

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO

JOSÉ FRANCISCO DIAS DA COSTA LYRA

**A CRIMINALIZAÇÃO RACISTA DO IMIGRANTE E O SUBSISTEMA PENAL DA
EXCEÇÃO: A ALTERALIDADE DO IMIGRANTE CONVERTIDA EM FONTE DE
RISCO E O DIREITO(?) PENAL**

SÃO LEOPOLDO

2011

JOSÉ FRANCISCO DIAS DA COSTA LYRA

**A CRIMINALIZAÇÃO RACISTA DO IMIGRANTE E O SUBSISTEMA PENAL DA
EXCEÇÃO: A ALTERALIDADE DO IMIGRANTE CONVERTIDA EM FONTE DE
RISCO E O DIREITO(?) PENAL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de Doutor em Direito

Orientador: Prof. Dr. André Luis Callegari

SÃO LEOPOLDO

2011

L992c Lyra, José Francisco Dias da Costa
A criminalização racista do imigrante e o subsistema penal da exceção: a alteralidade do imigrante convertida em fonte de risco e o direito(?) penal / por José Francisco Dias da Costa Lyra. -- 2011.
403 f. ; 30cm.

Tese (doutorado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2011.

Orientador: Prof. Dr. André Luis Callegari.

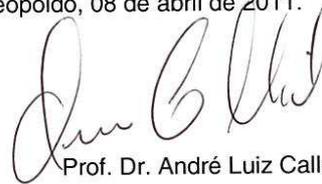
1. Direito penal. 2. Direito penal do inimigo. 3. Imigração irregular. 4. Não pessoa. 5. Direito - Estado - Exceção. 6. Exclusão. I. Título. II. Callegari, André Luis.

CDU 343

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada “**A CRIMINALIZAÇÃO RACISTA DO IMIGRANTE E O SUBSISTEMA PENAL DA EXCEÇÃO: A ALTERIDADE DO IMIGRANTE CONVERTIDA EM FONTE DE RISCO E O DIREITO(?) PENAL**”, elaborada pelo doutorando **José Francisco Dias da Costa Lyra**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de **DOUTOR EM DIREITO**.

São Leopoldo, 08 de abril de 2011.



Prof. Dr. André Luiz Callegari

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

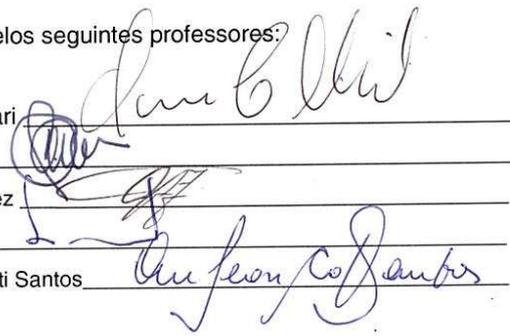
Presidente: Dr. André Luiz Callegari

Membro: Dr. Manuel Cancio Meliá

Membro: Dr. Carlos Gómez-Jara Díez

Membro: Dr. Sérgio Augustin

Membro: Dr. André Leonardo Copetti Santos



A Sandra e Alessandra.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho, como costuma acontecer, deixou dívidas de gratidão.

Aos meus pais Algemiro (*in memoriam*) e Maria, pela valorização e apoio incondicional ao estudo.

Aos professores do curso do PPG-Direito da Unisinos, a quem devo a inspiração e impulsos; especialmente ao Prof. Lenio Luis Streck por ter-me instigado (em um longínquo curso de pós-graduação) à carreira acadêmica. Ao Prof. Leonel Severo Rocha, pela amizade e produtivas incursões no mundo luhmanniano. De igual sorte, e com especial carinho, ao meu orientador Prof. André Luis Callegari, pelos ensinamentos, pela amizade e, por ter-me propiciado profícua estada na Universidade Autônoma de Madri.

Ao prof. Manuel Cancio Meliá, pela generosidade de compartilhar suas ideias comigo, por sua inteligência e sensibilidade, bem como pela forma amistosa que me acolheu em Madri, possibilitando acesso irrestrito ao acervo bibliográfico da Universidade.

Aos meus amigos Adalberto Narciso Hommerding e Francisco Motta, sempre solidários na trajetória, pela amizade e troca de ideias.

Aos meus companheiros de seminário, pelo ânimo e estímulo em todos esses anos.

À Vera Loebens, secretária do PPG, pelo tratamento atencioso dispensado.

A Inez Vedovatto e Eliete Brasil, pelo imprescindível auxílio na revisão do presente trabalho.

“Es mejor evitar los delitos que castigarlos. He aquí el fin principal de toda una buena legislación, que es el arte de conducir los hombres al punto mayor de felicidad o al menor de infelicidad posible, para hablar según todos los cálculos de bienes y males de la vida. Pero los medios empleados hasta ahora son por lo común falsos y contrarios al fin propuesto. No es posible reducir la turbulenta actividad de los hombres a un orden geométrico sin irregularidad y confusión. Al modo que las leyes simplísimas y constantes de la naturaleza no pueden impedir que los planetas se turben en sus movimientos, así en las infinitas y opuestísimas atracciones del placer y del dolor no pueden impedirse por las leyes humanas las turbaciones y el desorden. Esta es la quimera de los hombres limitados, siempre que son dueños del mando. Prohibir una muchedumbre de acciones indiferentes no es evitar los delitos sino crear otros nuevos [...]. (Cesare Beccaria¹)

¹ BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Traducción de Juan Antonio de las Casas. Madrid: Tecnos, 2008. p. 109.

RESUMO

Do exame do contexto mundial na questão da imigração, as evidências sugerem que os imigrantes irregulares, sujeitos de grupos étnicos minoritários, estão sendo objeto de um discurso criminalizador na legislação e na política governamental, nos debates públicos e sociais. Há uma tendência crescente de catalogar os imigrantes irregulares como não cidadãos, isto é, os desconhecidos e sem documentos não somente não são queridos, senão também perigosos. Da análise do tratamento dispensado pelo legislador europeu à imigração econômica, sobressai que as fronteiras, na modernidade, são cada vez mais permeáveis ao capitalismo global, ao turismo de massa, à revolução das comunicações e à aparição de formas de governo supranacionais. Entretanto, a maioria das nações industriais e democráticas tem procurado restringir o acesso aos não cidadãos. Também se constatou que o discurso criminalizador da imigração, depois do atentado terrorista de 11 de setembro, nos Estados Unidos, ganhou importante reforço: a legislação antiterrorista, caracterizando especialmente o imigrante como o suspeito de atos terroristas. Assiste-se ao triunfo de uma política e de práticas destinadas à criminalização dos imigrantes, pendendo a uma criminalização racista, já que a cidadania dos países ricos é requisito indispensável para o tratamento como ser humano.

Palavras-Chave: Direito Penal do Inimigo. Imigração irregular. Não pessoa. Estado de exceção. Exclusão.

ABSTRACT

By examining the global context on the immigration issue, the evidence suggests that illegal immigrants, coming from ethnic minority groups, have become the subject of a criminalizing speech in legislation and government policies, in public and social debates. There has been a growing tendency to label illegal immigrants as non-citizens, which means, the unknown and undocumented ones are not only not wanted, but also dangerous. From the analysis of the treatment provided by the European legislator to economic immigration, it stands that the borders, in modernity, are increasingly susceptible to global capitalism, mass tourism, communication revolution and the emergence of supranational forms of government. However, most industrial and democratic nations have sought to restrict access to non-citizens. It was also observed that the criminalizing immigration speech, after the terrorist attack of September 11, in the United States, gained significant enhancement: the anti-terrorist legislation, featuring especially the immigrant as a suspect of terrorist acts. We are witnessing the triumph of a policy and practice for the criminalization of immigrants, pending to racist criminality, since the citizenship of wealthy countries is an indispensable requirement for treatment as a human being.

Keywords: Enemy Criminal Law. Irregular immigration. Non-person. State of exception. Exclusion.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O SUBSISTEMA PENAL ORDINARIO NO CONTEXTO DE DECLÍNIO DO ESTADO SOCIAL: DA SOCIEDADE DISCIPLINATÁRIA À SOCIEDADE DO CONTROLE	24
2.1 Da sociedade da disciplina à sociedade do controle: a mutação do Leviatã, segundo Foucault e Deleuze	27
2.2 Nascimento da sociedade industrial e o disciplinamento do proletariado	33
2.3 Do trânsito da sociedade da disciplina à sociedade do controle	36
2.4 A sociedade do controle e a excedência: ou a gestão da crescente exclusão pelo subsistema penal	48
2 5 O contexto da globalização e seus efeitos sobre o sistema penal	55
2.6 A crise do Estado e o ambiente da fluidez: legitimação da ordem policial imperial	67
2.7 A relação crítica entre Estado, Soberania e Direito: a globalização e a produção de um “ Direito opaco”	72
3 A PÓS-MODERNIDADE E A O RISCO: COMPONENTES SOCIOLÓGICOS DA COMPLEXIDADE MODERNA	81
3.1 A pós-modernidade contingente e o seu produto: o risco	97
3.2 A pós-moderna sociedade do risco e sua dialética com a política criminal: ou do controle formal da excedência	108
3.3 Modernidade, risco e política criminal: dialética de uma crescente demanda por segurança	114
3.4 O Direito Penal é capaz de enfrentar os novos riscos? O problema do efeito meramente simbólico, ou simbolismo no sentido negativo	126
3.5 A Modernização do Direito Penal na sociedade do risco: dos bens jurídicos coletivos e difusos aos crimes de perigo abstrato. Contornos de uma funcionalização do Direito Penal	134
4 A “VAMPIRIZAÇÃO” DO DEBATE DO DIREITO PENAL DA SOCIEDADE DE RISCO: A CONTRAPOSIÇÃO RADICAL ENTRE O INDIVÍDUO E A SOCIEDADE RUMO À EXCLUSÃO TOTAL E À (DES)FUNCIONALIDADE DO DIREITO PENAL MODERNO.....	151

4.1 Direito Penal do inimigo (Jakobs) como a Terceira Velocidade (Silva Sánchez) do Ordenamento Jurídico	155
4.2 A despersonalização do inimigo ou a dicotomia pessoa versus indivíduo....	161
4.3 A des(funcionalidade) do Direito Penal do inimigo de Jakobs: uma análise luhmanniana	172
4.4 Os sistemas sociais existem.....	177
4.5 Autopoiese.....	179
4.6 O Direito como sistema autopoietico	183
4.7 A função do Direito no esquema luhmanniano	191
4.8 Teoria dos sistemas e o Direito Penal: a possível (des) funcionalidade do sistema jurídico-penal jakobsiano.....	200
5 A CRIMINALIZAÇÃO RACISTA DOS IMIGRANTES E O SUBSISTEMA PENAL DA EXCEÇÃO COMO CATEGORIA DO POLÍTICO E A RESISTÊNCIA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.....	237
5.1 Fundamento da construção dos imigrantes como categoria de sujeitos de risco: a relevância do estatuto jurídico	245
5.3 Tráfico ilegal de pessoas e imigração ilegal (Art. 318, CP espanhol) e a expulsão dos cidadãos estrangeiros sem residência legal (Art. 89, CP espanhol) como exemplos de legislação de exceção ao imigrante	252
5.3.1 Tráfico ilegal de pessoas e imigração ilegal (art. 318, CPE)	252
5.3.2 A expulsão administrativa dos cidadãos estrangeiros sem residência legal (art. 89, CP).....	260
5.3.3 O significado “latente” da política criminal no trato da imigração: o imigrante no papel do inimigo	266
5.4 A política migratória da União Européia: o triste cenário da excepcionalidade e exclusão social do imigrante	270
5.5 A excepcionalidade penal como característica do Subsistema Penal de Exceção e a Conformação do Imigrante como Inimigo	278
5.6 O subsistema penal de exceção no contexto de crise do Estado de Direito..	284
5.7 Guerra ao Inimigo-Imigrante: o anúncio do fim do projeto cosmopolítico kantiano da paz perpétua.....	288
5.8 Crimicons: ou de como o fundamentalismo mercadológico perverteu o welfarismo penal e o Estado de Direito	299

5.9 A hermenêutica filosófica e a biopolítica do sistema penal moderno: por uma “biopolítica da vida” e não “sobre a vida”	311
5.10 A criminalização racista dos imigrantes: o bem jurídico como o <i>locus</i> da Constituição, na crítica função de explicitar o caráter democrático-valorativo da política criminal	324
6 CONCLUSÕES	346
REFERÊNCIAS.....	359

1 INTRODUÇÃO

As reflexões e análises críticas constantes no presente trabalho têm a finalidade de estudar o fenômeno da expansão do controle penal na sociedade global, que, no ápice do projeto punitivo, criminaliza a imigração irregular, edificando uma zona do não Direito (um Estado de exceção) para o tratamento punitivo dos etiquetados como não pessoas (imigrantes), na precisa definição de Dal Lago. Antevê-se uma crise dos fundamentos do Direito Penal contemporâneo, da qual decorre a impossibilidade da concretização dos direitos fundamentais, sociais e econômicos, que constituem a base do Estado Democrático de Direito e do postulado dos direitos humanos. O quadro revela-se dramático no controle penal dispensado aos imigrantes irregulares, uma vez que o modelo adotado parte da premissa da exclusão do Estado de Direito para tal coletivo.

Nota-se que o fio condutor da presente pesquisa assume a premissa de analisar o denominado “Direito Penal moderno”, ciente de que corresponde a uma realidade de ajuste do sistema penal com relação ao Estado social de Direito, bem como do esforço para adotar, em termos garantistas, as instituições jurídicas que disciplinam a responsabilidade penal à nova realidade criminal. Este trabalho de investigação emerge dos questionamentos, análises e, fundamentalmente, da crise do Direito Penal a respeito de seus postulados modernos. As perguntas que surgem frente a esse panorama são múltiplas e diversas, não só no sentido de questionar se o controle penal é capaz de responder à multiplicidade dos fenômenos que reclamam sua intervenção no ambiente do Estado Democrático de Direito, bem como no sentido de verificar se não há a utilização indevida do aparato repressivo para colmatar profundas desigualdades políticas, reafirmando uma biopolítica total sobre os corpos das vítimas.

Com efeito, parte-se do ponto de que, no mundo, houve uma certa consolidação do Estado social de Direito, pautado por uma orientação de bem-estar e, por isso, fundamentado por políticas econômicas keynesianas. Trata-se de um modelo que se articula com o Estado “fordista”, concebido como um conjunto de práticas que encetavam o aproveitamento produtivo da força de trabalho da cidadania. Entretanto, a história informa que o Estado contemporâneo adotou uma forma diferente, caracterizada pelo progressivo abandono do seu papel de garante

básico da satisfação das necessidades sociais, assumindo um novo esquema de relações produtivas, definidas como de especialização “flexível”, usualmente conhecida por “pós-fordismo”^{2 3}. De efeito, tal mutação do *Leviatã* pode ser traduzida em outros termos, isto é, a partir de uma radical mudança na forma-Estado⁴, que vai acompanhada da crise do Estado-nação, fomentada pela globalização e mundialização da economia, que culmina na edificação de um incipiente sistema penal global.

Em síntese, a superação dos referentes do Estado social (de bem-estar fordista) repercute sobre os desafios do Direito Penal do momento, na medida em que a sociedade dirige ao sistema penal verdadeiras demandas de segurança cada vez maiores, para fazer frente a uma crescente sensação de insegurança que rodeia o mundo^{5 6}.

De outras, importa notar que a emergência do Direito Penal moderno, em termos sintéticos, corresponde ao surgimento de um novo setor do controle penal, que busca incriminar comportamentos até então desconhecidos. Conforme a leitura de Brandariz García, o sistema penal apresenta um perfil diferente, concretando-se em questões como a proteção de bens jurídicos supraindividuais, na tutela de coletivos e aspectos da realidade socioeconômica, na proliferação de delitos de perigo abstrato, na “espiritualização” de bens jurídicos, responsabilidade penal das pessoas jurídicas etc., que passam a ser reguladas pelo Direito estatal⁷. É o Direito Penal sendo orientado pela sociologia do risco.

E a perspectiva da configuração do denominado Direito Penal moderno corresponde ao processo de expansão do controle penal nas sociedades pós-

² Consultar DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud*. Tradução de José Ángel Brandariz García e Patricia Faraldo Cabana. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006. p. 53-149. De igual sorte, DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero: estrategias y prácticas de control*. Tradução de Iñaki Rivera Beiras e Marta Monclús. Barcelona: Virus, 2005. p. 43-80. No mesmo sentido, BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión*. Granada: Comares, 2007. p. 26-39.

³ Ver DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Tradução de Peter Pál Pelbart. 7. reimpressão. São Paulo: 34, 2008.

⁴ Nesse sentido, NEGRI, Antonio. *La forma-Estado*. Tradução de Raúl Sánchez Cedillo. Madrid: Akal, 2003, p. 183 e seguintes. Do mesmo autor, ver *La fábrica de porcelana: una nueva gramática de la política*. Tradução de Susana Lauro. Barcelona: Paidós, 2006. p.59-99. Por fim, HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. *Império*. Tradução de Acira Bixio. Barcelona: Paidós, 2005. p. 243-347.

⁵ A conclusão é de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos no prólogo da obra *Política criminal de la exclusión* de BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Granada: Comares, 2007. p. 13-18.

⁶ BERGALLI, Roberto. Las funciones del sistema penal em el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas. In: BERGALLI, Roberto (Org.) *Sistema penal y problemas sociales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003. p. 25-82.

⁷ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión*. Granada: Comares, 2007. p.39-65. Importa a leitura de FARALDO CABADA, Patricia; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel; PUENTE ABA, Luz Maria. *Nuevos retos del derecho penal em la era de la globalización*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. Também BERGALLI, Roberto (Org.). *Sistema pena y problemas sociales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003.

industriais dos séculos XX-XXI, na denominação de Silva Sánchez⁸. Com efeito, é de Silva Sánchez a constatação de que o Direito Penal sofre influxos expansivos, notando que, na sociedade complexa do século XXI, existe, especialmente no sistema penal, uma verdadeira demanda por mais proteção (o fenômeno é cultural, segundo ele) e que responde a “causas mais profundas”^{9 10}.

Dessarte, a representação social do Direito Penal, de forma consensual, comporta uma atual tendência expansiva, o que se constitui numa “rara unanimidade” (Silva Sánchez), uma vez que há um certo consenso acerca de suas virtudes, que vão além das premissas ideológicas de “lei e ordem” ou “tolerância zero”, que restaram absorvidas pelo projeto expansionista do controle penal¹¹. E, para Silva Sánchez, em apertada síntese, a expansão do controle penal obedece ao aparecimento de novos bens jurídicos (interesses/novas valorações); ao surgimento de novos riscos inerentes ao processo de industrialização (Beck); à institucionalização da segurança e à conseqüente sensação social (objetiva/subjetiva) de insegurança; à configuração de uma sociedade de sujeitos passivos (dependentes da proteção estatal) na busca de segurança; ao ressurgimento/protagonismo/consideração social da vítima no Direito Penal; ao desarticulamento das outras instituições sociais, que, na fase moderna, se desintegraram (família, escola, trabalho, fábrica etc.) e, por fim, à globalização econômica e à integração supranacional, que deram azo à criminalidade transnacional¹². Vislumbra-se uma “crise de crescimento do sistema penal que é conatural ao sistema penal e sua antinômica relação dialética entre liberdade/segurança.

Em forma de uma pequena síntese das breves linhas, pode-se assumir que o Direito Penal moderno/expansivo corresponde, em certa medida, ao ajuste do controle penal face a uma mutação fundamental do Estado, a saber, da transição do

⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. No mesmo sentido, ver de Silva Sánchez: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2010.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 23.

¹⁰ Na mesma linha, posicionam-se GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 41-91. YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 25-54.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 23 e seguintes.

¹² *Ibid.*, p. 27-103. Também ver *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 07-10. e p. 54-55.

Estado social e seu perfil garantista ao momento da sua superação e ruptura¹³. Com efeito, mesmo que o Direito Penal siga inserido em uma forma-Estado social e democrático e, pois, vinculado a um sistema constitucional formal-material, a atual forma-Estado, que caracteriza o presente, já não é mais o Estado social, que não mais vem mediando as relações sociais e econômicas. O Estado abandonou o fundamento keynesiano, deixando de comprometer-se com o implemento de certas necessidades sociais da cidadania, que reclamavam intervenção ativa na economia¹⁴. Deixa-se de lado o modelo “fordista” e a subjetividade do trabalhador (sociedade da disciplina).

Dessarte, o sistema penal é afetado na sua funcionalidade por referentes sistêmicos, notadamente econômicos, sociais e culturais, que se apresentam a partir do esgotamento do modelo fordista de produção, que é superado por um esquema de especialização flexível, conhecido por “pós-fordismo”¹⁵. Dito de outra forma, o pós-fordismo corresponde ao marco de crise/superação do Estado de bem-estar e à desarticulação da subjetividade do trabalhador, que se amarrava sob o modelo disciplinador da fábrica. E a carência da forma-Estado ressoa no controle penal, interpelando-o acerca de sua possível funcionalidade nas sociedades marcadas pela crise do sistema de bem-estar.

Com efeito, em tempos de pós-fordismo, surge uma nova economia política da pena, que, segundo Rusche e Kirchheimer¹⁶, sempre acompanhou o Direito Penal, ou seja, segundo os autores, a pena sempre esteve relacionada com o sistema capitalista de produção; daí a denominação “economia política da pena”. Em uma palavra, na trilha de Rusche e Kirchheimer, é razoável afirmar que o controle penal sempre deteve a função de ajusta as massas – a “excedência” ou “soldados de reserva”, isto é, os não aproveitáveis pela demanda do sistema produtivo

¹³ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión*. Granada: Comares, 2007. p. 04-05.

¹⁴ Como refere STRECK, nesse momento, “o mundo é varrido por uma fustigante onda neoliberal, é inexorável que a questão da função do Estado e do Direito seja (re)descutida, assim como as condições de possibilidades da realização da democracia e dos direitos fundamentais em países recentemente saídos de regimes autoritários”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 21. Mais adiante, leciona Streck: “A globalização nos empurra rumo a um modelo de regulação social neofeudal, através do debilitamento das especificidades que diferenciam o Estado moderno do feudalismo”. *Ibid.*, p. 23. No mesmo sentido, consultar STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.20-37.

¹⁵ Ver RIVERA BEIRAS, Iñaki (Org.). *Política criminal y sistema penal: viejas e nuevas racionalidades punitivas*. Também, DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Felix. *Mil mesetas: capitalismo y esquizofrenia*. Tradução de José Vazquez Pérez. 8. ed. Valencia: Pre-Textos, 2008. p. 359-483.

¹⁶ RUSCHE, George; KIRSCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. Tradução de Emilio García Méndez. Bogotá-Colômbia: Temis, 2004.

(consumidores falhos na tipologia de Bauman) às necessidades do mercado, governa(n)do pelo Direito Penal. A modo de uma pequena síntese, a teoria econômica da pena, que arranca do texto clássico de Rusche e Kirchheimer (“Punição e estrutura social”), complementada pela obra de Melossi e Pavarini¹⁷ (“Cárcere e fábrica”), informa que o Direito Penal sempre esteve atrelado às transformações socioeconômicas do sistema produtivo, cumprindo uma missão específica: o controle das massas.

