da dignidade humana, isto é, o respeito à diferença, ao direito de ser fiel a uma maneira própria e particular de ser, restaria subsumida por uma pretensa universalidade ética da comunidade política, correndo o risco de engendrar-se um ‘fundamentalismo humanitário’.

Ademais, o direito penal do Estado Democrático de Direito pretende assentar-se, também, sobre o primado da *não-violência*, princípio estruturante desse novo paradigma político, que determina precisamente a busca da “solução pacífica das controvérsias”, tanto no plano interno quanto no internacional, consoante proclamado no Preâmbulo da Carta Política de 1988. Isso porque, como lembra Chauí (1997), o uso da força e da violência representa justamente a expressão do fracasso da política e da democracia como trabalho legítimo dos conflitos. De fato, segundo Chauí (1997, p.376)

[...] para responder às diferentes formas assumidas pela luta de classes, a política é inventada de tal maneira que, a cada solução encontrada, um novo conflito ou uma nova luta podem surgir, exigindo novas soluções. Em lugar de reprimir os conflitos pelo uso da força e da violência das armas, a política aparece como trabalho legítimo dos conflitos, de tal modo que o fracasso nesse trabalho é a causa do uso da força e da violência.

No entendimento de Ost (1999), o direito penal não pode erigir-se como um mecanismo de afirmação da memória social num mundo marcado pela dificuldade de engendrar-se democraticamente a confiança em referenciais duradouros. A instituição do elo social não pode restringir-se à ameaça da sanção. Segundo o autor, o perigo da expansão do campo penal é duplo. Em primeiro lugar porque, de acordo com Ost (1999, p.380),

[...] mantendo uma mentalidade vingadora, poderia igualmente semear a violência que pretende precisamente combater. Enganamo-nos ao obrigar o futuro sob a forma da ameaça, mesmo instituída, pois é apenas sob a forma da promessa que o futuro é fecundo.

Em seguida, um segundo perigo à vista: “ao focalizar a violência real de que as pessoas são vítimas exclusivamente na queixa na justiça, contribui-se para despolitizar a vida social” (OST, 1999, p.380).

Por isso mesmo o processo de selecionar e definir condutas proibidas, de eleger os ‘bens’ penalmente relevantes, deve se projetar restritivamente àqueles bens (ou direitos) que apresentam profunda valia para a sobrevivência da integridade da comunidade e/ou para a livre realização da pessoa. Além disso, que a sua tutela, por meio da ameaça da pena, terá de ser o único meio da sua defesa, por insuficiência ou ineficácia dos demais (sanções civis, administrativas, etc.). Assim, na dimensão axiológica ou de legitimidade da intervenção penal, cumpre ao Estado Democrático de Direito sancionar única e exclusivamente condutas que promovam a sua ruptura genealógica, aquelas que o afetam na sua gênese instituinte. As pautas incriminadoras jamais podem orientar-se por quaisquer ‘dogmatismos’ ou ‘postulados’ ideológico-políticos, morais ou religiosos, pois o Direito não pode e não deve se confundir com quaisquer dessas outras dimensões.⁹⁵

Nos termos da irrefutável contribuição de Ferrajoli (2006b), isso quer dizer, pois, que o Estado e o Direito, a partir de suas fundamentações laicas e democráticas, não devem encarnar meramente valores morais, nem tampouco devem possuir fins morais desvinculados dos interesses das pessoas e menos ainda serem fins em si mesmos, justificando-se apenas pelo objetivo de perseguir fins de utilidade concreta em favor dos cidadãos e principalmente de garantir seus direitos e sua segurança. De um modo mais preciso, Ferrajoli (2006b, p.222) afirma que

[...] este principio exige que la inmoralidad pueda ser considerada como condición necesaria, pero nunca como condición por sí sola suficiente para justificar políticamente la intervención coactiva del estado en la vida de los ciudadanos.⁹⁶

Nesse sentido, o direito penal não tem a missão de impor ou reforçar a (ou uma determinada) moral, mas apenas a de impedir a prática de condutas danosas a terceiros. Com efeito, explica Ferrajoli (2006b, p.223)

⁹⁵ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Op.cit.* 1998, p. 48.

⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Op.cit.* 2006b, p.222.

[...] para que se deba proibir una acción no es por tanto suficiente, sino todo lo más necesario, que sea considerada inmoral o en cualquier otro sentido reprobable, pudiéndose pretender que no se la prohíba si de ningún modo se la considera reprobable, pero no que la prohíba sólo porque se la considera inmoral o en algún sentido reprobable. Para que puedan prohibirse e castigarse conductas, el principio utilitarista de la separación entre el derecho e la moral exige además como necesario que dañen de un modo concreto bienes jurídicos ajenos, cuya tutela es la única justificación de las leyes penales como técnicas de prevención de su lesión. El estado, en suma, no debe inmiscuirse coercitivamente en la vida moral de los ciudadanos ni tampoco promover coactivamente su moralidad, sino solo tutelar su seguridad impidiendo que se dañen unos a otros.

Portanto, tal princípio parece evidenciar que a punição do genocídio; da ação de grupos armados contra o Estado Democrático; do homicídio; da participação em suicídio; da tortura; do estupro e do atentado violento ao pudor, por exemplo, representa tanto condutas que atacam *bens jurídicos alheios* (genealogia da comunidade democrática, vida, integridade física, liberdade sexual), quanto aparece como reprovável do ponto vista moral. Isso porque coloca em xeque a própria gênese instituinte da sociedade, o pacto civilizatório de convivência, o princípio da não-violência que funda a instituição da comunidade política, o respeito ao outro na sua alteridade, marcas indelévels da ruptura com a violência sempre ameaçadora do estado de natureza.

De outra sorte, porém, condutas como ‘casa de prostituição’ (art. 229, CP), ‘mediação para servir a lascívia de outrem’ (art. 227), ‘favorecimento da prostituição’ (art. 228) denotam claramente uma proibição que se estabelece apenas porque tais condutas são consideradas imorais ou em alguma medida reprováveis. No entanto, tais condutas, desde que praticadas por pessoas adultas e sem violência ou grave ameaça, não causam nenhum dano a bens jurídicos alheios e de pessoas de carne e osso, apenas dizem respeito a uma opção moral particular dos envolvidos. O mesmo ocorre com as condutas previstas nos arts. 233, CP (ato obsceno); art. 216-A (assédio sexual); art. 216, *caput*, (atentado ou pudor mediante fraude); art. 230 (rufianismo); art. 234 (escrito ou objeto obsceno); art. 28 da Lei n. 11.343 (porte de droga para consumo próprio). Nesses casos, vislumbra-se uma clara violação do princípio utilitarista do afastamento entre direito e moral.

Tal princípio implica a absoluta renúncia por parte do direito penal à formulação de juízos acerca da moralidade, do caráter ou de qualquer outro aspecto substancial da personalidade do autor. Mas também fatos penalmente relevantes que lhe são imputados e que são, de outra parte, o único que pode ser provado pela acusação e refutado pela defesa. Sendo assim, advoga Ferrajoli (2006b, p.223) “el juez no debe someter a indagación el alma del imputado, ni debe emitir varedictos morales sobre su persona, sino solo investigar sus comportamientos prohibidos”. Com relação à justificativa da pena e seus modos de execução,

o referido princípio utilitarista da separação entre direito e moral proclama que, assim como a sanção penal não deve apresentar nem conteúdos nem fins morais, também a previsão legal e a aplicação judicial da pena não devem servir nem para determinar a imoralidade, nem muito menos deve tender a sua execução à transformação moral do condenado.⁹⁷

Tais fundamentos representam, pois, trincheiras que o Estado Democrático de Direito deve supor como intransponíveis a fim de conter a sobrepenalização da vida social. De fato, o tributo à dignidade humana como condição de limite originário do poder no Estado Democrático de Direito, além de valor vital e indisponível da ordem comunitária, deve estruturar um direito penal na medida do ser humano. Nesse passo, o limite à intervenção penal na vida individual e coletiva é resultante da percepção cabal de que a pessoa humana, segundo Novais (2004, p.57)

[...] será inconstitucionalmente degradada e coisificada quando o Estado a afecte desnecessária, fútil ou desproporcionadamente ou quando proceda a uma instrumentalização da autonomia individual ou a uma redução objetiva das oportunidades de livre desenvolvimento da personalidade que não sejam justificadas pela estrita necessidade de realização de fins, valores ou interesses dignos de protecção jurídica e efectuadas segundo procedimentos e com sentido e alcance constitucionalmente conformes.

Os princípios da igualdade e da dignidade humana funcionariam, desta forma, como critérios reitores da noção dogmática de “bem jurídico penal”. Com efeito, levar os direitos fundamentais a sério implica aceitar que a decisão acerca do injusto não estará doravante subordinada aos meros ditames da norma penal, produto de legisladores movidos por interesses nem sempre transparentes e democráticos, senão aos princípios fundamentais da utilidade, da necessidade, da lesividade, da materialidade e da responsabilidade pessoal e subjetiva.

Do ponto de vista do Estado Democrático de Direito, o princípio de *utilidade penal*, conforme Ferrajoli (2006b, p.465),

[...] es idoneo para justificar la limitación de la esfera de las prohibiciones (...) sólo a las acciones reprobables por ‘sus efectos’ lesivos para terceros. La ley penal tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales e sociales representados por estos efectos lesivos y sólo ellos pueden justificar el coste de pena e prohibiciones.

Ademais, como ressaltado, o princípio da separação entre direito e moral veda completamente a criminalização de comportamentos meramente imorais ou de estados de

⁹⁷ Para uma crítica à ruptura do princípio utilitarista da separação entre direito e moral na aplicação da pena e na execução da pena privativa de liberdade no direito brasileiro, ver: Carvalho (2001), Carvalho et al (2001).

ânimos pervertidos, hostis ou, inclusive, perigosos. E impõe, portanto, para a maior tutela da liberdade pessoal de consciência e da autonomia e relatividade da moral, a tolerância jurídica de toda atitude ou comportamento não lesivo para terceiros (FERRAJOLI, 2006b).

De outra sorte, o processo de (des)criminalização deve se assentar ainda sobre o *princípio da necessidade ou de economia das proibições penais (nulla lex poenalis sine necessitate)* que, segundo Ferrajoli (2006b), em razão da intervenção punitiva, constitui-se na técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos. Tal princípio exige que se recorra a ele apenas como remédio extremo e assim, ressalta Ferrajoli (2006b, p.466),

[...] si el derecho penal responde al solo objetivo de tutelar a los ciudadanos y de minimizar la violencia, las únicas prohibiciones penales justificadas por su 'absoluta necesidad' son, a su vez, las prohibiciones mínimas necesarias, esto es, las establecidas para impedir comportamientos lesivos que, añadidos a la reacción informal que comportan, supondrían una mayor violencia y una más grave lesión de derechos que las generadas institucionalmente por el derecho penal.

Nesse sentido, para Ferrajoli (2006b), o primeiro e mais elementar critério de justificação da criminalização seria, pois, a necessidade de impedirem-se ataques concretos a bens fundamentais de tipo individual ou social e, em todo caso, externos ao direito. Mesmo entendendo por ataque não apenas o dano causado, como também, por ser inerente à finalidade preventiva do direito penal, o perigo concreto de lesão. Entre os bens externos ao direito penal cuja lesão é necessária para a justificação das proibições penais, ainda que por si só não seja suficiente, estão todos os 'direitos fundamentais', é dizer, não apenas os clássicos direitos individuais e liberais, senão também os coletivos ou sociais, como o direito ao meio ambiente ou à saúde. Devem ainda incluir-se nessa categoria os bens que não são direitos, como o interesse coletivo, certamente fundamental, a uma administração não corrupta dos assuntos públicos. Na mesma linha, Mir Puig (2006) assinala que a eleição dos bens jurídico-penais vincula-se aos critérios da constitucionalidade, do grau de importância de sua vulnerabilidade para o indivíduo concreto e da necessidade de tutela como forma de impedir uma violência superior à proporcionada pela pena.

Assim, os autores não descartam a criminalização dos denominados direitos coletivos ou sociais, assim como os supraindividuais, o que dificulta sobremaneira o intento de deflação legislativa que tanto postulam. Para Mir Puig (2006), desde que articulado a partir do respeito ao princípio da separação entre direito e moral, não se pode estabelecer *a priori* o que esteja alheio à possibilidade de tutela penal, mas apenas definir critérios limitativos dessa seleção

criminalizante, ou seja, a *necessidade* e a *lesividade*. Por essa razão, a necessária tutela de bens fundamentais deve se apoiar empiricamente no grau de ataque que a conduta oferece ao respectivo bem protegido.⁹⁸ Assim, o *princípio da lesividade* tem um imenso valor como critério de minimização das proibições penais. E equivale, ademais, a um princípio de tolerância tendencial da desviação, idôneo para reduzir a intervenção penal ao *mínimo necessário* e, com isso, para reforçar sua legitimidade e fiabilidade. Já para o penalista Ferrajoli (2006b), a criminalização dos bens coletivos legitima-se apenas quando demonstrada concretamente a afetação na vida de cada indivíduo singular. Desde esse ponto de vista, a valoração da importância desse interesse coletivo exigirá que se comprove o dano que sua vulnerabilidade causa em cada indivíduo.

Assim, a saúde pública pode facilmente ser vislumbrada como bem jurídico coletivo, quando, por exemplo, criminaliza o envenenamento de água potável (art. 270, CP) e a epidemia (art. 267, CP). Porém, não possuiria essa mesma qualidade e legitimidade se pretendesse fundamentar a criminalização do uso do álcool, do tabaco ou de drogas leves, tendo em vista que o dano causado por estas condutas não atingem igualmente todos os indivíduos. Portanto, destaca Mr Puig (2006, p.92) que

[...] no basta constatar la importancia abstracta del bien, sino que es exigible una importancia del concreto grado de afectación de dicho bien. No basta que la salud sea en abstracto un bien social fundamental para proteger penalmente cualquier pequeña merma de la salud.

De forma evidente, as eleições das condutas proibidas, ancoradas nos interesses penalmente tuteláveis, refletem sempre e inequivocamente uma escolha política, mais ou menos ingênua ou comprometida, acerca daquilo que se pretende com a sua proteção. Tais eleições espelham indisfarçavelmente, numa sociedade dividida em classes, e especialmente em sociedades periféricas, marcadas por massivos processos de invisibilidade pública

⁹⁸ Também Hassemer (2005, p.55-57) estabelece o critério da “lesividade social” como dimensão empírica e sociológica capaz de estabelecer uma concepção concreta, e não meramente abstrata, do bem jurídico, introduzindo-se “a mudança para um sistema do Direito Penal orientado empiricamente”. Já Stratenwerth (2005, p.64) procura repousar nos direitos constitucionais fundamentais e no princípio da proporcionalidade as bases do processo de criminalização, justificando, desta forma, a eleição de bens individuais, coletivos e metaindividuais. Na doutrina italiana, Dolcini e Marinucci (1994, p.186) também elegem a *necessidade* como critério da criminalização primária, já que muitas vezes “a pena comporta *custos superiores aos benefícios*”, de modo que “a incondicionada tutela penal de um bem não só pode determinar o *sacrifício* de um ou mais *bens* não menos eminentes, como pode ter até *efeitos criminógenos*, arrastando outros comportamentos ilegais, lesivos de outros bens, às vezes mesmo de maior importância”.

(exclusão) e humilhação social (vitimação), os valores e interesses das classes dominantes (TAVARES, 2002).⁹⁹

No interior dessas bases garantistas, o conceito de bem jurídico-penal não pode continuar refletindo a perspectiva idealista que contamina a dogmática jurídica brasileira de um modo avassalador. A desmistificação desse conceito já foi realizada pela contundente crítica de Warat (1994) aos estereótipos conceituais forjados pelo senso comum teórico do direito penal. O autor percebe argutamente que, do ponto de vista formal, o delito seria toda ação ou omissão proibida pela lei penal, sob ameaça de uma pena. O conceito material de delito, por outro lado, buscaria estabelecer o conteúdo do ato punível, pretendendo construir uma definição real. Tal conteúdo pretende estar definido pela realidade. Assim, essa conduta representaria um ‘desvalor social’ e não apenas o antecedente de uma sanção, como na teoria de Kelsen. Nesses termos, a dogmática penal entende que a *essência* da conduta punível é um desvalor da vida social, traduzido pelo legislador.

O conteúdo do conceito material de delito é refletido na dogmática penal através da teoria do *bem jurídico*. Essa seria a categoria jurídica utilizada para explicitar os valores sociais protegidos pelo direito penal. O delito passaria a ser visto, então, como lesão ou ameaça a um daqueles valores e interesses dominantes dentro da estrutura social estratificada, representados, abstratamente, pelos bens jurídicos. O bem jurídico é então definido, em sentido *lato*, como um valor da vida social juridicamente legislado (tutelado). Nessa perspectiva, ao fundar o conceito de delito com base no critério da gravidade e ao partir da inegabilidade dos pontos de partida dos critérios de seleção de ditas condutas, a dogmática penal acaba confundindo *mala in se* e *mala prohibita*, assumindo, pois, uma postura híbrida entre o normativismo e o jusnaturalismo (WARAT, 1998).

Cumprido esclarecer, portanto, que o bem jurídico é um termo teórico, que só tem valor dentro de uma teoria, isto é, a validade dele não pode ser estabelecida por meio de verificação

⁹⁹ Para Santos (2006, p.10-11) “através das definições legais de crimes e de pena o legislador protege interesses e necessidades das classes e categorias sociais hegemônicas, incriminando condutas lesivas das relações de produção e de circulação da riqueza material, concentradas na área da criminalidade patrimonial comum, característica das classes e categorias sociais subalternas, privadas de meios materiais de subsistência animal: os tipos legais de crimes fundados em *bens jurídicos* próprios das elites econômicas e políticas da formação social garantem os interesses e as condições necessárias à existência e reprodução das classes sociais. Nessa medida, a proteção penal seletiva de bens jurídicos das classes e grupos sociais hegemônicos pré-seleciona os sujeitos estigmatizáveis pela sanção penal, os indivíduos pertencentes às classes e grupos sociais subalternos, especialmente os contingentes marginalizados do mercado de trabalho e do consumo social, como sujeitos privados dos bens jurídicos econômicos e sociais protegidos na lei penal. Já Batista (1990, p. 116) assinala que “numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou ‘interesses’, ou ‘estados sociais’, ou ‘valores’) escolhidos pela classe dominante, ainda que apresentem certa universalidade, e contribuindo para reprodução destas relações. Efeitos não declarados da pena também configuram, nessas sociedades, uma espécie de ‘missão secreta’ do direito penal”.

ou experimentação, eis que não faz referência a dados do mundo. Os termos teóricos só teriam valor enquanto revelam certa capacidade explicativa. Nesse caso, o conceito de bem jurídico serviria como definição operativa que informa o caráter antijurídico de certas condutas e o desvalor que o legislador pretende sancionar. Ainda, segundo o autor, os termos teóricos, do ponto de vista lingüístico e epistemológico, são aqueles que não têm correspondência direta com a realidade. A sua validade está referida à própria teoria que conformam. Nesses exatos termos, o bem jurídico seria um *estereótipo normativo*, logrando estabelecer adesões de caráter emotivo. Essa expressão cumpre uma importante função retórica de ocultar os juízos de valor que condicionam a eleição de determinadas condutas como socialmente danosas, manifestando-se, pois, como poderosa forma de idealismo jurídico, por meio da qual a realidade é invertida mediante a invocação de um pensamento racional (WARAT, 2004).

Com feito, a dogmática penal brasileira reproduz ainda indiscutivelmente essa noção estereotipada de bem jurídico-penal, alheia e/ou refratária aos contornos constitucionais materiais e garantistas acima assinalados, que permitiriam tanto erigir um conjunto de premissas aptas a limitar os processos de criminalização, quanto apreendê-los como dimensões existenciais ancorados à igualdade e à dignidade humana de indivíduos concretos, impedindo, ademais, a proteção deficiente de alguns bens fundamentais.

Nesse sentido, as conceituações propostas pelos autores parecem evidenciar esta natureza idealista e emotiva que envolve este conceito no âmbito do paradigma dogmático. No dizer de Toledo (2002, p.16), os “bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”. Para Bitencourt (2007, p.07), “os *bens jurídicos* são bens vitais da sociedade e do indivíduo, que merecem proteção legal exatamente em razão de sua significação social”. Na mesma linha, embora colocando a Constituição como determinadora dos conteúdos criminalizadores, Prado (1999, p.146) afirma que o bem jurídico consiste num ‘bem do direito’ que possui “suficiente importância para manter a livre convivência social”.

Vê-se, pois, que tais definições não ultrapassam o idealismo e o tautologismo, denunciados por Warat (2004), posto que definem os bens jurídicos a partir de uma supra-idealização captada pelo legislador racional. Assim, não se sabe ao certo se os bens jurídicos são fundamentais porque os legisladores os selecionaram ou se foram selecionados porque são fundamentais. Como destaca Baratta (1994, p.10),

[...] define-se o direito penal como instrumento que tutela os interesses vitais e fundamentais das pessoas e da sociedade, mas, ao mesmo tempo, definem-se como vitais e fundamentais os interesses que, tradicionalmente, são tomados em consideração pelo direito penal.

Tal aporia jamais se resolve e fica a cargo de juízos emotivos ou arbitrários do poder legislativo, os ‘fundamentos’ da seleção criminalizadora. O conceito cumpre, pois, apenas a função de alibi teórico para a atividade de criminalização, sempre percebida como essencial, já que se não o fosse, os legisladores sequer a teriam cogitado. Evidencia-se, assim, a confusão entre normativismo e jusnaturalismo, operada pelo paradigma dogmático, já que se crê que os legisladores proclamam, por meio das normas penais incriminadoras, a proteção de bens jurídicos considerados fundamentais do ponto de vista metafísico e apriorístico. A função do poder legiferante seria apenas a de revelar esses bens essenciais que parecem pairar sobre a racionalidade, também sempre pressuposta, dos elaboradores do texto legal.