Assim, a passagem/transição do fordismo ao pós-fordismo penal¹⁸, em certa medida, corresponde a uma releitura dos postulados foucaultianos¹⁹, notadamente dos diagramas de poder entre as sociedades de soberania (estritamente penais) e as sociedades disciplinatárias, compreendidas na fase da fábrica (instituição total) e seu projeto de adestramento e criação de “corpos dóceis”. Dito de outra forma, a sociedade da disciplina corresponde ao modelo fordista, projeto capitalista centralizado na fábrica, cujo controle buscava recrutar/ “adestrar” os corpos “indóceis” ao sistema capitalista de produção. De se notar, que, com o esgotamento da sociedade da disciplina, isso devido à ruína do sistema produtivo capitalista centrado na fábrica, se abre um novo tempo para o controle penal, que é o pós-fordismo e seu controle difuso para além dos muros da instituição total²⁰. Em uma palavra, vive-se um tempo de transição, em que os paradigmas sistêmicos vêm substituir o contínuo keynesianismo *welfare-fordista*.

O pós-fordismo atual, portanto, não é outra coisa senão uma síntese da crise estrutural do modelo fordista, representando o trânsito de um modo de produção centrado sobre trabalhadores na fábrica a outro modelo produtivo (pós-fordista), caracterizado pela supressão das estratégias keynesianas de intervenção do Estado na economia. No novo modelo, adota-se um gerenciamento flexível (fora do muro das fábricas: Deleuze), que gira em torno de atividades imateriais, o que, em última análise, favorece o desenvolvimento de uma nova subjetividade: a multidão, subjetividade correspondente à perda da soberania dos Estados e é representada

¹⁷ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

¹⁸ Ver RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Recorridos y posibles formas de la penalidad*. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 67-84.

¹⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Tradução de Raquel Ramallete. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. Também consultar *A verdade e as formas jurídicas*. 2. ed. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e de Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1999. E, por fim, *Defender la sociedad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2000.

²⁰ Nesse sentido, PORTILHA CONTRERAS, Guilherme. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007. p. 15-64.

pela massa de sujeitos autônomos na busca da autodeterminação de suas diferenças²¹.

E o que se vislumbra no horizonte do controle penal, em um contexto de crise sistêmica do capitalismo²², diz com a sedimentação de uma sociedade do controle (ou governo da excedência, na dicção de De Giorgi), com o ressurgimento da “questão penal”, que vem com a crise do Estado e esgotamento de suas pautas inclusivas (que cercavam o sistema fordista).

O Direito Penal moderno, que cumpre a função de proteção do modo de produção (Melossi/Pavarini), converte em necessidades de tutela penal as insuficiências do sistema econômico e, na busca de uma eficiência maior, maximaliza o controle, abandonando o modelo correcional da fábrica (e a ideia retora de “emendar” os corpos ao sistema produtivo), seguindo uma lógica de exclusão, pois passa a gerir os riscos e classes perigosas, o que faz de forma intensa, difusa e flexível. Com efeito, ante a impossibilidade material de vigiar e punir individualmente a multidão, o capital acumulativo promove uma conversão/modificação nas funções tradicionais do controle penal, com o desiderato de segregar grupos de riscos. E tal nova criminologia gerencial foi gestada, de forma radical, após o atentado de 11 de setembro de 2001, demarcando o fim do pacto social fordista-keynesiano e de uma ruptura do Estado de Direito, pelo ressurgimento de práticas bélicas antigarantistas.

Nesse entorno, o novo formato do sistema capitalista produz novos conflitos e vítimas da precariedade: os imigrantes, que passam a ter seu espaço (especialmente de movimento/mobilização) controlado pelas novas formas de repressão²³. Em definitivo, o novo controle, de forma notável, não busca a inclusão/reinserção/tratamento (política fordista), senão que a neutralização/inocuidade de grupos de riscos, abandonando a orientação reabilitadora-normalizadora.

Nesse estado da arte, que Díez Ripollés²⁴ denomina de “vampirização do

²¹ PORTILHA CONTRERAS, Guillermo. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007. p. 16-25. No mesmo sentido, DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: y control de la multitud*. Tradução de José Ángel Brandariz García e Hermán Bouvier. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006. p. 53-110.

²² FERNÁNDEZ, Encarnación. *Estados fallidos o Estados em crisis*. Granada: Comares, 2009, p. 09-41.

²³ PORTILHA CONTRERAS, op. cit., p. 32-35. No mesmo sentir, DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control*. Tradução de Iñaki Rivera beiras e de Marta Monclús. Barcelona: Virus, 2005. p. 125-153.

²⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal em la encrucijada*. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2007. p. 147 e seguintes.

debate sobre a sociedade do risco”, cunhada especialmente por Beck²⁵ e Luhmann²⁶, forja-se a cristalização de um novo modelo penal que diz com a gestão administrativa dos riscos modernos (tanto os da vida cotidiana como os decorrentes das novas tecnologias), unindo os projetos de expansão/modernização do controle penal, que possuem um ponto de chegada comum: intensificação da resposta punitiva à criminalidade comum, produzindo uma inocuização seletiva dos grupos de riscos, que culmina na luta contra a perigosidade do indivíduo (Direito Penal do inimigo)²⁷. Com efeito, há uma crescente centralidade das políticas de controle nos grupos de riscos ou classes perigosas (a questão passa a ser a identificação de fonte de risco/perigo, e, não, a individualização de condutas danosas), produzindo-se uma centralidade na pessoa do imigrante, como um sujeito a quem conferem boa parte da crise da sociedade opulenta e sua lógica de inclusão/exclusão²⁸.

Com efeito, sobre a alteralidade dos imigrantes se projetam novas racionalidades de segurança²⁹, depositando-se neles novas dinâmicas de controle e de penalidades, que implicam o total abandono dos marcos garantistas, instrumentalizando-se uma tecnologia de segregação rumo à exclusão total do âmbito do Estado de Direito, etiquetando-os como “não pessoas” (Dal Lago³⁰). No pensamento de Dal Lago, a modernidade tem-se utilizado de diversas estratégias punitivas que produzem uma “desumanização” ou espoliação do ser humano (como a guerra total, a tortura e o extermínio generalizado). E, na sua tese, os estrangeiros, jurídica e socialmente ilegítimos (imigrantes regulares/irregulares), constituem, na época atual, categorias de sujeitos mais suscetíveis de serem tratados como “não pessoas”, isto é, seres humanos que apenas “intuitivamente são pessoas” como os outros; entretanto, são-lhes retiradas as garantias do Direito (lógica de guerra ao inimigo). Não é por acaso, segundo Dal Lago, que a imagem do imigrante corresponde a um estrangeiro, extracomunitário, imigrado, clandestino,

²⁵ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e de Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2006.

²⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

²⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal em la encrucijada*. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2007. p. 168-200.

²⁸ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión: el sistema penal em tiempos de declive del Estado social y de crisis del estado-nación*. Granada: Comares, 2007. p. 126-147.

²⁹ Nesse sentido, ver ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; PÉREZ ALONSO, Esteban. *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007. Também PUENTE ABA, Luz María; ZAPICO BARBEIRO, Mónica; RODRIGUEZ MORO, Luis (Org.). *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*. Granada: Comares, 2008.

³⁰ DAL LAGO, Alessandro. *Personas y no-personas*. In: *Identidades comunitarias y democracia*. SILVEIRA GORSKI, Hector C. (Org.). Madrid: Trotta, 2000. p. 127-144.

irregular, e nunca diga respeito a uma característica do seu *ser*. Enfim, o imigrante, por razões políticas ou ideológicas, é excluído de consideração/reconhecimento, o que corresponde à própria degradação social³¹.

Assiste-se a um retorno ao modelo penal fundado em critérios de utilidade e dano social, uma concepção tecnocrática-totalitária, que rompe com o contrato social na reconstrução do inimigo, configurando o surgimento de novos *homo sacer* (Portilha Contreras), proliferando-se zonas de suspensão dos direitos nos espaços globais, constituindo exemplos significativos a prisão/expulsão dos imigrantes irregulares, os centros de detenção na espera da expulsão, que, em definitivo, constituem o protótipo do lugar do não Direito³². Cuida-se de uma verdadeira guerra ao imigrante, que se alimenta do medo e da insegurança (de que o inimigo é considerado a causa), mesclando um proibicionismo e um autoritarismo penal sem precedentes, configurando, no entender de Palidda, um orientação racista que se inscreve hoje como uma ordem política liberal/neoconservadora, baseada na assimetria de poder e de riqueza entre os autores fortes e débeis, que, por não terem direitos, são reduzidos ao *status* de não pessoas, que passaram a ser combatidos, especialmente na Europa, “sem piedade”, como uma “humanidade em excesso”³³.

Dessarte, a modo de concluir a presente introdução, convém pontuar que o trabalho pretende, com modéstia, arrancar da demonstração que a economia política da pena evidencia que o Direito Penal se encontra enredado com o sistema capitalista de produção, não se apartando, de igual sorte, de uma ideia de Estado Democrático de Direito. Dito de outro modo, há que se partir de uma análise material da penalidade, sinalando sua estrita ligação com o sistema produtivo e, pois, de forma interdisciplinar. Assim, no segundo capítulo, pretende-se fazer uma reflexão sobre algumas circunstâncias e fenômenos que condicionam a funcionalidade do Direito Penal moderno, no marco de crise/ocaso do Estado de bem-estar e de referentes sistêmicos, que, de certa forma, explicam a superação das políticas econômicas keynesianas-fordistas. Nesse sentido, pretende-se demonstrar que as

³¹ DAL LAGO, Alessandro. *Personas y no-personas*. In: SILVEIRA GORSKI, Hector C. (Org.). *Identidades comunitarias y democracia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 130-142.

³² PORTILHA-CONTRERAS, Guillermo. La configuración del 'homo sacer' como expresión de los nuevos modelos del derecho penal imperial. In: *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. PÉREZ ALVAREZ, Fernando. (Org.). Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1401-1423.

³³ PALIDDA, Salvatore. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (Org.). *Criminalización racista de los migrantes em Europa*. Granada: Comares, 2010. p. 13-33.

diferentes formas adotadas pelo Estado forjam novas articulações com a ordem e o controle social, influenciando, diretamente, nas funções materiais desempenhadas pelo Direito Penal. Logo, num primeiro momento, procede-se a uma análise dos fenômenos que influem no sistema penal, tendo, como ponto de partida, o trânsito da sociedade da disciplina à sociedade do controle, estabelecendo-se um diálogo entre Foucault e Deleuze, notando que a morfologia e o sentido contemporâneos do controle penal transitam por tais autores. Analisam-se as contribuições de Foucault (sociedade da disciplina e suas inter-relações com as formas políticas, sociais e produtivas) e de Deleuze (sociedade do controle e sua obsessão pelo controle nos marcos de uma sensação social de insegurança).

Num segundo momento, procura-se estabelecer uma aproximação entre o sistema de produção da sociedade industrial e o sistema penal numa ecologia da pena, demonstrando-se que o controle penal sempre obedeceu à lógica do sistema econômico, adaptando suas funções de acordo com este e, assim, demarcou a sua linha evolutiva. Nessa linha, em um terceiro momento, estabelece-se que o declínio do Estado de bem-estar fordista produz vítimas, a saber, uma excedência negativa (não integráveis, os consumidores falhos), que passam a ser gerenciadas pela sociedade do controle, consolidando um verdadeiro subsistema penal da exclusão. Também se indaga sobre o contexto da globalização e seus efeitos no sistema penal, na medida em que o exercício da potência punitiva se despreza, nessa época, com símbolo de legitimidade de um novo poder imperial (*lex mercatória*), que se baseia na eficácia, exigindo a manutenção da nova ordem imperial. Com efeito, nesse contexto, assiste-se a uma rearticulação do poder na administração do social, redesenhando os contextos de inclusão/exclusão, mormente pela crise do Estado assistencial.

Com efeito, a globalização e seus tipos de domínio econômico fragilizaram os fundamentos do Estado nacional, promovendo um desmonte das instâncias mediadoras do *Welfare state*, transformando as organizações humanas. E, como o Estado nacional já não pode mais subsistir como Estado de bem-estar, o argumento e o consenso discursivo somente podem ser obtidos fora das perspectivas do Estado-nação, ou seja, sob a mediação do mercado, que se apresenta como meio adequado para a satisfação das necessidades da humanidade.

Contatando-se a legitimação do império da globalização econômica com a crise do Estado de bem-estar, analisa-se, num último momento, o fato de que o

ambiente de fluidez, causado pelo capitalismo financeiro e a legitimação da nova ordem imperial, produz um Direito “opaco”³⁴ de legitimação de uma ordem imperial policial, uma vez que o Direito não consegue funcionar como o mediador axiológico dos princípios constitucionais, já que a mensagem da ordem jurídica não chega, materialmente, à periferia da estrutura social, intensificando-se uma pulsão de desintegração social, conduzindo a um estado de anomia.

Partindo-se das mutações da soberania, ocasionadas pela globalização econômica e o seu produto - Direito opaco - , no terceiro capítulo, a investigação é impulsionada à análise de alguns pressupostos da pós-modernidade e sua teorização com o teorema da sociedade do risco, levando em consideração que a hipermodernidade tecnológica e a perda dos grandes relatos (fragmentação das grandes narrações e o pensamento débil)³⁵, que são consequências do sinal da pós-modernidade e do império da técnica, produzem novos riscos, os quais se enredam com o controle penal. Dito de outra maneira, a complexidade moderna impõe a convivência com o risco, como uma característica inderrogável da sociedade atual. O problema é que o controle do risco desliza sensivelmente para o sistema penal, impondo ao Estado social uma proteção em sentido amplo, na medida em que a sociedade não se encontra disposta a suportar os danos³⁶.

O trabalho tentará demonstrar que os andaimes discursivos das estratégias de controle do estado pós-moderno estão relacionados com a pós-modernidade e os novos riscos experimentados pela sociedade. De outro lado, o cotejo dos pressupostos esgrimidos pela teoria da sociedade do risco proporciona desvelar as estratégias de poder que modulam o controle social do estado pós-moderno na transição dos processos globalizadores. E, a partir da sedimentação da modernização reflexiva, analisa-se o fato de que o risco também está relacionado com a crise do Estado social e com a crescente exclusão social, que acaba repercutindo no sistema penal, que se apresenta como uma alternativa ao declínio da regulamentação estatal, a fim de recuperar a legitimidade perdida. Aqui não se pode olvidar que a pós-modernidade convive com uma sensação de “mal-estar” pelo não cumprimento de suas promessas, pois o homem ainda se revela incapaz de dar

³⁴ CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. Madrid:Trotta, 2006.

³⁵ Por todos, consultar VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Também, do mesmo autor: *La sociedad transparente*. Tradução de Teresa Oñate. Barcelona: Paidós, 2004.

³⁶ O debate sobre a o Direito Penal e a sociedade do risco é fornecido por AGRA, Cândido da et al. (Org.). *La seguridad em la sociedad del riesgo: un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003.

as respostas importantes à humanidade (combate à fome, supressão da guerra etc.). Mais uma vez, no presente capítulo, submeter-se-à à crítica a função conferida à política criminal moderna: controlar a excedência, ou gerir, pelo controle penal, as desigualdades sociais e a inerente conflituosidade pelo Direito Penal. Com efeito, a demanda social por segurança, numa via estreita, converte-se em uma questão de controle penal, promovendo-se uma política criminal de cunho expansivo/preventivo, sendo o risco administrativizado e “colonizado” pelo Direito Penal.

Por derradeiro, anota-se que a mutação significativa do Direito Penal contemporâneo, pautado por um controle integral que busca a segurança a qualquer preço, enfim, orientado pela sociologia do risco, pode desembocar num debate distorcido, relevando efeitos meramente simbólicos, apenas conferindo à sociedade um sensação subjetiva de tranquilidade, sem produzir seus efeitos preventivos, mormente pelo fato de que o controle penal passa a agir orientado somente pelas consequências, sem indagar as causas, o que corresponde a uma extrema funcionalização do Direito Penal para enfrentar riscos sistêmicos. Intenta-se desvelar os paradoxos que exibem as novas segmentações do contrato social pós-fordista, sinalando que o Estado pretende restaurar a legitimidade perdida, fortalecendo-se de forma artificial, via terror penal, para ocultar a insegurança provocada pelo “progresso econômico”.

Fixando-se no Direito Penal do risco, especialmente no fato de que se presencia um certo protagonismo do controle penal (convertido em *prima* ou *sola ratio*) para fazer frente a problemas sistêmicos da complexa sociedade do risco e, portanto, de difícil controle (corrupção, crimes ambientais etc.), o quarto capítulo detém-se no fenômeno da “vampirização” do debate da sociedade do risco (Ripollés), analisando o fato de que o sistema penal, movido por estímulos políticos-eleitorais, desloca, mais para a frente, a fronteira dos comportamentos puníveis e não puníveis, com redução das exigências de censurabilidade, desvirtuando-se o controle penal, que protegia direitos e bens do cidadão, para combater inimigos. Sinala-se que o caminho foi iniciado pela orientação pelo risco, chegando-se ao conceito e características do denominado Direito Penal do inimigo, de formulação jakobsiana³⁷. Estabelecidos os contornos da formulação teórica de Jakobs, passa-se a observar a possível (des)funcionalidade da proposta de Jakobs, isso em termos luhmannianos, a

³⁷ Ver ZAFFARONI, Raul E. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

partir dos efeitos latentes que Jakobs confere ao seu teorema, notadamente no que diz com as finalidades da pena. Procede-se, de igual sorte, a uma análise intersubjetiva da proposta teórica de Jakobs, que arranca da funcionalidade puramente normativa do Direito (manter a vigência normativa do Direito e angariar fidelidade cognitiva), observando-se que o sistema do Direito não pode prescindir de uma orientação principiológica, nem do homem. Por último, na presente secção, observa-se que o Direito Penal do inimigo padece de uma outra anormalidade funcional: corrupção sistêmica (problema da alopoiésis), uma vez que os códigos do poder e da política usurpam o sistema do Direito, que passa a ser utilizado numa função política (Direito simbólico), “fingindo” agir sob o manto da legalidade.

Ainda, permanecendo em ares de corrupção sistêmica ou do uso político do Direito Penal no controle da excedência, isto é, na trilha de um controle líquido e atuarial, no quinto capítulo, chega-se ao momento de analisar as políticas europeias do controle da imigração. Esse setor dedica-se à análise da figura do imigrante irregular e dos mecanismos biológicos, que desprende a soberania pós-moderna frente ao fenômeno das imigrações irregulares. Nesse sentido, para topografar o novo paradigma de controle, considera-se o imigrante como uma subjetividade emergente relacionada com a crise da sociedade salarial e um direito de cidadania que não pensa fora dos estreitos limites da relação trabalho/mercado. Dessarte, toma-se o *status* da irregularidade como possibilidade de se poder cartografar a construção retórica do imigrante como fator de risco/desviação. Em virtude disso, estudam-se as políticas imigratórias, centrando-se o estudo na legislação espanhola e sua “proteção” dos direitos dos cidadãos estrangeiros (arts. 318, *caput*, e art. 89, CPE), que sintetizam a tendência punitiva do estatuto legal, bem como o caráter de exclusão/exceção da legislação.

Anota-se que as estratégias políticas da União Europeia sinalizam que as fronteiras desapareceram apenas para os mercados. Ao contrário, para os imigrantes irregulares, que exercem seu legítimo direito de fuga, apresentam-se como verdadeiras “fortalezas”, devidamente vigiadas pelo poder de polícia. Em definitivo, a imigração irregular converte-se em uma questão de guerra, merecendo o mesmo tratamento dado ao terrorismo global, implicando o retorno das sociedades da soberania (estritamente penais) e sua distinção schmittiana amigo/inimigo e o estado de exceção. Nesse contexto, estudam-se as mutações nos dispositivos de controle e os modos de sua intervenção, que primam por suspender o Estado de

Direito (detenções policiais em qualquer momento; reconhecimento diferenciado de direitos de acordo com a situação administrativa; possibilidade de detenção em centro de internamento sem o crivo do júízo natural; a expulsão administrativa como alternativa ao devido processo penal), encaixando-se na moldura do Direito Penal do inimigo, que se inscreve como uma nova penalidade pós-moderna, inviabilizando o diálogo intercultural e o efetivo implemento dos direitos humanos.

2 O SUBSISTEMA PENAL ORDINARIO NO CONTEXTO DE DECLÍNIO DO ESTADO SOCIAL: DA SOCIEDADE DISCIPLINATÁRIA À SOCIEDADE DO CONTROLE

O cenário mundial oferece uma representação social do Direito Penal expansiva, que se constitui em uma “rara unanimidade”, ou seja, é consensual, compartilhando as virtudes atuais do controle penal. O fato é que se vive numa sociedade do controle, na qual se tem acentuado, como nunca, o recurso ao Direito Penal para combater a criminalidade que se intensifica. E o fenômeno expansivo não é monocausal, pois não está relacionado com um só fator, não decorrendo, portanto, de orientação de um Estado totalitário. Ao contrário, o movimento é fruto de diversas orientações e saberes que acabam convergindo ao denominador comum que deságua em uma verdadeira proposta securitária, os quais, como refere Silva Sánchez, se integraram nesse novo consenso social sobre o papel do Direito Penal. Assim, as premissas ideológicas (Direito Penal simbólico) e os movimentos totalizantes de “lei e ordem” não desapareceram do cenário social; ao contrário, passaram a se acomodar, “comodamente”, nesse novo consenso³⁸. Dito de outro modo, a expansão do Direito Penal, que é característica marcante das sociedades pós-modernas, está relacionada com “causas mais profundas”, na precisa observação de Silva Sánchez, para quem a expansão deita suas raízes no modelo social, notadamente a partir de novas expectativas que as camadas sociais têm em relação ao papel conferido ao Direito Penal. Isso culmina, no âmbito cultural, na formação de uma verdadeira demanda social por mais proteção e segurança frente aos novos riscos³⁹. Nesse passo, razão assiste a Silva Sánchez quando afirma que esse é o ponto de partida real para análise e crítica do tema, que não tem nada a ver com os movimentos de *Law and order*, que davam respaldo às políticas criminais totalizantes da década de 70. A pedra de toque é, portanto, a existência de uma crescente demanda social por proteção e segurança, que é facilmente detectada na sociedade hodierna⁴⁰.

³⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 25.

³⁹ *Ibid.*, p. 23.

⁴⁰ Nesse sentido, é a doutrina de GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 41-128. Também consultar YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 15-54 e, CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13-35.

Nesse passo, Silva Sánchez, dissertando sobre as causas da expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais, confere destaque à questão da aparição de novos interesses ou bens jurídicos, especialmente aos bens atualmente escassos, como o meio ambiente ou bens coletivos ou difusos, relacionando-os com o aparecimento de novos riscos e com a institucionalização da insegurança, que, de resto, não deixam de ser produtos da sociedade do risco. Também aponta o surgimento de uma sociedade de sujeitos passivos, dependentes do Estado de bem-estar, que valorizam, de forma essencial, a questão da segurança, o que implica a redução do risco permitido na sociedade, havendo, inclusive, uma identificação maior com as vítimas. Tal fato reforça o consenso punitivo, o que, por fim, descansa no descrédito de outras instâncias de proteção, preponderando a resposta penal. Em suma, pode-se referir que a aventura securitária é produto da pós-modernidade ou da modernidade tardia, que, no ambiente de relações sociais, econômicas e culturais, trouxe consigo um conjunto de riscos, complexidade e insegurança, bem como problemas do controle social, que afetaram, sobremaneira, o Direito Penal, que, agora, não mais discute os efeitos da sanção penal, mas se vê envolto na missão de dispor de novas formas de prevenção e minimização dos riscos, que, no cenário da pós-modernidade, não param de crescer⁴¹.

Importa notar que a crise do controle penal, que é correlata a sua expansão desmedida, está relacionada com a crise ou ocaso do Estado de bem-estar e de sua política de inclusão⁴². Existe, pois, uma íntima relação entre o controle do sistema penal e o sistema econômico ou uma ecologia da pena⁴³. Com efeito, em época de

Ainda, ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2 ed. ampl. atual. Buenos Aires: IBDEF, 2010. p. 03-10 e do mesmo autor: Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfrid; MARTÍN, Adán Nieto (Org.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 25-40. Por fim, ver CESANO, José Daniel. *La política criminal y la emergencia: (entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)*. Córdoba: Mediterránea, 2004. p. 23-51.

⁴¹ Consultar AGRA, Cândido da et al. *La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003. Também, FARALDO CABANA, Patricia; BRANDARIZ GARCÍA, José Angel; ABA, Luz María Puente. *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización..* Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

⁴² Nesse sentido, MELOSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. Também, CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Tradução de Luis Leria. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 53-201.

⁴³ Nesse sentido, o pensamento de RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. Tradução de Emilio García Méndez. Bogotá: Temis, 2004. Segundo os autores, a relação causal existente entre os métodos punitivos e a organização social sempre foi encoberta pela discussão simplificada dos fins da pena, o que serviu para encobrir o significado ideológico dos sistemas punitivos. Conforme Rusche e Kirchheimer, a pena é um fato social, não consistindo simples meio para determinados fins, nem mera consequência de um crime. Dessarte, cada sistema de produção tende a descobrir métodos punitivos que correspondam as suas relações produtivas. Há uma correlação entre o sistema punitivo e forças sociais que, de resto, são impulsionadas pelo sistema econômico. Em uma palavra, as formas de castigo correspondem a uma etapa do desenvolvimento econômico. *Ibid.*, p. 01-05.

um capitalismo tardio de cunho fordista, o Estado keynesiano detinha poder de intervir na economia, postando-se como mediador entre os postulados do mercado e a sociedade. A função do Estado, nesse particular, era de compensar as desigualdades sociais inerentes ao sistema capitalista. É o que se denomina Estado interventor seguindo a lógica do modelo fordista de produção. E é corolário do Estado social o fim da ressocialização do infrator, uma vez que o delinquente se apresentava como um desajustado, produto do entorno social, merecendo, portanto, uma política penal compensatória de inclusão ou tratamento. Todavia, a ideologia do tratamento, levada a cabo nos EUA e nos países escandinavos, é questionada pelos índices crescentes da reincidência, bem como pela própria legitimidade da intervenção reabilitadora. A crítica demolidora do pensamento reabilitador refere-se à impossibilidade de se alcançar esse objetivo nos marcos de uma instituição fechada. Numa palavra, não se pode socializar para a vida em liberdade nos contornos de privação de liberdade, somando-se a isso o problema do etiquetamento e os efeitos dessocializadores da prisão. Num segundo lance, a crítica repousa no fato de que a ideologia do tratamento dava ensejo a interferências intoleráveis nos direitos individuais e na dignidade da pessoa do apenado. Em suma, a ideologia do tratamento revelava-se incompatível com o florescimento de uma sociedade plural e contingente⁴⁴.

Entretanto, cumpre observar que o ideal de ressocialização ou tratamento é uma prática disciplinatória, na linguagem foucaultiana, relacionada com o implemento de políticas públicas do Estado de bem-estar social fordista, que invocava a intervenção do Estado para compensar as desigualdades causadas pelo sistema capitalista, principalmente no momento de crise. Nesse contexto, o criminoso é recebido como produto do meio, indivíduo vulnerável, merecedor de tratamento para sua posterior inclusão no sistema produtivo. Dessa forma, a crise do Estado intervencionista representa a crise do fim da pena e uma revisão do pensamento reabilitador clássico, uma vez que este funcionava no marco das políticas sociais, econômicas e relações laborais de classe, podendo se falar, portanto, de uma interconexão com o fordismo e o pensamento de Foucault⁴⁵. É o *Welfarismo* penal (ou *penal welfarism*) que se apresenta como o modelo da gestão

⁴⁴ Nesse sentido, BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión: el sistema penal em tiempo de declive del estado social y de crisis del estado-nación*. Granada: Comares, 2004. p. 14-17.

⁴⁵ Conforme BRANDARIZ GARCÍA, *Ibid.*, p. 17-21.

do controle social e do tratamento da criminalidade nas sociedades europeias e dos EUA na segunda metade do século XX. E esse modo de gestão se inscreve num marco de determinadas condições sociais e históricas identificadas nessas sociedades. Conforme Brandariz García⁴⁶, o *Welfarismo penal* como cultura jurídica da época está relacionado com a reforma social e com prosperidade econômica, que são vistas como meios de luta contra a criminalidade, reduzindo a frequência do delito, e com o Estado como responsável tanto pelo controle e castigo dos infratores, quanto pela sua assistência, sendo a justiça penal parte do Estado de bem-estar, recepcionando o infrator não só como culpável, senão também como necessitado.

O estilo de governo do *Welfarismo penal* como instrumento de controle social, de outra banda, está relacionado com um determinado contexto econômico, a saber, de crescimento sustentável, favorecido para desenvolver políticas expansivas de gasto social, bem como de limitada redistribuição da riqueza e gastos sociais. Nesse passo, observa Brandariz García que a opulência econômica e a melhora das condições de vida do conjunto da população, em momento de pleno emprego, contribuíram para a aceitação das políticas de bem-estar penal, bem como de uma visão do crime relacionada com privações sociais⁴⁷. Impende notar que, com a crise do Estado de bem-estar, o ideal de reabilitação é abandonado, sendo substituído por uma outra forma de gestão do controle social, implicando a superação da sociedade disciplinatória e suas práticas inclusivas.

2.1 Da sociedade da disciplina à sociedade do controle: a mutação do Leviatã, segundo Foucault e Deleuze

Nos últimos anos, diversos autores demonstraram preocupação em analisar a morfologia e o sentido contemporâneos dos sistemas de controle social, especialmente o controle penal, apontando-se a existência de uma linha evolutiva ou trânsito da sociedade disciplinatória à sociedade do controle. A proposta teórica parte, confessadamente, da obra de Foucault e de seus estudos acerca de suas preocupações com o poder e as tecnologias, estudo particularmente centrado em

⁴⁶ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión: el sistema penal em tiempo de declive del estado social y de crisis del estado-nación*. Granada: Comares, 2004. p. 22-23.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 24.

Vigiar e Punir e na obra *A verdade e as Formas Jurídicas*. Com efeito, é a partir da análise genealógica das relações de saber e de poder que Foucault destaca as relações entre conhecimento, verdade e as relações de poder, concluindo que não há saber sem poder, nem poder sem saber⁴⁸. Nesse passo, cumpre observar que Foucault confere destaque à análise do poder político, uma vez que este se trama com o saber e o sistema econômico, forjando uma forma de saber-poder hegemônica, assumindo, ao fim, características de biopoder ou de estatalização do biológico. E o biopoder, poder de cuidar e de normalizar o corpo, no decorrer dos séculos XVII a XIX implanta-se no poder disciplinar⁴⁹. E isso decorre do fato de que o pensamento foucaultiano, na sua genealogia do poder, ao largo dos séculos XIX e XX, muito especialmente a partir da segunda metade do século XX, influenciou Estado biopolítico, que adotou e aperfeiçoou uma determinada penalidade que se inscreve em uma determinada forma societária, qual seja, a disciplina. Em uma palavra, a penalidade (como forma de poder) está, para Foucault, intimamente, relacionada com as práticas sociais de determinado modelo social. E a sociedade da disciplina suplanta as sociedades anteriores, medievais, que Foucault qualificava de estritamente penais ou de soberania⁵⁰.

Com efeito, para o pensamento de Foucault, na sua genealogia do poder, a disciplina e o controle penal transcendiam as retóricas jurídicas e as normas, uma vez que o controle, mormente a transversalidade disciplinária se inter-relaciona com as formas políticas, jurídicas e produtivas, podendo-se falar, no âmbito do controle penal, da existência de uma verdadeira ecologia da pena. É por isso que o poder disciplinar⁵¹

⁴⁸ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 1999. p. 22 e seguintes. Nesse passo, para Foucault, o conhecimento não é dado metafisicamente; ao contrário, é inventado e decorre de luta entre as formas de poder. Em suma, o conhecimento decorre das lutas por dominação e poder. Dessarte, por detrás de todo saber, de todo conhecimento, o que está em jogo é uma luta de poder. O poder político, assim, é tramado com o saber. *Ibid.*, p. 50-51.

⁴⁹ Conforme SKULJ, Agustina Iglesias. Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: cambio de paradigma em el estatuto de la ley penal y em los mecanismos de control. *Problemas Actuales de Derecho Penal*. f. 34. Tese (Doctoral, biênio 2003-2005). Universidad de Salamanca. Salamanca, 2009.

⁵⁰ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión: el sistema penal em tiempo de declive del estado social y de crisis del estado-nación*. Granada: Comares, 2007. p. 26.

⁵¹ Para FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 1999. p. 79-102, a sociedade dos fins do século XVIII e início do século XIX, merece o nome de sociedade disciplinar. E isso, segundo Foucault está relacionado com a reforma e reorganização do sistema penal e judiciário havida em diversos países da Europa e no mundo. Por outro lado, estaria relacionada com os seguintes princípios: a) o crime ou infração não deve ter mais nenhuma relação com a falta moral ou religiosa, uma vez que o crime é a ruptura com a lei civil, estabelecida pelo poder político; b) as leis positivas são formuladas pelo poder político no interior de uma sociedade, e que por isso são boas, não necessitando referirem-se a lei natural, a lei religiosa ou a lei moral; c) com isso surge uma nova definição do criminoso, que passa a ser aquele que danifica, perturba a sociedade, ou seja, o inimigo social, o qual rompeu o pacto. O crime é recepcionado como uma perturbação a sociedade e não como um pecado ou violação a lei natural e divina; d) dessarte, a pena consiste em fazer com que o dano não possa ser novamente cometido, assumindo contornos preventivos ou de utilidade social. Desse entorno, a penalidade passa a buscar o controle e a reforma psicológica e moral dos

é relacionado com as origens históricas do modo de produção capitalista. Esse poder-saber tem por função a produção e a otimização da vida, ou seja, articula-se como um poder positivo sobre a vida, isto é, como uma tecnologia de poder que toma o corpo humano, constituindo-se em uma biopolítica⁵², direcionada à população em geral, erigindo o problema da proteção à vida como o fundamento originário da sociedade. Funde-se o Direito Político e o Direito Soberano⁵³.

O poder começará a organizar-se a partir de mecanismos disciplinatórios sobre o homem-corpo, o que demarca a dissolução do modelo da soberania e o declínio dos rituais mortíferos. Os indivíduos passam a ser disciplinados, ordenados e gestionados. Para tanto, é necessário que o poder se individualize e seja capaz de corrigir cada um. Cuida-se, enfim, de um poder moldado à disciplina, produzindo corpos dóceis⁵⁴. Dito de outra maneira, com o advento da biopolítica moderna, a vida, na genealogia foucaultiana, via governamentalização, é tomada pelo poder, que, a partir do século XVIII, tomou conta da vida dos homens, dos homens como corpos viventes. Como diz Esposito, passa-se a ter uma relação de entrega entre a vida e o direito, uma vez que, “en este sentido, puede entenderse la expresión aparentemente contradictoria, de que la vida, pues, mucho más que el derecho, se volvió entonces la apuesta de las luchas políticas, incluso si estas se formularon a través de afirmaciones de derecho”⁵⁵. Em uma palavra, a biopolítica refere-se não só ao modo como a vida limita ou é tomada pela política, mas também à forma como a vida é desafiada e penetrada pela política.

Nesse sentido, pode-se dizer, com Foucault, que a sociedade moderna e o

indivíduos, disciplinando e normalizando-los. Assume, portanto, contornos de biopoder na medida que impõe uma massificação que se direciona a população em geral, bem como de biopolítica, uma vez que visa a cuidar e normalizar a *bios*, ou vida nua.

⁵² O conceito de biopolítica, sob o enfoque de Foucault, é dado por ESPOSITO, Roberto. *Bíos: biopolítica y filosofía*. Buenos Aires-Madrid: Amorrortu, 2006. p. 24 e seguintes, quando assevera da importância do termo biopolítica, ante a “turbulência” que cerca, na atualidade, o direito, política e o poder soberano. Com efeito, para ele, o termo biopolítica remete ao que se deve entender por *bíos* (vida qualificada, forma de vida) e *zoé* (vida em seu simples manutenção biológico). Portanto, a idéia de biopolítica parece-se situar-se em uma zona de indescernibilidade, que é desafiada, uma vez que o corpo humano, cada vez mais, é atravessado pela técnica, isto é, a política penetra diretamente na vida, enquanto a vida se distingue de si mesma.. Segundo Esposito, “en el momento em que, por una parte, se derreumban las distinciones modernas entre público y privado, Estado y sociedad, local y global, y, por la otra, se agotan todas las otras fuentes de legitimación, la vida misma se sitúa en centro de cualquier procedimiento político: ya no es concebible otra política que una política de la vida, en sentido objetivo y subjetivo del término”. *Ibid.*, p. 26. Disso impõe-seo questionamento se a vida governa a política ou se é a política que governa a vida, o que remete a distinção entre biopolítica e biopoder. Dessarte, a biopolítica, na análise foucaultiana, diz com um certo poder sobre o homem enquanto ser vivente, ou uma estatalização do biológico, que fica claro com a desconstrução do paradigma soberano, que é substituído pela disciplina.

⁵³ Ver SKULJ, Agustina Iglesias. Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: cambio de paradigma em el estatuto de la ley penal y em los mecanismos de control. *Problemas Actuales de Derecho Penal*. f. 34-35. Tese (Doctoral, biênio 2003-2005). Universidad de Salamanca. Salamanca, 2009.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 35.

⁵⁵ ESPOSITO, Roberto. *Bíos: biopolítica y filosofía*. Buenos Aires-Madrid: Amorrortu, 2006. p. 48.

poder soberano, encarnado na vontade geral e na lei, apontam para o surgimento da biopolítica, ou seja do controle-cuidado do corpo, do homem vivo, da zoé, em uma nova forma de controle dos corpos que corresponde a uma nova forma de poder, que não mais violenta a vida, mas expande o seu controle sobre ela⁵⁶. Em definitivo, esse controle do corpo e produção dos campos de intervenção do poder plantam novos desafios políticos, sendo que, nesse sentido, a política do corpo, ou a biopolítica, contempla todos os crescentes aspectos da vida que se instrumentalizam no espaço do *Welfare State*, que tem como finalidade uma melhor gestão da força de trabalho, restando a biopolítica, indispensável à sociedade da “normalização” e à formação do capitalismo⁵⁷.

E, na idade do controle social e da disciplina, o projeto capitalista da fábrica⁵⁸ assume função privilegiada na análise de Foucault, uma vez que é tida como o arcabouço da disciplina e da vigilância, ou seja, como instrumento de poder-saber, o qual ganha espaço privilegiado, até porque toda penalidade do século XIX passa a ser um controle em torno da periculosidade dos indivíduos, isto é, do seu comportamento⁵⁹. Dessarte, a fábrica moderna culmina em se constituir na “grande prisão” do século XVIII, instituição despótica para onde foram introduzidas imensas multidões de homens, mulheres, crianças, que foram retiradas do campesinato e do sistema de produção artesanal (tido, na época, como regime indisciplinado e improdutivo, como denunciava Marx. Em suma, na análise de Foucault, a fábrica

⁵⁶ ESPOSITO, Roberto. *Bíos: biopolítica y filosofía*. Buenos Aires-Madrid: Amorrortu, 2006. p. 62-63.

⁵⁷ SKULJ, Agustina Iglesias. Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: cambio de paradigma em el estatuto de la ley penal y em los mecanismos de control. *Problemas Actuales de Derecho Penal*. f. 34-35. Tese (Doctoral, biênio 2003-2005). Universidad de Salamanca. Salamanca, 2009.

⁵⁸ É sabido que o processo de evolução do trabalho e do capital partiu da Revolução Industrial inglesa do século XVIII, que demarcou o surgimento de novos locais de trabalho (fábricas na cidade, em substituição ao trabalho manual e doméstico, o que somente foi possibilitado com o crescente número de desempregados nacionais ou irlandeses, conforme os ensinamentos de ASTHON, T. S. *A revolução industrial*. Tradução de Jorge Macedo. 6. ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1995. p. 152. Portanto, é na fábrica que o sistema capitalista alcança seu ponto máximo, intensificando e alterando as relações do trabalho (operando uma transição do trabalho artesanal e doméstico, reduzindo, assim, as habilidades pessoais do trabalhador, com a mecanização do processo). A lógica do projeto da fábrica é extrair cada vez mais-valia, exigindo maior labor do trabalhador (como forma de reduzir seus custos), agora no sistema da manufatura e trabalho especializado. E, no novo modo de produção, o trabalhador dispõe apenas de sua força de trabalho, uma vez que foi alijado dos meios de produção, que passaram para a propriedade privada; daí a sua necessidade de se submeter ao confinamento da fábrica. Nesse sentido, a doutrina de MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Tradução de Reginaldo Sant'Anna. 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v. 1, p. 214-375. Dessarte, com Marx, pode-se referir que a fábrica constituiu o grande confinamento do século XVIII, uma vez que os camponeses e artesões foram obrigados a vender sua mais-valia sob novas condições. É nesse contexto que a massa de trabalhadores excedente (dispensada ou substituída pelas máquinas) é compelida a submeter-se à lei do capital, uma vez que a máquina (e a fábrica) põe abaixo todos os limites morais e naturais da jornada de trabalho. *Ibid.*, p. 465-466. No mesmo sentido, importa a leitura de BRAVERMANN, Harry. *Trabalho e capital monopolista: a degradação do trabalho no século XX*. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. 3. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1987. p. 149-197.

⁵⁹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e de Eduardo Jardim Morai. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 1999. p. 85.

representa a primeira experiência da prisão dos séculos XVII e XVIII. E as fábricas guardam semelhanças com outras instituições de controle, como os hospitais, as escolas, que também se instrumentalizaram como instituições de controle e disciplina, moldadas pelo tempo da acumulação capitalista e sua rígida disciplina temporal e espacial⁶⁰. Surge o tempo integral do trabalho como mais valia. Assim, os corpos e as mentes estão sujeitos a um novo código de disciplina, a disciplina da fábrica, que deverá forjar corpos obedientes e dóceis, enfim, produtivos⁶¹.

Dessa forma, parece ser razoável insistir no fato de que o controle social pelo subsistema penal está relacionado com o desenvolvimento do método capitalista de produção, chegando ao ponto de que a moderna prisão dos séculos XVII e XVIII se relaciona com o projeto da fábrica, levado a cabo pela primeira Revolução Industrial⁶². Com efeito, há uma aproximação do pensamento de Rusche e Kirchheimer, bem como de Melosi e Pavarini com a tese defendida por Foucault, notadamente em *Vigiar e Punir*^{63 64}. A história da pena e seu papel sedimenta-se na história das relações de produção

⁶⁰ Nesse passo, FOUCAULT refere que o poder punitivo se desloca do sistema judiciário, passando a ser compartilhado por uma série de outros poderes laterais, que funcionam à margem da justiça, como a polícia e toda rede de instituições de vigilância, instituições psicológicas, médicas, pedagógicas, como asilo, hospital. E a função dessas instituições não é punir, mas corrigir as virtualidades. *Ibid.*, p. 86.

⁶¹ Ver MEZZADRA, Sandro. *Derecho de fuga: migraciones, ciudadanía y globalización*. Tradução de Miguel Santucho. Madrid: Traficantes de Sueños, 2005. p. 84-85.

⁶² Nesse ponto, Foucault, após insistir nos inconvenientes da pena de prisão, que, no seu entendimento, é perigosa e inútil ou uma “destestável solução”, da qual não se pode abrir mão, notando que somente se firmou por ser a solução mais simples para o controle do crime, diz que a função da prisão, além de vigiar, é tornar o corpo “dócil”. Dessarte, “o encarceramento penal, desde o início do século XIX, recobriu, ao mesmo tempo, a privação da liberdade e a transformação técnica de indivíduos... E deve-se requerer essa transformação aos efeitos internos do encarceramento. Prisão-castigo, prisão-aparelho. Ver FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Tradução de Raquel Ramallete. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 196.

⁶³ Nesse sentido, é o entendimento de MÉNDEZ, Emilio García, expressado no epílogo da edição castelhana de *Pena y estructura social* de Rusche e Kirchheimer. Nesse diapasão, resultam importantes as lições de RUSCHE e KIRCHHEIMER, quando informam que, nos séculos XIV e XV, o Direito Penal estava orientado diretamente contra as classes baixas, despossuídos do campo e da cidade, grupos proletariados mais golpeados pela pobreza, obrigando as classes dominantes a buscar novos métodos que tornassem mais efetiva a administração da justiça criminal. Nesse marco, o sistema penal dispunha de um regime dual de penas: corporal (morte, espancamento, mutilações) e pecuniárias. Nas palavras dos autores, “todo el sistema punitivo de la baja Edad Media demuestra claramente que no existía escasez de mano de obra, por lo menos em las grandes ciudades, y com la disminución del precio de la fuerza de trabajo se redujo también progresivamente el valor da vida humana. La dura lucha por la existencia moldeó al sistema penal de tal modo, que lo convirrió em uno de los medios para prevenir el excesivo incremento de la población”. *Ibid.*, p. 21-22. Com efeito, o que se pretende destacar aqui é que há uma economia que regulamenta o instituto da pena e, que está relacionada ao sistema capitalista de produção. Dessa forma, em uma idade em que havia abundância de mão de obra, o sistema penal poderia abusar do corpo e violá-lo, especialmente com o incremento da pena de morte. Agora, no momento em que a oferta dela diminui ou escasseia, como o que ocorreu na Primeira Revolução Industrial, o sistema produtivo reclama uma outra orientação penal: a prisão, que deverá forjar mão de obra à fábrica, disciplinando-a.