Batista *et all* (2003), no entanto, compreendem precisamente essa problemática e afirmam que a criminalização primária apenas afirma a pretensão discursiva tutelar das agências de controle penal e é a sociologia que verifica (como verdadeira ou falsa) a tutela. Para os autores, a alquimia entre bem jurídico tutelado e bem jurídico lesionado ou exposto a perigo digere e neutraliza o efeito limitador do conceito. Nesse sentido, como a ofensividade passa a segundo plano, ofuscada pela pretensa tutela dos valores fundamentais, e como tal tutela não se verifica (senão que só se afirma dedutivamente), acaba debilitando-se a própria idéia de bem jurídico, reduzida a manutenção das expectativas normativas ou a vontade do Estado. Com efeito, destacam Batista e Zaffaroni *et all* (2003, p. 234) que

[...] a via tutelar é sempre a via da inquisição”, posto que “ao enganar-se (por mera dedução) sobre a eficácia preventiva da pena, o discurso permite racionalizar a punição de riscos muito distantes e hipotéticos (perigos abstratos, remotos, etc.), bem como viabilizar intervenções bastante desproporcionadas com o dano (inventase uma necessidade tutelar enorme, embora a afetação do bem jurídico seja insignificante), além de até mesmo criar bens jurídicos inexistentes, porque a idéia de bem jurídico tutelado tende a espiritualizá-lo para desembocar em um único bem tutelado, que é a vontade do estado (de polícia), porquanto este acaba sendo o único juiz da premência e do vigor da ilusória tutela.

No plano da dogmática pátria, Tavares (2002) e Queiroz (2006) também percebem essa aporia ao compreenderem que a criminalização não busca traduzir a consagração de valores essenciais que os legisladores captam no seu labor cotidiano, mas apenas e tão-somente opções políticas, mais ou menos ingênuas, mais ou menos comprometidas, que visam resguardar uma determinada definição hegemônica da realidade social.

Nesse sentido, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana teriam a função de demarcar rigidamente os processos de seleção das condutas criminalizáveis. Por um lado, impedindo que o direito penal proceda à imposição de uma concepção prévia da moralidade e da vida digna em detrimento da pluralidade das concepções morais, o que conduziria a um processo de instrumentalização do homem em nome de uma totalização da ordem ética da comunidade. O reconhecimento intersubjetivo implica na supressão do rebaixamento e no desprezo das visões alternativas sobre a vida digna. Dessa forma, o uso da força e da violência punitiva institucionalizada não pode servir de instrumento à imposição de uma definição dominante da ordem social, apreendida como unívoca e que, por isso mesmo, desrespeita e desqualifica pessoas e grupos sociais, culturais e identitários distintos.

Tais princípios teriam por horizonte significativo a proteção intransigente da autonomia moral e da liberdade de consciência; enfim, do respeito à dignidade como autenticidade, impedindo a incisão salvacionista do direito penal na alma do sujeito desviante ou assim considerado aos olhos da ordem instituída. Com efeito, Ferrajoli (2006b, p.481) afirma que

observado en negativo, como límite a la intervención penal del estado, este principio marca el nacimiento de la moderna figura del ciudadano, como sujeto susceptible de vínculos en su actuar visible, pero inmune, en su ser, a límites y controles; y equivale, por lo mismo, a la tutela de su libertad interior como presupuesto no sólo de su vida moral sino también de su libertad exterior para realizar todo lo que está prohibido. Observado en positivo, se traduce en el respeto a la persona humana en cuanto tal y en la tutela de su identidad, incluso desviada, al abrigo de prácticas constrictivas, inquisitivas o correctivas dirigidas a violentarla o, lo que es peor, a transformarla; y equivale, por ello, a la legitimidad de la disidencia e incluso de la hostilidad frente al estado; a la tolerancia para con el distinto, al que se reconoce dignidad personal; a la igualdad de los ciudadanos, diferenciables sólo por su actos, no por sus ideas, sus opiniones o su específica diversidad personal.

Por outro lado, a seleção dos bens tuteláveis penalmente deve partir de um processo de deliberação amplo e irrestrito que garanta a concorrência dialógica e racional dos diversos projetos de vida digna. E, além disso, de um processo que leve em conta efetivamente o respeito pela participação na gênese racional da vontade coletiva, a partir do qual as condutas puníveis efetivamente representassem o “ponto de vista da prática” (nos termos de DWORKIN, 1977), a legitimidade externa ou “*desde abajo*” (nas palavras de FERRAJOLI), ou seja, produtos histórico-culturais concretos, tendo em vista a centralidade da pessoa humana como valor e fonte do sistema jurídico.

No contexto do Estado Democrático de Direito, os bens jurídicos devem estar associados, efetivamente, à esfera da proteção do reconhecimento intersubjetivo dos sujeitos

parceiros da interação social, mas não a ‘bens’ produzidos pelo Estado, no que se refere às infra-estruturas, complexos organizativos e funções relacionadas à atividade do Estado e das instituições públicas. Segundo Baratta (1994, p.10), isso implica perceber o direito penal, acima de tudo, “[...] como *instrumento* para uma rigorosa limitação, política e técnica, daquela que em períodos anteriores parecia ter sido uma função útil, e que hoje aparece cada vez mais como a violência inútil das penas”, e ainda como “[...] concessão instrumental do direito penal liberada da ilusão da instrumentalidade da pena”.

Parece evidente, pois, que as Constituições dos pós-guerras, caracterizadas pelo forte conteúdo sócio-material, não só impõem a consideração do direito penal como instrumento de proteção individual, por meio dos clássicos princípios do Estado Liberal (legalidade e culpabilidade), mas também consagra, segundo Palazzo (1989, p.118), para o bem e/ou para mal, o seu

[...] ingresso à instância ‘solidarística’, própria do novo Estado de direito e social, pela influência exercida na área do teleologismo das sanções penais e de execução penitenciária, bem assim do conteúdo material do ilícito ou dos novos interesses que justificam a tutela penal.

Nesse novo contexto, os bens jurídicos penalmente tuteláveis devem superar a tensão essencial entre atomismo e individualismo, de um lado, e holismo e coletivismo, de outro. Não se podem compreender os bens jurídicos como entes, no sentido de uma ontologia clássica, realidades metafísicas, a-históricas, universais, ‘valores essenciais da vida social’, os quais os legisladores relevam como fundamentais sempre. A criminalização é sempre um construto sócio-histórico caracterizado pela dialética instituído/instituente; portanto, um reflexo de processos sociais específicos que denotam que as condutas consideradas danosas à comunidade política expressam um jogo ininterrupto de forças coletivas pela afirmação da igualdade e da dignidade humana, afinal da luta por reconhecimento.

Então, do ponto de vista da comunidade democrática, importa menos a natureza do bem jurídico (individual, coletivo ou supra-individual), até porque a cisão dos direitos fundamentais é também metafísica e profícua apenas para se caracterizar a sua afirmação histórica, já que, no plano de seu exercício efetivo, os direitos fundamentais não são cindíveis, simplesmente porque se encontram numa relação de conexão e dependência mútua. O exercício da liberdade individual, por exemplo, num ambiente ecologicamente inabitável ou sem a possibilidade material de acesso aos meios de transportes, constitui um direito irrealizável. Ademais, a tutela penal deve centrar-se na relação que esse mesmo bem jurídico mantém com a esfera do reconhecimento intersubjetivo. Sendo assim, nenhum direito

fundamental está *a priori* excluído da proteção penal, mas, ao requerer a intervenção punitiva, a política criminal deve expor clara e democraticamente as razões (necessidade, proporcionalidade, lesividade) que permitem perceber a importância dessa proteção para o reconhecimento das singularidades de cada membro da comunidade política.

Nesse sentido, a função do direito penal na comunidade política democrática deveria limitar-se, pois, à interrupção da violência, entendida como desejo de aniquilamento, de destruição do corpo, da identidade, da vida do parceiro de interação social. Estabelecer-se, portanto, como o último interdito irrenunciável, capaz de conter a violência sempre ameaçadora do estado de natureza, do desejo e do poder dos mais fortes. Nos termos de Muller (1995, p. 30),

a violência surge num conflito quando um dos protagonistas acciona meios que fazem pender sobre o outro uma ameaça de morte. [...] Assim, toda violência é um processo de homicídio, de aniquilamento. Talvez o processo não vá até ao fim, mas o desejo de eliminar o adversário, de o afastar, de o excluir, de o reduzir ao silêncio, de o suprimir, vai tornar-se mais forte do que a vontade de chegar a um acordo com ele. Do insulto à humilhação, da tortura ao homicídio, são múltiplas as formas de violência e múltiplas as formas de morte. Atacar a dignidade do homem é já atacar a sua vida. Violentar é sempre fazer calar, e privar o homem da sua palavra é já privá-lo de sua vida.

Sendo assim, a missão essencial do sistema penal do Estado Democrático de Direito seria, de fato, barrar todas as formas de manifestação da violência, a partir de instrumentos conciliatórios, mediadores, e apenas em último caso, punitivos.

Para tanto, a legalidade formal e material do sistema de intervenção penal possuiria apoio nos princípios instituintes que conferem legitimidade à integridade da comunidade política, resultantes de fatos comuns e familiares relativos às práticas sociais que levam a cabo os indivíduos singulares, como proclama Dworkin; mas não decorrentes da definição dominante da realidade social forjada pelas classes dominantes, isto é, como imposição de práticas eminentemente governamentais percebidas como universalmente válidas *a priori* (DWORKIN, 1996).

Se, de fato, ser digno e igual significa estar entre iguais e/ou diferentes no exercício da palavra e da ação, além de possuir o respeito efetivo à autenticidade, as condutas proibidas garantidoras da coesão do grupo social devem apresentar uma conexão com as posições reais e concretas de todos os indivíduos e grupos sociais sobre a sua própria visão a respeito da vida digna. Assim, a criminalização primária deve se limitar à violação dos bens que inviabilizam o reconhecimento intersubjetivo; os ataques concretos aos bens e direitos de sujeitos singulares, percebidos como seres individuais e sociais, ao impedimento de que os indivíduos provoquem danos concretos uns aos outros; a interdição dos ataques efetivos ao

reconhecimento do outro na sua alteridade; a negação da violência irracional que poderia representar a completa ausência de um controle formal, público e delimitado legalmente a esses ataques.

5.2.2 Dignidade Humana, Igualdade e a rígida delimitação das fronteiras da intervenção penal: secularização, tolerância e *o princípio de não-violência*

Outras exigências filosóficas e fundamentos políticos definem os limites da intervenção penal no Estado Democrático de Direito, levando-se em conta a maximização dos princípios da igualdade e da dignidade humana. Tratam-se dos princípios da secularização, da tolerância e do seu fundamento supremo que é o *princípio de não-violência*.

Na análise de Carvalho (2003, p.32),

[...] o termo secularização é utilizado para definir os processos pelos quais a sociedade, a partir do século XV, produziu uma cisão entre a cultura eclesiástica e as doutrinas filosóficas (laicização), mais especificamente entre a moral do clero e o modo de produção da ciência.

Com efeito, esse processo de secularização da ciência moderna representa uma lenta e gradativa ruptura, promovida por inúmeras descobertas em face das rígidas estruturas de pensamento impostas pela Igreja. Nesse momento, o homem moderno questiona-se sobre a própria ordem do mundo, pensado cada vez mais a partir de si. As grandes descobertas científicas do Renascimento e do Iluminismo provocam uma crise definitiva no imaginário medieval, afirmando-se como uma imensa crítica dirigida contra os fundamentos culturais da cristandade. A ciência moderna coloca em questão certos princípios proclamados como imutáveis e inquestionáveis aos olhos da fé. Assim, por exemplo, as descrições astronômicas da Bíblia, a centralidade da Terra e a esfericidade do céu; a crença de que Moisés era autor direto da lei; a origem demoníaca das enfermidades; o mito da criação. Portanto, as grandes descobertas despedaçam as estruturas inconscientes de um antigo esquema. Para os membros da Igreja, tais descobertas significavam pôr em questão os próprios princípios da fé. Opera-se, pois, o rompimento da universalidade da cosmovisão do mundo feudal (DUSSEL, 1984).

Essa derrocada da ‘bela unidade medieval’, que tinha no divino a mediação de todas as coisas, proporciona a redescoberta do homem e do mundo, evidenciando que os descobrimentos e os novos contatos, em especial com o Novo Mundo e suas originais formas

de sociabilidade, demonstram que a política européia, dominada pela Escolástica, pensava de olhos fechados. Com a experiência do diverso, surge doravante a possibilidade de novos destinos. O momento das descobertas foi também um momento de rupturas, de libertação do indivíduo, que agora se pretende autônomo e livre dos grilhões da tradição (NOVAES, 1998).

No plano político e jurídico, essas rupturas determinam o surgimento de uma nova cultura política centrada na razão como fonte do poder e da produção normativa. O direito natural racionalista, ao proclamar a igualdade e a dignidade inata de todos os homens, destrona o fundamento divino da ordem social. Transferida a origem e a legitimidade da ordem social para um pacto associativo produzido por homens racionais, livres e iguais, a Ilustração funda um novo modelo de direito que pretende representar a positivação abstrata dos valores desse indivíduo autônomo.

A construção do pacto mediante um acordo racional entre os homens busca suprimir todas as formas de tirania e barbárie configuradoras do paradigma jurídico penal absolutista e eclesiástico. Criado para tutelar a liberdade, o Estado soberano deve romper com os fundamentos hierárquicos e totalizadores da comunidade. Por essa razão, o direito também se divorcia do pensamento religioso, devendo resguardar a liberdade e a autonomia individuais em todas as suas dimensões, em especial a liberdade do pensamento.

Como conseqüência, no plano repressivo, aponta Carvalho (2001, p.63),

[...] o Estado não pode criminalizar ou penalizar a esfera do pensamento. Deve criminalizar apenas condutas danosas, impondo sanção sobre aquela liberdade previamente acordada, sob pena excesso ou desvio, o que levaria a um rompimento do pacto e o conseqüente retorno às incertezas do estado de natureza, legitimando, inclusive, a sedição.

Nesse sentido, o direito penal não possui a missão de impor ou reforçar uma determinada concepção moral, mas apenas de impedir ou punir condutas danosas que lesionem concretamente terceiros. Isso porque, no período medieval, recorda Carvalho (2001), a fusão entre moral e direito na esfera penal, presente no modelo jusnaturalista teológico, abriu campo para a intervenção jurídica na esfera do pensamento, criminalizando e punindo indivíduos por convicções, idéias, pensamentos e opções pessoais. Ao agregar direito e moral, obtém-se como corolário lógico, uma percepção híbrida de crime, consagrado na sinonímia delito-pecado. O criminoso, portanto, antes de mais nada, é um objeto de consciência, visto que não corresponde (nega) 'o' modelo de verdade imposta.

Com isso, legitima-se o fomento da construção de uma maquinaria penal projetada pela engenharia da intervenção moral e forjada a partir da negação da igualdade e da

dignidade de todo ser humano em razão de convicções pessoais, de escolhas de modos e estilos de vida que desatendiam à definição hegemônica da realidade social. O horror que resultou da cisão conceitual delito-pecado, da sacralização da ordem social virtuosa e harmônica em oposição ao caos infracional e às ervas daninhas que contaminam a sua pureza, é visível ao se consagrar e justificar a perseguição implacável, da tortura, da delação, e afinal do extermínio impiedoso do diferente. Para Batista (2000, p.38-39),

[...] a inquisição nos permite compreender que o dogmatismo legal, com sua aversão ao pluralismo jurídico, é condição necessária para a criminalização do diferente, criminalização esta que sinaliza a coercitividade do consenso e o reforça através da manipulação dos sentimentos ativados pelo episódio judicial.

No mesmo passo, ressalta Batista (2000, p.241)

[...] a inquisição nos legou o princípio da oposição entre a ordem jurídica virtuosa e o caos infracional, ou seja, a idéia de que a infração desorganiza (desvirtua) a ordem. Ao contrário de uma concepção politizada da intervenção penal, que incorpora o delito não só conceitualmente mas principalmente como a possibilidade banal de sua própria eficácia, a sacralização da ordem jurídica produz um injusto que a ameaça, que se coloca externamente a ela (um injusto fora-da-lei) e que deve ser não simplesmente compensado ou retribuído, mas exterminado.

O direito penal de exceção vivenciado no Brasil contemporaneamente, legitimado pela guerra santa contra as drogas, que motiva, em diversas leis especiais, a consagração de institutos como a delação premiada, a licença de interceptação de comunicações telefônicas e eletrônicas com critérios pouco delimitados, o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), confirmam a hipótese de um direito penal erguido sobre alicerces extremamente autoritários; assim como evidenciam a existência de inúmeros resquícios do direito penal de autor confirmam a matriz da intervenção moral, da incisão salvacionista na mente e no corpo do indivíduo desviante.

Exemplos escancarados da ruptura do princípio da secularização encontram-se no art. 28 da nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), ao dispor que

quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. (FONTE DA CITAÇÃO?)

E, mais adiante, o § 6º determina, ainda, que

para a garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recusa o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I – admoestação verbal; II – multa (Lei 11.343/06).

Assim, a intervenção moral proclamada pela lei atinge um nível tão elevado que chega ao disparate de permitir ao magistrado, muito para além de promover a incisão na consciência moral individual mediante imposição do comparecimento compulsório ‘a programa ou curso educativo’, fazê-la, sobretudo, por meio de sua própria concepção moral individual, atuando como “pai” do agente, submetendo-o a sua “admoestação verbal”. Trata-se, evidentemente, da criminalização do uso de drogas; de flagrante inconstitucionalidade pela violação da dignidade humana (art. 1º, III); da igualdade de tratamento independentemente de opções pessoais e de ações que não lesionem bens jurídicos ou terceiros, assim como a liberdade de consciência (art. 5º, caput, VI e VII); e da intimidade e da vida privada (art. 5º X).

Já o art. 33 da referida lei (antigo art. 12 da Lei nº 6.368/76) é, como percebe com acuidade Greco (2007), “duplamente assustador”. Em primeiro lugar, pela recepção do fenômeno grave, também denunciado por Zaffaroni, “da multiplicação dos verbos”, o que dilacera o princípio da legalidade, também ele consequência do princípio da dignidade humana. Em segundo lugar, pela extrema gravidade da pena imposta, fixada em 5 a 15 anos de reclusão e multa. Vê-se, pois, que tal conduta é considerada mais grave que a participação em suicídio (art. 122, CP, 2 a 6 anos se o suicídio consuma-se); que a lesão corporal gravíssima, resultante, por exemplo, em aborto ou perda de um membro, sentido ou função; que a lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 2º: reclusão de 2 a 8 anos; e § 3º: reclusão de 4 a 12 anos); que o roubo e a extorsão (art. 157 e 158: reclusão de 4 a 10 anos). Parece claro, nos termos de Greco (2007), portanto, que a excessiva gravidade justifica-se pelo fato de que “a finalidade desta norma incriminadora estaria, assim, menos em prevenir atos do que em punir traficantes; ao punir inclusive condutas socialmente neutras, tem em vista personalidades socialmente nocivas”.

Desta forma, a proclamada gravidade da conduta em questão compreende-se quando se percebe que o legislador, na verdade, não está preocupado especificamente com as ações, mas sim com a figura do traficante. Portanto, o tipo penal em debate, conforme Greco (2007, p.03),

[...] só aparentemente descreve ações proibidas. Na verdade, ela busca é a figura do traficante. Não se trata de um tipo que descreve uma conduta proibida, mas um tipo de autor, se bem que camuflado por trás de várias e várias e várias (sic) ações mencionadas. Ocorre que, ao arrolar entre elas condutas não-ameaçadoras para o bem jurídico saúde pública, o legislador se traiu, mostrando que não quer proibir só ações, mas personalidades, autores (...) Isto faz concluir que, ao lado do desvalor do

ato e do desvalor do resultado, este injusto tem por conteúdo uma terceira espécie de desvalor: um desvalor de personalidade¹⁰⁰.

É imperativo, pois, varrer os inimigos, os monstros, do convívio social.

As inúmeras figuras de tipos de autor presentes no direito penal brasileiro reproduzem, indiscutivelmente, alguns princípios do direito penal nazista. Ainda, segundo Greco (2007), a teoria dos tipos de autor é uma teoria fortemente ligada ao nazismo, não por acaso fruto daqueles anos dourados que foi a década de 30 na Alemanha. Segundo Greco (2007, p. 40,

o direito penal de fato era alcunhado pejorativamente de burguês, liberal. Um direito penal autoritário teria de voltar-se para o autor, situá-lo dentro da comunidade nacional, compreendê-lo como um órgão que insiste em não cumprir a sua função dentro do organismo, que viola um fundamental dever de fidelidade.

O direito penal deveria ser muito menos a Magna Carta do Delinqüente e mais a “Magna Carta dos interesses do Estado” (GRECO, 2007).

Indiscutivelmente, o princípio da legalidade penal – a despeito de toda sua problemática metodológica, tão argutamente percebida por Castanheira Neves (1999), quando assinala que a função de garantia do tipo penal jamais poderia representar a idéia ingênua de que os limites da interpretação da lei penal estariam protegidos e definidos rigidamente pelo modelo formal de descrição da conduta –, não deixa de constituir um desdobramento do princípio da dignidade humana, ao buscar amparar o cidadão contra toda intervenção irracional e inconstitucional do poder punitivo estatal. Castanheira Neves (1999, p. 473) adverte precisamente que

[...] a lei só poderá ser fundamento normativo num processo metodológico-problematicamente decisório em concreto mediante uma reconstrução intencional do sentido normativo e em que sempre se assume uma normatividade para além daquela que possa oferecer o pressuposto e expresso conteúdo legal.

Embora perceba esta proteção como insatisfatória, posto que presa ao modelo liberal-normativista de Direito, não deixa de registrar a importância da legalidade penal como instrumento de proteção da liberdade individual enquanto expressão da dignidade humana (MUÑOZ, 2001).

¹⁰⁰ Isso fica ainda mais evidente pela leitura do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando determina que o critério balizador da sanção penal que diferencia o “grande traficante” do “pequeno traficante”, assim como do próprio usuário será “a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a *personalidade* e a *conduta social* do agente”.

Neste sentido, também o art. 59 do Código Penal, que consagra a *personalidade do agente* e sua *conduta social* como critérios para a fixação da pena, escancara as portas para o ingresso de (re)construções interpretativas, fundadas na matriz da intervenção moral. Tal ingresso culmina na ruptura da secularização; no transbordar de ideologias e práticas autoritárias de aplicação do direito penal; enfim, no flerte com os pressupostos do direito penal nazista.