⁶⁴ Ver FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Tradução de Raquel Ramallete. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 46-161. Para Foucault, com o advento a sociedade da disciplina, o poder-saber estabelece uma outra forma de controle do corpo. No seu entendimento, “o poder disciplinar é com efeito, um poder que, em vez de apropriar e de retirar, tem como função maior adestrar; ou, sem dúvida, adestrar para retirar e apropriar ainda mais e melhor. Ele não amarra as forças para reduzi-las; procura ligá-las para multiplicá-las e utilizá-las como num todo. Em vez de dobrar uniformemente e pôr massa em tudo o que lhe está submetido, separa, analisa, diferencia, leva seus processos de decomposição até as singularidades necessárias e suficientes. A disciplina “fabrica” indivíduos; ela é a técnica específica de um poder que toma os

capitalista em uma crítica materialista da penalidade⁶⁵, na qual o fio condutor da economia política da pena está constituído pela hipótese segundo a qual a evolução das formas repressivas só podem ser compreendidas prescindindo-se das legitimações ideológicas que se atribuíram à pena. Como refere De Giorgi, a pena cumpre uma função distinta e mais sofisticada do que a função explícita de controle da desviação e defesa social frente à criminalidade; há uma outra função, latente, que situa os dispositivos de controle no contexto das transformações econômicas, que atravessam a sociedade⁶⁶. Portanto, as práticas punitivas que perpassaram a história da sociedade devem ser reconduzidas às relações de produção dominantes, ou seja, às relações econômicas que a moldaram, especialmente no que diz respeito às relações do capital e à organização do trabalho. Dessa forma, não é possível analisar a evolução dos sistemas de controle da desviação sem estabelecer um nexos com uma construção social por meio do qual as classes dominantes preservam a base material do próprio domínio⁶⁷. A história da pena se inscreve em um complexo de instituições políticas, jurídicas e sociais, que se consolidam na função latente de conservação das relações dominantes de poder⁶⁸. A permanência da discussão nos fins da pena, da retribuição ao utilitarismo, serve somente para ocultar as contradições internas do sistema de produção capitalista^{69 70}.

indivíduos ao mesmo tempo que objetos e como instrumentos de seu exercício. Não é um poder triunfante que, a partir de seu próprio excesso, pode-se fiar em seu superpoderio; é um poder modesto, desconfiado, que funciona a modo de uma economia calculada, mas permanente". Ibid., p. 143. Mais adiante, Foucault informa que é nas grandes fábricas e oficinas que se organiza uma nova vigilância, diferentemente do regime das manufaturas, que leva em conta, no trabalho dos homens, a eficiência, rapidez, seu zelo e comportamento. Vigiar se torna uma função bem definida, que faz parte do sistema de produção e a sua duplicação. Ver p. 146.

⁶⁵ E aqui reside a questão delicada ou o paradoxo que acompanha a discussão do Direito Penal como forma de controle social, que se pode sintetizar pelo questionamento: Quem pune? Quem é o soberano? E, de tais questionamentos, sobressaem as fórmulas poder, saber e soberano. Nesse diapasão, o pensamento de Foucault revela-se esclarecedor no que concerne ao nascedouro do poder de punir da sociedade moderna, referindo que, quando a burguesia assume o poder no final do século XVIII, a moral se desloca da soberania do príncipe à legalidade ou império da lei, podendo-se afirmar que, "a partir de então, esse controle moral vai ser exercido pelas classes mais altas, pelos detentores do poder, pelo próprio poder sobre as camadas mais baixas, mais pobres, as camadas populares. Ele se torna assim um instrumento de poder das classes ricas sobre as classes pobres, das classes que exploram sobre as classes exploradas, o que confere uma nova polaridade política e social a essas instâncias de controle". Mais adiante, ensina que o controle se adapta à nova forma assumida pela produção, que é a materialidade da riqueza (em bens) operada pela burguesia. Conforme FOUCAULT, Ibid., p. 94 e 100.

⁶⁶ DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud*. Tradução de José Ángel Brandariz García e de Hernán Bouvier. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006. p. 56.

⁶⁷ Ibid., p. 56-57.

⁶⁸ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 1999. p. 101-102.

⁶⁹ DE GIORGI, op. cit., p. 57.

⁷⁰ RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. Tradução de Emilio García Méndez, Bogotá: Temis, 2004. p. 01. Também consultar MELOSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 31-231.

2.2 Nascimento da sociedade industrial e o disciplinamento do proletariado

Rusche, nos estudos desenvolvidos na sua obra *Pena e Estrutura Social*, trabalhou com duas hipóteses centrais. A primeira, no sentido de que o sistema repressivo se inspira na lógica de dissuasão, ou seja, pretende impedir a violação da lei penal. A segunda hipótese diz que tal objetivo de intimidação varia historicamente em relação ao universo da economia. Entretanto, com uma observação importante: são as classes subordinadas as desfavorecidas que cometem os crimes, sobretudo crimes contra a propriedade⁷¹. A pedra de toque dos seus estudos centra-se na observação de que as modalidades de intimação variam, historicamente, com o universo da economia e, pois, com relação à situação do mercado de trabalho, regime de opulência ou escassez^{72 73}.

Importa notar que a análise material da pena levada a cabo por Rusche desnuda o fato de que a lógica repressiva segue lineamentos da economia de mercado, bem como de que, desde os primórdios, a classe dominante da burguesia fez valer seu poder para manter determinado *status* econômico, ou seja, a propriedade privada. Não é sem razão que as classes sociais desfavorecidas constituam, portanto, o objetivo das instituições penais desde o nascimento do sistema capitalista, mormente a partir da materialização da riqueza. Assim, a história dos sistemas punitivos corresponde às estratégias repressivas que a burguesia desenvolveu durante anos para manter seu poder em relação aos seus subordinados: os proletários⁷⁴.

Dessarte, a evolução do sistema penal e a economia da pena não são produtos de reformas sociais e jurídicas, tampouco se referem a orientação

⁷¹ Também é o pensamento de FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. . 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 1999. p. 94-102.

⁷² RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. Tradução de Emilio García Méndez, Bogotá: Temis, 2004. p. 15-16. Rusche, nesse passo, afirma que o surgimento do capitalismo, o que ocorreu, segundo ele, nos séculos XIV e XV, conduziu à criação de um direito penal orientado diretamente contra as classes dos pobres, isso em um momento em que o sistema capitalista experimentava intensa opressão aos assalariados urbanos e rurais. Diz RUSCHE, “el constante incremento de los delitos entre los grupos proletarios más golpeados pela pobreza, obligó a las clases dominantes a buscar novos métodos que hicieran más efectiva la administración de la justicia criminal. La creación de un derecho eficaz para combatir los delitos contra a propiedad constituía uma de las preocupaciones centrales de la ascendente burguesía urbana, y dondequiera que ella poseía el monopolio de legislar y juzgar, perseguía este fin com la mayor energia”. Ibid., p. 15-16.

⁷³ Ver DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud*. Tradução de José Ángel Brandariz García e de Hernán Bouvier. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006. p. 60.

⁷⁴ Ibid., p. 60-61.

criminológica, não obstante se façam presentes no universo jurídico⁷⁵. A economia da pena é submetida às dinâmicas invisíveis e anônimas do mercado e da força de trabalho, ou seja, é guiada por uma lei econômica. Dito de outro modo, está relacionada com o valor dado à força de trabalho, sendo que, quanto maior for a oferta de mão de obra, menos valor terá o trabalho, piorando as condições do proletariado. De outro lado, o excedente da força de trabalho fica sujeito ao endurecimento das práticas penais. Assim, todo sistema de repressão é informado pelo princípio da *less eligibility* ou menor elegibilidade, estando, portanto, intimamente ligado ao sistema de divisão do trabalho⁷⁶.

Não é por outra razão que o surgimento da prisão nos moldes contemporâneos coincide com o nascimento da fábrica, implicando o surgimento de um regime penal que não mais busca a destruição do corpo do condenado, em uma manifestação do poder absoluto do monarca, como o que ocorria na época medieval. O projeto da fábrica e a necessidade de mão de obra reclamavam um outro saber, não mais do suplício e penas cruéis como a da pena de morte, mas, sim, de preservação do corpo, especialmente no que diz respeito ao seu aspecto produtivo. Aqui há uma aproximação do tempo de trabalho com a fixação do tempo de reclusão^{77 78}.

A origem da pena privativa de liberdade e da prisão, na leitura de De Giorgi⁷⁹, insere-se no contexto das transformações sociais e econômicas que se sucederam na Europa nos séculos XVI e XVII, sendo de notar que, no período, houve uma redução demográfica, devida em parte à guerra dos anos trinta, o que causou

⁷⁵ Conforme FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Tradução de Raquel Ramalheite, 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 12-18, o desaparecimento dos suplícios e o afrouxamento da severidade penal pouco têm a ver com “a exagerada ênfase” na humanização das penas. Na sua conclusão, o desaparecimento do espetáculo punitivo pelo surgimento da sobriedade punitiva, com o escamoteamento do corpo supliciado, deve-se, fundamentalmente, a uma mudança do objeto da ação, isto é, o que alterou foi o objetivo: a punição não mais se dirige ao corpo, mas sim, à alma. O castigo não mais tripudia o corpo, uma vez que a expiação atua sobre o coração, intelecto, vontade e disposições morais do indivíduo.

⁷⁶ DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006. p. 61.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 62.

⁷⁸ Para RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. Bogotá: Temis, 2004, as raízes do sistema carcerário, sua promoção e elaboração teórica, encontram suas bases no mercantilismo. Dessarte, o sistema punitivo da Idade Média, período em que não existia escassez de mão de obra, o que reduzia o valor da força de trabalho e da vida humana, abusou de penas violentas, dando incremento à pena de morte, agora não mais aplicada para crimes violentos senão que se converteu em um meio para se desembaraçar de indivíduos que se constituíam em perigo social. Todavia, essa situação muda com o surgimento do mercantilismo em fins do século XVI, isso pelo fato de que se passou a ter interesse pela exploração da mão de obra dos submetidos às penas de prisão. É exatamente no momento em que a expansão dos mercados reclamar inversão maior de capital e mão de obra, que se torna relativamente escassa, surge a prisão como forma de propiciar força de trabalho barata ao sistema produtivo. Ver p. 21-62.

⁷⁹ DE GIORGI, op. cit., p. 63.

redução da força de trabalho e elevação dos salários. Tais circunstâncias levaram os países mais avançados economicamente a revisar a política dos pobres, passando a combater criminalmente a vadiagem, impondo o trabalho forçado, como forma de lutar contra a praga social dos vagabundos e inúteis, e contra a questão econômica do aumento dos salários, o que desgostava os detentores do capital⁸⁰.

Essa nova filosofia material da pena inspira a construção das prisões, sendo que a reclusão se apresenta como uma estratégia de controle das classes marginais, ou seja, da excedência, mormente pelo fato de que a primeira provável instituição, a de *Bridewell*, em Londres, detinha a missão de liberar as cidades de vagabundos e mendigos, abrindo caminho para o máximo desenvolvimento na Holanda (*Zuchthaus e Spinnhaus*), país que possuía o sistema capitalista mais avançado, mas que carecia do soldado de reserva da força de trabalho, o mesmo acontecendo com o *Hôpital Général* na França⁸¹. O pensamento que norteia a construção das casas de correção consistia em transformar em socialmente útil a mão de obra, uma vez que sendo obrigados a trabalhar dentro da instituição, os prisioneiros adquiriam hábitos laborais, recebendo um adestramento profissional, a fim de que, em liberdade, incorporassem, voluntariamente, o mercado de trabalho⁸².

O sistema de controle passa a ser dotado de um potencialidade produtiva, marcando o corpo do prisioneiro como uma instituição total, uma vez que passa a abarcar o controle das atitudes, a moralidade, a alma dos indivíduos, dando azo ao “grande internamento”, ou instituição total do século XVIII, em consonância com o princípio *da less eligibility*. Dessa forma, o abandono das penas infames e degradantes pela “suavidade” da pena de prisão não se deve a fins humanitários, que, no pensamento de De Giorgi, jogam um papel secundário, já que as reformas do aparato repressivo estão relacionadas com o valor do trabalho, retrocedendo toda vez que a desocupação cresce⁸³.

⁸⁰ RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. Bogotá: Temis, 2004. p. 30-31. Conforme os autores, na época, o desaparecimento da força de trabalho-reserva constituiu um severo golpe para os detentores dos meios de produção, na medida em que os trabalhadores teriam condições de postular melhores condições de trabalho, inviabilizando a acumulação de capital, tão cara à expansão do comércio e a indústria. Assim, os capitalistas se viram obrigados a postular do Estado redução de salários. O Estado, por sua vez, procurou eliminar a vagabundagem, o que vai redundar no surgimento das casas de correção como o *hospital général* Frances. Ver, p. 48-49.

⁸¹ Conforme RUSCHE e KIRCHHEIMER, *Ibid.*, p. 50-51. Também DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006. p. 63.

⁸² *Ibid.*, p. 51. Não é por acaso que, segundo os autores, mendigos aptos para o trabalho, vagabundos, prostitutas e ladrões constituíam a população habitual da instituição, sendo que somente mais tarde é que flagelados e sentenciados com penas longas foram incorporados as casas.

⁸³ DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud*. Tradução de José Ángel Brandariz García e Patricia Faraldo Cabana. Madrid: Fabrica de Sueños, 2006. p. 64.

Dessarte, sob o ponto de vista da economia política da pena, o cárcere nasce e se consolida como uma instituição subordinada à fábrica, servindo como um mecanismo posto a seu serviço e na defesa do incipiente sistema de produção industrial. A estrutura da prisão, bem como o seu plano ideológico só podem ser compreendidos quando se observa, paralelamente, a estrutura dos lugares de produção e a disciplina do trabalho, imposta no ambiente da fábrica. Dito de outra forma, todas as instituições de reclusão que surgiram no final do século XVIII buscaram inspiração no sistema de disciplina desenvolvido no ambiente da fábrica. A prisão, portanto, consolida-se como um dispositivo de controle e disciplina que busca formar uma nova subjetividade: a do proletariado. Surge uma nova economia política do corpo, ou seja, uma tecnologia de controle para forjar uma força de trabalho disciplinada e vocacionada ao labor. No entendimento de De Giorgi, a produção de uma força de trabalho disciplinada e que valorizasse a produção capitalista constituía a função mais importante do sistema carcerário. Entretanto, no seu pensamento, o regime carcerário detinha, também, um potente mecanismo ideológico, visto que a submissão ao trabalho se apresentava como a única via de escape do sistema total, ou seja, “la privación extrema impuesta por el sistema penitenciário llega así a presentarse como consecuencia obvia y casi natural del rechazo de la disciplina del trabajo”^{84 85}.

2.3 Do trânsito da sociedade da disciplina à sociedade do controle

Nas linhas anteriores, ficou assentado que, com o advento do mercantilismo, herdado da Revolução Industrial do Século XVIII, houve uma mutação na economia da pena. Abandonaram-se as penas espetaculares que destruíam os corpos, que Foucault qualificava como *estritamente penais ou de soberania*, passando-se a adotar o sistema da disciplina idealizado pela fábrica, por meio do qual se possuía um controle total do tempo e da subjetividade do indivíduo, produzindo-se corpo

⁸⁴ DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud*. Tradução de José Ángel Brandariz García e Patricia Faraldo Cabana. Madrid: Fabrica de Sueños, 2006. p. 69.

⁸⁵ Cumpre destacar que aqui se apresenta a contradição ou paradoxo que sempre acompanhou o controle penal e que tem muito a ver com a economia material da pena. E a contradição diz respeito à estrutura material da sociedade capitalista entre igualdade formal e desigualdade substancial. Como observa De Giorgi, a ideologia retributiva-legalista oculta a desigualdade e a realidade de exploração que se produz no ambiente da fábrica e sistema penitenciário. Ver, p. 69.

dócil, flexível às exigências do sistema capitalista burguês que apresentava toda sua potência. Há uma transversalidade disciplinatória, que se inter-relaciona com as formas jurídicas, políticas e sociais. A lógica dos sistemas punitivos, a partir de então, passa a dominar a subjetividade e o corpo por intermédio do castigo.

Dessarte, o século XIX revela o nascimento das sociedades da disciplina como uma nova tecnologia de poder orientada à completa sujeição do corpo e à transformação da alma dos indivíduos. Dita tecnologia de poder se orienta por uma constante modificação temporal do corpo visando à neutralização e à normalização das atitudes morais e comportamentais. De outro lado, o processo é levado a cabo por um conjunto de instituições de controle, como a família, a escola, o exército, a fábrica e a prisão, que se harmonizam nas funções de vigilância e inspeção, em uma versão mais apurada do panoptismo benthamiano⁸⁶. Dessa forma, a sociedade da disciplina é aquela que a dominação social constrói através de uma rede difusa de dispositivos e aparatos que produzem e regulam costumes, hábitos e práticas produtivas, com o objetivo de fazer a sociedade trabalhar, assegurando-se o domínio e a obediência⁸⁷.

Nessa articulação de saber e poder, a orientação da disciplina detém a função de gestionar as populações em função dos fluxos produtivos, sendo que a lógica produtiva se introduz na razão do Estado. Assim, um das funções do poder será controlar território e população, maximizando as funções produtivas. E nessa inter-relação entre vigilância e sanção, a prisão se inscreve como a principal estratégia do projeto disciplinatório. Nesse sentido, a função da prisão não é excluir ou neutralizar; ao contrário, é estar aparelhada de uma função de normalização dos indivíduos, possuindo três finalidades, a saber: a) temporalizar a vida dos sujeitos, adaptando-a ao tempo da fábrica; b) controlar os corpos, disciplinando-os e convertendo-os em força de trabalho; e c) integrar essa força de trabalho ao sistema produtivo, no caso, a fábrica. Em suma, o projeto disciplinatório da prisão é orientado pelas lógicas produtivas, buscando consolidar a sociedade industrial e o capitalismo fordista⁸⁸.

E, nesse contexto, sobressai a crítica de Foucault à prisão, que é demolidora da instituição total, que, segundo ele, jamais conseguirá atingir seus fins e que somente goza de aceitação (ou se consolidou razoavelmente) pelo fato de que se

⁸⁶ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión: el sistema penal em tiempo de declive del estado social y de crisis del estado-nación*. Granada: Comares, 2007. p. 29.

⁸⁷ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Tradução de Alcira Bixio. Barcelona: Paidós, 2005. p. 44.

⁸⁸ BRANDARIZ GARCÍA, op. cit., p. 30-31.

constitui na forma mais simples de resolver os conflitos sociais, até porque o castigo já não é mais visível, tendo-se deslocado aos porões imundos e incivilizados dos presídios. Ora, se não há mais a visibilidade dos castigos, estes podem seguir funcionando de forma anônima, longe do olhar da população⁸⁹.

Todavia, em torno do projeto da sociedade disciplinatória da prisão, desenvolveram-se, com alguma referência comum, diversas teorias da desviação⁹⁰, que seguiam distintas opções quanto às modalidades e instrumentos mais adequados para o trato da questão criminal e possível erradicação de suas causas. Desenvolvem-se teorias etiológicas da criminalidade, com convicção de que existem certas causas que produzem efeitos, bem como de que é possível eliminar os segundos combatendo-se os primeiros. Enfim, as teorias se diferenciam na medida em que atribuem preeminência às causas individuais ou sociais da desviação, segundo sua caracterização como micro ou macrosociológicas. De toda maneira, há uma confiança no sentido de se poder intervir, de forma eficaz, nas as causas da desviação, desativando-as, via transformação dos indivíduos ou pela modificação dos contextos sociais nos quais elas se encontram inseridos.

Em definitivo, todas as teorias criminológicas, que se desenvolveram na segunda metade do século XX, trabalhavam com o ideal de transformação, ou seja, com a possibilidade de se articularem políticas de prevenção ou tratamento das situações problemáticas que davam azo à desviação, ou, em último caso, com a possibilidade de se transformar a pessoa do delinquente, adaptando-a ao convívio social. Difundia-se o modelo correccional, herdeiro da sociedade da disciplina, que atribuía uma função útil ao castigo⁹¹.

O regime da disciplina correccional se traduzia em um sistema de *Welfare*, difundindo-se em uma série de intervenções, levando a pena além dos muros do

⁸⁹ Nesse sentido, consultar BALESTENA, Eduardo. *La fábrica penal: visión interdisciplinaria del sistema punitivo*. Buenos Aires: IBDEF, 2006. especialmente p. 85-157.

⁹⁰ Ver GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p.104-141. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997, especialmente p. 501 e seguintes, quando os autores abordam a seleção pelo poder judiciário. CUSSON, Maurice. *Criminologia: só pelo conhecimento se pode evitar a criminalidade*. Tradução de Josefina Castro. 2 ed. Cruz Quebrada: Casa das Letras, 2002. p.73-144. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.61-111. Também consultar a obra coletiva: *Estudios de criminologia*. ALLER, Germán (Org). Montevideo: Carlos Alvarez, 2008. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 176 e seguintes. SCHECARIA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.133 e seguintes. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito penal e controle social*. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 31-104.

⁹¹ DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control*. Tradução de Iñaki Rivera e Marta Monclús. Barcelona: Virus Editorial, 2005. p. 48-49.

sistema total carcerário até as outras redes de socialização existentes na sociedade, como formas de tratamento aberto (família, escola, fábrica, empresa, administração). Difunde-se uma retórica de tratamento individualizado, buscando-se a recuperação e reinserção social, o que determinou grandes investimentos de recursos públicos no sistema, o que levou a uma considerável redução na população carcerária, chegando, conforme De Giorgi, na Itália e nos EUA nos seus mínimos históricos dos anos 70⁹².

O estado da arte, portanto, informava sobre um ambicioso projeto de transformar os indivíduos, que corresponde à *grande narração criminológica* do tratamento da desviação e normalização do tratamento da loucura, que orienta o pensamento criminológico dos anos setenta, convertendo-se em uma utopia comum, a utopia disciplinatória. Como ensina De Giorgi, “la disciplina se coloca entre las grandes estrategias com las que la modernidad há pretendido controlar la imposibilidad de garantir conformidad del actuar com las condiciones estructurales de la sociedad capitalista... La forma específica que asume esta utopía em el saber criminológico reproduce la idea foucaultiana del disciplinamiento⁹³”.

Sob o lógica disciplinatória foucaultiana, o controle atua individualmente, ativando mecanismos de transformação, moldando o comportamento, forjando corpos dóceis, o que se constituía no grande projeto de transformação dos indivíduos e que, de resto, foi acolhido pelo pensamento criminológico preponderante à época, fornecendo a base, inclusive, para um saber disciplinatório, ou seja, um conhecimento e práticas de controle dos corpos. Numa palavra, cuida-se de um *Welfarismo* criminológico, testemunha da proliferação de competências e do rol de profissionais orientados à produção de um saber orientado ao estudo do desviado e políticas de inclusão⁹⁴.

Todavia, o otimismo teórico e político acerca da ressocialização e da reabilitação dos indivíduos, da erradicação das causas da desviação entra em profunda crise⁹⁵, levando ao descrédito tal saber reabilitador, emergindo uma nova política criminal, alavancada pelo alto índice de reincidência, atestado do fracasso da ideologia do tratamento⁹⁶. Surge um ceticismo criminológico, com o abandono do

⁹² DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control*. Tradução de Iñaki Rivera e Marta Monclús. Barcelona: Virus Editorial, 2005. p. 49.

⁹³ Ibid., p. 50.

⁹⁴ Ibid., p. 52.

⁹⁵ Ver DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: IBDEF, 2007. p. 120-146.

⁹⁶ YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 58-90. RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 219-286.

ideal reabilitador e, como diz De Giorgi, “por primera vez se abandona da idea de que existe un vínculo entre criminalidad y marginalización social. De este modo, se irá progresivamente desvaneciendo la base de apoyo y legitimación política de las estrategias desarrolladas em los veinte años precedentes⁹⁷”.

E a crise da utopia do tratamento corresponde à crise fiscal do Estado, o que levará a uma dramática redução dos investimentos públicos no social, com a superação das orientações interventivas na economia de cunho keynesiano. Ora, em momento de escassez de recursos, o *Welfare* penal revela-se antieconômico e sensível à crítica que lhe é apresentada, notadamente quando confrontada com os benefícios. Dessa forma, entra em crise o modelo correccional, restando deslegitimadas as políticas por ele perseguidas, perfilando-se uma nova política criminal para o combate da desviação, levando-se ao esgotamento do pensamento etiológico, que passa a ser considerado um falso problema e de difícil comprovação.

O criminoso passa a ser visto como um sujeito racional, capaz de realizar eleições racionais, enfim, dotado do livre-arbítrio, restando o objetivo reabilitador, que se guiava por políticas de tratamento, substituído pelo tratamento da ameaça e da intimidação. A intimidação e a neutralização ocupam os espaços antes ocupados pela correição⁹⁸.

A ideia de intimidação e neutralização passam a ocupar os espaços concedidos à terapia do tratamento, que ficaram no vazio, devido ao fracasso da correição. Há um desalento, um desencanto com relação à utopia do tratamento, o que demarca o surgimento, inclusive, de versões críticas mais extremadas, como o da *cost-benefits analisis*, ou seja, da corrente à análise econômica do Direito Penal e ao controle da criminalidade, centrado-se na discussão a respeito dos custos do tratamento e seus escassos efeitos. Isso dá novo ânimo à direita repressiva, legitimando uma cruzada moral contra a criminalidade, conciliando o objetivo da máxima segurança com o mínimo de recursos investidos, concebendo o criminoso como um autor do mercado que valora os custos que está disposto a suportar e os benefícios de que pode obter com a prática do delito. Da análise, tem-se que a função da pena em termos de intimidação impõe o aumento dos custos, no caso, aumento das penas e redução dos benefícios legais. Em uma palavra, o controle

⁹⁷ DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control*. Tradução de Iñaki Rivera e Marta Monclús. Barcelona: Virus Editorial, 2005. p. 53.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 54-55.

penal, sob a leitura econômica que lhe é imposta, passa a ser orientado pela eficácia. Nesse entorno, a pena resta órfã de toda sua função “útil”, subsumindo na inocuidade do delinquente, isto é, na “incapacitação ou neutralização seletiva”⁹⁹.

Nessa mudança de rumo, a pena perde toda sua função de inclusão/reabilitação, uma vez que agora trata de incapacitar o indivíduo, ou seja, o que a pena busca é a pura eliminação do sujeito do contexto social. Não mais se requer um tratamento individualizado segundo as necessidades sociais e psicológicas do desviado, como requeria a ideologia do tratamento/loucura. O controle sai do corpo do sujeito, passando a ser um controle mais difuso¹⁰⁰, que se expande para além dos muros da instituição total da prisão, dos hospitais, da empresa. E esse novo modelo de controle, atuarial, busca mapear e identificar grupos ou setores sociais propensos a delinquir e que, portanto, deverão ser gerenciados. Na perfeita observação de De Giorgi, “ya no se trata de corregir através de un tratamiento individualizado, graduado según las necesidades del sujeto, sino más bien de rediseñar el espacio en el que actúa el individuo”¹⁰¹.

O controle social desloca suas funções, convertendo-se em um fim em si mesmo, na medida em que abandona o tratamento e a disciplina, pois a questão passa a ser só a controlar, daí o pensamento atual no sentido de exasperação das penas¹⁰², aumentando-se o tempo de internamento e a própria questão da redução da menoridade penal. Além disso, o controle, como já assinalado, desloca-se, sensivelmente, da prisão, tornando-se disperso no ambiente urbano e metropolitano. O controle passa a ser difuso, ampliando suas franjas espaciais e temporais, como as cidades fortificadas¹⁰³.

⁹⁹ Ver, nesse sentido, DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control*. Tradução de Iñaki Rivera e Marta Monclús. Barcelona: Virus Editorial, 2005. p. 56-57.

¹⁰⁰ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Tradução de Alcira Bixio. Barcelona: Paidós, 2005. Para HART e NEGRI, a sociedade do controle apresenta-se no final da fase moderna, estendendo-se por toda a pós-modernidade, na qual os mecanismos de domínio se voltam mais democráticos, entretanto mais imanentes no campo social, distribuindo-se completamente pelos cérebros e corpos dos cidadãos, de modo que os sujeitos mesmos interiorizem, cada vez mais, as condutas de integração e exclusão social adequadas a esse domínio. Nesse sentido, a sociedade de controle pode ser caracterizada por uma intensificação e generalização dos aparatos normalizadores do poder disciplinar que animam nossas práticas cotidianas, levando o controle mais adiante dos locais estruturados, através de redes flexíveis e flutuantes. Em definitivo, no pensamento dos autores, “en el paso de la sociedad disciplinaria a la sociedad de control queda establecido un nuevo paradigma de poder definidos por las tecnologías que reconocen a la sociedad como la esfera de influencia del biopoder... En cambio, cuando el poder llega a ser completamente biopolítico, la maquinaria del poder invade el conjunto del cuerpo social que se desarrolla em su virtualidad”. p. 45.

¹⁰¹ DE GIORGI, op. cit., p. 58-59.

¹⁰² O fenômeno é facilmente identificado na legislação brasileira e sua irracionalidade, uma vez que o legislador tem primado pela lógica da exclusão. Para tanto, veja-se o regime diferenciado de cumprimento da pena (RDD), de duvidosa constitucionalidade, bem como as novas alterações nos crimes contra a dignidade sexual e seu expressivo aumento das reprimendas para os crimes previstos nos artigos. De igual sorte, a nova pena prevista para a “extorsão relâmpago”.

¹⁰³ Ibid., p. 59. Ver também BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009. p 38 e seguintes, para quem, na cidade moderna, surge uma nova estética ou

Dessarte, como consequência da crise da sociedade da disciplina, o controle abandona os locais fechados ou instituições de “encerro” lugares da disciplina, estendendo-se por todo o corpo social¹⁰⁴ em dispositivos de controle modulares, constantes e permanentes, que passam a integrar a sociedade contemporânea, como, por exemplo, a estrutura dos condomínios e a vigilância 24 horas por dia, as câmeras de filmagens espalhadas pelas ruas e logradouros públicos, os serviços de segurança privatizados, cujo fator-chave é obter segurança¹⁰⁵. O novo paradigma que se apresenta como forma difusa é o do controle, ou atuarial, que, ao contrário da utopia do tratamento, que se constituía em um projeto a logo prazo, preconiza uma resposta imediata e de curto prazo: um controle radical de prevenção situacional, que passa pela vedação do acesso a determinados lugares, controle eletrônico dos condenados etc¹⁰⁶.

A nova forma de controle atuarial, inscreve-se no incremento de lógicas, técnicas de cálculo estatístico direcionadas ao combate de situações de risco, isto é, pensamento assegurador de gestão racional e econômica do risco. Trata-se do pensamento atuarial, que consiste “na elaboración de sistema de monetización y redistribución de determinados factores de riesgo dentro de una colectividad individualizada o individualizable: em este caso, la colectividad de los asegurados¹⁰⁷”.

De outro lado, essa nova forma de controle, difusa e total, no entendimento de Deleuze, tem a ver com imanência do sistema capitalista, que não para de se expandir, encontrando seus limites no próprio capital. No seu pensamento, no capitalismo, somente uma coisa é universal, o mercado, uma vez que não é universalizante, mas, sim, homogeneizante, isto é, “uma fantástica fabricação de riqueza e de miséria...”, bem como “não há Estado democrático que não esteja totalmente comprometido nesta fabricação da miséria humana¹⁰⁸”. Dessarte, a

outro tipo de construção: o muro, impondo uma nova lógica baseada na vigilância e distância. Merece leitura, na mesma temática, BAUMANN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 100-128.

¹⁰⁴ Para HART, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Tradução de Alcira Bixio. Barcelona: Paidós, 2005. p. 46, o controle vai além do aspecto econômico, apresentando-se como uma força cultural da sociedade. A sociedade fica absorvida pelo Estado, que detém um controle total da *bios*, no qual a vida em sua totalidade passa a ser objeto do poder (biopolítica).

¹⁰⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009. p. 39.

¹⁰⁶ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión: el sistema penal em tiempo de declive del estado social y crisis del estado-nación*. Granada: Comares, 2007. p. 32-33.

¹⁰⁷ DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control*. Tradução de Iñaki Rivera e Marta Monclús. Barcelona: Virus Editorial, 2005. p. 60.

¹⁰⁸ DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora. 34, 2008. p. 213.

mutação da sociedade disciplinar à sociedade de controle está relacionada com a alteração de rumo empreendida pelo sistema capitalista, muito especialmente pela revisão da estrutura de confinamento da fábrica, modelo de disciplina. Nesse passo, com Deleuze, pode-se afirmar que as sociedades disciplinares correspondem ao que se deixa para trás, correlatas com à crise da *técnica do confinamento*, não só da prisão e hospital, mas da escola, da fábrica e da caserna¹⁰⁹. De fato, adentra-se nas sociedades de controle, que não se utilizam do confinamento, que é substituído por um controle contínuo e por uma comunicação instantânea. Com efeito, “o que está sendo implantado, às cegas, são novos tipos de sanções, de educação, de tratamento. Os hospitais abertos, o atendimento a domicílio etc. já surgiram há muito tempo¹¹⁰”.

A sociedade de controle, que sinaliza o “enterro” da sociedade da disciplina, informa sobre a superação da técnica do confinamento por uma nova engrenagem, mais difusa e total, uma vez que o controle sai das instituições fechadas, passando a atuar da forma mais intensa e contínua, só que, agora, fora da prisão. Como diz, acuradamente, Deleuze, “pode-se prever que a educação será cada vez menos um meio fechado, distinto do meio profissional – um outro meio fechado- mas que os dois desaparecerão em favor de uma terrível formação permanente, de um controle contínuo se exercendo sobre o operário-aluno ou executivo-universitário”¹¹¹. Em uma palavra, o controle não deixa de existir, sendo que, no modelo da sociedade de controle, fora do confinamento, é contínuo e intenso, baseando-se na técnica da informação.

Assim, em uma estreita ligação entre o sistema capitalista e a forma de controle, Deleuze ensina que a cada tipo de sociedade corresponde uma máquina. Nesse particular, as máquinas simples estão ligadas à sociedade tradicional da soberania; já as máquinas energéticas correspondem à disciplina, e os computadores, às sociedades de controle. Dessa maneira, as formas de um controle incessante em meio aberto estão ligadas à sociedade da informação e comunicação¹¹².

A modo de sintetizar, Foucault situou as sociedades disciplinares nos séculos XVIII e XIX, tendo atingido seu ápice no século XX, asseverando que elas procedem

¹⁰⁹ DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora. 34, 2008. p. 215.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 216.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 216.

¹¹² *Ibid.*, p. 217.

à organização dos grandes meios de confinamento, em que o indivíduo passa de um meio fechado ao outro, sendo que cada um é instrumentalizado pelas suas próprias leis: a família, a escola, a caserna, a fábrica, o hospital e, eventualmente, a prisão. Nesse contexto, a fábrica cumpria o papel de concentrar e ordenar o espaço temporal, forjando uma força produtiva adaptável ao sistema capitalista. E tal modelo sucedeu às sociedades da soberania, “cujo objetivo e funções eram completamente diferentes (açambarcar, mais do que organizar a produção, decidir sobre a morte mais do que gerir a vida); a transição foi feita progressivamente, e Napoleão parece ter operado a grande conversão de uma sociedade à outra”¹¹³.

Entretanto, a sociedade da disciplina entra em crise, o que tem a ver com uma crise generalizada de todos os meios de confinamento. Daí a palavra em voga no sentido de “reformatar” a escola, a indústria, o hospital, o exército, a prisão. E, correlata à crise do confinamento, surge uma nova sociedade, a do controle, na qual a sociedade passa a conviver com novos mecanismos de controle, agora em meio aberto. Dessarte, em uma sociedade de controle, a empresa substitui a fábrica, impondo um sistema mais flexível, instituindo o “salário por mérito”, que “tenta a própria Educação nacional: com efeito, assim como a empresa substitui a fábrica, a formação permanente tende a substituir a escola, e o controle contínuo substitui o exame. Este é o meio mais garantido de entregar a escola à empresa”¹¹⁴.

E a característica fundamental da sociedade do controle é a perda da indicação, isto é, do “número de série”¹¹⁵ do indivíduo e seu lugar ocupado na sociedade de massas¹¹⁶. Com efeito, no controle, não são necessários mais “uma assinatura e nem um número”, mas, sim, uma cifra ou senha. E essa mutação Deleuze exemplifica com o dinheiro, notando que, na sociedade da disciplina, o dinheiro era cunhado em outro, ao passo que o controle remete a trocas flutuantes, modulações, nas quais a moeda funciona como amostra¹¹⁷. Isso corresponde, como já anotado, tão só a uma evolução tecnológica sem ser, profundamente, uma mutação do capitalismo do século XIX, que é o da concentração para a produção e

¹¹³ DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora. 34, 2008. p. 219.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 221.

¹¹⁵ No pensamento de LEWKOWICZ, Ignacio. *Pensar sin estado: la subjetividad em la era de la fluidez*. Barcelona: Paidós, 2004. p. 79, na sociedade de consumo, que constrói sua subjetividade sob as leis do mercado da oferta e demanda, o não consumidor, o excluído/expulso da rede de consumo carece de um nome que o defina socialmente, resultando, inclusive, o nome de marginal inadequado frente à forma dramática de exclusão que enfrenta.

¹¹⁶ ORTEGA Y GASSET. *La rebelión de las masas*. Madrid: Alianza, 2009. p. 45-82.

¹¹⁷ DELEUZE, op. cit., p. 222.

aquisição da propriedade.

Em dito modelo, a fábrica é o meio de confinamento, sendo o capitalista o proprietário dos meios de produção e também de outros lugares, que, por analogia, seguiam orientação capitalista, como a casa do operário, a escola etc. Todavia, como, atualmente, o capital não é mais dirigido à produção, que ficou relegada ao Terceiro Mundo, cuida-se de um capitalismo de “sobreprodução”, que vende serviços, e o que compra são ações¹¹⁸; por isso, essa dispersão do capital, bem como o fato de que a empresa sucede à fábrica. Assim, “a família, a escola, o exército, a fábrica não são mais espaços analógicos distintos que convergem para um proprietário, Estado ou potência privada, mas são agora figuras cifradas, deformáveis e transformáveis, de uma mesma empresa que só tem gerentes”¹¹⁹.

O problema dessa mutação são as conquistas do mercado, que são operacionalizadas por controle, e, não, por disciplina, sendo que a moeda foi substituída por cifras ou ações. Não é por acaso que o marketing se constitui em um poderoso instrumento de controle social, que se associa ao projeto da empresa. O controle, dessa forma, é rápido e de curta duração. O homem da sociedade do controle não se configura como um homem confinado, mas como o homem endividado. Como diz Deleuze, “é verdade que o capitalismo manteve como constante a extrema miséria de três quartos da humanidade, pobres demais para a dívida, numerosos demais para o confinamento: o controle não só terá que enfrentar a dissipação das fronteiras, mas também a explosão dos guetos e favelas¹²⁰”. O controle passa a ser categorial, uma vez que as instituições fechadas dão lugar a um novo regime de dominação adaptável à empresa e às novas formas de tratar o dinheiro.

O que se vê nesse cenário é, portanto, um retorno à sociedade da soberania, devidamente adaptada ao contexto atual, caracterizando-se por um domínio intenso sobre o corpo do indivíduo. Assim, as amputações de marcas da Idade Média, que possibilitavam a identificação do criminoso, são substituídas pelas coleiras eletrônicas, que permitem o monitoramento do condenado pelo período que deve permanecer em casa ou laborando, ou a nova medicina, sem doente e médico, para fazer frente aos novos riscos. Enfim, como pontua Deleuze, “são exemplos frágeis,

¹¹⁸ DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora. 34, 2008. p. 222-223.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 224.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 224.

mas que permitiriam compreender melhor o que se entende por crise das instituições, isto é, a implantação progressiva e dispersa de um novo regime de dominação”¹²¹.

Com efeito, a transição para a sociedade de controle importa, como já assinalado, uma dramática mudança do rumo do pensamento criminológico, muito especialmente pelo fato de que o controle penal passa a engendrar uma lógica atuarial, ou seja, de gestão de risco, acarretando a superação dos pressupostos de reabilitação e normalização, que se articulava nas relações de poder do Estado de bem-estar. Em uma palavra, na sociedade de controle, o poder é completamente biopolítico, com um controle intenso sobre o corpo. Segundo Brandariz García, as características dessa nova morfologia de controle são as seguintes: crise do modelo correcional e o total descrédito da criminologia etiológica, o que leva à deslegitimação das finalidades perseguidas, notadamente de reinserção social.

Como consequência, a pena assume contornos intimidatórios e neutralizantes; o controle não se dirige a indivíduos concretos, senão que se projeta sobre grupos sociais, que, nas formas de cálculo e gestão, são relacionados como grupo de risco e propensos à prática de delitos; daí, por exemplo, a centralidade da pessoa do imigrante via controle penal: controle para além das instituições fechadas, como o controle das fronteiras e movimentação de pessoas, ingresso proibido em determinados lugares, como condomínios etc., com graves prejuízos à cidadania, pois há um redesenho da cartografia das cidades, difusão de uma crescente sensação de insegurança coletiva, que é fruto da expansão temporal e espacial do controle, que induz a distribuir também, entre os cidadãos, a responsabilidade de garantia da segurança e luta contra a criminalidade, menosprezando o monopólio estatal, peculiar à sociedade da disciplina. Dessarte, a exclusão social é recebida como um problema insuperável e que deve ser normalizado pelo controle penal, dando azo à consolidação de elementos de emergência e excepcionalidade penal na luta de todos contra o crime¹²².

A característica fundamental da transição da disciplina ao controle repousa na filosofia de intervenção e revisão do objeto de controle, uma vez que se abandona a intervenção individual e se recolhe a lógica atuarial do risco. Dessa forma, o controle

¹²¹ DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora. 34, 2008. p. 225.

¹²² BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión: el sistema penal em tiempo de declive del estado social y de crisis del estado-nación*. Granada: Comares, 2007. p. 37-38.

centra-se em grupos sociais ou em determinadas categorias de sujeitos, que, por sua posição social, representam risco à segurança cognitiva da população. Em suma, passa-se à gestão e controle de determinados grupos, aos quais se dirige a vigilância, a incapacitação e a intimidação. O indivíduo só tem relevância se puder ser catalogado em algum grupo e estatística de risco. Abandona-se o argumento de responsabilidade e capacidade de entendimento entre os sujeitos em favor de um discurso sobre o risco e fatores do risco. Enfim, o controle despessoaliza-se, dirigindo-se ao ambiente e coletiviza-se, centrando-se no risco¹²³.

E a aposta da estratégia do controle se apoia na filosofia da irrecuperabilidade do indivíduo, bem como na impossibilidade de qualquer tipo de transformação social¹²⁴. Perpassa o pensamento da criminologia a ideia de que nada dá certo, convertendo-se o controle social em um instrumento de gestão dos excluídos da vida em sociedade, os quais devem ser vigiados em massa e constrictos dentro de um espaço urbano delimitado, os guetos^{125 126}. Como diz De Giorgi, a metrópole é repensada em função de seu controle e vigilância, edificando muros que separam os indivíduos por classes: os que produzem risco (os proletários, os pobres, vagabundos) e, de outro lado, os que consomem (principalmente em forma de polícias privadas, sistemas de segurança e seguros)¹²⁷. O controle intensifica-se em relação às populações de risco, captando fenômenos sociais como o desemprego estrutural e emigração como fatores de risco e que, por isso, devem ser controlados pelo sistema penal. Isso demarca o surgimento de novas formas de controle, como, por exemplo os *Neighborhood watch*, experiência difundida nos EUA e na Inglaterra,

¹²³ DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control*. Tradução de Iñaki Rivera e Marta Monclús. Barcelona: Virus Editorial, 2005. p. 70-71.

¹²⁴ E é nesse universo que se pode compreender os movimentos de endurecimento das penas levados a cabo pelo legislador, que, nas suas “reformas penais”, de regra, tem aumentado dramaticamente o tempo de prisão, o que é contraproducente em termos de uma política de reinserção social, isso pelo fato de que prisões de alta duração rompem, definitivamente, os vínculos que o detento mantinha, fragilmente, na sociedade aberta.

¹²⁵ Conforme BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009. p. 08-09, “o efeito desse duplo movimento é evidente na vida cotidiana de quem mora na cidade contemporânea: enquanto os bairros centrais são valorizados e tornam-se objeto de grandes investimentos urbanísticos, outras áreas são corroídas pela degradação e tornam-se marginais. Quem possui recursos econômicos ou tem condições de deslocar-se tenta se defender criando verdadeiros enclaves, nos quais a proteção é garantida por empresas privadas de segurança, ou transferindo-se para áreas mais tranquilas e nobres. Os mais pobres (ou seja, aqueles que são obrigados a permanecer onde estão) são forçados, ao contrário, a suportar as consequências mais negativas das mudanças. Isso só pode gerar um crescente e difuso sentimento de medo. Dilacerada por essa tensão, a classe média corre o risco de acabar vítima de um processo que não controla e não conhece, e de perder o bem-estar conquistado no decorrer das últimas décadas. Se essa é a dinâmica estrutural a que estão sujeitas as cidades, não me surpreende que alguns especulem com o medo, transformando-se na base de uma política de controle de repressão”.

¹²⁶ Ver WACQUANT, Loïc. *Los condenados de la ciudad: gueto, periferias y estado*. Tradução de Marcos Mayer. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007. p. 29-161.

¹²⁷ DE GIORGI, op. cit., p. 72.

que consiste na vigilância dos vizinhos sobre a mobilidade de alguns grupos sociais no combate à criminalidade, unindo a polícia, a segurança privada e cidadãos em uma rede que observa, identifica, denuncia e captura sujeitos considerados perigosos¹²⁸.

O modelo panóptico da vigilância abandona os interiores da disciplina para disseminar-se por todo o espaço público e privado, tornando-se o controle híbrido, levando a uma “recodificação panóptica”, qual seja, a privatização do instrumental benthamiano¹²⁹. Mais, o panóptico expande-se por todos os cantos da cidade, revelando-se ubíquo, isso pela extensão massiva dos meios de controle da população.