Em contrapartida, o postulado da secularização encontra-se devidamente sedimentado na Constituição brasileira e representa, segundo Carvalho (2001), um dos núcleos substanciais do ordenamento jurídico, juntamente com os preceitos estabelecidos no Preâmbulo e com os fundamentos do art. 1º da Carta de 1988. Da proeminência da secularização é possível deduzirem-se inúmeros direitos fundamentais estabelecidos no art. 5º, como o da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (inc. X); o do resguardo da liberdade de manifestação do pensamento (inc. IV); o da liberdade de consciência e de crença religiosa (inc. VI); o da liberdade de convicção filosófica ou política (inc. VIII); e da garantia da livre manifestação do pensar (inc. IX). Portanto, a secularização representa a verdadeira pedra angular da democracia e a ferramenta notável de crítica das atuações ilegítimas, inconstitucionais ou irracionais dos poderes públicos (CARVALHO, S, 2001).

Notável exemplo de aplicação do princípio supramencionado, no âmbito do campo penal, tem sido a pioneira construção jurisprudencial da 5ª. Turma do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao sedimentar em inúmeros julgados o entendimento, construído pelo parecer de Streck, de que

[...] a valoração negativa da personalidade é inadmissível em sistema penal democrático e fundado no princípio da secularização: ‘o cidadão não pode sofrer sancionamento por sua personalidade – cada um a tem como entende’. Outrossim, o gravame por valoração dos antecedentes é resquício do injusto modelo penal de periculosidade e representa ‘bis in idem’ inadmissível em processo penal garantista e democrático: condena-se novamente o cidadão-réu em virtude de fato pretérito, do qual já prestou contas (APELAÇÃO-CRIME nº 699.291.050, 2002).

Na mesma direção, o *leading case* Apelação Crime n. 699.291.050, também da 5ª. Câmara Criminal, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, considerou entendimento exarado no parecer de Streck, no sentido da inconstitucionalidade da reincidência, por representar resquício autoritário de um modelo de direito penal de autor, vez que o parecer condutor do voto apontou corretamente para o fato de que o

duplo gravame da reincidência é antigarantista, sendo, à evidência, incompatível com o Estado Democrático de Direito, mormente pelo seu conteúdo estigmatizante,

que divide os indivíduos entre aqueles que aprenderam a conviver em sociedade e aqueles que não aprenderam e insistem em continuar delinqüindo¹⁰¹ (APELAÇÃO-CRIME n° 699.291.050, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho – J. 11.08.99. APELAÇÃO-CRIME n° 70004496725, Rel. Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 07/08/2002 destaque nosso).

O conceito de tolerância, por seu turno, apresenta-se como decorrência da própria noção de secularização, posto que essa deflagra um processo de ruptura com as estratégias de perseguição e intolerância religiosas propiciadas pela vinculação entre saber religioso e poder (político) eclesiástico. O argumento filosófico da tolerância parte do pressuposto de que inexistente qualquer legitimidade de intervenção dos poderes estabelecidos sobre a esfera da intimidade, da vida íntima e da consciência. O respeito pela diferença; pelo ser do outro; pela livre manifestação da personalidade; pelo respeito à dignidade como autenticidade; pelo fato de ser fiel a si mesmo e a sua própria maneira particular de ser, fundamenta a impossibilidade de perseguir ou eliminar os modos de vida alternativos.

Suas raízes filosóficas estão em Pádua (1324) e especialmente em Locke (1665) e Voltaire (1751), os quais disparam argumentos contra as inúmeras guerras religiosas vivenciadas na Europa central, em decorrência da Reforma Protestante que desagregou a unidade ideológica do dogmatismo religioso da Igreja Católica e, mais tarde, de maneira inequívoca, na desobediência civil não-violenta de Gandhi.

Na realidade, o princípio da Tolerância conduz ao reconhecimento de posições contrastantes dentro de um sistema social complexo e conflituoso disciplinado por ‘regras do jogo’ convencionadas. Esse princípio herdou das lutas pela tolerância religiosa a difusão de uma aceção mais alargada, consubstanciada na abstenção de hostilidades para quem professa idéias políticas, morais ou religiosas julgadas censuráveis. Então, “a tolerância para com os dissidentes é, portanto, aceita como mal necessário quando não é possível reprimir o dissenso, ou seja, um mal menor quando o custo da repressão resultaria excessivo” (ZANONE, 2000, p.1245-1246). Trata-se de um grau preparatório do próprio princípio de liberdade: “a Tolerância institui, na verdade, um espaço de liceidade ou pelo menos de imunidade nas decisões individuais” (ZANONE, 2000, p.1245-1246).

Foram, sem sombra de dúvida, Locke (1665) e Voltaire (1751) que consagraram a definição moderna do princípio da Tolerância. Ao partir da distinção entre as funções do Estado e da Igreja, Locke (1665) afirma que ao Estado cabe agir coativamente em nome da observância das leis civis, na busca do bem comum. Já a Igreja nasce da necessidade de

¹⁰¹ No mesmo sentido, APELAÇÃO-CRIME n° 70010199586, Rel. Genacéa da Silva Alberton, julgado em 23/11/2005. Ver também o comentário da decisão elaborado por CARVALHO, S (2001, p. 109-119).

afirmar publicamente a sua fé, de servir e honrar a Deus por meio de um acordo entre os homens. Por isso mesmo, diz Locke (1965, p.93)

o cuidado das almas não pode pertencer ao magistrado civil, porque todo o seu poder reside na coação. Mas, como a religião verdadeira e salutar consiste na fé interior da alma, sem a qual nada vale diante de Deus, a natureza do entendimento humano é de tal ordem que não pode ser estrangido por nenhuma força exterior.

Na verdade, “nenhuma pena, por mínima que seja, pode instilar nas almas uma convicção deste gênero. Para mudar uma opinião nas almas é necessária uma luz que de nenhum modo o suplício dos corpos pode produzir” (LOCKE, 1965, p.93). Não cabe, pois, ao poder civil impor comportamentos ou valores religiosos, nem muito menos pode a Igreja valer-se da coação para perseguir àqueles que dissentem de suas prescrições e práticas.

Voltaire (1993, p.37-38), por seu turno, pondera que a intolerância não se ajusta nem ao direito natural nem ao direito humano, uma vez que viola a máxima universal ‘não faz o que não gostarias que te fizessem’. Assim, conclui que “o direito da intolerância é, pois, absurdo e bárbaro; é o direito dos tigres, e bem mais horrível, pois os tigres só atacam para comer, enquanto nós exterminamo-nos por parágrafos”.

Para o direito penal, vale referir que o princípio da Tolerância reforça indiscutivelmente os valores e princípios da igualdade e da dignidade humana, porque auxilia na construção de um espaço público apto a consolidar as condições para o desenvolvimento do reconhecimento intersubjetivo. Ademais reforça a indispensável necessidade de se aceitar o outro com todas as suas peculiaridades, além do acolhimento de formas concorrentes acerca da vida digna.

Entretanto, o princípio da Tolerância tecido pela tradição liberal, nas sociedades complexas e multiculturais contemporâneas, precisa estar associado a uma “política do reconhecimento”, como mecanismo de inclusão e de afirmação da visibilidade pública, tal como proposto pelo liberalismo baseado na igualdade. Trata-se, pois, de superar tanto a convivência fria e descomprometida do individualismo possessivo, quanto o relativismo ético e cultural proposto pela ortodoxia comunitária. Nesse sentido, “la tolerancia en las sociedades multiculturales debería contemplar tanto la esfera pública como la privada, tanto las identidades individuales como las culturas” (ZACARIA, 2003, p. 120-121). Desde este enfoque, as culturas devem ser vislumbradas como ponto de partida para a individualização do que é ‘universalmente’ digno de reconhecimento ou universalmente intolerável, mas nunca o ponto de chegada capaz de definir completa e definitivamente os parâmetros de

convivência. A idéia de cultura deve ser, pois, uma idéia aberta, fluida, jamais auto-referencial ou estática.

Portanto, a Tolerância deve configurar-se como ideal político não apenas e tão-somente destinado a possibilitar a pacífica coexistência dos indivíduos, mas sim tornar publicamente visível àqueles que seguem sendo objeto de discriminação, seja por atos discriminatórios positivos ou como efeito da ausência de um pleno reconhecimento de sua identidade. Por essa razão, explica Robles (2003, p.136) que

[...] la tolerancia multicultural es, pues, una actitud colectiva que hay que cultivar día a día como una planta delicada, pues exige el diálogo continuo y la argumentación racional. No es en el fondo otra cosa que respeto hacia las personas y hacia sus creencia y modos de vida.

Exemplo da intolerância no sistema penal brasileiro consiste precisamente na já referida guerra às drogas, produtora da eliminação sistemática de uma parcela de mesma etnia e extração social e do controle terapêutico da outra banda não criminalizável. Nas palavras de Batista, V. (2004, p.154), para esta política criminal bélica, “quem não estiver preso estará medicado”. Na mesma linha, nota com acuidade Rodrigues (2004, p.131) que, na base desta política criminal intolerante, “com derramamento de sangue”, para usar a expressão emblemática de Batista, N (2002), encontra-se a idéia de que “todos os sujeitos em franco desacordo com a maioria moral são vis agentes degenerativos que devem ser contidos, controlados e, se possível, extirpados do convívio entre os homens”.¹⁰²

Finalmente, o ponto culminante da efetiva maximização da igualdade e da dignidade humana, como reconhecimento intersubjetivo de sua dignidade racional, consiste precisamente na afirmação do princípio de não-violência como exigência filosófica, ética, política, cultural e estratégica da comunidade política democrática, que reconhece o conflito como algo estrutural de toda relação entre indivíduos e, por conseguinte, de toda a vida social.

À medida que a base da interação social é o conflito e sua gramática moral consiste na luta por reconhecimento, cabe discutir as condições de possibilidade da ação não-violenta. Trata-se de tornar possível uma interação social em que o conflito não seja considerado disfuncional ou patológico e, ao mesmo tempo, de construir-se as bases para a

¹⁰² Rodrigues (2004, p. 131) ressalta que, desde a Lei Seca americana de 1919, “criminalização dos vícios” reflete um desejo das elites americanas de estabelecer o rígido controle social de grupos sociais específicos, posto que “o moralismo organizado e não-organizado já identificara o consumo de substâncias indutores de estados alterados de consciência aos hábitos das minorias estigmatizadas”. Para o gestores do sonho americano, “a ameaça parte ‘de baixo’, das vielas e cortiços, dos homens de costumes ‘anômalos’ e línguas incompreensíveis, das doutrinas revolucionárias e instabilizadoras, do outro que está dentro como peste” (RODRIGUES, 2004, p. 138).

consolidação de elos sociais duradouros que a violência, sempre destrutiva, tenderia a aniquilar. Na realidade, “a paz não é, não pode ser nem nunca será a ausência de conflitos, mas o domínio, a gestão e a resolução dos conflitos por meios diferentes da violência destruidora ou mortífera” (MULLER, 1995, p.18).

Muller (1995, p. 19) assinala que “a não-violência não é a conclusão de um raciocínio, não é uma dedução, mas sim uma *opção da razão*. O homem compreende que apenas pode dar sentido à sua vida recusando-se a ceder à solicitação da violência”. Para Muller (1995, p.20)

a opção pela não-violência surge como acontecimento primordial que inaugura o conhecimento filosófico. (...) A não-violência não é uma filosofia possível nem uma possibilidade da filosofia. Ela é a estrutura da filosofia. Não é possível nenhuma filosofia que não afirme que a exigência de não-violência é incontestável, que é a expressão irrecusável da humanidade do homem, que é constitutiva do humano no homem.

O termo não-violência, descreve Muller (1995), possui a sua origem no termo sânscrito *ahimsa*, presente nos textos da literatura búdica e hinduísta e de que é a tradução literal. É formado pelo prefixo *a* e por *himsa*, que significa o desejo de fazer mal, de violentar um ser vivo. Significa, pois, a ausência de qualquer desejo de violência, isto é, o respeito, em pensamento, palavra e ação, da vida de qualquer ser vivo. Nesse sentido, “a *ahimsa* é muita mais que uma interdição, ela é uma exigência. Ela é um princípio” (MULLER, 1995, p.54-58).

Com efeito, a violência é um erro do pensamento, por isso mesmo, argumenta Muller (1995, p.58)

só o pensamento justo pode recusar a violência, deslegitimá-la, privá-la do direito de cidade que lhe foi indevidamente reconhecido pelas ideologias dominantes. Só um pensamento justo pode fundar a exigência de não-violência. Pela sua etimologia (do latim *pensare*), pensar quer antes do mais dizer pesar. O pensamento justo é a procura de julgamento equilibrado. Qualquer desequilíbrio no julgamento é um erro de pesagem, um erro de pensamento. E o julgamento desequilibrado introduz um desequilíbrio no comportamento e na ação, que se manifesta pela violência. Pela sua própria essência, a violência é desequilíbrio. O objetivo da não-violência é a procura de um equilíbrio através do conflito.

Ademais, seria incorreto pensar que a filosofia da não-violência postule a bondade natural e intrínseca do homem, ao modelo do “bom selvagem” de Rousseau. Ao contrário, parte do pressuposto de que o homem não é bom por natureza, mas pode ser bom. Não está na sua essência ser bom, mas pode ser bom. Isto implica reconhecer que está igualmente na sua condição existencial ser maléfico. Está na sua “natureza” poder ser bom ou mau. Essa

ambivalência caracteriza a sua condição de ser-no-mundo. De acordo com Muller (1995, p.67),

aquele que opta pela não-violência expõe-se ao risco de sofrer a violência de outrem. Um dos fundamentos filosóficos da não-violência é que exercer a violência é uma infelicidade muito maior para o homem que sofrê-la. A derradeira consequência deste princípio é que, do ponto de vista ético, mais vale ser assassinado do que assassino, ser vítima do que carrasco, ser morto que matar, e que é preciso recear mais o homicídio que a morte.

A não-violência é ademais uma exigência política, posto que “aquilo que funda o político não é violência, mas o seu absoluto contrário: a palavra humana”. Fundar uma sociedade é precisamente criar uma associação por meio de um pacto social, isto é, de uma Constituição. Convém, pois, ressalta Muller (1995, p. 143), recusar a ‘concepção vertical do contrato social’ que submete o indivíduo à dominação do governo e preconizar a ‘versão horizontal do contrato social’ pelo qual os indivíduos decidem concluir entre si um pacto baseado numa ‘relação de reciprocidade’ que os une por meio de um ‘compromisso mútuo’.

Já a estratégia não-violenta exige como componente primordial o princípio de não-cooperação. Ele assenta-se na elementar e clássica percepção de que aquilo que faz a força das injustiças e da desordem estabelecida é a cumplicidade, isto é, a cooperação voluntária ou passiva da maioria dos cidadãos com as ideologias, instituições, estruturas, sistemas, regimes e leis que criam e mantêm essas injustiças. A resistência não-violenta, por seu turno, visa romper essa cumplicidade por meio da organização de ações coletivas de não-cooperação. No dizer preciso de Muller (1995, p.97),

[...] uma vez que a primeira cumplicidade com a mentira e a injustiça é calar-se, a primeira acção de não-cooperação será romper esse silêncio, tomando publicamente a palavra a fim de fazer valer os requisitos da verdade e as reivindicações da justiça. Este tomar de palavra é já uma tomada de poder. Por meio dele, rompe-se o monopólio da palavra reivindicado pelos poderes estabelecidos. Desde o momento em que o indivíduo toma a palavra para contestar a ordem estabelecida e protestar contra a sua injustiça, ele pode ceder à solicitação da violência. Precisamente porque a palavra violenta transgride deliberadamente as normas do discurso conformista que pretende justificar a injustiça, ela pode surgir ao homem revoltado como uma contestação radical da ordem estabelecida. Desde logo, para melhor exprimir a sua recusa, ele procurará exprimir-se numa linguagem diferente da ordem que contesta. Respeitar as conveniências de linguagem estabelecidas pela sociedade seria ainda aceitar submeter-se às suas leis. O grito do homem revoltado será, pois, uma blasfêmia; desejará ser sacrilégio. Ao exprimir ruidosamente a sua cólera, o seu desprezo e o seu ódio pela sociedade, ele terá o sentimento de se libertar das coacções que o queriam obrigar a calar-se.

Há, na realidade, uma contradição radical entre a palavra e a violência, uma cessa no ponto aonde a outra inicia. Uma palavra que se torna violência nega-se como palavra. Por isso

mesmo, “a pacificação da palavra é uma das exigências da não-violência (...) A autoridade de uma palavra vem da sua verdade e não da sua violência”. A não-violência quer, portanto, pela afirmação da palavra, juntar a justiça e a força, posto que “a justiça sem força é impotente, a justiça sem força é refutada, porque há sempre pessoas más, intransigentes. A força sem justiça, no entanto, é tirânica” (MULLER, 1995:98-103).

A partir desses princípios cardeais, que devem orientar ontológica e axiologicamente as ideologias, instituições e práticas jurídico-penais, busca-se agora sedimentar o terreno para a aplicação dos princípios da igualdade e da dignidade na sua dimensão ontológica, é dizer, como *pré-compreensão ontológica, desde o ponto de vista do paradigma hermenêutico*, orientadoras do labor interpretativo dos juristas.

5.3 O campo penal e a esfera da justiça: a igualdade e a dignidade (da pessoa) humana como fontes simbólicas da “coerência narrativa” da intervenção penal no estado democrático de direito

A perspectiva hermenêutica aqui proposta parte do estabelecimento de uma nova pré-entendimento da justificação filosófica do Direito Penal, com a finalidade essencial de delinear e conduzir uma *cultura política da aplicação da lei penal*. A Constituição de 1988, fincada sobre os valores filosóficos de um “liberalismo baseado na igualdade”, optou por um sistema de justiça penal de matizes minimalistas e garantistas, calcado pelo respeito aos direitos fundamentais.¹⁰³

Em rigor, a Constituição Federal, no âmbito hermenêutico, funda(menta) os limites da palavra e da ação jurídico-política sem ser um fundamento, ou seja, sem representar um ponto

¹⁰³ Esta visão não encontra grande consenso entre penalistas e constitucionalistas brasileiros. A grande incidência de cláusulas expressas de criminalização no texto constitucional de 1988 foi percebida e analisada por alguns autores de relevo no Brasil. Carvalho, S (2004, p.195) afirma existir uma verdadeira “Constituição Penal dirigente”, evidenciando a ambigüidade do projeto político-criminal brasileiro, que oscila entre o garantismo minimalista e as teses do movimento de lei e ordem alavancadoras do Estado Penal. Para o autor, a formação de um núcleo constitucional-penal programático possui o efeito de aliar os mais diferenciados projetos políticos que, sob o manto retórico da construção/solidificação do Estado Democrático de Direito, optam, na verdade, pela edificação de um Estado Penal como substituto do inexistente Estado Social. A partir de outro marco teórico, Streck e Coppetti (2002, p.257) vislumbram a existência de uma conflituosidade interna no modelo normativo penal brasileiro, o que denominam de ‘encruzilhada paradigmática’. Para os autores, em função da variada gama de bens tutelados e da diversidade de medidas punitivas e garantias adotadas, podemos vislumbrar duas hipóteses: ou o Direito Penal brasileiro consolidou-se como um modelo normativo eclético, em que bens de naturezas totalmente diferentes devem coexistir homogeneamente, ou, em sentido inverso, está atravessando um momento transicional, no qual o espaço majoritariamente ocupado pelos direitos e interesses individuais passou a ser abarcado também de forma significativa por bens, direitos e interesses coletivos e difusos, o que denota o direcionamento do direito penal para os delitos praticados pelas classes poderosas e sua atuação como trincheira defensiva dos direitos sociais fundamentais.

de Arquimedes da argumentação jurídica, a partir do qual deduzir-se-iam todos os sentidos desde sempre consolidados em seu texto, vez que seu sentido manifesta-se contínua e inexoravelmente no contexto de uma temporalidade e faticidade concreta. Como assinala Streck (2004), a palavra *fundamento* apresenta um significado plurívoco. Pode ser entendido como verdade absoluta e histórica, razão suficiente, conhecimento acabado, princípio ou fundamentação última. Na *práxis* jurídica, a fundamentação quer dizer “justificar uma norma de ação (um enunciado normativo)”. Assim, “fundamentar uma norma de ação tem, em último extremo, um intrínseco sentido prático, já que se trata de discutir o porquê de participarmos na prática, necessariamente intersubjetiva, de uma comunidade que se constitui mediante um sistema normativo” (STRECK, 2004, p.225).¹⁰⁴

Afirma o autor que, no interior dos paradigmas do neopositivismo lógico e do racionalismo crítico, o problema do fundamento tem sido abordado como decorrente de uma atividade racional dedutiva, equiparada a um simples processo de dedução lógica, a partir do qual se inferem enunciados desde enunciados superiores. Tal proposta conduz a busca pelo fundamento a uma aporia, caracterizada pela conversão irracional de um ponto autofundado em premissa arbitrária e acriticamente escolhida de justificação global de todas as demais deduções do sistema.

Entretanto, “é preciso ter claro que o sentido do ser de um ente não pode ser constitutivo do sentido do ser de outros entes. É impossível inferir algo de algo; não se pode deduzir coisas de coisas” (STRECK, 2004, p.226). Devido a isso, a Constituição, diz Streck (2004), muito embora fundamento *stricto sensu* de validade do sistema jurídico, não pode ser considerada como uma ‘categoria fundante’, ou como uma premissa maior, de onde se possa (simplesmente) deduzir sentidos. De modo que, quando se interpreta um texto com base na Constituição, não ocorre um processo subsuntivo/dedutivo. O sentido do texto sempre se dá a partir do modo de ser-no-mundo no qual está inserido o intérprete. A Constituição sempre opera enquanto existencial.

Com efeito, Heidegger (1999) assinala que o princípio do fundamento não pode de modo algum significar a busca por uma fundamentação última, suprema e acabada, apta a justificar arbitrariamente o juízo sobre algo. Trata-se, segundo Heidegger (1999, p. 178-179 sic) ao contrário, de perceber que

[...] ao ser pertence o fundamento. O princípio do fundamento já não diz mais como princípio fundamental supremo de todo o conceber do ente, que cada um tem um

¹⁰⁴Sobre a questão do fundamento, ver Heidegger (1999).

fundamento. O princípio do fundamento fala agora como um dito sobre o ser. O dito é uma resposta à pergunta: o que significa pois ser? Resposta: ser significa fundamento. Entretanto o princípio do fundamento como um dito sobre o ser não pode mais querer dizer: ser tem um fundamento. Entendêssemos nós o dito sobre o ser nesse sentido, então o ser seria concebido como um ente. Apenas o ente tem, e decerto necessariamente, um fundamento. Ele é apenas como fundamentado. O ser contudo, porque é o próprio fundamento, permanece sem fundamento. Na medida em que o ser, o próprio fundamento, fundamenta, ele permite que o ente seja respectivamente um ente.