Por fim, cumpre referir que a transição da sociedade da disciplina à sociedade do controle e à correlata superação do controle em sistema fechado não implica a superação do confinamento da prisão como instituição de segregação e confinamento. Ao contrário, na quadra atual, parece que está longe de ser superada, senão que tem reforçada sua centralidade, só que, agora, despojada de sua função reintegradora, o que é atestado pela superpopulação carcerária¹³⁰. Com acerto, refere De Giorgi no sentido de que sua função não é questionada pelo paradigma do controle, uma vez que o que parece demonstrado é uma redução nas suas funções, pois a população carcerária não para de aumentar, constituindo-se o cárcere em uma zona de espera, em um lugar de contenção provisório, despedido de qualquer outro fim¹³¹.

2.4 A sociedade do controle e a excedência: ou a gestão da crescente exclusão pelo subsistema penal

Em momento anterior, restou anotado que, na era do Estado Social ou de

¹²⁸ DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control*. Tradução de Iñaki Rivera e Marta Monclús. Barcelona: Virus Editorial, 2005. p. 73.

¹²⁹ SKULJ, Agustina Iglesias. Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: cambio de paradigma em el estatuto de la ley penal y em los mecanismos de control. *Problemas Actuales de Derecho Penal*. f. 34-35. Tese (Doctoral, biênio 2003-2005). Universidad de Salamanca. Salamanca, 2009. Consigna-se que o acerto da hipótese suscitada por Skulj se assenta no fato de que, hodiernamente, a hibridação do controle penal público-privado é a tônica. Com efeito, a maioria da poluição, que se organiza em ruas e condomínios privados, vale-se da segurança privada. Também, começa-se a discutir da possibilidade da privatização ou parceria público-privada na administração do sistema prisional, como instrumento para corrigir as mazelas do sistema, o que implica um sensível deslizamento da questão da segurança pública ao setor privado.

¹³⁰ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión: el sistema penal em tiempo de declive del estado social y de crisis del estado-nación*. Granada: Comares, 2007. p. 38.

¹³¹ DE GIORGI, op. cit., p. 73.

bem-estar havia predominado a ideologia da inclusão, que penetrou no pensamento criminológico e difundiu-se no *Welfare* penal¹³². O conflito e a coesão social eram abordados e premiados por uma lógica inclusiva, o que chegava ao pensamento de tratamento e ressocialização do criminoso. O Estado, seguindo orientações keynesianas, assumiu compromisso em desenvolver políticas públicas de empoderamento, destinadas a retirar a cidadania da posição de marginalidade/exclusão, ou seja, removendo os obstáculos interpostos à participação social. Cumpria ao Estado intervir na economia, a fim de que seu aparato fiscal obtivesse recursos públicos para fazer frente aos deletérios do sistema capitalista, compensando, pois, as desigualdades sociais. Em uma palavra, perseguia-se o ideal de inclusão social, que repercutia no sistema de controle penal, que funcionava seguindo a mesma ordem.

Todavia, esse modelo de Estado entra em crise, sobrevivendo o ocaso do Estado social, o que vai alterar, significativamente, o rumo de políticas públicas e, de igual sorte, a política criminal, que, agora, são funcionalizadas por uma outra cobertura teórica: a de que a exclusão social é uma questão irremediável e insuperável e, que, portanto, deve ser normalizada. Com efeito, o pensamento fatalista ancora-se na ideologia do neoliberalismo¹³³, sob o argumento de que o Estado não tem como fazer frente à crescente demanda das políticas públicas compensatórias, uma vez que, do contrário, se produziriam nefastos efeitos na economia, mormente no aspecto da competitividade e do crescimento econômico¹³⁴.

De efeito, a crítica do neoliberalismo às políticas compensatórias do Estado social são potentes, referindo que cotas da criminalidade existente na sociedade devem ser debitada às políticas assistencialistas, que produzem, com doses de generosidade e indulgência, uma sociedade passiva de dependentes do Estado, consolidando verdadeiros corpos sociais parasitas que renunciam, deliberadamente,

¹³² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal em la encrucijada*. Montevideo: IBDEF, 2007, p. 120-124. Na mesma linha, GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 92-181 e YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 15-55.

¹³³ Os contornos da ideologia do neoliberalismo são dados por ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo. *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. especialmente p. 10-11. Também por PETRAS, James. Os fundamentos do neoliberalismo. In: RAMPINELLI, Waldir José; OURIQUES, Nildo Domingos (Org.). *No fio da navalha: crítica das reformas neoliberais de FHC*. 2 ed. São Paulo: Xamã, 1997. p. 18-26.

¹³⁴ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión el sistema penal em tiempo de declive del estado social y de crisis del estado-nación*. Granada: Comares, 2007. p. 39-40.

às condições e oportunidades oferecidas pelo sistema econômico¹³⁵. Como apreende Brandariz García¹³⁶, demarca-se o surgimento de um pensamento neoconservador, que trabalha com o argumento de que a tolerância social, gestada pelas políticas de bem-estar e, sobretudo, pelos costumes, gerou uma série de patologias sociais (desarticulação da família, abuso do álcool e drogas), valorados como decorrentes de excessiva permissibilidade do sistema e determinantes da crise à que chegou o Estado social. Em suma, as políticas assistencialistas forjaram a desordem, a marginalização e o parasitismo social. Em decorrência desse pensamento, surge uma nova teorização de como agir com relação à *underclass* ou infraclasse, que não para de aumentar, que vê o criminoso como o outro, ou a renovada *criminologia do outro*, na leitura de Garland.

Nesse entorno, há o retorno das lógicas individualistas que veem o criminoso como uma pessoa responsável pelos seus infortúnios, bem como consideram que sua situação de vulnerabilidade se deve a sua falta de esforço e ao seu comportamento descuidado. E a lógica individualista culmina por perpassar o pensamento da política criminal e criminológica. Começa-se a enfatizar-se a plena responsabilidade individual do infrator. A criminologia não mais se centra nas causas do delito e na prática reintegradora, ocupando-se, paulatinamente, da função de controlar grupos e gerir riscos. O ideal reabilitador é abandonado e etiquetado como uma possível causa do aumento da criminalidade, debitada a sua excessiva permissividade. Além disso, em momento de recursos escassos, o Direito deve ser submetido a uma análise relacionada com o custo-benefício, ou Análise Econômica do Direito, que retrata o criminoso como um ator racional, que, quando age, faz uma análise do custo-benefício do crime, como um agente do mercado, devendo, portanto, ser aumentados os custos. Todos esses fatores, ao fim e ao cabo, normalizam a exclusão social, que deve ser tratada com mais rigor, a fim de se diminuïrem as vantagens do crime. Passa-se do *Welfare* ao *Workfare*¹³⁷.

Constata-se, na relação de dinâmicas de produção e formas de controle, o surgimento de um outro controle, que De Giorgi¹³⁸ denomina como controle “da

¹³⁵ Ver WACQUANT, Lïc. *Castigar els pobres: el nou govern de la inseguretad social*. Tradução de Lourdes Bigorra. Barcelona: Edicions de 1984, 2006. p.19-88.

¹³⁶ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión* el sistema penal em tiempo de declive del estado social y de crisis del estado-nación. Granada: Comares, 2007. p. 40-41.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 44-45.

¹³⁸ DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud*. Tradução de José Ángel Brandariz García e Patricia Faraldo Cabana. Madrid: Traficantes de sueños, 2006. p. 111.

excedência pós-fordista”¹³⁹, o que informa sobre uma nova estratégia pós-disciplinatória orientada ao controle de uma nova força de trabalho, a multidão¹⁴⁰, convergindo para a formatação de uma nova governança, o “governo da excedência”, para onde convergem o esgotamento do sistema capitalista e as estratégias de controle que a ele se acercam. Trabalha-se com uma nova lógica, qual seja, a redistribuição dos riscos, com a suposição manifesta da impossibilidade de reduzi-los. Assim, os sujeitos convertem-se em categorias de risco, isto é, o delinquente é visto como uma categoria de perigo, para a qual não há reabilitação. Em definitivo, na retórica do controle penal, o desviado é substituído por classe perigosa, uma excedência que deve ser rigidamente controlada¹⁴¹.

E o controle da excedência surge como uma tecnologia do controle que se constitui após o esgotamento do modelo fordista de produção, ou seja, a partir da conclusão do ciclo industrial do capitalismo e da transformação da força de trabalho em multidão pós-fordista. Com efeito, segundo De Giorgi, a transição do fordismo¹⁴² ao pós-fordismo, transformando a força de trabalho em multidão, determinou mudanças significativas em termos de racionalidade governamental e nos dispositivos de controle que asseguram a vigência do poder. E a multidão diz respeito a excedência negativa, isto é, “complejo de subjetividades que exceden la lógica gubernamental, dado que ella misma exaspera la contradicción entre una ciudadanía social todavía fundada sobre el trabajo y una esfera productiva que progresivamente necesita cada vez menos del trabajo vivo”¹⁴³. E, quando se fala em

¹³⁹ A passagem do fordismo para o pós-fordismo é retratada por Hart e Negri, como a transição do trabalho industrial (que, nos séculos XIX e XX, era hegemônico na economia global, que, inclusive, influenciou todas as outras instituições sociais, como a família, a escola e as forças armadas) ao trabalho imaterial, o qual, nas últimas décadas, tomou o lugar do trabalho industrial. E o trabalho imaterial diz respeito ao trabalho que cria produtos imateriais, como o conhecimento, a informação, a comunicação ou, ainda, uma relação emocional ou afetiva. Dessarte, com a passagem do fordismo para o pós-fordismo, “os mais altos níveis de flexibilidade e mobilidade impostos aos trabalhadores e o declínio do emprego estável e de longo prazo típico do trabalho fabril tendem a ser a norma. Em ambas as extremidades do mercado de trabalho, o novo paradigma solapa a divisão entre tempo de trabalho e tempo de vida”. Ver HART, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão: guerra e democracia na era do Império*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2005. p.148-194. Consultar também, HART, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Tradução de Alcira Bixio. Barcelona: Paidós, 2005. p. 283-346.

¹⁴⁰ O conceito de multidão é dado por HART, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão: guerra e democracia na era do Império*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 140, como sendo algo diverso de massas, por não guardar singularidade, ou seja, pelo fato de que as diferenças se esvaziam na indiferença. Por isso, “a multidão designa um sujeito social ativo, que age com base naquilo que as singularidades têm em comum. A multidão é um sujeito social internamente diferente e múltiplo cuja constituição e ação não se baseiam na identidade ou na unidade (nem muito menos na indiferença), mas naquilo que têm em comum...O conceito de multidão desafia esta verdade consagrada da soberania. A multidão, embora se mantenha múltipla e internamente diferente, é capaz de agir em comum, e portanto governar”.

¹⁴¹ DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero: estratégias y prácticas de la sociedad de control*. Tradução de Iñaki Rivera e Marta Monclús. Barcelona: Virus Editorial, 2005. p. 64-66.

¹⁴² Conceito de fordismo é fornecido por GOUNET, Thomas. *Fordismo e toyotismo na civilização do automóvel*. Tradução de Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 19-29.

¹⁴³ DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud*. Tradução de

excedência negativa, objeto do controle atuarial, refere-se aos desempregados os marginalizados e excluídos produtos que excedem à racionalidade capitalista^{144 145}.

Nesse estado da arte, efetivamente, o previdenciário penal e o controle correcionalista do crime são recodificados pelo desencantamento da justiça penal, sendo o correcionalismo despejado de sua função central. Para Garland¹⁴⁶, isso ocorre com a chegada da pós-modernidade, que transformou algumas das condições sociais e políticas sobre as quais se assentava a tecnologia de controle do crime, trazendo novos problemas de crime e insegurança, bem como desafios à legitimidade e à efetividade das instituições de bem-estar. E, nessa nova simbiose social e política, com destaque ao pensamento neoliberal, classes sociais numerosas que haviam apoiado políticas estatais de bem-estar, modificaram sua atitude com relação a tais políticas, encarando-as como incompatíveis com a crise do Estado.

Dessa forma, nesse novo contexto político, “as políticas previdenciárias destinadas aos pobres foram sendo paulatinamente consideradas luxos onerosos, que os contribuintes trabalhadores não podiam mais sustentar. O corolário disto foi que as medidas penais-previdenciárias para os criminosos foram tachadas de absurdamente indulgentes e inócuas”¹⁴⁷.

Sedimenta-se, portanto, a partir do último quarto do século XX, uma nova racionalidade não correcionalista de controle do crime, inventando novos mecanismos para um controle mais efetivo do desvio, dando azo ao que Garland¹⁴⁸ denomina *criminologia da vida cotidiana*, que parte da premissa de que o crime é um aspecto normal, lugar-comum, da sociedade moderna, nada tendo a ver em termos de uma patologia individual ou de uma socialização deficiente. Em contraste com a criminologia correcionalista, não mais se considera a pessoa objeto da criminalização como um desajustado carente de assistência, mas, sim, um consumidor oportunista (criminologia do fornecedor), não passível de correção (o Estado e suas agências estão desincumbidos de intervir), mas cujo acesso aos bens

José Ángel Brandariz García e de Patricia Faraldo Cabana. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006. p. 119.
¹⁴⁴ Como diz GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 36, nas sociedades pós-modernas, o controle do crime foi moldado por uma força social fundamental: a economia de mercado e políticas sociais conservadoras que dominaram os EUA e a Grã-Bretanha na década de 1980.

¹⁴⁵ BAUMANN, Zygmunt. *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Tradução de Victoria de los Ángeles Boschioli. Barcelona: Gedisa, 2008. p. 17-93.

¹⁴⁶ GARLAND, op. cit., p. 181.

¹⁴⁷ Ibid., p. 182.

¹⁴⁸ Ibid., p. 272.

de consumo pode ser barrado ou controlado¹⁴⁹, via prevenção de riscos. Trata-se de uma nova criminologia, a *do outro*, que normalizam criminosos, descrevendo-os como oportunistas racionais, que se vale de imagens, arquétipos e ansiedades, enfim, de pautas midiáticas e receios públicos, forjando um discurso politizado no sentido de que “o problema é atribuído ao comportamento insidioso, imoral, de delinqüentes perigosos, que pertencem tipicamente a grupos raciais e culturais que guardam pouca semelhança 'conosco'”¹⁵⁰.

E essa política criminal expressiva, própria da pós-modernidade, que fundou uma nova cultura do controle, conta, de um lado, com amplo apoio social e cultural e, de outro, com o projeto político do neoliberalismo, suplantando-se a *criminologia do eu*, que caracteriza o criminoso como normal, racional (como nós), por uma *criminologia do outro*, do excluído, ameaçador, do marginalizado e revoltado¹⁵¹. Abandona-se o projeto solidarista do *Welfare*, do qual o sistema penal fazia parte no projeto de bem-estar no combate à pobreza e à privação, que foi eclipsado pelos imperativos mais básicos de segurança, economia e controle¹⁵². A função do aparato punitivo do Estado, no dizer de Garland, é menos ambiciosa, e se caracteriza por reimpor o controle àqueles que estão fora do mundo do consumo, notando que, “se o bem-estar penal canalizava o otimismo e o idealismo do modernismo do século XX, as políticas criminais atuais expressam uma mensagem mais sinistra e menos tolerante”¹⁵³.

Importa notar que a criminologia do outro, como contraponto da crise do modelo de bem-estar e ampliação das situações de risco, especialmente da marginalização social, confere um protagonismo ao sistema penal no que diz respeito a gestão da exclusão social, uma vez que o debilitamento do modelo assistencial corresponde ao agigantamento do sistema penal, isso para compensar

¹⁴⁹ GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 276-277.

¹⁵⁰ Ibid., p. 285.

¹⁵¹ Ibid., p. 288.

¹⁵² No pensamento de Bauman, “a incriminação parece estar emergindo como principal substituto da sociedade do consumo para o rápido desaparecimento dos dispositivos do estado de bem-estar. O estado de bem-estar, essa resposta ao problema da pobreza numa época em que os pobres eram o “exército de reserva da mão de obra” e se esperava que fossem preparados para voltar ao processo produtivo, não é mais, sob essas circunstâncias alteradas, ‘economicamente justificável’ e é, como um “luxo a que nos podemos dar”. O “problema” dos pobres é remodelado como questão da lei e ordem, e os fundos sociais outrora destinados à recuperação de pessoas temporariamente desempregadas (em termos econômicos, a acomodação da mão-de-obra) são despejados na construção e modernização tecnológica das prisões e outros equipamentos punitivos e de vigilância”. Ver BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama e de Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 78.

¹⁵³ GARLAND, op. cit., p. 422.

o déficit de governabilidade¹⁵⁴. Em suma, o risco da exclusão social chama, cada vez mais, a atenção do sistema penal¹⁵⁵.

A funcionalidade pós-moderna do Direito Penal, de certa forma, direciona-se à gestão da *excedência*, que é representada pelo excedente em termos de força de trabalho, isto é, aquilo que não é mais “aproveitável” pelo sistema produtivo, que em ares de capitalismo tecnológico financeiro, cada vez, diminui a demanda por força de trabalho. A excedência, portanto, diz, em termos quantitativos, respeito aos grupos sociais excluídos ou em risco de exclusão. Dito de outro modo, está ligada à população que não mais pode ser incluída através do trabalho, ou que não dispõe de condições de consumir¹⁵⁶. No pensamento de De Giorgi, a excedência, em uma sociedade cuja dinâmica da inclusão é mediada pelo trabalho-emprego, liga-se à redução e à precarização do trabalho. Em uma palavra, “el acceso a renta, a la ciudadanía, a la integración social y, em definitiva, a la existencia misma, se encuentra subordinado a la satisfacción de un requisito que desaparece lenta y progresivamente del horizonte de posibilidades del postfordismo”¹⁵⁷.

De outro lado, a característica marcante de tal controle alude com a gestão da mobilidade, a que são submetidos os sujeitos e grupos excluídos, que constituem uma verdadeira multidão, fonte de perigo e, que, portanto, deve ser vigiada. Daí o controle penal das imigrações levada a cabo pela Europa e pelos EUA, governos que relacionam a multidão como fator de desordem, instabilidade e insegurança. O controle é assumido como orientação fundamental na gestão dos riscos engendrados pela marginalização social¹⁵⁸. Dito de outro modo, em um sistema da gestão do perigo, o risco deve ser encarcerado¹⁵⁹.

Em definitivo, a expansão do controle penal rumo a um controle da classe excedente coincidiu com o processo de destruição do Estado de bem-estar e escassamento das políticas sociais. Dito de outra forma, o aumento do encarceramento de parte considerável da população tem a ver com a retirada dos subsídios fornecidos ao pobres e excluídos. Não é por outro motivo que países que

¹⁵⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 86, refere a uma transformação, “a passagem do modelo de comunidade incluyente do 'Estado social' para um modelo excludente, 'penal', voltado para a justiça criminal ou controle do crime”.

¹⁵⁵ BRANDARIZ GARCÍA, *Política criminal de la exclusión: el sistema penal em tiempo de declive del estado social y de crisis del estado-nación*. Granada: Comares, 2007. p. 46.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 47-48.

¹⁵⁷ DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud.*, p. 120.

¹⁵⁸ BRANDARIZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 50.

¹⁵⁹ DE GIORGI, *op. cit.*, p. 124.

reduziram os investimentos sociais são os que mais investem na severidade penal. De fato, como sinaliza Wacquant¹⁶⁰, o estado da arte atual informa sobre uma transição do Estado social ao Estado penal, consistindo em uma estratégia de criminalização da miséria, que tanto incomoda. E isso revelou-se possível, em ares da criminologia, pela adesão à ideologia da globalização neoliberal.

2 5 O contexto da globalização e seus efeitos sobre o sistema penal

A modernidade é cenário da crise estrutural do modelo fordista de produção, bem como do trânsito de um modo de produção centrado na fábrica e seus trabalhadores, para o pós-fordismo, que não é outra coisa senão a mudança de rumo de um sistema capitalista da produção e indústria, isso em virtude da supressão das estratégias keynesianas da intervenção do Estado na economia. Instala-se um novo modelo produtivo de trabalho imaterial com uma consequente reapropriação total do saber. De outro lado, a aparição do trabalho imaterial, como a derrubada do sistema da fábrica, desenvolve o conceito da multidão¹⁶¹, que nada mais é de que a união de sujeitos na busca da autodeterminação de suas próprias diferenças, que não mais contam com a intervenção/mediação do Estado nas suas relações com o mercado, que passa a atuar, no mundo inteiro, sem o controle do Estado. Dessa forma, a multidão, sob o império do regime capitalista pós-fordista, encontra-se sob o domínio total do mercado, o que, de resto, implica perda de soberania do Estado-nação, que é transferida ao “Império” do mercado global¹⁶².

Nesse passo, cumpre notar que a transformação global das condições político-econômicas, conferindo hegemonia ao capital financeiro, traz à tona a questão da globalização¹⁶³, especialmente a econômica. Com efeito, está-se frente a uma

¹⁶⁰ WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 07-13.

¹⁶¹ Ver MATIAS, Eduardo Felipe P. *A humanidade e suas fronteiras: do estado soberano à sociedade global*. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 415-496 e, HART, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão: guerra e democracia na era do Império*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 143-201.

¹⁶² PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 16-20.

¹⁶³ RECASENS I BRUNET, Amadeu. Globalización, riesgo y seguridad: el continuóse de lo que alguien empezóse. In: AGRA, Cândido da (Org.). *La seguridad em la sociedad del riesgo: un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003. p. 365-379, refere, com acerto, que o fenômeno da globalização é um fato bem como uma complexidade (os problemas são globais), que, em princípio, parece ser fruto da necessidade de os meios de produção abrirem novos mercados e baratarem custos, notando, entretanto, que intrinsecamente, o processo não é positivo nem negativo. Tudo depende de quem tem esta no controle. E o que hoje se chama globalização é uma forma

economia-mundo (globalizada, portanto), que fragiliza o Estado no seu pilar da soberania e produz efeitos colaterais na gestão das políticas de bem-estar¹⁶⁴, repercutindo, por sua vez, no trato da política criminal^{165 166 167} e, dessarte, no controle penal, que tende a se expandir em momento de insegurança e medo^{168 169}. Com efeito, a globalização gera efeitos sobre a forma que o controle social assume na

específica de mundialização da atividade econômica, desenvolvida segundo postulados neoliberais, que estão se danando ao bem-estar das classes populares do norte ao sul. Também propicia o surgimento de vozes que advogam o aproveitamento e transformação do fenômeno em um projeto humanista e alternativo, ou seja, de resistência global, especialmente pelo recurso dos direitos humanos. Em suma, Recasens aduz que o fenômeno da globalização funde e complementa o local e o global, formando o termo, cunhado por Beck, “glocal”. Por fim, assevera que a globalização vista como criação de novos espaços, dominados pelas lógicas não estatais e de raiz econômica ligada a conceitos de corte capitalista neoliberal, implica diretamente uma releitura (em forma de crises) do Estado assistencial. Nesse contexto de rearticulação das redes de produção-distribuição, a criação de uniões políticas federalizantes ou a emergência de um supraestado neoimperial, produz em grande perdedor, o chamado Estado de bem-estar ou social. *Ibid.*, p. 367-368.