Nesse sentido, ressalta Streck (2004, p.233) que *“a Constituição é um ente que se estatui como um als ob (como se) enquanto totalidade, que, entretanto, se dispersa na multiplicidade dos movimentos da circularidade da compreensão”*. Ela funda sem ser fundamento à medida que atua à maneira de um “como se” existencial, porquanto não fixa uma categoria ou hipótese definitiva ou absoluta. Mas representa um “modo de ser”, uma construção (hermenêutica) sempre incompleta e inacabada, ao estabelecer-se como ‘matriz de sentido’ que oferece, a partir de uma ‘abertura permanente’, as ficções operatórias indispensáveis às práticas jurídico-políticas argumentativas.

Portanto, o sentido da Constituição é uma obra (literária) em permanente construção, posto que sendo existencial, ela articula as condições de possibilidade do “ser” da visibilidade pública e do reconhecimento intersubjetivo. Ela manifesta-se “como um dito sobre o ser”, oferecendo horizontes interpretativos com esteio na busca da igualdade e da dignidade de todo ser humano. Isso porque os sujeitos sociais só podem ser vistos e reconhecidos intersubjetivamente se já trazem consigo a experiência compartilhada da pertença à comunidade, que somente um sentido mínimo do que seja (a) Constituição é capaz de fornecer.

Das etapas do reconhecimento intersubjetivo descritas por Honneth (2003), o amor recíproco intrínseco às relações familiares, assim como a adjudicação de direitos (direito) quanto à orientação comum por valores (solidariedade) dependem necessariamente de uma experiência compartilhada, de uma linguagem fundadora comum. Uma linguagem na qual, por meio de um processo prático denominado “contrato social”, os sujeitos são capazes de gerir complexos processos de interação social mediante a sua elevação a um conjunto de relações jurídicas intersubjetivamente vinculativas. É precisamente a Constituição que estabelece essa elevação, formando nos atores sociais esta experiência sempre renovada de pertença à comunidade, de concretização gradativa dos conteúdos (individuais, sociais e meta-individuais) indispensáveis à visibilidade e ao reconhecimento.

Novamente com Streck, pode-se afirmar que (2004, p.233-234)

[...] a Constituição, enquanto fundamento de sentido do ordenamento, é um espaço no qual se dá esse sentido ('fundante'). Só que seu sentido 'fundante' ocorre numa manifestação prévia, onde já sempre existe um processo de compreensão, que ocorre no interior da espiral hermenêutica. O fundamento constitucionalizante se dá numa pertença recíproca a partir do conceito heideggeriano de *Das Selbe* (o mesmo), que acontece a partir do processo de autocompreensão, onde o texto emanado e o intérprete (os destinatários da norma que exsurge do texto) já desde sempre – querendo ou não – estão na circularidade. Desta forma, como ente disponível, a Constituição faz parte do modo-de-ser-no-mundo do intérprete. Quando interpreto um texto, o sentido de Constituição já está comigo, manifestando-me no meu modo de compreender o mundo.

A compreensão é sempre uma manifestação aparecimento existencial, no qual a interpretação emerge como o processo de compreensão do próprio ser, numa circularidade permanente. Portanto, o círculo hermenêutico representa a síntese daquilo que é carregado para o texto pela tradição e aquilo que é trazido pelo intérprete, que deve a todo instante colocar em julgamento os seus inalienáveis pré-conceitos, testar constantemente a sua própria pré-compreensão (GADAMER, 1996).

Esse modo de compreender o mundo, a toda evidência, deve espelhar a afirmação inexorável da igualdade e da dignidade humana, como fontes imaginárias do Estado Democrático de Direito. Tais princípios constituem a razão de ser da própria Constituição, pois a manifestação do seu “ser” encontra-se indissociavelmente ligada a ambos. Também aqui, a circularidade hermenêutica do processo de compreensão permite constatar que conjuntamente a igualdade e a dignidade humana constituem “fundamentos” sem fundo da própria Constituição. Em outras palavras, a Constituição só é possível se já se pressupõe, paradoxalmente, a existência da igualdade e da dignidade que esta posteriormente afirma, à medida que o “contrato social” só pode emergir de um pacto associativo de indivíduos livres e iguais porque dignos, pela simples razão de que já possuem uma experiência social prévia de reconhecimento intersubjetivo.

Nesse passo, o princípio da dignidade humana emerge, sob a ótica da Constituição Federal de 1988, como princípio fundamental da nova ordem simbólica substantiva de valores. Como princípio fundamental, apresenta nítido caráter jurídico-normativo, devendo, portanto, ser reconhecida a sua necessária eficácia e efetividade. Seu conteúdo material, vinculado à construção da visibilidade pública e do reconhecimento intersubjetivo, reflete nitidamente aquilo que Ferrajoli (2006b, p.906) denomina de “ponto de vista externo” ou “desde baixo”, “que consiste en el respecto de todas las posibles identidades personales y de todos los correspondientes puntos de vista”.

Essa afirmação da pessoa como valor, ou seja, do valor de cada pessoa humana singular, funda-se no ideal da tolerância e, como pretendeu afirmar estas reflexões, na luta

pelo reconhecimento intersubjetivo, que representariam a pré-compreensão autêntica indispensável para o correto entendimento e aplicação do princípio da dignidade humana. Sendo assim, “la atribución de idéntico valor a cada persona”, base da tolerância, deve associar-se ao fundamento inexorável de que os indivíduos, no âmbito de suas interações sociais, lutam incessantemente pelo reconhecimento mútuo (FERRAJOLI, 200b, p.906).

A proteção da pessoa humana no seu domínio mais amplo, objetivo do direito penal, não pode ser corretamente perseguida sem o seu reconhecimento como sujeito histórico, concreto, enraizado na sua condição-de-ser-no-mundo, no seu universo simbólico. Segundo Habermas (2002, p.249),

se é possível garantir a integridade da pessoa do direito em particular, de um ponto de vista normativo, isso não pode ocorrer sem a defesa dos contextos vitais e experienciais partilhados intersubjetivamente, nos quais a pessoa foi socializada e nos quais formou a sua identidade.

Portanto, os princípios assinalados devem operar como critérios hermenêuticos basilares para a aplicação da lei penal nos casos concretos. O contexto social e histórico particular dos sujeitos e os seus modos de vida devem orientar o processo interpretativo jurídico-penal, visando ultrapassar a inautenticidade da tradição, essencialmente marcada pela produção social da subcidadania e pelo imenso *déficit* social e democrático, típico das sociedades periféricas.

Quanto à igualdade, assume uma dimensão importante à medida que se apresenta como *regra de justiça*. Por regra de justiça deve-se entender, segundo Bobbio (1997), que se deve tratar os iguais de modo igual e os desiguais de modo desigual. Claramente, a igualdade fundamentada pelo Estado Democrático de Direito não se restringe a uma igualdade meramente abstrata. Trata-se, pois, de uma igualdade mais complexa e direcionada à ampla realização das condições materiais de existência. Como destaca Dworkin (2002, p.305),

[...] os membros mais frágeis de uma comunidade política têm direito à mesma consideração e ao mesmo respeito que o governo concede a seus membros mais poderosos, de modo que, se algumas pessoas têm liberdade de decisão, qualquer que seja o efeito sobre o bem-estar geral, todas as pessoas devem ter a mesma liberdade.

Finalmente, a possibilidade de efetivação desses princípios está diretamente associada à ruptura com a tradição inautêntica dominante no campo jurídico brasileiro. Se a existência humana está limitada e condicionada pela tradição, como percebe Gadamer (1996), é indispensável perceber que também o processo de interpretação precisa trazer à lume essa

historicidade recalcada pela objetividade científica do método. Conforme assevera Streck (2004, p.260), “não há interpretação jurídica sem relação social; a norma deve ser (sempre) interrogada e trazida para um espaço-temporal, para mostrar as suas potencialidades”. A igualdade constitui, na visão de Gadamer (1996), condição indispensável para a hermenêutica. Não há possibilidade de interpretação se os atores não pertencem de forma igualitária a um contexto particular, a uma tradição. Aduz Gadamer (1996, p.401) que para que se tenha uma hermenêutica é fundamental

[...] que la ley vincule por igual a todos los miembros de la comunidad jurídica. Cuando no es este el caso, como ocurría, por ejemplo, en el absolutismo, donde la voluntad del señor absoluto estaba por encima de la ley, ya no es posible hermenéutica alguna, ‘pues un señor superior puede explicar sus propias palabras incluso en contra de las reglas de la interpretación usual.

Inegavelmente, apenas com a compreensão das raízes históricas do não-compartilhamento intersubjetivo da igualdade e da dignidade humana, na sociedade brasileira, é possível resgatar a autêntica performance do direito penal como instrumento de proteção de bens jurídicos fundamentais e superar os imensos *déficits* sociais que se reproduzem cotidianamente nela. Aqui assume fundamental relevância analítica a tese de Dworkin (1986), que apresenta o direito como uma prática social argumentativa cujos protagonistas buscam fortalecer a *integrity*, compreendida menos como consistência lógica do que como coerência narrativa, fidelidade (criadora, porém) à história da moralidade política da comunidade.

Assim, o campo penal do Estado Democrático de Direito deve seguir o caminho do direito estatal, que nada pode senão possibilitar essa conquista hermenêutica da reprodução cultural de universos vitais. Desse modo, a pauta hermenêutica elementar para uma justificação mais adequada do direito penal no Estado democrático deve assumir, como ponto de partida inegável, o fato de que numa “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, tal como afirmado pela Constituição de 1988, de acordo com Habermas (2002, p.253) “a integração ética de grupos e subculturas com cada uma das identidades coletivas próprias precisa ser desacoplada do plano de uma integração política abstrata, que apreende os cidadãos do Estado de maneira equitativa.

O direito penal necessita assumir a igualdade e a dignidade humana de sujeitos históricos, produzidos pela tradição, e não de meras individualidades abstratas, como condição prévia de sentido, visando ajustar-se cotidianamente às demandas sociais. Então,

a dignidade humana e a igualdade não podem ser vistas com base no paradigma liberal-individualista-normativista, no qual os sujeitos são atomizados e reduzidos ao plano da figuração idealista do contrato social; mas a partir dos pressupostos do Estado Democrático de Direito e dos complexos jogos intersubjetivos travados em seu interior. E isso em função de que não existe o indivíduo abstrato, dotado de uma racionalidade transcendental, mas apenas o indivíduo histórico, produzido pela tradição.

Os princípios da igualdade e da dignidade humana devem funcionar, conforme assevera Warat (1994, p.66), portanto, como “pré-compreensão hermenêutica, vislumbrados desde o ponto de vista da ontologia fundamental”. Em outros termos, como indícios formais interpretativos que orientam todo o processo de aplicação do direito penal, visando-se com isso romper o *habitus* dogmático abertamente atentatório dos direitos fundamentais, ainda prevalecente no interior do campo jurídico-penal brasileiro.¹⁰⁵

A aplicação da lei há muito não representa uma mera atividade de subsunção de fatos concretos a normas gerais e abstratas, mas sim uma prática social argumentativa, um discurso performativo caracterizado por um processo de produção de sentido que deve guiar-se pelos princípios supremos do texto constitucional (integridade). No dizer de Vogel (2003, p.250-252), a aplicação do direito penal “consiste en la concreción del marco de regulación legal y en la elaboración creativa (esto es, desarrollo y sistematización) de las finalidades legislativas, es política criminal vestida de dogmática”. Portanto, a ciência do direito penal implica um aprofundamento da compreensão da lei a partir de outros horizontes simbólicos, até porque, adverte o autor, “una legislación penal sin ciencia del Derecho Penal crea um auténtico problema de legitimación (VOGEL, 2003, p.252).

¹⁰⁵ O engendramento da cultura política e dos horizontes simbólicos que guiam as práticas jurídicas hegemônicas espelha aquilo que o mestre Warat (1994, p.66) denomina de “sentido comum teórico dos juristas”. Para o autor, à medida que as significações jurídicas sempre se apresentam como instrumento de poder, o Direito, enquanto técnica de controle social, articula este poder a partir de certos “hábitos de significações”. Assim, os juristas contam com um arsenal de pequenas condensações de saber, articuladas por meio de uma linguagem vaga e invisível que legitima os propósitos do poder instituído. Essas relações imaginárias que os juristas estabelecem com a sua prática cotidiana se encontram, pois, influenciadas por uma constelação de representações, imagens, crenças, pré-conceitos, ficções, hábitos de censura significativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam anonimamente seus atos de enunciação e de decisão. O senso comum teórico é, portanto, o local do segredo (STRECK, 2004; WARAT, 1994). Com efeito, todos os jogadores num campo jurídico possuem um determinado conjunto de disposições que orientam suas ações, o que representa o *habitus* deste campo, ou seja, um conjunto de predisposições compartilhadas que configuram um modo rotinizado, banalizado e trivializado de compreender, julgar e agir com relação aos problemas jurídicos. No dizer de Rocha (2002), o apego a essa burocracia aparece como uma espécie de simulacro da ritualística religiosa, nem sempre compreensível e voltada para fins obscuros. A persistência em tais procedimentos é vista como uma espécie de instrumentalização de uma rotina insensível, que basta a si mesma.

Como afirma Hassemer (2007), as relações entre a situação fática e as descrições típicas, entre ser e dever-ser, somente poderá ser dinamizada por meio de elementos que unam ambas as categorias relacionais, num movimento ininterrupto que envolva a circularidade da compreensão, porque tal processo, segundo Hassamer (2007, p.16)

não é uma visão (um sujeito diante de um objeto), mas uma aproximação em desenvolvimento, ele decorre em círculos ou, melhor dizendo, em forma espiral: sujeito e objeto se movimentam um em direção ao outro, visando o entendimento, e prevêm o outro nas etapas da aproximação.

Trata-se, pois, de um ‘vaivém do olhar’, que sempre possui como foco a igualdade e a dignidade de seres humanos, históricos, enraizados no universo simbólico que os governa.

De fato, no que tange à coerência narrativa do direito com base nos princípios assinalados, deve-se ter claro que a cisão amplamente reproduzida entre regras e princípios representa claramente uma decaída em direção ao paradigma positivista. Essa cisão ocorre à medida que não capta devidamente a ruptura empreendida pelo novo modelo de direito introduzido pelo constitucionalismo contemporâneo. A dicotomia regra/princípios e seus diferentes modos de compreensão e aplicação não se inserem adequadamente naquilo que o paradigma hermenêutico denomina de diferença ontológica. Isso quer dizer, pois, que regras e princípios não podem ser apreendidos objetiva e metafisicamente, como entes, mas apenas no horizonte de seus sentidos, no seu ser. Em outras palavras, os entes enquanto entes são inacessíveis, só podem manifestar-se na temporalidade e na faticidade de seu acontecimento, ou seja, o ser é sempre ser de um ente.

Desta forma, a compreensão/aplicação dos princípios jamais se dará em abstrato, como se tratassem de objetos apreensíveis de forma universal, a partir do qual se poderiam deduzir sentidos sempre precisos. Na verdade, os sentidos (possíveis) dos princípios jurídicos da igualdade e da dignidade humana só podem ser construídos no processo de concreção, que é a *applicatio*, “momento do acontecer do sentido, que ocorre na diferença ontológica. Não há textos sem normas. Não há normas sem fatos, não há interpretação jurídica sem relação social. É no caso concreto que se dará o sentido, que é único, irrepetível” (STRECK, 2007, p.240).

Sendo assim, cindir regra e princípios equivale ao mesmo equívoco hermenêutico que gera (con) fusão entre vigência e validade, texto e norma, como se ambos pudessem ser apreendidos como entidades estanques, objetivas; e não no âmbito das suas manifestações concretas, a partir da diferença ontológica, isto é, compreendidas no seu ser, como existenciais, na diferença e na singularidade de suas aplicações. A força normativa dos

princípios deriva precisamente dessa irrenunciável capacidade de expressar a construção integrativa do Direito, a partir da manifestação do modo-ser do intérprete, que se ancora na pré-compreensão transmitida pela tradição e projetada pela fusão de horizontes.

A perspectiva hermenêutica dos princípios quer explicitar, portanto, que não há uma diferença estrutural entre regras e princípios. Assim como as regras, os princípios também são textos, e esses, por sua vez, são eventos e não meramente “enunciados lingüísticos”. Conseqüentemente, tanto as regras quanto os princípios, se aceita a distinção, que não significa diferença, apenas podem ser compreendidos à luz da diferença entre texto jurídico e o sentido que este texto adquire a partir de sua aplicação (aqui ingressa a faticidade, o modo prático de ser no mundo) (STRECK, 2007).

Streck (2007) esclarece ainda, de forma original, que a distinção entre as regras, com sua estrutura lógica binária (dado A deve ser B) e princípios, como resgate do mundo prático, abandonado pelo positivismo (por isso a sua associação aos valores), somente pode ser realizada no plano apofântico, portanto, não tem lugar como uma analítica constituidora de sentido. Afirma Streck (2007, p.256-257) que, “no plano hermenêutico, o *Dasein* chega antes de qualquer distinção reflexiva (ou analítico constitutiva) entre regras e princípios. Por isso, o círculo hermenêutico é condição de possibilidade, e não um ornamento para justificar posturas interpretativas”. Há sempre uma ligação hermenêutica entre regra e princípio, de modo que por detrás de cada regra está sempre um princípio instituidor. A partir da diferença ontológica, regras e princípios manifestam-se no seu modo-de-ser, isto é, acontecem (na sua norma) no interior do círculo da compreensão.

A partir desta releitura jurídico-filosófica, buscam-se, pois, algumas possibilidades hermenêuticas de aplicação e concretização dos princípios da igualdade e da dignidade humana no campo penal, percebidos tanto como pré-compreensão ontológica, isto é, uma antecipação de sentido que deve guiar os horizontes simbólicos interpretativos do operador do direito, quanto como fontes imaginárias que expressam a integridade da comunidade política democrática, articuladas a partir da diferença ontológica e concretizadas no movimento da circularidade da compreensão, destinadas a engendrar significações instituintes para o direito penal do Estado Democrático de Direito, na tensão incessante com as formas instituídas.

5.3.1 Dignidade Humana, Igualdade e a (re)definição do princípio de culpabilidade

Na direção hermenêutica, pensado a partir de sua relação com os princípios da igualdade e da dignidade humana, a responsabilidade penal individual, sempre subjetiva, aquilo que a dogmática penal consagrou pelo termo “culpabilidade”, deve ser proporcional às etapas do reconhecimento intersubjetivo, bem como ao seu grau de participação na formação racional da vontade coletiva. Trata-se, pois, de ir além do princípio da “co-culpabilidade”, da responsabilidade de todos os membros da sociedade por cada ato desviante¹⁰⁶ e de reconhecer que a imputabilidade, o grau de conhecimento do injusto e a exigibilidade de comportamento conforme o Direito dependem, inexoravelmente, do grau de visibilidade e reconhecimento intersubjetivo de cada individualidade singular e concreta.

É indispensável ressaltar que, numa sociedade marcada por clivagens sociais tão profundas, a reprodução hermenêutica dos universos vitais ganha especial relevo como elemento estrutural da culpabilidade. Isso porque, se, de fato, a igualdade e a dignidade humana constituem fundamentos da interpretação jurídica, da sua coerência narrativa; e se o Estado Democrático de Direito traduz-se num Estado de justiça material; então o direito penal deve refletir a pluralidade cultural, deve compreender que os amplos processos de invisibilidade (exclusão) e humilhação social (vitimação) conduzem à formação de sub-culturais criminais, de universos simbólicos por vezes incomunicáveis, de critérios morais variados e contraditórios, que incidem sobre as formas de compreensão do autor sobre o injusto concreto.

Portanto, levar os princípios da igualdade e da dignidade humana a sério quer significar, em primeiro lugar, que a dogmática jurídico-penal deve incorporar ao universo semântico da culpabilidade o irrenunciável dado da seletividade arbitrária que condiciona a atuação do poder punitivo do Estado. Nesta direção, Zaffaroni (2002, p. 653) ressalta o fato de que uma culpabilidade que se restringisse a considerar

¹⁰⁶ Sobre este aspecto, assinala Santos (2006) que o *princípio da alteridade* – e não a presunção de liberdade – deve ser o fundamento material da responsabilidade social e, portanto, de qualquer juízo de reprovação pessoal pelo comportamento anti-social. O *princípio da alteridade* permitiria fundamentar a responsabilidade pelo comportamento anti-social na *normalidade* de formação da vontade do autor de um tipo de injusto concreto: em *condições normais* o sujeito imputável *sabe o que faz* (conhecimento do injusto) e, em princípio, tem o *poder de não fazer o que faz* (exigibilidade de comportamento diverso); logo, condições *anormais* de formação da vontade concretizada no tipo de injusto podem excluir a consciência da antijuridicidade (erro de proibição) ou a exigibilidade de comportamento diverso (situações de exculpação). Na mesma direção, Batista, N (1999, p.105) ressalta que “trata-se de considerar, no juízo de reprovabilidade que é a essência da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi ministrada, correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do estado que vai impor-lhes a pena”.

[...] el reproche personal al autor, con total indiferencia a la circunstancia de que este haya sido seleccionado por su mayor vulnerabilidad (por regla directamente proporcional a su distancia del poder) implica una palmaria contradicción con la ética más elemental. Para atenuar esta confrontación, la culpabilidad debe ser un concepto que limite el efecto del reproche con la referencia al dato selectivo; se trata de legitimar la función reductora y no el poder punitivo.

Portanto, a culpabilidade não pode vincular-se estritamente às representações simbólicas articuladas pelo idealismo dedutivo ou pelo preventivismo dissuasório, tributárias das teorias retributivas, que caracterizam a sua gênese histórica. Desde essa perspectiva, a culpabilidade será percebida como reprovabilidade resultante do âmbito de autodeterminação do sujeito (livre-arbítrio). De outro lado, deve também se afastar radicalmente da versão caricata que lhe imprimiu a Escola Positiva, para quem a culpabilidade constituía um mero juízo sobre a periculosidade, desvinculada do fato delituoso, fundada numa concepção de “razão de estado” e a pretexto da defesa social.

A visualização da culpabilidade como juízo ético-político de reprovação dirigido ao autor de um injusto penal, baseada na sua capacidade de autodeterminação, assenta-se, indiscutivelmente, sobre uma concepção idealista da igualdade e da dignidade humana. Isso se dá à medida que se desconsidera Estado que não procede amplamente de forma ética senão como usuário de elementos formais da ética para reprovar personalizadas aos selecionados pelo poder punitivo, e não a todos os indivíduos indistintamente. Nesse sentido, a culpabilidade, conforme Zaffaroni (2002, p. 654),

[...] tomando em cuenta el dato de la selectividad y constatando que el poder punitivo selecciona conforme a la vulnerabilidad del sujeto e no a su autodeterminación, debe impedir que este se ejerza en magnitud que supere el reproche que pueda formularse al agente del esfuerzo personal que haya realizado para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad.

Portanto, o juízo de reprovação jurídico-penal, sem abandonar o domínio da valoração ético-política do comportamento socialmente danoso, deve fundar-se, ainda, nos seguintes critérios:

- a) o vínculo pessoal do injusto que, com o seu autor, precisa levar em conta a maior ou menor probabilidade de criminalização secundária sobre a pessoa;
- b) o grau de periculosidade (arbitrariedade) do sistema penal que está dado a princípio pelos componentes do estado de vulnerabilidade de cada indivíduo ao sistema penal;
- c) o estado de vulnerabilidade que se mede pela posição que o indivíduo ocupa dentro da escala social; e

d) a relação entre poder e vulnerabilidade ao poder punitivo que é sempre inversa, uma vez que o poder opera como garantia de cobertura frente ao sistema penal.

Ainda, segundo Zaffaroni (2002), a vulnerabilidade por si só não determina a criminalização secundária. O que cobre a distância entre a probabilidade de criminalização, que indica seu *estado de vulnerabilidade*, e a concretização em uma criminalização secundária, que tem lugar em um determinado caso de vulnerabilidade, é o esforço para alcançar-se uma situação concreta de vulnerabilidade.

Sendo assim, a culpabilidade deve ser entendida como o juízo de reprovação atribuído ao esforço pessoal para alcançar-se a situação concreta de vulnerabilidade ao poder punitivo. O direito penal deve, pois, proceder a uma contra-seleção. No paradigma do direito penal redutor de danos, ressalta Zafaroni (2002, p.655), é fidedigno

[...] su reproche del esfuerzo personal por alcanzar la situación de vulnerabilidad, porque ésa es la medida del esfuerzo que la persona realiza conspirando contra el propio derecho penal, en cuanto a su cometido pacificador y redutor de violencia. En otras palabras: el esfuerzo por la vulnerabilidad es la cntribución personal del sujeto a las pretensiones legitimantes del poder punitivo y, por ende, contrario al esfuerzo redutor y pacificante del derecho penal.

Com efeito, a possibilidade de uma reprovação formalmente ética constitui um pressuposto da reprovação do esforço pela vulnerabilidade. Para Zaffaroni (2002, p.652), a culpabilidade

[...] es el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre este. Este juicio resulta de la síntesis de un juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho (formulado conforme a elementos formales proporcionados por la ética tradicional) con el juicio de reproche por el esfuerzo delagente para alcanzar la situación de vulnerabilidad en que el sistema penal ha concretado su peligrosidad, descontando del mismo el correspondiente a su mero estado de vulnerabilidad.

Alicerçada pelos princípios da igualdade e da dignidade humana, tal se discutiu no decorrer deste estudo, a análise do esforço para alcançar-se a situação concreta de vulnerabilidade, como componente irrenunciável do juízo ético-político de reprovação do comportamento socialmente lesivo de bens jurídicos fundamentais, deve partir da condição de vulnerabilidade, isto é, da posição ocupada pelo indivíduo no interior da rede simbólica que o governa.

O estado de vulnerabilidade, portanto, deve ser entendido não apenas como situação de classe, como dimensão meramente econômica e material, mas também e essencialmente

como grau de visibilidade pública e reconhecimento intersubjetivo, como cumprimento das etapas indispensáveis à formação da identidade individual e coletiva. Se a ação violenta ou criminosa expressa, de fato, a inclusão negativa no convívio social, no pacto civilizatório, figura, portanto, como uma das fontes subjetivas do comportamento socialmente lesivo; o juízo de reprovação, ao lado da valoração ético-política do comportamento para a sobrevivência da comunidade política, deve descontar tanto no que se refere ao estado de vulnerabilidade quanto no que compete à dimensão negativa sua inclusão na rede simbólica instituída, negada pela sociedade nos processos de construção da realidade e interação intersubjetiva.

Assim, esse juízo poderia se realizar pela inexigibilidade de comportamento diverso, já que a ação violenta representaria apenas uma forma de reação negativa ao fato do reconhecimento intersubjetivo ter sido defeituoso ou incompleto. Nesse caso, “o motivo interno do criminoso é constituído pela experiência de não se ver reconhecido de maneira satisfatória na etapa estabelecida de reconhecimento mútuo” (HONETH, 2003, p.52).

Assim,ue a inexigibilidade de comportamento, conforme o Direito, deve sintetizar também o processo de luta por reconhecimento e por visibilidade. Portanto, o autor do fato deve ser compreendido como um indivíduo inserido nesse tormentoso, complexo e contraditório processo, mas nunca como inimigo, monstro ou peste; deve, antes sim, ser reconhecido efetivamente como cidadão, como “gente”, independentemente da gravidade de sua conduta para a definição hegemônica da realidade.

Ademais, o juízo de culpabilidade precisa deter-se, pois, na dignidade de cada ser humano concreto, o que implica tratá-lo como ser único, na sua singularidade irrenunciável, como portador não só de um direito à igualdade, mas também de um direito à diferença. Deve ser tratado isonomicamente ao mesmo tempo em que reconhecido na sua particularidade, se as suas condições materiais, culturais, raciais e de gênero assim o exigirem, ou seja, a partir de sua relação concreta com a ordem simbólica instituída.

O que essa visão hermenêutica propõe é precisamente ressaltar a importância do reconhecimento intersubjetivo, dos graus de visibilidade e de inserção social como dimensões irrenunciáveis da culpabilidade. Caso contrário, continuar-se-à a reproduzir um “direito penal de garantias” para os integrados e sobre-integrados e outro cruel e desumano, “o direito penal do *homo sacer* da Baixada”, para os sub-integrados ou sub-cidadãos. No momento em que o acento do Estado Democrático de Direito consiste na busca da justiça social, impõe-se não a tentativa de sua implementação por meio do direito penal, mas essencialmente de limitá-lo radicalmente, à medida que historicamente o campo penal sempre acentua e reproduz as

desigualdades e as hierarquias sociais, por expressar consensos morais fictícios, construídos sempre ideologicamente (VAN SWAANINGEN, 2002, p.282).

A perspectiva hermenêutica aqui proposta segue, em linhas gerais, aquilo que Neuman (2004, p.136) compreende como o questionamento da “formación ontológica de la construcción jurídico-penal de conceptos y reglas”, em que o critério da justiça sobrepõe-se irremediavelmente sobre os critérios estritamente funcionais e racionais, ou seja, lógico-dedutivos, guiados apenas pela eficácia do sistema em si mesmo. Com efeito, segundo a visão hermenêutica aqui assinalada, Neuman (2004, p. 136) afirma que

[...] las reglas jurídico-penales de la imputación están vinculadas a las representaciones sociales de la responsabilidad. Éstas deben poder mostrarse como reglas de una imputación justa. Así, la formación jurídico-penal de conceptos y reglas se subsume bajo las categorías de ‘justo’ e ‘injusto’.

O critério de justiça significa o ponto de vista da legitimidade externa ou, “desde abajo”, o critério da primazia da pessoa humana, reafirmado pelo ponto de vista interno, ou da validade, caracterizado pela adequação aos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito.

O que acontece no campo penal brasileiro é precisamente a configuração de um *habitus* pautado por ficções operatórias que reproduzem e reforçam indefinidamente a “naturalização da desigualdade”, a seletividade arbitrária do sistema de justiça penal. Isso porque o *habitus* dogmático reifica certos pré-juízos que dilaceram as possibilidades instituintes dos princípios da igualdade e da dignidade humana. Em primeiro lugar, ao supor a sociedade de maneira estritamente positivista, percebida como harmônica, homogênea, e ao apreender os conflitos sociais como patologia, como disfunção, como peste. Com isso, sufoca-se completamente a possibilidade de vislumbrar-se o conflito como, também, na maior parte dos casos, consequência estrutural de sua configuração política e econômica e manifestações dos processos sociais de luta por reconhecimento.

De outro lado, ao perceber a culpabilidade de forma absolutamente idealista e liberal-individualista, a partir da lógica do sujeito-proprietário de mercadorias, com sua ampla capacidade de autodeterminação, mediada pela categoria do sujeito de direito. Tal teorização, segundo Streck (2004, p.67)

sustenta-se em um paradigma hermenêutico de cunho metafísico-essencialista, em que os fenômenos têm uma pretensa independência, onde o fenômeno é explicado depois de reduzido à sua essência, é dizer, a um princípio abstrato, criando dois

pólos onde não há mediação: o individual abstrato, de um lado; e o universal abstrato de outro (Kosik).

No âmbito da dogmática jurídica pátria, a culpabilidade continua vislumbrada como conceito abstrato, universal, independente da situação existencial concreta de cada membro da comunidade política, do grau de reconhecimento intersubjetivo e de visibilidade pública que os processos de interação social lhes asseguram.

Nesse sentido, prevalece a visão de que “a culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal, feito a um autor de um fato típico e antijurídico, porque, podendo se comportar conforme o direito, o autor do referido fato optou livremente por se comportar contrário ao direito” (BRANDÃO, 2003, p.131).

Como afirma Bitencourt (1997, p.178), “chegou-se à consideração mais ou menos unânime, entendendo a culpabilidade como aquele juízo de reprovação dirigido ao autor por não haver obrado de acordo com o Direito, quando lhe era exigível uma conduta em tal sentido”.

Ora, o que em momento algum o campo jurídico-penal pátrio e a dogmática jurídica que o instrumentaliza questionam é precisamente *quem exige o que e de quem*, afinal pode o direito penal, forjado a partir da pressuposição do indivíduo abstrato, sempre portador do *habitus primário*, exigir que um homem invisível (sub-cidadão), portador do *habitus precário*, aja com a mesma conformidade ao Direito que um indivíduo altamente integrado, incluído (cidadão)?

E o que falar, ainda, da experiência desse sub-cidadão diante da percepção de que aos sobre-integrados ou sobre-cidadãos também não se impõe a exigência de agir-se em conformidade ao direito, uma vez que estão imunes à punição? A absorção acrítica do mito do direito penal igualitário e a desconsideração consciente ou inconsciente, do dado inquestionável da seletividade arbitrária do sistema penal, permeiam o imaginário dos universos das representações simbólicas idealistas do paradigma dogmático e do sentido comum teórico dos juristas.

Assim, a culpabilidade deixa de se apoiar na igualdade e na dignidade humana de indivíduos concretos para se deixar apreender, de forma universal e abstrata, e aplicada em cada caso particular de modo individual abstrato, como se todos os homens possuíssem, indistintamente, a mesma vulnerabilidade ao poder punitivo e a mesma capacidade de compreensão do injusto, assim como o mesmo grau de reconhecimento e de inclusão positiva no convívio social, por um lado, e os juízes os mesmos parâmetros para o estabelecimento do juízo de reprovação, por outro. Omite-se simplesmente o fato de que um sujeito invisível e humilhado socialmente (subcidadão) não pode compreender a lei e atribuir significação social

ao seu ato reprovável do mesmo modo que um cidadão totalmente incluído (cidadão). De igual forma, o juiz, sempre portador do *habitus* primário, como sujeito altamente integrado, julgará sempre diferentemente àqueles que são portadores do *habitus* precário, ao não identificar-se com o seu universo simbólico. Isso reforçará ainda mais a dinâmica da invisibilidade, visto que tende a tratar os portadores de tal *habitus* como atores considerados disfuncionais na vida social, vislumbrada como ordeira, harmônica, homogênea.

Exemplarmente, as decisões judiciais nos crimes de roubo na cidade de São Paulo refletem a hipótese, posto que “os réus foram condenados sistematicamente no regime mais gravoso, ainda que presentes as condições legais para a imposição do regime semi-aberto”. Percebe-se, claramente, que os magistrados manipulam os termos porosos da legislação, as “zonas de textura aberta” (HART, 1971), como os conceitos de periculosidade e de personalidade, e acionam ademais inúmeras fórmulas retóricas para uma mesma finalidade: o agravamento da pena e do regime. Na maioria das decisões, as argumentações foram bastante idênticas e se reproduziam a partir de verdadeiros ‘chavões’ traduzíveis na expressão: ‘o réu apresenta alta periculosidade, pois o roubo é um crime grave que desassossega nossa ordeira e pacata sociedade de bem’. Nesse sentido, a atuação do sistema de justiça penal, na trama social, contribui para reproduzir as desigualdades, para reificar e renovar os preconceitos, em que o *habitus* do campo jurídico identifica-se sobremaneira com o do senso comum sobre a violência, o crime e o controle penal (TEIXEIRA, 2005).¹⁰⁷

Isso se reflete também, claramente, na percepção de que, enquanto nos crimes econômico-financeiros, nas fraudes políticas, na corrupção de agentes públicos prevalece certa lógica do menor rigor repressivo, posto a culpabilidade assenta-se na vulnerabilidade social e no esforço para atingir uma situação concreta de seleção criminalizadora; nos desvios perpetrados pelos homens e pelas mulheres invisíveis segue o rigor implacável do encarceramento e/ou do extermínio físico. De fato, Castilho (1998) constata que, no período de 1986 a 1995, dos 682 supostos crimes financeiros apurados pelo Banco Central, apenas 5 resultaram em condenação na primeira instância na Justiça Federal, e 9 acabaram por sofrer condenação final nos tribunais superiores. No entanto, nenhum dos 19 réus condenados por estes delitos sofreu pena privativa de liberdade¹⁰⁸. A mesma sorte não teve a empregada

¹⁰⁷ A pesquisa constata que nas sentenças condenatórias em que a pena foi fixada no mínimo legal (77, 19% dos casos), o regime imposto foi o fechado em 80,75% delas, para as penas aplicadas entre 4 e 8 anos e para indivíduos primários (TEIXEIRA, 2005)

¹⁰⁸ Ressalta-se que não se defende aqui a visão denominada por Karan (2006, p.7) de “esquerda punitiva”. Segundo esta tendência, que afeta inclusive importantes setores da esquerda, impõe-se uma ampla e vigorosa repressão penal contra “os crimes do poder”. O que tal postura não percebe, porém, é que historicamente o sistema penal sempre esteve voltado para a gestão desigual das próprias ilegalidades. Assim, ao desconsiderar a

doméstica Angélica Aparecida Souza Teodoro, que permaneceu encarcerada preventivamente 4 meses por tentar roubar de um mercado um pote de manteiga, no valor de R\$ 3,10, em São Paulo, ocasião em que o Poder Judiciário lhe negou, por 4 vezes seguidas, o pedido de liberdade provisória.¹⁰⁹

O que precisa ser compreendido, nesse aspecto, é que não se trata, por óbvio, de simples má-fé ou insensibilidade individual dos magistrados e dos promotores que atuaram no caso. Fica evidente que existe um modo pré-reflexivo, rotinizado e banalizado de tratamento e compreensão dos problemas jurídicos, um *habitus* (dogmático) opaco e invisível aos atores do campo jurídico, que normaliza um tratamento tão abertamente diferencial aos sub-cidadãos, empurrando-os ainda mais para essa condição social marginalizada.

Outro ponto fundamental, abertamente atentatório aos princípios da igualdade e da dignidade humana, consiste no rompimento definitivo com a presença assustadora do direito penal de autor constante no art. 59 do Código Penal. A avaliação da personalidade, da conduta social e dos antecedentes do autor caracteriza o desvirtuamento do direito penal do fato, à medida que fomenta a gradação da culpabilidade pela conduta de vida, por escolhas pessoais consideradas desvirtuadas pela definição hegemônica da realidade social.

5.3.1 Dignidade Humana, Igualdade e suas relações com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade da intervenção penal

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade mantêm uma íntima conexão com os princípios da igualdade e da dignidade humana, pois articulam parâmetros formais e materiais para a relação entre os indivíduos e o Estado. Consubstanciados em critérios de controle, limitação e legitimação da atuação dos poderes públicos no modelo do Estado

simples manifestação de poder que a pena estatal representa – e no Estado capitalista, o poder das classes dominantes –, despistam olhar sobre o direcionamento privilegiado do controle social punitivo aos excluídos ou destituídos do exercício deste poder. Neste sentido, a fúria punitiva inevitavelmente se volta contra os setores oprimidos que, no âmbito da justiça criminal, constituem os atores que cotidianamente encenam o teatro do controle social formal de nossa sociedade. Cf. KARAN, Maria Lúcia. “A esquerda punitiva”. In: *Op.cit.* 1996, p. 79-92.

¹⁰⁹ “Doméstica está presa há 4 meses por roubar manteiga” *O Estado de São Paulo*, 16/03/2006. Os exemplos se estendem aos milhares. A 1ª Câmara Criminal do TJ de Santa Catarina negou provimento ao recurso interposto por Divaldo João Assis, condenado a dois anos de prisão, em regime fechado, por tentativa de furto e a cinco meses de detenção, em regime semi-aberto, por falsa identidade. Tudo isto porque, por volta das 2 horas da madrugada de 12 de março de 2005, Assis entrou na área de serviço da casa de Eder Machado, em Balneário Camboriú (SC), para surrupiar um curió que estava numa gaiola. Na fuga, surpreendido pelo morador e proprietário do pássaro, atirou a gaiola longe e saiu em disparada. Preso, Assis se fez passar por outra pessoa. (Proc. n.º 2006.020139-4 - com informações do TJ-SC).

Democrático de Direito, tais princípios buscam assegurar a máxima realização dos direitos fundamentais.

Em sentido lato, a *proporcionalidade* manifesta-se como “proibição do excesso”, na idéia da existência de critérios constitucionais relacionados com a adequação substancial de uma medida restritiva da liberdade. Este princípio assume o papel de principal instrumento de controle da atuação restritiva da liberdade individual. Como proclama Novais (2004, p.163-164),

[...] a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade ou, noutra perspectiva, a liberdade geral de acção nele fundada, confere aos cidadãos, em Estado de Direito, uma pretensão jurídico-constitucionalmente protegida de não terem a sua liberdade individual negativamente afectada a não ser quando tal seja estrita e impreterivelmente exigido pela prossecução, por parte dos poderes públicos, de outros valores igualmente dignos de protecção jurídica.

Nesses termos, qualquer ingerência estatal na esfera de autonomia dos sujeitos, ou qualquer restrição na liberdade individual que se afigure excessiva e abusiva, ou seja, que vá além do estritamente necessário e adequado, manifesta-se como ilegítima e inconstitucional. O denominado princípio da proporcionalidade, ínsito à própria materialidade do Estado Democrático de Direito, como Estado de justiça social, sintetiza a busca pela justa medida, o justo equilíbrio, o que, no caso do campo penal, também remete ao princípio de não-violência e ao fato de o Estado pautar-se pela busca da solução pacífica das controvérsias.

Com efeito, no âmbito do paradigma hermenêutico, o princípio da proporcionalidade consiste numa metáfora, isto é, explica Streck (2007, p. 187-188)

[...] um modo de explicar que cada interpretação – que nunca pode ser solipsista – deve obedecer a uma reconstrução integrativa do direito, para evitar interpretações discricionárias/arbitrárias sustentadas em uma espécie de ‘grau zero de sentido’ que, sob o manto do caso concreto, venham a estabelecer sentidos para alguém ou para além da Constituição.

De maneira que “proporcionalidade será, assim, o nome ser dado a necessidade de coerência e integridade de qualquer decisão” (STRECK, 2007, p. 187-8).¹¹⁰

¹¹⁰ Do ponto de vista da matriz jurídica analítica, Ávila (2004) afirma que o princípio da proporcionalidade aplica-se a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro menos restritivo dos direitos fundamentais afetados?), e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?). Para o autor, sem uma relação meio/fim não se pode realizar o exame do postulado da proporcionalidade. Assim, o “fim consiste num ambicionado resultado concreto (extrajurídico); um resultado que possa ser concebido mesmo na ausência de normas jurídicas e de conceitos jurídicos, tal como obter, aumentar ou extinguir bens, alcançar determinados estados ou preencher determinadas condições, dar causa a ou impedir a realização de

De igual forma, a razoabilidade insere-se nesse mesmo processo hermenêutico-interpretativo, tendo em vista agora as particularidades das pessoas envolvidas na controvérsia. Portanto, não se trata de nada mais do que um outro nome para a busca da igualdade concreta.

Exemplo concreto dessa problemática, no Brasil, consiste, na polêmica levada à Suprema Corte sobre a possibilidade de realizar o aborto de feto anencefálico. Tal debate permite uma ampla avaliação acerca da incidência do princípio da dignidade humana como dimensão instituída do campo penal, nas suas interfaces com a proporcionalidade e a razoabilidade e visa reduzir drasticamente o âmbito de sua incidência como forma de tratamento (legítimo) dos conflitos. No caso em discussão, a controvérsia delimitou-se a partir da exposição de um conflito de bens jurídicos ou direitos fundamentais. De um lado, a vida do feto é vista a partir de uma perspectiva abstrata e universal, já que concretamente inviável. De outro, a dignidade humana da mulher, o livre desenvolvimento de sua personalidade e sua autonomia privada, lhes permitiriam o direito de optar por não suportar as agruras de uma gravidez de resultado drástico.