¹⁶⁴ NEGRI, Antonio. *La fábrica de porcelana: una nueva gramática de la política*. Tradução de Susana Lauro. Barcelona: Paidós, 2008. p. 59-77.

¹⁶⁵ Consultar ZAFFARONI, Raul Eugênio. *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*. Buenos Aires: Nueva Doctrina Penal, 1999a. p. 03-24. Para Zaffaroni, são as seguintes as características do novo poder planetário trazido pela globalização: revolução tecnológica, antes de tudo comunicacional: redução do poder regulador econômico dos Estados; aceleração da concentração do capital, que se desprende por todo mundo; redução do poder político, que passa a competir e a atrair o capital; redução de empregos e salários, o que provoca o desemprego estrutural massivo; os Estados perderam a condição de mediação entre o capital e o salário; perda do poder político dos sindicatos: surgimento a especulação financeira, borrando os limites entre o lícito e ilícito: inversão no sistema de tributação, uma vez que não mais se tributa o capital, mas sim o consumo. *Ibid.*, p. 06. Isso, no pensamento de Zaffaroni, acarreta um desconcerto nas ideologias do Direito Penal, representando o enterro definitivo do paradigma etiológico, com a regressão a um pensamento único: fundamentalismo de mercado e de retribucionismo idealista. Ou seja, retorna-se ao dogma da racionalidade da ação humana, pressupondo-se que as condutas humanas são orientadas pela razão, notadamente por um cálculo de custos e benefícios (aumentando-se as penas, diminuem os crimes). Em suma, na observação de Zaffaroni, o desconcerto do Direito Penal frente ao paradigma da globalização diz respeito à questão de se implementar, ao sistema penal, uma leitura mercadológica (econômica).

De outro lado, a globalização, conforme Zaffaroni, alterou o paradigma centro-periferia, conduzindo à condição marginal, própria dos estados do sul ao centro, que passaram a conviver com o fenômeno do desemprego e exclusão social, conduzindo, assim, à deteriorização do poder político do Estado, o que gera uma violência estrutural que, por sua sorte, conduz a respostas violentas, campo fértil ao “espetáculo criminal”, ou seja, produzem-se mais leis penais. Ver p. 14-16.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 14-15, informa que o paradigma da globalização destruiu a subjetividade forjada pela civilização industrial, qual seja a identidade produzida pelo trabalho. Dito de outro modo, a revolução industrial gerou uma cultura do trabalho como característica fundamental da subjetividade. Todavia, no contexto de globalização, o tecido social se debilita ao ponto de não mais haver a relação incluído-excluído, o que leva à desesperança, indiferença, desconfiança, temor, medo, pânico, paranóia. E como não há resposta racional à pobreza e à violência estrutural, o poder político produz o que ele denomina de “espetáculo criminal”, criando leis penais como mensagens de reafirmação de um poder, agora, quase virtual.

¹⁶⁷ GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Tradução de Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 65-86.

¹⁶⁸ Ver PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 25.

¹⁶⁹ HEBBERECHT, Patricik. Sociedad de riesgos y política de seguridad. In: AGRA, Cândido da et al. (Org.). *La seguridad em la sociedad del riesgo: un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003. p. 353-364. No entendimento de HEBBERECHT, a globalização econômica apresenta um nova criminologia: a administrativa, que é produto do neoliberalismo, centrando a reação penal em orientações dissuasórias, deixando em um segundo plano, a ressocialização, tendo o criminoso como um homem racional (eleição racional). E cumpre à “nova criminologia administrativa neoliberal” “gerir” e “distribuir” os riscos da criminalidade. E a clientela preponderante dessa nova orientação criminológica, segundo Hebberecht, são os autores de crimes contra o patrimônio e da criminalidade de rua, ou seja, de crimes que são cometidos pela parte excluída e marginalizada da população, até porque são esses crimes que mais ameaçam a legitimidade do Estado neoliberal. *Ibid.*, p. 360.

atualidade, na medida em que os processos globais condicionam progressivamente os direitos¹⁷⁰, submetendo-os a uma racionalidade econômica, que não raro convertem a lei penal como a *prima ratio*¹⁷¹ do controle social¹⁷², em detrimento das outras formas de controle. Dito de outro modo, a globalização econômica forja um Estado social em crise¹⁷³, que, na sua fragilidade econômica, reforça um consenso de políticas predominantemente administrativas (de polícia)^{174 175}.

Dessarte, o estatuto da lei penal é afetado pelo desmoronamento das instâncias mediadoras, especialmente das políticas públicas inclusivas, impulsionadas pelo *Welfare State*, que agora é abalado no que concerne ao seu pilar da soberania e monopólio da força. Ora, a soberania estatal assentou-se sobre estados impermeáveis e fronteiras ostensivas, que, no meio fluído atual, se

¹⁷⁰ Nesse sentido, MAESTRO BUELGA, Gonzalo. De la constitución normativa a la desnormativización constitucional: globalización y constitución débil. *Jueces para la Democracia*, Madrid, n. 42, p. 40-48, nov. 2001. No artigo Maestro Buelga, refere que o Estado constitucional sempre esteve vinculado ao Estado social, daí o porquê de o paradigma da globalização ter adquirido significado constitucional, isso pelas transformações que produziu no Estado social, estabelecendo um novo princípio: o do Estado impotente. Com efeito, para o autor, a globalização se apresenta como uma estratégia de acumulação pós-fordista, afetando os elementos que caracterizavam o constitucionalismo social, convertendo-se em mecanismo de correção da constituição escrita, alterando o sistema das fontes, forjando, ao fim, um constitucionalismo débil, relativizando a função garantista da Constituição. *Ibid.*, p. 47.

¹⁷¹ Nesse sentido é o pensamento de PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Lustel, 2007. p. 59-68, quando assevera sobre a “involução” da política criminal na era da globalização. Segundo Pérez Cepeda, o Direito Penal da pós-modernidade se desenvolve de forma neutra, perpetuando as relações econômicas desiguais sob o manto do direito positivo, que coexiste com a desigualdade dos não possuidores, priorizando a proteção da propriedade privada, seguindo a lógica da globalização econômica e liberação do mercado, advogando o implemento de um Direito Penal máximo, em uma época que se caracteriza pela expansão do poder punitivo.

¹⁷² Como diz BRANDARIZ GARCÍA, a sociedade, em geral, se vê sacudida por um pânico moral que decorre do incremento das situações de riscos, aparentemente descontrolados (insegurança subjetiva), que são fomentadas pela globalização neoliberal, em uma transição ao mínimo Estado pós-fordista. A consequência disso é que se implementa, em princípio, um mínimo, em termos socioeconômicos, e máximo, no referente ao controle social, expandindo-se o teorema da “tolerância zero” para outros lugares, formando um conglomerado de instituições públicas como *think tanks*, meios de comunicação e empresas privadas participantes da economia da prisão. Em suma, no entendimento de BRANDARIZ GARCIA, a globalização neoliberal produz uma nova economia do controle social que é gerir os crescentes níveis de exclusão e de conflituosidade social, em um ambiente de risco e de impossibilidade de se garantir meios clássicos de segurança. Ver BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Itinerários de evolución del sistema penal como mecanismo de control social em las sociedades contemporáneas. In: CABANA, Patricia Faraldo (Dir.); GARCIA, José Ángel Brandariz; ABA, Luz María Puente (Coord.). *Nuevos retos del derecho penal em la era de la globalización*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 15-63.

¹⁷³ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Lustel, 2007. p. 39-58. Conforme Pérez Cepeda, o fundamentalismo do mercado desmantela o Estado de bem-estar social, uma vez que o sistema capitalista mundial, dominado pelo imperativo de competir no mercado mundial, não necessita reformular as condições de gestão democrática da sociedade global. Com efeito, sob o controle dos imperativos econômicos, entende a autora que a humanidade recai ao estado de natureza, de guerra de todos contra todos.

¹⁷⁴ SKULJ, Agustina Iglesias. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: cambio de paradigma em el estatuto de la ley penal y em los mecanismos de control*. Problemas Actuales de Derecho Penal. f. 34-35. Tese (Doctoral, biênio 2003-2005). Universidad de Salamanca. Salamanca, 2009.

¹⁷⁵ BERGALLI, Roberto. Crimicons: o de cómo el fundamentalismo há pervertido el conocimiento criminológico. In: WOLFANG, Schöne (Coord.). *El orden jurídico-penal entre normativa y realidad*. Corrientes: Maria A Vieira, 2009. p. 611-626. Com efeito, Bergalli define a penalidade neoliberal como fundamentalista (*crimicons*), uma vez que parte de movimentos neoconservadores, com o desiderato de manter dominação econômica e política.

decompõem ante a intensificação dos processos globais e as relações local e global impostas pelos Estado pós-moderno¹⁷⁶. Na era pós-moderna, portanto, vive-se sob o “choque da globalização”, que, segundo Beck, significa, antes de mais nada, a desnacionalização, “a erosão, mas também a possível transformação do Estado nacional em transnacionalização”¹⁷⁷. E, no pensamento de Beck, o Estado nacional, com a notícia da globalização, perde em várias dimensões, como a soberania e sua substância, na separação de suas competências no quadro do mercado, enfim, no político, econômico, cultural e na identidade dos cidadãos¹⁷⁸. Em suma, frente à globalização, o modelo atual do Estado nacional restou ultrapassado¹⁷⁹.

Assim, a globalidade impõe-se como algo irreversível ante a conexão global dos mercados, impulsionada pela revolução dos meios tecnológicos, pela universalidade dos direitos humanos e sua política mundial, bem como por questões que afetam o mundo inteiro, como a pobreza, a destruição ambiental e conflitos transculturais. Efetivamente, a globalidade designa a nova situação da pós-modernidade, que promove alterações no tempo, espaço e densidade das comunicações¹⁸⁰. A globalização, dessa forma, remete a uma transformação na escala das organizações humanas, uma vez que enlaça comunidades distantes e expande relações de poder. Todavia, não produz somente relações harmoniosas nas formas de integração global, uma vez que cria novas animosidades e conflitos, podendo, inclusive, alimentar políticas irracionais e xenófobas¹⁸¹.

¹⁷⁶ SKULJ, Agustina Iglesias. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: cambio de paradigma em el estatuto de la ley penal y em los mecanismos de control*. Problemas Actuales de Derecho Penal. f. 47. Tese (Doctoral, biênio 2003-2005). Universidad de Salamanca. Salamanca, 2009.

¹⁷⁷ BECK, Ulrich. *O que é globalização?* equívocos do globalismo, respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 36.

¹⁷⁸ BECK, Ulrich. *Liberdade ou capitalismo*. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2003. p. 23 e seguintes. Para Beck, a passagem da primeira modernidade à segunda modernidade, ou modernização reflexiva, é produzida pela globalização, que, diferentemente do globalismo, que ele designa como a ditadura do mercado mundial, não só diz com a globalização econômica, mas também política, social e cultural, bem como ambiental, cimentando aqui a denominada sociedade mundial do risco. Em suma, conforme Beck, “os efeitos colaterais de uma Primeira Modernidade radicalizada: não provêm de um processo político, nem de uma revolução consciente, nem de uma decisão humana nesse sentido; são, isto sim, impelidos pela dinâmica desses efeitos-exceções principais: a globalização econômica e a política”. *Ibid.*, p. 25.

¹⁷⁹ BECK, Ulrich. *O que é globalização?* equívocos do globalismo, respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 36-37. Importa notar que Beck faz uma distinção entre *globalismo*, que ele designa como concepção de que o mercado mundial bane ou substitui a ação política, traduzindo-se no império do mercado mundial e a ideologia do neoliberalismo, como um procedimento monocausal, e a a *globalidade*, que significa que “á vivemos há tempos em uma sociedade mundial, ao menos no sentido de que a ideia de espaços isolados se tornou fictícia. É, por essa razão, que a sociedade mundial significa o conjunto das relações sociais, que não estão integradas à política do Estado nacional ou que não são determinadas (determináveis) por ela”. *Ibid.*, p. 27-29. Também consultar BECK, Ulrich. *Liberdade ou capitalismo*. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2003. p. 23.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 30-32.

¹⁸¹ De certa forma, a globalização produz um mundo em descontrole na acurada observação de GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 14-15. No entendimento de Giddens, “o mundo em que nos

Tampouco, produz integração homogênea, pois existe uma proporção da população mundial que está excluída dos benefícios da globalização, tratando-se de um processo irregular¹⁸². A modo de sintetizar, com Beck, pode-se afirmar que o denominador comum de todas as diversas controvérsias e dimensões da globalização aponta para o sentido de que, “ se vai derrubando passo a passo uma das principais premissas da primeira modernidade, a saber: a idéia de que se vive e se interage nos espaços fechados e mutuamente delimitados dos Estados nacionais e de suas respectivas sociedades nacionais”¹⁸³.

Com efeito, passando por alto pela discussão travada entre os “céticos” e “realistas ou radicais” acerca da presença ou não da globalização na sociedade atual, pode-se afirmar que a globalização, sob muitos aspectos, não só é nova como é revolucionária, com pontos de convergência entre as correntes opostas. Trata-se de um fenômeno real que, todavia, não se resume em termos econômicos, uma vez que a globalização é política, tecnológica, cultural, ambiental, tanto quanto econômica, sendo influenciada enormemente pelo desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação, residindo aqui, talvez o ineditismo da era moderna ou pós-moderna¹⁸⁴. Numa pequena síntese, é possível se afirmar que os contornos da globalização são dados pela conjugação de ambos os pensamentos. Cuida-se, na

encontramos hoje, no entanto, não se parece muito com o que eles previram. Em vez de estar cada vez mais sob nosso comando, parece um mundo em descontrole. Além disso, algumas das influências que, supunham-se antes, iriam tornar a vida mais segura e previsível para nós, entre elas o progresso da ciência e da tecnologia, tiveram muitas vezes o efeito totalmente oposto. Muitos dos novos riscos e incertezas nos afetam onde quer que vivamos, não importa quão privilegiados ou carentes sejamos. Eles estão inextricavelmente ligados à globalização”.

¹⁸² HELD, David; MGGREW, Anthony. *Globalización/antiglobalización: sobre la reconstrucción del orden mundial*. Tradução de Andrés de Francisco. Barcelona: Paidós, 2003. p. 1. Conforme o pensamento de Held e Maggrew, no trato do tema globalização existem os céticos, para quem a globalização nada mais é do que o sinônimo de americanização ou ocidentalização, que contribui para justificar e legitimar o projeto neoliberal de um livre mercado mundial, bem como os realistas (globalistas) que rechaçam a afirmação no sentido de que a globalização é sinônimo de americanização ou imperialismo ocidental, não obstante possa servir aos interesses das poderosas forças econômicas. Com efeito, para os globalistas, a globalização é a expressão das mudanças estruturais na escala da organização social moderna, o que é atestado pelo crescimento das corporações multinacionais, pela difusão de uma cultura popular e pela degradação ambiental. Ver, p. 15-20. Já, para GIDDENS, op. cit., p. 18-19, os céticos negam o fenômeno da globalização, acreditando que os governos continuam capazes de controlar a vida econômica, permanecendo o *Welfare state* intacto. Em uma linha, a globalização, assim, é uma ideologia dos adeptos do mercado livre, que pretendem desmontar o sistema do Estado de bem estar-social. De outro lado, segundo Giddens, residem os “radicais”, que sustentam que a globalização é um processo real, o que, de resto, é atestado pelo mercado global e pela perda de soberania das nações.

¹⁸³ BECK, Ulrich. *O que é globalização? equívocos do globalismo, respostas à globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 46. Nesse passo, assevera Beck que a “globalização significa a experiência cotidiana da ação sem fronteiras nas dimensões da economia, da informação, da ecologia, da técnica, dos conflitos transculturais e da sociedade civil, e também o acolhimento de algo a um só tempo familiar, mas que não se traduz em um conceito, que é de difícil compreensão mas que transforma o cotidiano com uma violência inegável e obriga todos a se acomodarem à sua presença e a fornecer respostas”. *Ibid.*, p. 46-47.

¹⁸⁴ GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 20-21.

linguagem de Held e Mggrew, de um processo “transformacionista”, apartado dos olhares céticos e realistas, que altera os fluxos políticos, econômicos e de comunicação globais, consistindo, portanto, em um processo histórico contingente, repleto de tensões e conflitos, reclamando uma interpretação dinâmica e aberta, acentuando-se que “ la globalización es un proceso histórico a largo plazo que está cargado de desafíos y que es modelado de forma significativa por factores coyunturales¹⁸⁵”.

Todavía, está longe de ser um processo uniforme, já que produz efeitos diversos, conforme a região¹⁸⁶ afetada por seus influxos¹⁸⁷. Entretanto, é inegável que esse encurtamento das distâncias, aproximando culturas distintas, produziu profundas alterações no ambiente interno (localismo) e externo dos Estados e suas comunidades. Por essa razão, Beck distingue globalização e cosmopolitismo. Para ele, globalização é algo que tem lugar “ali fora”, enquanto que a cosmopolitização ocorre no “interior” do espaço nacional, inclusive na própria biografia e identidade. Assim, no pensamento de Beck, à cosmopolitização corresponde a erosão clara das fronteiras que separam mercados, Estados, civilizações e culturas, levando à confrontação involuntária, em escala mundial, com o Outro, o estranho, não obstante não converta todos em cosmopolitas. Em suma, o termo globalização refere-se ao mundo, sendo que, com o termo cosmopolitismo é que se superam as dualidades global e local, nacional-internacional, já que significa a fusão de ambas¹⁸⁸.

Com efeito, o movimento da globalização alterou a geopolítica global,

¹⁸⁵ HELD, David; MGGREW, Anthony. *Globalización/antiglobalización: sobre la reconstrucción del orden mundial*. Tradução de Andrés de Francisco. Barcelona: Paidós, 2003. p. 145.

¹⁸⁶ Os efeitos nefastos da globalização econômica na América Latina são objeto de análise na obra coordenada por GÓMEZ, José Maria (Coord.). *América Latina y el (des)orden global neoliberal: hegemonía, contrahegemonía, perspectivas*. Buenos Aires: CLACSO, 2004.

¹⁸⁷ No que concerne a relação do paradigma totalizante da estratégia de acumulação da globalização e seus efeitos na efetivação dos direitos humanos, consultar HINKELAMMERT, Franz. *Solidariedad o suicidio colectivo*. Costa Rica: Ambientico, 2003. p. 06 e seguintes. No pensamento de Hinkelammert, o domínio total do capitalismo selvagem imposto pela globalização econômica transforma, paulatinamente, a sociedade burguesa em uma sociedade fundamentalista, que busca impor seus pontos de vista, por toda a parte, através de uma violência policial e militar. Nesse contexto, os direitos do mercado substituem os direitos humanos e as burocracias privadas transnacionais não reconhecem cidadãos, mas só clientes. Para Hinkelammert, esse novo poder globalitário, que não se reflete na ética do bem comum, produz um genocídio silencioso, uma vez que o totalitarismo de mercado e sua privatização total impõem uma globalização da exclusão, que se externaliza na repulsa da maioria de seres humanos, que são, agora, expulsos de maneira global. Nesse passo, o terrorismo é filho da irracionalidade da dita estratégia de acumulação. Ver, especialmente, . p. 25 e seguintes.

Consultar, de igual sorte, HERRERA FLORES, Joaquin et al. (Org.). *El vuelo de anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer, 2000. especialmente p. 117 e seguintes. Ainda, SÁNCHEZ RÚBIO, David; HERRERA FLORES; Joaquin; CARVALHO, Salo de. (Org.). *Derechos humanos e globalización: fundamentos e posibilidades desde a teoría crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

¹⁸⁸ BECK, Ulrich. *El dios personal: La individualización de la religión y el 'espíritu' del cosmopolitismo*. Tradução de Rosa S Carbó. Barcelona: Paidós, 2009. p. 77-78.

impulsionada pelo fim da atração do marxismo-leninismo, que decretou o fim da Guerra Fria, aproveitando-se da revolução tecnológica, concentrada nas tecnologias da informação. No que diz com aspecto econômico, foi, a partir de então, que a economia passou a manter uma interdependência global, restando o capitalismo reestruturado e caracterizado por uma flexibilidade maior de gerenciamento, de descentralização das empresas e sua organização em redes. O capitalismo, dessa maneira, na era da informação, é informacional. E, nesse ambiente, a intervenção do Estado ocorre para desregular os mercados e desfazer o Estado de bem-estar social¹⁸⁹. Para Castells, essa nova geopolítica local decorre da revolução da tecnologia da informação¹⁹⁰ (ou paradigma tecnológico iniciado na década de 70), que trouxe complexidade à economia, à sociedade e à cultura.

O fato é que, no último quartel do século XX, surge uma economia que opera em escala global, que funciona em rede: a economia informacional, que segundo Castells, “é informacional porque a produtividade e a competitividade de unidades e agentes nessa economia (sejam empresas, regiões ou nações) dependem basicamente de sua capacidade de gerar, processar e aplicar de forma eficiente a informação baseada em conhecimentos”¹⁹¹. E a chave para o surgimento dessa nova economia foi dada pela revolução tecnológica da informação, que forneceu a ela a base material, qual seja, a informação e tecnologia da comunicação. Trata-se de uma economia global, diferente de uma economia mundial, uma vez que é dotada da capacidade de funcionar como uma unidade em tempo real em escala planetária, isso em fração de segundos.

O problema, como salienta Castells, é que nem tudo é global na economia¹⁹², pois a maior parte da produção do emprego e das empresas é, e continuará, local e regional¹⁹³, revelando-se dramático o fato de que o desempenho do capital nos mercados globalmente interdependentes é o que decide o destino, em grande parte, das economias nacionais. Não se pode olvidar, porém que, “os mercados financeiros

¹⁸⁹ CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura: a sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer. 11 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008. v. 1, p. 39-40.

¹⁹⁰ Segundo CASTELLS, *Ibid.*, p. 67-68, quando se fala em revolução tecnológica não se descarta, também, da biologia, eletrônica e informática, que também estão incluídas nos domínios da tecnologia da informação, especialmente a engenharia gética, em amplo desenvolvimento a partir dos anos 90.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 119.

¹⁹² Conforme MAESTRO BUELGA, Gonzalo. De la constitución normativa a la desnormativización constitucional: globalización y constitución débil. *Jueces para la Democracia*, Madrid, n. 42, p. 40-48, nov. 2001 a globalização do trabalho é inexistente, uma vez que segue sendo, o mercado de trabalho, local e territorial.

¹⁹³ CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura: a sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008. v. 1, p. 142.

são mercados, mas tão imperfeitos que só atendem parcialmente às leis da oferta e da procura¹⁹⁴”. Com efeito, com a revolução da tecnologia da informação, os fluxos de capitais são transmitidos mundo afora com a velocidade da luz, com impactos imprevisíveis e incertos às economias nacionais¹⁹⁵.