Não obstante, ainda aberta a discussão no Supremo Tribunal, em seu voto, a Ministra Elie Gracie parece apoiar-se numa visão estritamente positivista e liberal da jurisdição constitucional. Além disso, parece não compreender o alcance dos novos mecanismos engendrados pelo novo paradigma do Estado Democrático de Direito para a efetivação dos direitos fundamentais. A excelentíssima Ministra pondera que

a sociedade brasileira precisa encarar com seriedade e consciência um problema de saúde pública que atinge principalmente as mulheres menos favorecidas. E deve fazê-lo por meio de seus legítimos representantes perante o Congresso Nacional, não, ao contrário, por via oblíqua e foro impróprio, mediante mecanismos artificiosos que (...) acarretaria uma ruptura de princípios basilares, como o da separação de poderes e a repartição estrita de competências entre eles. Parece-me profundamente antidemocrático pretender obter, por essa via tão tortuosa da ADPF, manifestação a respeito de um tema que, por ser controverso na sociedade brasileira, ainda não logrou apreciação conclusiva do Congresso Nacional.

Vê-se, claramente, que a magistrada não atenta para o deslocamento do foco de tensão dos conflitos para o Poder Judiciário no âmbito do Estado Democrático de Direito, em que a

ações (...) *Fim* significa um estado desejado de coisas. Os princípios estabelecem, justamente, o dever de promover fins” (ÁVILA 2004, p.114). No campo penal, trata-se de avaliar o estado desejado de coisas consagrado pelos “princípios cardiais”, além de suas finalidades básicas essenciais, quais sejam, a proteção de bens jurídicos e a solução pacífica dos conflitos (não-violência). Tal proposta não se coaduna com a perspectiva hermenêutica, uma vez que requer uma fragmentação da interpretação, como se fosse possível essa decomposição analítica e conceitual do ato interpretativo, que é sempre aplicação. Trata-se, pois, de uma fórmula que conduz a uma interpretação em fatias, em tiras. Antes mesmo desta decomposição analítica (adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito), que sempre chega tarde, o intérprete já antecipou (fundamentou) porque compreendeu e aplicou, o sentido sobre a proporcionalidade ou não da decisão.

função jurisdicional assume papel preponderante no sentido de efetivar as promessas traduzidas pelos direitos fundamentais. Isso se dá também pela explosão de litigiosidade e pela existência da pluralidade inesgotável de concepções morais contrastantes nem sempre devidamente albergadas pelos textos jurídicos. Assim sendo, cabe ao Judiciário tanto responder às inúmeras demandas, ainda que não previamente tipificadas pelo sistema normativo, quanto proteger o direito das minorias contra maiorias eventuais (STRECK, 2004, p.160).

Portanto, ao Judiciário cabe sim decidir sobre questões controvertidas ainda não totalmente equacionadas pelos demais poderes, quando são restringidos ou violados os direitos fundamentais. A ministra Ellen Gracie, no entanto, vislumbra o importante instituto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como um “mecanismo artificioso”, uma “via tão tortuosa” e opta por tangenciar a discussão do mérito em nome de concepções de tutela dos direitos fundamentais que não mais atendem aos pressupostos do constitucionalismo material do Estado Democrático de Direito.

De outra sorte, a decisão do Ministro Joaquim Barbosa sinaliza o rumo do neoconstitucionalismo contemporâneo, de uma sociedade verdadeiramente aberta dos intérpretes da Constituição, como pretende Häberle (1997), ao ultrapassar as amarras do constitucionalismo liberal e admitir a legitimidade do Poder Judiciário para o enfrentamento e deslinde das questões que envolvem princípio políticos. Assim sendo, na análise do mérito conclui, acertadamente, que

em se tratando de feto com vida extra-uterina inviável, a questão que se coloca é: não há possibilidade alguma de que esse feto venha a sobreviver fora do útero materno, pois, qualquer que seja o momento do parto ou a qualquer momento que se interrompa a gestação, o resultado será invariavelmente o mesmo: a morte do feto ou do bebê. A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva da liberdade, da intimidade e autonomia privada? Nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? Entendo que não Sr. Presidente. Isso porque, ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extra-uterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal.¹¹¹

¹¹¹ HC 84.025-6/RJ, Rel. Ministro Joaquim Barbosa (www.stf.gov.br). Ver também a síntese do debate em OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. “Parecer do conselho nacional de política criminal e penitenciária a favor de aborto de feto anencefálico”. In: BOLETIM DO IBCCRIM (160). São Paulo: Ibccrim, Março do 2006.

Evidencia-se, pois, que a referida decisão percebe com acuidade o fato de que a criminalização do aborto, na perspectiva específica do caso concreto, representaria a afetação desnecessária, fútil, desproporcional e irrazoável, acarretando a instrumentalização da mulher, assim como uma redução objetiva das oportunidades de livre desenvolvimento de sua personalidade não justificada pela necessidade de realização de fins, valores ou interesses dignos de proteção jurídica. A dignidade humana da mulher grávida de feto portador de anencefalia estaria radicalmente afetada à medida que a imposição da criminalização do aborto representaria antes a primazia ontológica da comunidade, fundada em valores culturais patriarcais, morais e religiosos com pretensões de universalidade e de negação da pluralidade do que propriamente o ponto de vista da prática, da dinâmica histórico-cultural concreta. Por esse motivo constitui uma séria negação do reconhecimento intersubjetivo da mulher como ser capaz de se autodeterminar e de levar a cabo a sua própria visão acerca do bem e da vida digna.

Outro exemplo de aplicação do princípio da dignidade, agora associado à *razoabilidade* encontra-se no HC 87777, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, quando na ementa consagra que “o *princípio da razoabilidade* impõe o reconhecimento do excesso de prazo da prisão preventiva, quando a delonga no curso processual não for atribuível à defesa”. Assim, a particularidade do caso individual, na hipótese, o excesso de prazo não imputável à defesa, impõe o reconhecimento de que a manutenção da prisão preventiva do acusado consiste em medida não razoável, posto que restringe o direito fundamental à liberdade e à dignidade humana do acusado com base numa nota que prolonga a medida excepcional além do tempo legalmente previsto por atos não provocados pelo mesmo (HC 87776, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento 26/06/06, Primeira Turma (www.stf.gov.br)).

Na mesma direção, o HC 85237, Rel. Ministro Celso de Mello, ressalta que

a duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.

Aduz, ainda, o Ministro Celso de Mello em seu voto que

nada pode justificar a permanência de uma pessoa na prisão, sem culpa formada, quando configurado excesso irrazoável no tempo de sua segregação cautelar (...), considerada a excepcionalidade de que se reveste, em nosso sistema jurídico, a prisão meramente processual do indiciado ou réu, mesmo que se trate de crime

hediondo ou de delito a este equiparado. – O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário – não derivando portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuído ao réu – traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei (HC 85273, Rel. Ministro Celso de Mello, julgamento 17/03/05, Tribunal Pleno (www.stf.gov.br)).

Também ressaltando a relação entre a dignidade humana e a razoabilidade, vez que atento às conseqüências da decisão sobre a esfera pessoal daquele desvantajosamente afetado, o HC 89176, Rel. Ministro Gilmar Mendes, assinala que

o direito de defesa constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana. Diante da ausência de intimação de defensor público para fins de julgamento do recurso, constata-se, no caso concreto, que o constrangimento ilegal é inegável (HC 89176, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgamento 22/08/2006, Segunda Turma (www.stf.gov.br)).

Outra decisão que acena para o critério da esfera subjetiva do afetado diretamente pela decisão foi proferida no HC 83358, Rel. Ministro Carlos Britto, no qual afirma que

o fato de o paciente estar condenado por delito tipificado como hediondo não enseja, por si só, uma proibição objetiva incondicional à concessão da prisão domiciliar, pois a dignidade da pessoa humana, especialmente a dos idosos, sempre será preponderante, dada a sua condição de princípio fundamental da República (art. 1º, inciso II, da CF/88). Por outro lado, incontroverso que essa mesma dignidade se encontrará ameaçada nas hipóteses excepcionalíssimas em que o apenado idoso estiver acometido de doença grave que exija cuidados especiais, os quais não podem ser fornecidos no local da custódia ou em estabelecimento hospitalar adequado (HC 83358, Rel. Carlos Britto, julgamento 04/05/04, Primeira Turma (www.stf.gov.br)).

As possibilidades hermenêuticas da igualdade e da dignidade humana reveladas em algumas decisões da Corte Suprema indicam, a toda evidência, as dimensões *instituintes* destes princípios jurídicos enquanto fontes imaginárias de re-significação de práticas punitivas atentatórias aos direitos fundamentais. Esses princípios permitem, claramente, uma constante abertura do processo interpretativo e, por essa razão, uma ininterrupta ruptura com as formas instituídas do sistema penal, ainda excessivamente resistentes às novas premissas constitucionais da intervenção punitiva no Estado Democrático de Direito.

Ao que tudo indica, fixar a igualdade e a dignidade humana como vetores interpretativos das ideologias e práticas jurídico-penais requer, acima de tudo, um novo olhar

(hermenêutico) que perceba as faces cruéis do sistema punitivo como instrumentos reprodutores da invisibilidade pública e da humilhação social. E, além disso, coloque o sistema punitivo efetivamente nos seus devidos trilhos, como instrumento sempre nocivo de limitar da liberdade e de reproduzir violências estruturais. Esse sistema, na comunidade democrática, deve ser limitado ao mínimo necessário, adequado, proporcional e razoável de proteção de direitos fundamentais.

Considerações Finais

As possibilidades hermenêuticas dos princípios da dignidade humana e da igualdade, no âmbito do sistema de justiça penal, precisam vincular-se, como ponto de partida inexorável, a uma visão específica acerca da comunidade. Por isso mesmo, o estabelecimento do Estado Democrático de Direito implica, indiscutivelmente, a configuração de uma perspectiva pós-metafísica ou pós-positivista da comunidade política (neoconstitucionalismo), vislumbrada como “comunidade de princípios” substantivos, materiais que direcionam o agir político estatal.

O campo penal deve refletir, portanto, as marcas indeléveis dessa comunidade caracterizada pelo “fato do pluralismo”, isto é, pela percepção de que as democracias contemporâneas assumem, como dado inquestionável, o fenômeno de que no mundo moderno já não é possível configurar uma única idéia substantiva acerca do bem que venha a ser compartilhado por todos. Isso não significa, porém, que o direito penal deva ausentar-se de resguardar um conjunto mínimo de valores fundamentais, precisamente aquele senso comum de decência, justiça e equidade sem o qual a vida social tornar-se-ia inviável e destituída de sentido.

Assim, a proposta filosófico-jurídica aqui estabelecida, assumiu como ponto de partida justamente a igualdade e a dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, a tolerância e a não-violência como elementos constitutivos de uma sociedade verdadeiramente plural e aberta ao diálogo. Desse modo, ao eleger, como valor fundante da instituição (imaginária) jurídico-política, a noção de que todos os seres humanos são iguais e merecedores de igual respeito e consideração por parte do Estado, Dworkin auxilia na demarcação dos horizontes de um direito penal assentado sobre a impossibilidade de imposição *a priori* de uma determinada concepção de “vida digna”. Ao direito penal não cabe impor arbitrariamente uma visão da vida digna vislumbrada como moralmente superior às visões alternativas da realidade social. Cabe ao direito penal, no âmbito do Estado Democrático de Direito, interditar a violência sempre ameaçadora e apta a regrassar, entendida como o desejo de aniquilamento do outro, de negação de seu reconhecimento intersubjetivo igualitário.

Esse parece ser o paradoxo sobre o qual se assenta a própria existência do direito penal. Ao mesmo tempo em que se relaciona efetivamente com a moralidade política da comunidade e atua como o guardião de todos os outros direitos, conforme Ost, não pode,

converter-se no derradeiro baluarte da instituição da sociedade. Isso porque a realização da dignidade humana, nunca é demais recordar, sempre se dá em contraposição ao sistema penal. E esse, por sua vez, quer significar muito mais o fracasso no trabalho legítimo dos conflitos do que propriamente um instrumento apto a cumprir este desiderato.

Especialmente no Brasil, se for levada em consideração a advertência de o Dias e Costa Andrade e penetrar-se na racionalidade que preside a ordem social, a fim de melhor compreender as estratégias de legitimação e de punição destinadas a assegurar sua coesão, ver-se-à que o direito penal atuou historicamente sob o signo da violação sistemática dos valores ou princípios da igualdade e da dignidade humana; isso ocorreu à medida que, antes de afirmar-se como instrumento de proteção dos valores fundamentais da sociedade, consoante impõe o Estado Democrático de Direito, esteve direcionado à gestão da subcidadania, isto é, ao exercício do controle punitivo dos segmentos marginalizados da população e à reprodução de uma determinada definição hegemônica da realidade social, abertamente marcada pela “naturalização da desigualdade”.

A razão que explica isso é o fato de as instituições e práticas modernas transplantadas e adaptadas no cenário da modernidade periférica, dentre as quais todo o arcabouço institucional e discursivo do sistema de justiça penal, não terem sido devidamente acompanhadas dos consensos valorativos necessários a sua constituição e desenvolvimento eficaz. De modo especial, não obtiveram esse acompanhamento a generalização e a universalização dos valores associados à concepção jurídica da cidadania, ou seja, os valores da igualdade e da dignidade humana, alicerces do reconhecimento intersubjetivo.

Por esse motivo, o presente estudo pretendeu lançar sobre a genealogia dessa recepção deficitária das práticas e instituições modernas. E além disso, fazer perceber as razões pelas quais o sistema de justiça penal brasileiro ergueu-se sobre a lógica do tratamento abertamente desigual, calcado pela naturalização de um processo de produção social da subcidadania. Vale dizer, o sistema jurídico-político em geral e o sistema de justiça penal em particular aceitam passivamente o reconhecimento de cidadãos de primeira e de segunda classe, ou ainda, a existência do sobre-cidadão e do sub-cidadão, como algo natural e legítimo.

Conforme discutido, isso acontece devido à ausência da generalização do *habitus* primário tanto como cimento valorativo, apto a permitir a eficácia das instituições modernas, quanto como Estado centralizado e mercado competitivo. Isso, em última instância retira a substância da própria regra jurídica da igualdade, uma vez que “para que haja eficácia legal da regra de igualdade é necessário que a percepção da igualdade na dimensão da vida cotidiana esteja efetivamente internalizada” (SOUZA, 2006, p.37).

Mas ao contrário, a disseminação do *habitus* precário como fenômeno de massa nas sociedades periféricas, como a brasileira, constitui e determina acordos pré-reflexivos opacos, que definem objetivamente a “hierarquia valorativa” do valor diferencial entre os seres humanos, no contexto das formações sociais de tipo moderno.

Nesse sentido, vê-se claramente que esses acordos pré-reflexivos e pré-embutidos, os quais orientam as instituições e práticas modernas no Brasil, cristalizam-se a *posteriori* no imaginário que sustenta as práticas jurídicas e argumentativas dos juristas; mas sempre sob a forma de um *sensu comum teórico* e de um *habitus* dogmático abertamente atentatório dos direitos fundamentais.

No interior do campo-jurídico penal, esse *sensu comum teórico*, forjado pelas ilusões de sentido do cotidiano, insistente em reproduzir acordos pré-reflexivos sobre o valor diferencial dos seres humanos, reforça a naturalização de relações de desigualdade, invisibilidade e humilhação social. Isso se dá a partir da clivagem entre cidadãos e sub-cidadãos, dissimulada sob a máscara do tratamento igualitário mediado pela categoria do “sujeito de direito”, livre e auto-responsável. É justamente isso que impede a percepção clara e imediata da virulência da seletividade do sistema repressivo brasileiro. Em outros termos, isso se deve ao fato os sujeitos portadores do *habitus* precário representarem 98% da população carcerária brasileira, o que é obscurecido pelo fato de que todos são apreendidos abstratamente como “sujeitos de direitos” ou, mais precisamente, como “sujeitos de responsabilidade”, quando defrontados com o sistema de justiça penal. Isso porque são vinculados ao sistema jurídico formal apenas através das sanções normalizadoras e nunca por meio das garantias estabelecidas pela ordem constitucional.

É óbvio que o dado da seletividade também atinge em cheio a operacionalidade do sistema penal dos países centrais, o que detona uma atuação direcionada preferencialmente a uma clientela pobre e negra. Nos Estados Unidos, por exemplo, essa atuação seletiva manifesta-se claramente como elemento inquestionável do sistema de justiça penal, essencialmente gestado para o controle das “classes perigosas”: negros, hispânicos, e mais atualmente a comunidade de descendência árabe. Mas parece evidente que este direcionamento se deve muito mais a elementos de natureza cultural, como o profundo racismo que marca aquela sociedade, ao lado do elemento estrutural comum a todo sistema penal da estrutura econômico-social capitalista; do que propriamente à completa desqualificação moral e jurídica desses segmentos sociais; traço este marcante nas sociedades periféricas e que protagoniza a atuação do sistema penal a partir do genocídio compulsivo do terror de Estado e da exceção permanente.

Portanto, a brutalização do sistema penal recai efetivamente sobre as parcelas da população que não lograram internalizar o *habitus* primário (domínio da razão sobre as emoções, cálculo prospectivo, auto-responsabilidade), já que, a partir de consensos opacos e pré-reflexivos, deixa-se entrever que esses atores sociais não são dotados do mesmo reconhecimento social. Se a dignidade pressupõe um reconhecimento universal entre iguais, é óbvio que um sistema penal que criminaliza massivamente sempre a mesma extração social está condicionado por estes consensos morais opacos. A razão disso decorre do fato de que a atuação do sistema de justiça penal opera-se a partir da recepção das práticas e instituições modernas sem a disseminação dos pressupostos morais que garantiriam a sua reprodução e desenvolvimento eficaz.

De outra sorte, a cultura jurídica cristalizada sob a forma de um *habitus* dogmático (senso comum teórico) naturaliza essas relações, já que as categorias conceituais do Direito penal engendraram-se com base nos pressupostos filosóficos e políticos do individualismo abstrato, que pressupõem a disseminação do *habitus* primário, inviabilizando as possibilidades de afirmação da igualdade e da dignidade, já que erigidas a partir de um indivíduo sem contexto, sem corpo.

Dessa forma, o senso comum teórico reproduz abertamente essa incapacidade do direito penal de lidar com o 'fato do pluralismo', com a diferença, uma vez que suas categorias trabalham pressupondo indivíduos mediados por ficções operatórias sem qualquer base de realidade. Em primeiro lugar, parte-se do mito do direito penal igualitário, desconsiderando o fenômeno da seletividade, o que retira qualquer base ética da reprovação pelo injusto. Logo após, aceitam-se passivamente as violações constantes aos pressupostos que determinam a imputação jurídico-penal, a pretexto da defesa social.

Diante do quadro, evidencia-se, pois, que as categorias jurídico-penais dissimulam abertamente o fenômeno de que a grande parcela da população, selecionada pelas agências de controle penal, não são percebidas como portadoras de reconhecimento social e visibilidade pública, ou seja, são vistos como "não-gente", como inimigo, monstro ou peste. Desse modo, "sujeito de direito" auto-responsável, base do conceito jurídico-normativo de culpabilidade, apenas serve de álibi teórico para a reprodução da seletividade arbitrária do sistema penal. Como propõe Zaffaroni (2004, p. 37), "a culpabilidade penal no Estado de Direito não pode ser a simples culpabilidade pelo ato, também deve surgir da síntese desta (como limite máximo da reprovabilidade) e de outro conceito de culpabilidade que incorpore o dado real da seletividade". O autor ressalta ainda que a evidência de que "embora a lei respeite a

legalidade e o direito penal exija seu cumprimento estrito, o exercício do poder punitivo sempre é de autor, por inevitáveis razões estruturais”.

Em contrapartida, os princípios da dignidade humana e da igualdade devem atuar precisamente com base nos pontos de vista da comunidade e da justiça. Como horizontes simbólicos estariam aptos, por um lado, a reduzir o tratamento penal dos conflitos sociais e, por outro, a impedir a reprodução dos fenômenos políticos da “invisibilidade pública” e da “humilhação social” por meio das ideologias e práticas penais do Estado.

Por conta disso, a (re)construção hermenêutica desses princípios basilares assume importância decisiva como forma de romper com esta tradição de produção social da subcidadania. Então, como valores, a igualdade e a dignidade humana situam-se no plano axiológico daquilo que é bom, correto e justo. Já na qualidade de princípios, apresentam natureza deontológica, isto é, de um dever-ser, aquilo que é proibido, permitido, obrigatório, mandado. No entanto, as duas faces possuem uma conexão íntima, posto que os valores constituem o conteúdo dos princípios, pois esses sempre representam exigências de justiça, equidade, decência, ou alguma outra dimensão da moral.

É preciso ter claro que a afirmação dos princípios da igualdade e dignidade humana, no campo penal, direciona-se ao rompimento com as premissas constitutivas daquilo que se denomina de “*cultura política da aplicação da lei penal*”. Essa cultura, ou em outras palavras, esse habitus dogmático dos operadores jurídicos, assenta-se, na verdade, sobre pressupostos idealistas, sobre consensos não devidamente universalizados a todos os estratos sociais e que determinam a hierarquia valorativa, a qual conduz a um tratamento tão abertamente desigual por parte das instituições e práticas punitivas. Por um lado, o campo jurídico-penal assenta-se sobre uma individualidade abstrata, que homogeneiza diferenças sociais, raciais, culturais e de gênero cruéis e abissais; por outro, tece-se com esteio no rebaixamento político e na desqualificação jurídica de inúmeros indivíduos, grupos, classes e segmentos sociais; nesse sentido a destituição da mais elementar significação moral e jurídica é inevitável, o que determina a configuração de um paradigma marcado pelo signo da desigualdade aberta, da seletividade arbitrária, da exceção permanente, do genocídio compulsivo do terror de Estado. Isso tudo configura-se em torno de um paradigma denominado aqui de “direito penal do *homo sacer* da baixada”, no qual a *vida nua* dos indivíduos aparece como o objeto primordial da violência do controle penal.

Em termos constitucionais, a dignidade humana consistiria tanto na impossibilidade de utilizar o homem como meio a serviço de um fim, tornando-o instrumento dos desígnios dos poderes instituídos, quanto o reconhecimento de sua particularidade, de seu autêntico modo-de-ser bem como a sua proteção inequívoca contra toda sorte de ataques e humilhações, pela simples razão de que cada ser humano é irrepetível e merece ser tratado enquanto ser único e capaz de se autodeterminar, embora sempre condicionado pela rede simbólica que o governa. A dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de humilhações e ofensas, mas também em agregar a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. Esse pleno desenvolvimento da personalidade pressupõe, de um lado, o reconhecimento da total autodisponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos das possíveis atuações próprias de cada homem; de outro a autodeterminação (*Selbstbestimmung des Menschen*), que surge, antes de uma predeterminação dada pela natureza, da livre projeção histórica da razão humana.

Portanto, o conteúdo material da dignidade humana deve ultrapassar a simples impossibilidade de não instrumentação do ser humano, vislumbrando-o no interior de suas relações concretas, de suas necessidades existenciais, as quais conspiram contra ou a favor de seu reconhecimento social. Desse modo, é imprescindível visualizar-se a dignidade humana para além da perspectiva exclusivamente formal, que parece sugerida pela simples interdição de instrumentar o homem. A dignidade humana, no Estado Democrático de Direito, transcende claramente a mera identidade física e moral, a liberdade individual ou a igualdade formal; ela deve englobar a participação ao adotarem-se decisões públicas, inclusive no acesso irrestrito a prestações sócio-materiais no marco de um sistema econômico justo.

Isto significa garantir, para além da autonomia individual, tanto os elementos integrantes da vida ativa, que permitem o estar entre iguais e diferentes no exercício da ação fundadora e do diálogo, do governo do trabalho e do governo da cidade; quanto aos indivíduos singulares as condições essenciais para o perfazimento, com sucesso, das etapas indispensáveis ao reconhecimento intersubjetivo, no âmbito dos laços afetivos, das relações jurídicas e dos valores socialmente deliberados e partilhados. A partir deste objetivo, pode-se, então, entrever o princípio da dignidade humana e da igualdade como seu elemento constitutivo, a partir de uma dupla dimensão: negativa (defensiva) e positiva (prestacional).

Ao lado e concomitantemente como elemento que engloba a dignidade humana e a própria “imagem do homem”, como ser individual e social, a igualdade também estrutura e

fundamenta a instituição social do Estado Democrático de Direito; isso permite compreender que o reconhecimento intersubjetivo pressupõe e constrói, dialeticamente, uma sociedade de diminutas clivagens e divisões radicais. Desenvolver os próprios planos de vida implica, necessariamente, poder primeiramente elaborá-los, depois expressá-los e finalmente efetivá-los, o que requer a satisfação de necessidades básicas sem as quais tudo isso permanece impossível.

Diante disso, a proposta do presente estudo foi precisamente a de (re)definir a operacionalidade do campo penal a partir dos horizontes simbólicos da igualdade e da dignidade humana; esses valores percebidos como pressupostos existenciais da instituição imaginária da sociedade. Mas isso em função de estar ciente de que toda comunidade pressupõe uma naturalização de relações igualitárias, como no mundo antigo, ou um pacto originário de indivíduos percebidos como iguais e dignos, tal como na narrativa política moderna. Entretanto, tais valores também são os objetivos, as promessas de toda a vida social, de modo que os valores ou princípios da igualdade e da dignidade são tanto pontos de partida quanto de chegada de toda comunidade política.

O campo penal deveria fundamentalmente ancorar-se nesses princípios supremos se almeja um mínimo de legitimidade democrática, sob pena de afirmar-se apenas e tão somente como instrumento de gestão da miséria e da subcidadania. Portanto, a (re)definição de suas funções no cenário do Estado Democrático de Direito, especialmente de países de modernidade periférica, exige uma reflexão a partir das esferas da comunidade e da justiça.

No que tange à *esfera da comunidade*, os princípios da igualdade e da dignidade humana atuam nas suas acepções axiológica e ontológica, alicerçadas pelo paradigma hermenêutico; esse confere conteúdo ético-político ao injusto penal e conecta-se aos demais princípios cardeais da intervenção penal, como os princípios da secularização, da tolerância e de não-violência. A dignidade e a igualdade, como afirmação constante do reconhecimento intersubjetivo e da visibilidade pública, isto é, do exercício da palavra e da ação, conferem a possibilidade de compreender-se o direito penal como um construto social que deve respeitar cada existência singular, cada individualidade concreta. O significado disso é que o Poder Legislativo não apresenta uma ampla e irrestrita liberdade de legislar sobre questões penais; isso em razão de que o reconhecimento intersubjetivo, como fonte e destino dos princípios da igualdade e da dignidade, determina a conclusão de que o Estado não pode erigir-se como aparato que impõe uma concepção unívoca da vida digna. Cada individualidade deve ser

respeitada em sua autenticidade, desde que não promova a destruição das potencialidades para o exercício da concepção de vida digna de um parceiro da interação social.

No contexto do Estado Democrático de Direito, os bens jurídicos devem estar associados à esfera da proteção do reconhecimento intersubjetivo dos sujeitos parceiros da interação social, e não a “bens” produzidos pelo Estado, no que se refere às infraestruturas, complexos organizativos e funções relacionadas à atividade do Estado e das instituições públicas. Isso implicaria perceber o direito penal “como *instrumento* para uma rigorosa limitação, política e técnica, daquela que em períodos anteriores parecia ter sido uma função útil, e que hoje aparece cada vez mais como a violência inútil das penas”, e ainda “numa concessão instrumental do direito penal liberada da ilusão da instrumentalidade da pena” (BARATTA, 1994, p.10).

Nesta senda, os princípios da secularização, da tolerância e de não-violência atuam como reforços à efetividade dos valores da igualdade e da dignidade, uma vez que determinam a impossibilidade de o Estado suprimir diferenças e destruir autoritariamente formas e estilos de vida que desatendem à definição hegemônica da realidade social. O *princípio de não-violência* representa o ápice do arcabouço jurídico-penal, que impõe a inexorabilidade da solução pacífica dos conflitos. Adicionalmente, cimenta com mais vigor a noção de que todos devem ser tratados com igual consideração e respeito, sendo o conflito algo inerente a qualquer sociedade. Ademais, sedimenta a exigência filosófica, ética e política de repulsa ao uso da força e da violência como mecanismo ou estratégia de tratamento legítimo dos conflitos; ao contrário, o uso da força e da violência representa justamente o fracasso da política e da democracia como alternativa à violência.

À medida que a base da interação social é o conflito e sua gramática moral consiste na luta por reconhecimento, tal como afirmou Honneth (2003), é inegável que toda sociedade democrática necessita discutir e articular as condições de possibilidade da ação não-violenta. Trata-se de tornar possível uma interação social, segundo a qual o conflito não seja considerado disfuncional ou patológico e, ao mesmo tempo, construam-se as bases para a consolidação de elos sociais duradouros, os quais a violência, sempre destrutiva, tenderia a aniquilar. Na realidade, “a paz não é, não pode ser nem nunca será a ausência de conflitos, mas o domínio, a gestão e a resolução dos conflitos por meios diferentes da violência destruidora ou mortífera” (MULLER, p.18).

Sob outro aspecto, nomeadamente na *esfera da justiça*, os princípios em questão cumprem uma fundamental função ontológica e devem sedimentar-se como pré-compreensão

que orienta, direciona e substantiva as decisões no âmbito do campo penal, relacionando-se também com outros princípios, em particular os da proporcionalidade e da razoabilidade.

Sob esse prisma, a visão hermenêutica aqui proposta busca precisamente ressaltar, em primeiro lugar, a importância do reconhecimento intersubjetivo, dos graus de visibilidade e de inserção social como dimensões irrenunciáveis da culpabilidade. O grau de reprodução da conduta desviante deve corresponder ao grau de vulnerabilidade do indivíduo ao sistema penal, caso contrário, o “direito penal de garantias”, com algum respeito efetivo aos direitos fundamentais, continuará restrito aos integrados e sobre-integrados, ao passo que um direito penal cruel e desumano, restará direcionado aos sub-integrados ou sub-cidadãos. No momento em que o acento do Estado Democrático de Direito consiste em buscar pela justiça social, impõe-se não a tentativa de sua implementação, por meio do direito penal, mas essencialmente a sua limitação radical. Essa limitação ocorre à medida que, historicamente, o campo penal sempre acentua e reproduz as desigualdades e as hierarquias sociais e ainda expressa consensos morais fictícios, construídos sempre ideologicamente.

O que perpassa o campo penal brasileiro é precisamente a configuração de um *habitus* pautado por ficções operatórias que reproduzem e reforçam indefinidamente a “naturalização da desigualdade”, a seletividade arbitrária do sistema de justiça penal. Esses fatos se dão porque o *habitus* dogmático reifica certos pré-juízos que dilaceram as possibilidades instituintes dos princípios da igualdade e da dignidade humana. Em primeiro lugar, ao supor a sociedade de maneira estritamente positivista, percebida como harmônica, homogênea, e ao apreender os conflitos sociais como patologia, como disfunção, como peste, sufoca-se completamente a possibilidade de vislumbrar-se o conflito como, na maior parte dos casos, conseqüências estruturais de sua configuração política e econômica e como manifestação dos processos sociais de luta por reconhecimento. Por outro lado, ao perceber a culpabilidade de forma absolutamente idealista e liberal-individualista, a partir da lógica do sujeito-proprietário de mercadorias, com sua ampla capacidade de autodeterminação, mediada pela categoria do sujeito de direito. Tal teorização, segundo Streck (2004, p.67)

sustenta-se em *um paradigma hermenêutico de cunho metafísico-essencialista, em que os fenômenos têm uma pretensa independência, onde o fenômeno é explicado depois de reduzido à sua essência, é dizer, a um princípio abstrato, criando dois pólos onde não há mediação: o individual abstrato, de um lado; e o universal abstrato de outro.*¹¹²

¹¹² Veja-se também a esse respeito Kosik (1995).

Assim, a culpabilidade deixa de apoiar-se na igualdade e na dignidade humana de indivíduos concretos, para apreender de forma universal e abstrata, e aplicada em cada caso particular de modo individual abstrato, como se todos os homens possuíssem, indistintamente, a mesma capacidade de compreensão do injusto, por um lado, e os juízes os mesmos parâmetros para o estabelecimento do juízo de reprovação, por outro. Em outros termos, omite-se simplesmente o fato de que um sujeito invisível e humilhado socialmente (subcidadão) não pode compreender a lei e atribuir significação social ao seu ato reprovável, do mesmo modo que um cidadão totalmente incluído (cidadão). De igual maneira, o direito penal, forjado a partir da pressuposição e universalização do *habitus* primário, impede o reconhecimento da diferença, da vulnerabilidade social ao sistema penal, sempre proporcional ao grau de reconhecimento e visibilidade pública. Assim, o senso comum teórico, ao assumir o individualismo abstrato como horizonte simbólico constitutivo, reforça ainda mais a dinâmica da invisibilidade, pois sempre tende a tratar os subintegrados ou subcidadãos como atores considerados disfuncionais na vida social, vislumbrada como ordeira, harmônica, homogênea.

Na realidade, pretendeu-se com essa postura hermenêutica aqui sugerida expressar, ademais, que qualquer ingerência estatal na esfera de autonomia dos sujeitos, ou qualquer restrição na liberdade individual que se afigure excessiva e abusiva, ou seja, que vá além do estritamente necessário e adequado, manifesta-se como ilegítima e inconstitucional. O denominado princípio da proporcionalidade, ínsito à própria materialidade do Estado Democrático de Direito, como Estado de justiça social, sintetiza a busca pela justa medida, o justo equilíbrio. Isso, no caso do campo penal, também remete ao *princípio de não-violência*, ao fato do Estado pautar-se pela busca da solução pacífica das controvérsias.

Nesse sentido, os princípios jurídicos da igualdade e da dignidade humana devem ser vislumbrados desde o paradigma hermenêutico com base em seus dois teoremas fundamentais: a *diferença ontológica* e o *círculo hermenêutico*. Isso significa, pois, que a compreensão é sempre um manifesto existencial do qual a interpretação emerge como o processo de compreensão do próprio ser numa circularidade permanente. Portanto, o círculo hermenêutico representa a síntese daquilo que é carregado, para o texto, pela tradição e aquilo que é trazido pelo intérprete, que deve, a todo instante, colocar em julgamento os seus inalienáveis pré-conceitos, testar constantemente a sua própria pré-compreensão. (GADAMER, 2002).

Esse modo de compreender o mundo, a toda evidência, deve espelhar a afirmação inexorável da igualdade e da dignidade humana, como fontes imaginárias do Estado

Democrático de Direito. Tais princípios constituem a razão de ser da própria Constituição, pois a manifestação do seu “ser” encontra-se indissociavelmente ligada a ambos. Também aqui, a circularidade hermenêutica do processo de compreensão permite constatar que, em conjunto, a igualdade e a dignidade humana constituem “fundamentos” sem fundo da própria Constituição. Em outras palavras, a Constituição só é possível se já se pressupõe, paradoxalmente, a existência da igualdade e da dignidade que posteriormente afirma, à medida que o “contrato social” só pode emergir de um pacto associativo de indivíduos livres e iguais porque dignos, pela simples razão de que já possuem uma experiência social prévia de reconhecimento intersubjetivo.

No que tange à coerência narrativa do direito, com base nos princípios assinalados, deve-se ter claro que a cisão amplamente reproduzida entre regras e princípios representa claramente uma decaída em direção ao paradigma positivista, à medida que não capta devidamente a ruptura empreendida pelo novo modelo de direito introduzido pelo constitucionalismo contemporâneo. A dicotomia regra/princípios e seus diferentes modos de compreensão e aplicação não se inserem adequadamente naquilo que o paradigma hermenêutico denomina de diferença ontológica. Isso quer dizer, pois, que regras e princípios não podem ser apreendidos objetiva e metafisicamente, como entes, mas apenas no horizonte de seus sentidos, no seu ser. Em outras palavras, os entes enquanto entes são inacessíveis, só podem manifestar-se na temporalidade e na faticidade de seu acontecimento, ou seja, o ser é sempre ser de um ente.

Nesse sentido, a compreensão/aplicação dos princípios jamais se dará em abstrato, como se se tratassem de objetos apreensíveis de forma universal, a partir dos quais se poderiam deduzir sentidos sempre precisos. Na verdade, os sentidos (possíveis) dos princípios jurídicos da igualdade e da dignidade humana só podem ser construídos no processo de concreção, que é a *applicatio*, “momento do acontecer do sentido, que ocorre na diferença ontológica. Não há textos sem normas. Não há normas sem fatos, não há interpretação jurídica sem relação social. É no caso concreto que se dará o sentido, que é único, irrepetível”. (STRECK, 2007, p.240).

Sendo assim, cindir regra e princípios equivale ao mesmo equívoco hermenêutico que a (con)fusão entre vigência e validade, texto e norma, como se ambos pudessem ser apreendidos como entidades estanques, objetivas, e não no âmbito das suas manifestações concretas, a partir da diferença ontológica, isto é, compreendidas no seu ser, como existenciais, na diferença e na singularidade de suas aplicações. A força normativa dos princípios deriva precisamente desta irrenunciável vocação de expressar a construção

integrativa do Direito, a partir da manifestação do modo-ser do intérprete, que se ancora na pré-compreensão transmitida pela tradição e projetada pela fusão de horizontes.

A perspectiva hermenêutica dos princípios explicita, portanto, que não há uma diferença estrutural entre regras e princípios. Assim como as regras, os princípios também são textos, e estes, por sua vez, são eventos e não meramente “enunciados lingüísticos”. Conseqüentemente, tanto as regras quanto os princípios, se for aceita a distinção, que não significa diferença, apenas podem ser compreendidos à luz da diferença entre texto jurídico e o sentido que este texto adquire a partir de sua aplicação (aqui ingressa a faticidade, o modo prático de ser no mundo). Portanto, os princípios representam horizontes simbólicos que propiciam o fechamento hermenêutico, possibilitando a construção de “respostas corretas”, constitucionalmente adequadas, isto é, interpretações sobre as quais, segundo Streck (2007, p. 399)

não mais nos perguntamos sobre como compreendemos algo ou porque interpretamos dessa maneira, e não de outra; simplesmente o seu sentido se deu (manifestou-se) do mesmo modo em que nos movemos no mundo através de ‘nossos acertos cotidianos’, conformados pelo nosso modo-prático-de-ser-no-mundo.

As possibilidades hermenêuticas da igualdade e da dignidade humana reveladas em algumas decisões da Corte Suprema e de alguns Tribunais brasileiros indicam, a toda evidência, as dimensões *instituïntes* destes princípios jurídicos como fontes imaginários de re-significação de práticas punitivas atentatórias aos direitos fundamentais. Esses princípios permitem, claramente, uma constante abertura do processo interpretativo e, por isso, uma ininterrupta ruptura com as formas instituídas do sistema penal, ainda excessivamente resistentes às novas premissas constitucionais da intervenção punitiva no Estado Democrático de Direito.

Ao que tudo indica, fixar a igualdade e a dignidade humana como vetores interpretativos das ideologias e práticas jurídico-penais requer, acima de tudo, um novo olhar (hermenêutico) que perceba as faces cruéis do sistema punitivo como instrumentos reprodutores da invisibilidade pública e da humilhação social. E, além disso, coloque o sistema punitivo efetivamente nos seus devidos trilhos, como instrumento sempre nocivo de limitar da liberdade e de reproduzir violências estruturais. Esse sistema, na comunidade democrática, deve ser limitado ao mínimo necessário, adequado, proporcional e razoável de proteção de direitos fundamentais.

Isso porque a história demonstra cabalmente, como adverte Muller (1995, p. 135), que

‘todo Estado centralizado e soberano (...) é potencialmente conquistador e ditatorial e, com efeito, torna-se assim desde que pense ter força para isso’. A máquina burocrática fabricada pelo Estado Liberal está sempre pronta a servir um regime totalitário. As garantias constitucionais e legais poderão continuar; bastará que continuem letra morta. A história mostra-nos com freqüência que a democracia é maltratada de forma dura e durável pelas violências dos agentes do Estado contra os cidadãos, mesmo quando pretendem agir para garantir a paz civil.

Nesses termos, qualquer semelhança do conteúdo desta constatação com o “genocídio em ato” protagonizado pelo sistema de justiça penal brasileiro, pelo cruento “direito penal do *homo sacer* da baixada”, não é, de modo algum, mera coincidência.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ADORNO, Sérgio. *Os Aprendizizes do Poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

_____. Exclusão socioeconômica e violência urbana. *Dossiê Sociologias (08)*. Porto Alegre, 2002.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

_____. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ALBUQUERQUE, Manoel Maurício de. *Pequena História da Formação Social Brasileira*. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Politicos Constitucionales, 2001.

_____. Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica. Trad. de Manuel Atienza. *DOXA (5)*, 1998, p. 144. Disponível: www.cervantesvirtual.com. Acesso em: 12 abr. 2007.

ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu. A política e a história*. Lisboa: Presença, 1977.

ANDERSON, Perry. Balanço do Neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (orgs.). *Op.cit.* 1998.

ANDRADE, Vera. Do paradigma etiológico ao paradigma da ação social: mudança e permanência de paradigmas na ciência e no senso comum, *Revista Brasileira de Ciências Criminais (14)*, São Paulo, 1996.

_____. Criminologia e Feminismo. In: CAMPOS, Carmen Hein (org.). *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

_____. *A ilusão de segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003a

_____. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Coimbra, 2004.

ARAUJO, Paulo Roberto M. de. *Charles Taylor: para uma ética do reconhecimento*. São Paulo: Loyola, 2004.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. *O que é política?* Trad. de Reinaldo Guarany. 3.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ARISTÓTELES. *Política*. Edición bilingüe e traducción de Julián Marías y Maria Araújo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre a modernidade e a globalização: lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, Maria José. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Trad. de Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ ICC, 1999a

_____. O Paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein (org.). *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999b

BARCELLONA, Pietro. Estado de derecho, igualdad formal y poder económico (Apuntes sobre formalismo jurídico y orden económico). In: ANALES DE LA CÁTEDRA FRANCISCO SUÁREZ (29). Granada: Universidad de Granada, 1989.

BARZOTTO, Luiz Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo*. São Leopoldo: Unisinos, 2002a

_____. Modernidade e Democracia: os fundamentos da teoria da democracia de Hans Kelsen. In: *Direito & Justiça* (26). Porto Alegre, 2002b

_____. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990a

_____. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990b

_____. Fragmentos de um discurso sedicioso, *Discursos Sediciosos* – crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, n. 1, 1996.

_____. Política criminal com derramamento de sangue, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (20). São Paulo, 1997.

_____. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ICC, 2000.

_____. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio: Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade* (12). Rio de Janeiro, 2002.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2003.

_____. *História sem Fim*. In: PASSETTI, Edson. *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*. Trad. de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998a

_____. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998b

_____. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. *Em busca da política*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000a.

_____. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000b.

_____. *Modernidade Líquida*. Trad. de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

_____. *Identidade*. Trad. de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005a.

_____. *Vidas Desperdiçadas*. Trad. de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005b.

BEAUD, Michel. *História do Capitalismo*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo Global*. Trad. de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

BERGALLI, Roberto; BODELÓN, Encarna. La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico In: ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO (IX). Madrid: Nueva Época, 1992.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*. Petrópolis: Vozes, 2002.

BERMAN, Marshall. *Tudo que é sólido se desmancha no ar: a aventura da modernidade*. Trad. de Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria Geral do Delito*. São Paulo: RT, 1997.

_____. *Tratado de Direito Penal I*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica Contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

_____. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1990.

_____. *Thomas Hobbes*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

_____. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Trad. de Alfredo Fait. Brasília: UnB, 1997a.

_____. *Igualdade e Liberdade*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 2.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997b.

_____. *Locke e o Direito Natural*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1997c

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UnB, 1997d

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986.

BOFF, Leonardo. *A violência contra os oprimidos: seis tipos de análise*, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. *La Comunidad Liberal*. Trad. de Claudia Montilla. Santa Fé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996.

BORON, Atilio A. A Sociedade Civil depois do dilúvio neoliberal. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo. *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

BOURDIEU, Pierre. The force of law: toward a sociology of the judicial field, *The Hastings Law Journal*, v. 38, 1987.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRUCKNER, Pascal. Filhos e Vítimas: o tempo da inocência. In: PRIGOGINE, Ilya; MORIN, Edgar (orgs.). *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

BURGUIÈRE, André. Processo de Civilização e Processo Nacional em Norbert Elias. In: GARRIGOU, Alain; LACROIX, Bernard. *Norbert Elias: a política e a história*. Trad. de Maria Lúcia Pereira. São Paulo: Perspectiva, 2001.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre a justificação e a aplicação das normas jurídicas: análise das críticas de Klaus Günther e Jürgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy. *Revista de Informação Legislativa* (171). Brasília, jul/set, 2006.

CALEIRO, Maurício de Medeiros. O Clone: mistificação, omissão e o marketing social como discurso totalitário. In: *Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, n. 1, 1996.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CAMPOY CERVERA, Ignacio. Una revisión de la idea de dignidad e de los valores de libertad, igualdad y solidaridad em relación con la fundamentación de los derechos In: ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO XXI. Madrid: Nueva Época, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta prohibida*. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado. Madrid: Trotta, 1997.

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. *Persona Humana y Persona Jurídica. Persona y Derecho (10)*. Pamplona, 2000.

CARVALHO, José Murilo de. *A cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. O Sistema Penal e a Dignidade Humana, *Revista Brasileira de Ciências Criminais (24)*. São Paulo, 1998.

CARVALHO, Salo de. A Ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). In: GAUER, Ruth (org.). *A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

_____. *A política criminal de drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Luam, 1996.

_____. A política hemisférica de combate às drogas e o modelo brasileiro de controle, *Doutrina (6)*. Rio de Janeiro, 1997.

CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001a.

CARVALHO, Salo. Reincidência e Antecedentes Criminais: abordagem crítica desde o marco garantista, *Revista de Estudos Criminais (01)*. Sapucaia do Sul, 2001b.

_____. *Pena e Garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Thiago Fabres de. A crise política no mal-estar pós-moderno: (di)lemas e desafios dos Estados Constitucionais na contemporaneidade. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CASSIRER, Ernst. *Ensaio sobre o homem: introdução a uma filosofia da cultura humana*. Trad. de Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

CASTANHEIRA NEVES, A. O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático, *Digesta (Volume 1º)*. Coimbra. 1999.

CASTILHO, Ela Volkmer de. *O controle penal dos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Trad. de Guy Reynaud. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Reação Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CELMER, Elisa Girotti; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringheli de. Violência de gênero, produção legislativa e discurso punitivo – uma análise da Lei nº 11.340/2006”. In: BOLETIM DO IBCCRIM (170). São Paulo, jan 2007

CHAUÍ, Marilena. *Cultura e Democracia: o discurso competente e outras falas*. São Paulo: Cortez, 1993.

_____. *Convite à Filosofia*. 8.ed. São Paulo: Ática, 1997.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COLLEMAN, James Willian. *A Elite do Crime*. Trad. de Denise R. Sales. Barueri: Manole, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, Fernando Braga da. *Homens Invisíveis: relatos de uma humilhação social*. Rio de Janeiro: Globo, 2004.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição e na Jurisprudência Constitucional Portuguesas. In: *Direito Constitucional – estudos em homenagem a Manuel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.

COUTINHO, Carlos Nelson. *Marxismo e Política*. São Paulo: Cortez, 1996.

CRUZ, Luiz M. *La Constitución como orden de valores*. Granada: Comares, 2005.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição do Crime: da substancial constitucionalidade do direito penal*. Coimbra: Coimbra, 1998.

DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus Inimigos*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DAMATTA, Roberto. *Tocquevilleanas – notícias da América*. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.

DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Del ‘Derecho Penal Liberal’ al ‘Derecho Penal del Enemigo’, *Revista de Derecho Penal y Criminología* (14). Madrid, 2004, p. 87-115.

DEZALAY, Ives; TRUBEK, David M. A reestruturação global e o Direito, In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997.

DIEL, Paul. *El simbolismo en la mitología griega*. Trad. de Mario Satz. Barcelona: Labor, 1985.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (02). Lisboa, Abril/Junho 1994.

DUARTE, Evandro Charles Piza. *Criminologia & Racismo*. Curitiba: Juruá, 2003.

DUMONT, Louis. *Homo Aequalis: gênese e plenitude da ideologia econômica*. Bauru-SP: EDUSC, 2000.

DURKHEIM, Emile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DUSSEL, Enrique. Da secularização ao secularismo da ciência européia, desde o Renascimento até o Iluminismo, *Caminhos para a libertação latino-americana* (02). São Paulo, 1984.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1977.

_____. *Matter of principle*. Cambridge, Mass. and London: Harvard University Press, 1985.

_____. *Law's Empire*. Londres: Fontana Press, 1986.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O Império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESER, Albin. Una justicia penal 'a la medida del ser humano': visión de un sistema penal y procesal orientado al ser humano como individuo y ser social, *Revista de Derecho Penal y Criminología* (1). Madrid, 1998.

EWALD, François. *Foucault, a norma e o direito*. Trad. de António Fernando Cascais. Lisboa: Veja, 2000, p. 185-6. Essa crise do contexto brasileiro é bem analisada por FARIA,

José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. São Paulo: Globo, 1998.

FARIA, José Eduardo. A noção de paradigma na ciência do direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico. In: *A crise do direito numa sociedade em mudança*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

_____. Democracia e Governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. In: FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos e globalização: notas para uma discussão*. *O Mundo da Saúde* (22). São Paulo, março/abril 1998a, p. 78.

_____. Direitos humanos e globalização: notas para uma discussão. *O Mundo da Saúde* (22). São Paulo, março/abril 1998b, p. 78.

_____. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERNANDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: debate sobre el derecho e la democracia*. Trad. de Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2006a.

_____. *Derecho Y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2006b.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1994.

_____. *A função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Trad. De Manuel Martínez Meira. Madrid: Trotta, 2002.

FORRESTER, Viviane. *O Horror Econômico*. São Paulo: Unesp/Boitempo, 1997.

FOUCAULT, Michel. Nietzsche, a Genealogia e a História. In: *Microfísica do Poder*. 12.ed. Trad. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1996.

_____. *Vigiar e Punir*. Nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: PUC/NAU, 1999.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Razão e Sensibilidade: fundamentos do direito penal moderno*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método I e II*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1994.

_____. *Verdad y Método I*. Salamanca: Sígueme, 1996

GALINDO HERVÁS, Alfonso. *Política y Mesianismo: Giorgio Agambem*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2005

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial.

GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. *Law as hope. Constitutions, Courts and Social Change in Latin America 1*. Coimbra: Colóquio Internacional Direito e Justiça no Século XXI, 2003.

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

GÉNÈREUX, Jacques. *O Horror Político: o horror não é econômico*. Trad. de Eloá Jacobina. 4.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

GONÇALVES FILHO, José Moura. A invisibilidade pública. In: COSTA, Fernando Braga da. *Homens Invisíveis: relatos de uma humilhação social*. Rio de Janeiro: Globo, 2004.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é a democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Trad. de Claudia Berlin. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Trad. de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRECO, Luis. *Tipos de autor e Lei de Tóxicos, ou: interpretando democraticamente uma lei autoritária*. Disponível na Internet: <http://mundojuridico.adv.br>. Acesso em 20 mar 2007.

GUÉHENNO, Jean-Marie. *O Fim da Democracia*. Trad. de Howars Maurice Johnson e Amaury Temporal. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

GUERRIERI, Maurício Abdalla. *O princípio da cooperação: em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: Paulinas, 2002.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. *Preconceito e Discriminação*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2004.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para uma interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

_____. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Libertad, igualdad, fraternidad*. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Trad. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *A luta por reconhecimento no Estado democrático de direito. A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. *O futuro da natureza humana*. Trad. de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HAFT, Fritjof. *Direito e Linguagem*. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. . 2002.

HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Trad. de Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1971.

HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal. Três temas de Direito Penal*. Porto Alegre, 1993.

_____. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2005.

_____. *Direito Penal Libertário*. Trad. de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo branch, 1987.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo I*. Trad. de Márcia de Sá Calvacanti. Petrópolis: Vozes, 1988.

_____. *O Princípio do Fundamento*. Trad. de Jorge Telles Menezes. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

HEKMAN, Susan J. *Hermenêutica e Sociologia do Conhecimento*. Lisboa: Edições 70, 1986.

HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e Contras da Globalização*. Trad. de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

HELLER, Herman. *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 176-7.
BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales*. Coimbra: Colóquio Internacional Direito e Justiça no Século XXI, 2003.

HINKELAMMERT, Franz. *A globalização dos mercados, o neoliberalismo, e a legitimação do poder na sociedade capitalista atual*. s/d., mimeo, p. 01 e segs.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 2000.

HOBSBAWM, Eric J. *A era das revoluções*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

HULSMAN, Louk. Práticas Punitivas: um pensamento diferente. Uma entrevista com o abolicionista penal Louk Hulsmán, *Revista Brasileira de Ciências Criminais (14)*. São Paulo, 1996.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

IANNI, Octávio. *A sociedade global*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

_____. *A Era do Globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

_____. *Capitalismo, Violência e Terrorismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. Navarra: Aranzadi, 2006.

JASPERS, Karl. *Introdução ao pensamento filosófico*. Trad. de Leônidas Hegenberd e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1999.

JEZZINI, Nade Ali. *A Globalização e seus impactos sociais*. Curitiba: Juruá, 1999.

KANT DE LIMA, Roberto. Polícia, Justiça e Sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público, *Revista de Sociologia Política (13)*. Curitiba, 1999.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

_____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KARAM, Maria Lúcia. Violência de Gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. In: BOLETIM DO IBCCRIM (168). São Paulo, nov 2006.

KAUFFMAN, Arthur. Concepción Hermenéutica del método jurídico, *Persona y Derecho (35)*. Pamplona, 1995.

_____. Filosofia do Direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Trad. de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KOSIK, Karel. *Dialética do Concreto*. Trad. de Célia Neves e Alderico Toríbio. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

KRIELE, Martin. Libertad y Dignidad de la Persona Humana. In: *Persona y Derecho (9)*. Pamplona, 1982.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1991.

LEFORT, Claude. *A Invenção Democrática: os limites do totalitarismo*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

LIMA, Márcia. Notas sobre 'raça', cidadania e violência no Rio de Janeiro. In: PANDOLFI, Dulce Chaves *et all.* (orgs.) *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

LOCKE, Jonh. *Carta sobre a Tolerância*. Trad. de João da Silva Gama. Lisboa: Edições 70, 1965.

LOTCKE, Eric. A Dignidade Humana e o Sistema de Justiça Criminal dos EUA, *Revista Brasileira de Ciências Criminais (24)*. São Paulo, 1998.

LÖWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen*. 6.ed. São Paulo: Cortez, 1998.

_____. *Modernidade e Barbárie no Século XX*. Porto Alegre: FSM, 2000.

LUHMANN, Niklas. El concepto de riesgo. In: BERIAIN, Josetxo (Org.). *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Antrophos, 1996.

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Fabris, 2003.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 1996.

MACFALARME, Alan. *A Cultura do Capitalismo*. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1989.

MACHADO NETO, A. L. *Sociologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MACIEL, Carlos Alberto Batista. *O habitus precário e as danças da subcidadania*. In: SOUZA, Jessé (org.) *A invisibilidade da desigualdade brasileira*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de Quem? Qual Racionalidade*. São Paulo: Loyola, 2002.

MACPHERSON, C. B. *A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke*. Trad. de Néelson Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *O uso criativo dos paradoxos do direito*. In: ROCHA, Leonel Severo. *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997.

MALAGUTI BATISTA, Vera. *O Medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal III*. Campinas: Millenium, 1999.

MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier. *Exclusión y Victimación: el grito de los derechos humanos en la globalización*. Bilbao: Alberdina, S.L., 2004.

MARX, Karl. *A questão judaica*. São Paulo: Centauro, 2002.

MASSINI CORREAS, Carlos I. *Los principios jurídicos y su objetividad. Consideraciones sobre um debate contemporaneo*. In: ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO XVI. Madrid: Nueva Época, 1999.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Trad. de Lívio Xavier. Bauru: Edipro, 1994.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 1999.

MELOSSI, Dario. *El Estado del Control Social*. Mexico, Siglo XXI, 1992, p. 237.

MENDONÇA, Kleber. A não-voz do criminoso: o Linha Direta como crônica moral contemporânea”, In: *Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, n. 1, 1996.

MIGUEL BERIAIN, Íñigo de. Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana. In: ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO (XXI). Madrid: Nueva Época, 2004.

MILIBAND, Ralph. *O Estado na Sociedade Capitalista*. Trad. Fanny Tabak. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de Presídios e Criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y Delito*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006.

MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. São Paulo: RT, 1997.

MORETZSOHN, Sylvia. O Caso Tim Lopes: o mito da ‘mídia cidadã’, In: *Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, n. 1, 1996.

MULLER, Jean-Marie. *O Princípio de não-violência*. Trad. de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2001.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NASSIF, Nycia Nadine Negrão. *A sociedade de consumo, exclusão social e aprisionamento*. Disponível em: <http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/artigos/artigos2005/CAUVD1IU.doc>. Acesso em: 04 abr. 2006.

NEDER, Gizlene. *Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

_____. *Iluminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro: obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ICC, 2000.

NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Criminologia e Poder Político: sobre direitos, história e ideologia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

NEGRI, Antonio; HARDT Michael. *Império*. Trad. de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2003.

NEUMANN, Ulfried. Lógica Jurídica. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Trad. de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 2002.

_____. La interpretación ontológica, funcional y ético-social del principio jurídico-penal de la culpabilidad, *Revista de Derecho Penal y Criminología* (13). Madrid, 2004.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NINO, Carlos Santiago. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México: UNAM, 1974.

NOVAES, Adauto. Experiência e Destino. In: _____ (org.). *A descoberta do homem e do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004.

O Estado de São Paulo, 16 mar 2006.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. Parecer do conselho nacional de política criminal e penitenciária a favor de aborto de feto anencefálico. In: BOLETIM DO IBCCRIM (160). São Paulo: Ibccrim, Março do 2006.

ORWELL, Georg. *Animal Farm*. Londres: Penguin Books, 1951.

OST, François ; KERCHOVE, Michel van der. *Jalons pour une theorie critique du droit*. Bruxelas: Un. Saint-Louis, 1987.

OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

_____. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Trad. de Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2004. (Coleção *Díke*)

PALAZZO, Francesco. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Trad. de Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989.

PAVARANI, Massimo. *Los confines de la cárcel*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1995.

PAVARINI, Massimo; MELOSI, Dario. *Cárcel y Fábrica*. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX). Mexico: Siglo Veintiuno, 1980.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. Madrid: Dykinson, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995.

_____. Los principios generales del derecho: ¿Un mito jurídico?. *Revista de Estudios Constitucionales* (98). Madrid, 1997.

_____. *Dimensiones de la Igualdad*. Madrid: DYkinson, 2005.

PHILIPPS, Von Lothar. Teoria das Normas. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. *Op.cit.* 2002, p. 353 e segs.

PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo: Colônia*. São Paulo: Brasiliense, 1999.

PREGER, Guilherme. *Homo Sacer da Baixada*. Disponível em: http://www.novae.inf.br/pensadores/homo_sacer_baixada.htm. Acesso em: 08 mar. 2006.

PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos, *Revista Española de Derecho Constitucional* (71). Madrid, 2004.

PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. *La dignidad de la persona: núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*. Navarra: Aranzadi, 2005.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2006.

QUINNEY, Richard. O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (orgs.). *Criminologia Crítica*. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

REIS, Elisa. Cidadania: histórica, teoria, utopia. In: PANDOLFI, Dulce Chaves et al. (orgs.) *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

RESTA, Eligio. El Derecho Fraternal. Igualdad y Diferencia en el sistema de derecho. In: ANALES DE LA CÁTEDRA FRANCISCO SUÁREZ (31). Granada: Universidad de Granada, 1990.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

_____. *O processo civilizatório*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

RICHARDS, Jeffrey. *Sexo, Desvio e Danação: as minorias na Idade Média*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

RIVACOBÁ, Manuel. Introducción al estudio de los principios cardinales del derecho penal, *Revista de Derecho Penal y Criminología* (4). Madrid, 1999.

ROBLES, Gregorio. Tolerancia y Sociedad Multicultural. In: *Derecho y Persona* (49). Pamplona, 2003.

ROCHA, Álvaro Felipe Oxley. *Sociologia do Direito: a magistratura no espelho*. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

ROCHA, Leonel Severo. *A Democracia em Rui Barbosa. O projeto político liberal-racional*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

_____. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

_____. Direito, Cultura Política e Democracia. In: ANUÁRIO DO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNISINOS (MESTRADO E DOUTORADO). São Leopoldo: Unisinos.

RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e a abolição das penas. In: PASSETTI, Edson (coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

ROSANVALLON, Pierre. *A Crise do Estado-Providência*. Brasília: UnB, 1997.

ROXIN, Claus. *Problemas básicos del derecho penal*. Trad. Diego Manuel Luzón Pena. Madrid: Réus, 1976.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ICC, 1999.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Jurisdição e Democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Discurso e o Poder*. Ensaio sobre sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 5.ed. São Paulo: Cortez, 1999.

_____. *Para um novo senso comum: a ciência, a política e o direito na transição paradigmática*. v.1: A crítica da razão indolente. São Paulo: Cortez, 2001a.

_____. *Por um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. V.I. A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2001b.

_____. *Um discurso sobre as ciências*. São Paulo: Cortez, 2004.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco*. Coimbra: Coimbra, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino. *A Criminologia Radical*. 2.ed. Curitiba/Rio de Janeiro: ICPC/Lumen Juris, 2006. (destaques do autor).

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição do excesso e de insuficiência. *Revista de Estudos Criminais* (12). Sapucaia do Sul, 2003.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____ (org.). *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Trad. de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Da invasão da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da inferioridade latino-americana In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. El derecho penal ante la Globalización y la Integración Supranacional, In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (24), São Paulo, 1998.

_____. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.

SOARES, Luis Eduardo; BILL, Mv; ATHAYDE, Celso. *Cabeça de Porco*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

SOUZA, Jessé. *A Modernização Seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro*. Brasília: UnB, 2000.

_____. (Não) Reconhecimento e subcidadania, ou o que é 'ser gente'?. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política* (59). São Paulo, 2003a.

_____. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Rio de Janeiro/Belo Horizonte: IUPERJ/UFMG, 2003b.

_____. A gramática social da desigualdade brasileira. In: _____ (org.). *A invisibilidade da desigualdade brasileira*. Belo Horizonte: UFMG, 2006a.

_____. SOUZA, Jessé. *Raça ou classe? por uma hierarquia das causas da desigualdade (a sair)*.

SPAEMANN, Robert. Sobre el concepto de dignidad humana. In: *Persona y Derecho* (19). Pamplona, 1998.

STEIN, Ernildo. *Diferença e Metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

_____. *Compreensão e Finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Unijuí, 2001.

_____. *Nas proximidades da antropologia: ensaios e conferências filosóficas*. Ijuí: Unijuí, 2003.

STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal: parte general I*. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Criminologia e Feminismo. In: CAMPOS, Carmen Hein (org.). *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

_____. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Bem Jurídico e Constituição: da proibição de excesso (Übermaßverbot) à proibição de proteção deficiente (Üntermaßverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais*

inconstitucionais. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2004, Separata v. 53.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004a.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004b.

_____. Concretização de Direitos e Concretização da Constituição. In: BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA (Vol. LXXXI). Coimbra, 2005.

_____. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. Constituição ou Barbárie? – A lei como possibilidade emancipatória no Estado Democrático de Direito, *IHJ – Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Disponível em: http://www.ihj.org.br/_novo/professores/Professores_02.pdf. Acesso em: 5 abr. 2007.

STRECK, Lenio Luiz; COPETTI, André. O direito penal e os influxos legislativos pós-constituição de 1988: um modelo normativo eclético consolidado ou em fase de transição. In: ANUÁRIO DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNISINOS (MESTRADO E DOUTORADO). São Leopoldo: Unisinos, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TAYLOR, Charles. A Política do Reconhecimento. In: *Argumentos Filosóficos*. Trad. de Adail Ubirajara Sobral, São Paulo: Loyola, 2000a.

_____. Propósitos entrelaçados: o debate liberal-comunitário. In: *Argumentos Filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000b.

TEIXEIRA, Alexandra. O desafio de compreender a politização da justiça na área penal. In: *Decisões judiciais no crime de roubo em São Paulo: a lei, o direito e a ideologia*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

THOMPSON, Augusto. *Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro*. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1982.

_____. *Quem são os criminosos?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

TIGAR, Michel E.; LEVY, Madaleine R. *O Direito e a ascensão do capitalismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. 4.ed. Trad. de Neil Ribeiro da Silva. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2002.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito na sociedade moderna*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

VAN SWAANINGEN, René. Justicia social em la criminología crítica del nuevo milênio, *Revista de Derecho Penal y Criminología* (10). Madrid, 2002.

VERNANT, Jean-Pierre. *O Universo, os Deuses, os Homens*. Trad. de Rosa Freire d'Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

VOGEL, Joachin. Legislación Penal y Ciencia del Derecho Penal, *Revista de Derecho Penal y Criminología* (11). Madrid: UNED, 2003.

VOLTAIRE. *Tratado sobre a Tolerância*. Trad. de René Pomeau. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ICC, 2001.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito I*. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Fabris, 1994.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

WATCH, Human Rights. *O Brasil atrás das grades*. Relatório da Anistia Internacional, São Paulo, 1998

WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Econômica, 1992

WEHLING, Arno. O escravo ante a lei civil e a lei penal no Império (1822-1871). In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

WOLFF, Francis. *Aristóteles e a Política*. São Paulo: Discurso Editorial, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: RT, 1995.

_____. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-omega, 1994.

YOUNG, Jock. *Thinking Seriously About Crime: some models of criminology*. Disponível em: www.malcolmread.co.uk/JockYoung. Acesso em: 10 jul. 2004.

_____. *A Sociedade Excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revam/ICC, 2002.

_____. *Crime and Social Exclusion*. Disponível em: www.malcolmread.co.uk/JockYoung. Acesso em: 01/07/2005.

ZACCARIA, Giuseppe. Tolerancia e Política de reconocimiento. In: *Derecho y Persona* (49). Pamplona, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El sistema penal en los países de América Latina. In: ARAÚJO JR., João Marcelo de (org.). *Sistema Penal para o Terceiro Milênio*, Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalización y Sistema Penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (20), São Paulo, 1997.

_____. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade, *Discursos Sediciosos: crime, direito, sociedade* (14). Rio de Janeiro, 2004.

_____. *La legitimación del control penal de los “extraños”*. Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006, mimeo.

ZANONE, Valerio. Tolerância. In: BOBBIO, Norberto et all. *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 2000.