Cumprir notar que o capital globalizado concorreu para a crise do Estado de bem-estar, em que ele existiu, revisando o compromisso keynesiano existente entre as classes econômicas, assentadas sobre a base do crescimento. Em tal pacto, segundo Capella¹⁹⁶, as classes possuidoras aceitaram a redistribuição das rendas em favor dos salários e políticas fiscais via Estado do produto social, com o fim de conseguir a paz social, exigindo, em troca, a propriedade privada dos meios de produção. Todavia, como já notado, dito modelo de Estado interventor entra em crise, motivado pela crise energética dos anos 70 e a revisão ideológica, que acentuava os efeitos colaterais do bem-estar (individualismo e corporativismo)¹⁹⁷. O corolário que se seguiu ocorreu no sentido de que a crise do Estado de bem-estar restou decidida na crise econômica dos anos 70 em favor das classes dominantes¹⁹⁸, ou seja, o soberano privado: *lex mercatória*. Dessarte, as políticas neoliberais¹⁹⁹, postas em prática desde então, reduziram o Estado de bem-estar a mero Estado de assistência, com perdas em salários e segurança no emprego, revisitadas pela crença do Estado mínimo e a privatização levada a cabo, com a substituição da rede fordista de produção. A função do Estado, na dicção de Capella, é “socializar custos da produção privada e privatizar benefícios fiscais”²⁰⁰.

Surge, no quadrante, um novo soberano, qual seja, as empresas multinacionais ou a *Lex mercatória*, que passam a funcionar como um Império^{201 202},

¹⁹⁴ CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura: a sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008. v. 1, p. 147.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 147.

¹⁹⁶ CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Tradução de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 92.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 94-95.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 95.

¹⁹⁹ Os contornos do neoliberalismo como pensamento único ou a ideologia que aponta a necessidade da redução do Estado ao mínimo, com a retração do estado de providência, são dados por AVELÁS NUNES, António José. *Neoliberalismo & direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 43 e seguintes. Consultar também MORAIS DA ROSA, Alexandre. Crítica ao discurso da law and economics: a exceção econômica no direito. In: ROSA, Morais da Alexandre; LINHARES, Aroso, MANUEL, José (Org.). *Diálogos com a law & economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 35-83.

²⁰⁰ CAPELLA, *op. cit.*, p. 100-101.

²⁰¹ O conceito de império é dado por LENINE, V. I. *O imperialismo, fase superior do capitalismo*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1986. p. 593-594, para quem o monopólio e imperialismo constituem fases superiores do capitalismo, que ocorre a partir do momento em que as empresas, indo além da internacionalização com base na exportações, passaram a formar blocos e monopólios e, com isso, paulatinamente, foram eliminando a concorrência, que representa, em suma, um gigantesco progresso na socialização da produção (os cartéis).

²⁰² Ver HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Tradução de Alcira Bixio. Barcelona: Paidós, 2005. p. 21-63.

ou seja, a expansão de uma única forma de configuração das atividades econômicas. E, nessa nova articulação política global, os Estados já não são soberanos supremos²⁰³, uma vez que sua soberania se tornou porosa²⁰⁴, vulnerável à intervenção externa a eles, notadamente do capital global, bem como das instituições a ele ligadas, como FMI, Banco Mundial, GATT etc. Os Estados-“nação”, sob o jugo do sistema imperial e da *lex mercatória*, convertem-se em agentes de coerção sobre as pessoas que estão sob seu domínio. Em suma, a crise do Estado social se resolve na *grande transformação*, que é composta de dois fenômenos inter-relacionados: revolução tecnológica e mundialização desigual das relações sociais (globalização multifacetária), que impõem um novo campo de poder, a saber: a forma estado perde sua centralidade, sendo substituída por um soberano privado supraestatal de caráter difuso²⁰⁵.

Com efeito, a mundialização desigual converge ao pós-fordismo e à globalização econômica, fenômeno esse que cobre todos os interstícios da vida humana, eclipsando a razão²⁰⁶. No entanto, na sua dimensão econômico-social, traz uma fundamental característica: a substituição de uma sociedade de classes a uma de elevada concentração de riqueza nas mãos de poucos, produzindo uma expansiva difusão de miséria global, na medida em que a acumulação não mais se destina aos meios produtivos senão a procedimentos meramente especulativos. O correlato do implemento de políticas globais de cunho neoliberal, isso a partir de decisões tomadas pelo governo Regan (nos EUA) e Thatcher (no Reino Unido), na década de 1970, diz respeito a fortes limitações nas políticas públicas e de grandes incentivos para a privatização das atividades e serviços públicos prestados pelo Estado.

²⁰³ Como refere LEWKOWICZ, Ignacio. *Pensar sin estado: la subjetividad en la era de la fluidez*. Barcelona: Paidós, 2004. p. 71, a condição global, em definitivo, altera o campo da política, que se desvanece, isso pelo fato de que os Estados não são mais soberanos, com transformação nas subjetividades, pois os Estados não mais estão em condições para determinar o devir.

²⁰⁴ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto prohibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado*. Tradução de Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 106.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 236-237.

²⁰⁶ A expressão é de HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. Tradução de Sebastião Uchoa Leite. São Paulo: Centauro, 2002, que afirma que o autoritarismo do mercado e seus princípios de eficiência e segurança têm levado as massas a uma condição humana de descartabilidade, consistindo em uma verdadeira “formalização da razão”, uma vez que as condições econômicas modernas forçam o indivíduo a uma atitude positivista, pois não mais se questiona o conteúdo das regras do jogo mercantilista. Nas suas palavras, “os tecnocratas sustentam que a superabundância de bens, produzidos em ampla escala, eliminarão automaticamente toda a miséria econômica. A eficiência, a produtividade e a planificação inteligentes são proclamadas as deusas do homem moderno; os chamados grupos ‘improdutivos’ e o capital ‘predatório’ são estigmatizados como inimigos da sociedade”. *Ibid.*, p. 155.

Todavia, a estratégia neoliberal provocou reações fortes, inclusive resistência armada (terrorismo), o que desencadeou, de outro lado, uma réplica dos Estados constitucionais, instalando-se, de forma paulatina, a cultura da emergência, com sérios prejuízos ao sistema de garantias. Globaliza-se, pois, a resposta penal, restando a dimensão da “segurança” relegada à mera questão criminal. Como refere Wacquant²⁰⁷, a impotência social do Leviatã, convertido à ideologia do mercado, compensa-se no restrito âmbito da manutenção da ordem pública.

De outra banda, a globalização proporciona mobilidade ao capital e às pessoas²⁰⁸, incrementando negócios ilícitos, como o tráfico de drogas, armas, pessoas, bem como delitos relacionados ao capital, tais como lavagem de dinheiro e corrupção²⁰⁹. Em uma palavra, a globalização e a nova tecnologia possibilitam o surgimento de uma nova criminalidade: o crime organizado, que também se vale das inovações tecnológicas para intensificar o cometimento de delitos, só que de forma transnacional²¹⁰. Cuida-se da globalização do crime na medida em que as organizações criminosas se aproveitam da porosidade das fronteiras²¹¹. Nesse compasso, o prognóstico de Silva Sánchez, no sentido de que a globalização econômica e a integração supranacional convergem a um direito unificado²¹², é correto, bem como sua advertência de que tal direito será menos garantista, no qual se flexibilizarão regras de imputação e se relativizará o sistema de garantias²¹³. Em uma palavra, a globalização e a nova criminalidade que ela organiza reclamam a “modernização do Direito Penal”, com a revisão dos seus critérios de imputação e

²⁰⁷ WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 07-13.

²⁰⁸ Aqui cumpre destacar que a globalização como fenômeno econômico não se limita a produzir macrocriminalidade, uma vez que incide, também, sobre a microcriminalidade enquanto criminalidade de massas. Com efeito, junto com os movimentos de capital, há o de mão de obra (subproletariados), que podem incrementar a delinquência patrimonial. Fomenta, de igual sorte, em virtude das vicissitudes do mercado do trabalho, o fenômeno dos movimentos migratórios, fazendo com que os migrantes caiam na marginalidade e passem a ser selecionados pelo sistema penal. Consultar SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 98-99. Segundo Zaffaroni, o poder econômico planetário, pela sua irracionalidade e ausência de controle, deixa impunes os crimes macroeconômicos e os mais graves, os crimes ecológicos, não havendo quem detenha a destruição do planeta.

²⁰⁹ Nesse sentido, ZAFFARONI, Raul E. *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*. Revista Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, 1999a. p. 03-24.

²¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 76.

²¹¹ Como criminalidade da globalização, cita-se a delinquência contra os interesses financeiros da comunidade, a fraude orçamentária e a criminalidade alfandegária, corrupção de funcionários públicos, a criminalidade dos poderosos, ou criminalidade organizada etc. Ver SILVA SÁNCHEZ, Ibid., p. 80.

²¹² Consultar DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

²¹³ SILVA SÁNCHEZ, op.cit., p. 75. Dessarte, no pensamento de Silva Sánchez, o Direito Penal da globalização nada fará mais do que acentuar sua tendência expansiva que se percebe nas legislações nacionais, em especial, no trato da criminalidade econômica, criminalidade organizada e corrupção. p. 76

autoria rumo a um Direito Penal unificado, supranacional, que ao fim, fomentará, mais ainda, a expansão do controle penal, de forma menos garantista.

Todavia, no campo do controle penal pós-fordista, a tecnocracia de contorno liberal (neoliberalismo) caracteriza-se pelo reconhecimento da livre circulação de mercadorias e capital, bem como pelo fechamento das fronteiras para as pessoas. Dito de outro modo, no ambiente da globalização econômica neoliberal, só há ampla liberdade para a livre circulação do capital, havendo, de outro lado, máxima restrição à liberdade de ir e vir dos consumidores falhos, ou seja, dos excluídos da rede de “inclusão” do consumo. Nesse estado da arte, o Estado converte-se em um mero agente de polícia a serviço das necessidades do mercado²¹⁴.

Na lição de Portilha Contreras, o Estado mínimo converte-se em um *guardião noturno*, cuja missão é controlar os espaços, inspecionar locais abandonados (zonas de incivilidade, corolário do desaparecimento do Estado intervencionista), e descobrir a microcriminalidade e garantir o sossegado desenvolvimento da sociedade civil, protegendo-se a propriedade privada²¹⁵. De outras, a crise causada por um mercado sem controles públicos, que funciona extremando as desigualdades, motiva a aparição de uma retórica moralista de defesa da ordem social e segurança dos cidadãos, ou seja, a debilidade do Estado, reduzido ao mínimo, reforça um consenso conservador de cunho policial: o chamado pela segurança global (ou cruzada contra o mal²¹⁶). Com efeito, cuida-se de uma regressão a um Estado penal repressor, ou seja, uma *involução do Estado*, que vai sacrificando, pouco a pouco, as funções sociais, de educação, saúde, assistência, em prol das coerções da globalização econômica²¹⁷. A modo de conclusão, pode-se

²¹⁴ PORTILHA CONTRERAS, Guillermo. *El derecho penal entre o cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007. p. 47.

²¹⁵ Ibid., p. 48.

²¹⁶ Ver BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 44 e seguintes. No pensamento de Bourdieu, o neoliberalismo apresenta-se, atualmente, como uma *doxa*, com aparências de inevitabilidade, que repousa em um conjunto de pressupostos que são impostos como óbvios: crescimento econômico maximalizado, como se a produtividade e competitividade fosse o último e único fim das ações humanas, que não poderia resistir às forças econômicas. Ainda, procede-se a um corte radical entre o econômico e o social, que é deixado de lado e abandonado, como um espécie de entulho. A consequência disso é uma soma extraordinária de sofrimentos de os todos tipos, que não afeta somente as pessoas que vivem na miséria, mas também demarca a origem dos problemas observados nos subúrbios das grandes cidades. Como refere Bourdieu, “ nos Estados Unidos, assiste-se a um desdobramento do Estado: de um lado, um Estado que mantém as garantias sociais, mas para os privilegiados, suficientemente cacifados para que possam dar segurança, garantias; de outro, um Estado repressor, policialesco, para o povo”. Ibid., p. 45.

²¹⁷ Para BOURDIEU, é necessário resistir à “sociodiceia” conservadora do neoliberalismo, ou seja, o reino do comércio justificado pela globalização, substituindo-a por uma *economia da felicidade*, “que levaria em conta todos os lucros individuais e coletivos, materiais e simbólicos, associados à inatividade (como a segurança) ou à precariedade (por exemplo, o consumo de medicamentos: a França detém o recorde do consumo de tranquilizantes). Não se pode trapacear com a *lei da conservação da violência*: toda violência se paga; por

dizer que o neoliberalismo promove o surgimento de uma “democracia autoritária²¹⁸”, uma vez que a crise do Estado social leva à penalização os setores mais prejudicados da população, como desempregados, drogados-dependentes, imigrantes, enfim, a excedência, que é vitimada pela “tolerância zero²¹⁹”.

De relevo, notar, que a crise do Estado social é correlata à crise do Direito Penal, que é o instrumento mais poderoso do direito do Estado. E a crise do controle penal está relacionada ao o seu crescimento, isto é, a sua adaptação ao atual estado de desenvolvimento socioeconômico e às pressões expansionistas que o controle tem sofrido²²⁰. A questão preocupante é que a nova soberania global o império, isto é, o sujeito político que regula os intercâmbios globais, em uma fase superior ao imperialismo, como um poder descentrado e desterritorializado, na sua forma biopolítica, que toma a vida em sua totalidade reduz o direito a um poder policial (em estado de exceção permanente) de mera efetividade. A ordem, no ambiente de fluidez (de crise e guerra) que se instaura, se limita à prevenção e à vigilância²²¹. Isso leva o controle penal a converter-se na única *ratio*²²², com nítidos apelos preventivos para controlar a exclusão social que decorre da ausência da intervenção/mediação do Estado social frente ao mercado. Ora, se o Estado não é mais o interlocutor privilegiado, tendo a soberania e o poder se deslocado para os grupos econômicos globais (o império), a sociedade passa a ser gerenciada pelas regras do mercado e dinheiro, que “colonizam o mundo da vida”. Esse é o efeito mais cruel da globalização econômica²²³, que levou o controle penal a uma situação insustentável²²⁴.

exemplo, a violência estrutural exercida pelos mercados financeiros, sob a forma de desemprego, de precarização, sob forma de suicídios, de delinquência, de crimes, de drogas, de alcoolismo, de pequenas ou grandes violências cotidianas”. p. 56.

²¹⁸ PORTILHA CONTRERAS, Guillermo. *El derecho penal entre o cosmopolitismo universalista y el relativismo pormodernista*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007. p. 57.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 57.

²²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria fala em *crise de crescimento*. Ver *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2 ed. Monevidéo: Buenos Aires: IBDEF, 2010. p. 09.

²²¹ HARDT, Michel, NEGRI, Antonio. *Império*. Tradução de Alcira Bixio. Barcelona: Paidós, 2005. p. 13-39.

²²² Nesse sentido, consultar SKULJ, Agustina Iglesias. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: cambio de paradigma em el estatuto de la ley penal y em los mecanismos de control*. Problemas Actuales de Derecho Penal. f. 34-35. Tese (Doctoral, biênio 2003-2005). Universidad de Salamanca. Salamanca, 2009.

²²³ Consultar, a esse respeito, GARCÍA, José Angel Brandariz; ABA, Luiz María Puente (Org.). *Nuevos retos del derecho penal em la era de la globalización*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004, especialmente o artigo de BRANDARIZ GARCIA, José Ángel. *Itinerários de evolución del sistema penal como mecanismo de controle em las sociedades contemporáneas*, p. 15-63, quando refere que a dogmática da globalização neoliberal produz alterações significativas na política criminal, acomodando um modelo de Estado, em princípio mínimo, no aspecto socioeconômico, e máximo, no referente ao controle social. Nesse entorno, sopram mais fortes os ventos da tolerância zero no discurso contemporâneo de combate à criminalidade.

²²⁴ Ver obra específica sobre tal temática, promovida pelo Instituto de Ciências Criminais da Escola de Frankfurt: *La insostenible situación del Derecho Penal*. Área de Direito Penal da Universidade de Pompeu Fabra (ed. Espanhola). Granada: Comares, 2000.

2.6 A crise do Estado e o ambiente da fluidez: legitimação da ordem policial imperial

Nas linhas anteriores, ficou assentado que a humanidade se debate com a excedência, principalmente pela análise da maneira com que o sistema penal enfrenta a crescente exclusão social e a marginalização, com a retração da cobertura *welfarista*. Com efeito, a excedência (“consumidores falhos” ou “a sujeira da sociedade do consumo”, na dicção de Bauman) é produto do sistema capitalista pós-fordista, fomentadora do desemprego estrutural e da precarização massiva. Dessarte, o tempo de excedência reforça a perspectiva da sociedade de consumo, isso em uma fase de progressiva privatização e mercantilização de todo gênero de bens e serviços. Assim, a inclusão social, na atualidade, cada vez mais, fica condicionada à capacidade de consumo, agora, já no que diz com as necessidades básicas, que não mais são implementadas pelo Estado²²⁵.

Nesse estado da arte, ativam-se dispositivos de controle social que buscam gestionar o controle da mobilidade de sujeitos e grupos, muito especialmente dos fluxos migratórios, seguindo a lógica de exclusão mercadológica. Em uma palavra, em tempos de globalização econômica, a mobilidade das fronteiras contempla o capital e os consumidores, inexistindo para os pobres e excluídos. O Estado passa por uma conversão de Estado-nação a técnico-administrativo, implementando a conversão simultânea de cidadãos em consumidores. O consumidor é o novo fundante do contrato social²²⁶.

E o fato de o consumidor substituir o povo e/ou concorrer com ele na formatação do contrato social desconfigura a instituição fundamental do Estado-nação, isto é, do coroamento do acontecimento fundamental para o Estado que diz com a forma povo-nação, como o momento absoluto da consumação da realidade histórica de um povo²²⁷. Em outras palavras, o único suporte subjetivo do Estado já não é mais o cidadão, uma vez que, na líquida sociedade de consumo, aparece o consumidor. O cidadão não dispõe do monopólio dos direitos, concorrente com a proteção do consumidor, que adquiriu especial proteção constitucional. Já não se

²²⁵ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión: el sistema penal em tiempo de declive del estado social y de crisis del estado-nación*. Granada: Comares, 2007. p. 48-49.

²²⁶ LEWKOWICZ, Ignacio. *Pensar sin estado: la subjetividad em la era de la fluidez*. Barcelona: Paidós, 2004. p. 19.

²²⁷ *Ibid.*, p. 20.

sabe mais quem é o soberano que representa o laço social do Estado, isso pelo esgotamento do axioma da soberania popular²²⁸.

Com efeito, atualmente está se diluindo o arranjo do Estado-nação, uma vez que, em ares de globalização imperialista, os Estados nacionais já não podem funcionar como marco natural de desenvolvimento do capitalismo (o mercado já transbordou totalmente as fronteiras nacionais, sendo que as decisões econômicas vão muito mais além das nações. Nesse contexto, o Estado não se define mais como nacional, mas, sim, como técnico-administrativo ou técnico-burocrático. Sua legitimação hoje não decorre de um projeto ou de uma identidade nacional, senão de sua eficácia quando opera. A modo de síntese, o Estado não mais está orientado a produzir substância nacional ou subjetividade²²⁹. A legitimidade provém de sua eficácia, visto que que já não representa os cidadãos e seus direitos.

O Estado técnico-administrativo produz uma nova subjetividade que é a do consumidor, que é o cidadão cosmopolita, isto é, aquele que melhor realiza o ajuste entre o universal e individual. Dito de outro modo, como o Estado é determinado pelo econômico, o novo mito fundante da subjetividade é o consumidor. Dessa forma, como a mundialização da economia, violentamente, deixou de fora milhões de pessoas, a estabilidade do estado técnico não é mais gerenciar as demandas de todos os homens. Como refere Lewkowicz, “asistimos a uma mutación del estatuto práctico del concepto de hombre ahora determinado como consumidor uma mutación del estatuto práctico del lazo social y del Estado²³⁰”. Efetivamente, presencia-se um esgotamento da subjetividade do Estado, o que se leva a *pensar sem Estado*. Com efeito, o resto da espécie biológica do homem, apartada do seu aspecto econômico, fica de fora dos muros da humanidade. Nesse estado, os não consumidores, na pós-moderna sociedade do consumo, perdem a condição humana. De outras, os pobres são os estrangeiros nesse mundo cosmopolita, em que a “caída” dos Estados corresponde à universalização abstrata dos mercados²³¹, induzindo à proliferação de guetos, a nova arquitetura da sociedade pós-moderna.

²²⁸ Ver LEWKOWICZ, Ignacio. *Pensar sin estado: la subjetividad em la era de la fluidez*. Barcelona: Paidós, 2004. p. 23-31. Para LEWKOWICZ, o suporte subjetivo do Estado-nação é o cidadão, ou seja, aquilo que se pode definir como o sujeito da consciência: da consciência política, da consciência moral, da consciência jurídica, em definitivo, o sujeito da consciência nacional. Em suma, o cidadão é o sujeito instituído pelas práticas próprias dos Estados Nacionais, escolares, eleitorais e de comunicação. p. 30.

²²⁹ Ibid., p. 31.

²³⁰ Ibid., p. 33.

²³¹ Ibid., p. 35.

Importa notar, que, na modernidade tardia, a subjetividade do Estado técnico-administrativo é dada pelo consumidor, o que corresponde à perda da ressonância popular, esvaziando o próprio sentido da Constituição, pois a soberania não mais emana do povo. E, se a gente não é mais o povo, senão os consumidores, que se investem de soberanos, a lei será a lei de consumo, isto é, a lei da oferta e da demanda. Ser consumidor é o signo da cidadania; os que não portam o signo são humilhados e avergonhados, que devem ser conduzidos a um local para onde não possam ser vistos: o gueto e a periferia²³².

De relevo, que essa mutação de Estados soberanos para Estados administrativos, impulsionada sobremaneira pela globalização, não causa graves problemas somente no âmbito econômico-social, mas também no aspecto individual, ou seja, na subjetividade²³³, que, como já notado, por muito tempo, foi determinada pelo Estado e seu sistema de produção. Com efeito, o Estado-administração já não articula uma totalidade ou coordena uma metainstituição, uma vez que os valores e as conexões, hodiernamente, são fornecidos pelas empresas capitalistas. Em uma palavra, o mundo se unifica a partir de fluxos de capitais, de imagens, de informação, que, ao universalizar fronteiras, desrealizam ou desconexam os sentidos. A perda da subjetividade é irreparável, visto que, sem tais esquemas de pensamentos oficiais, se esvanecem, também, esquemas de pensamento crítico. Assim, os valores instituintes são aqueles universalizados pela globalização neoliberal, pois não mais se dispõe de esquemas de pensamento capaz de dar conta de tratar da articulação e da conexão dos rostos. Em uma palavra, a subjetividade é instituída na fluidez e no vazio das relações de consumo, em que tudo é passageiro, efêmero, líquido. Todavia, o destino daqueles que não pertencem a esse novo formato de subjetividade é a expulsão da rede de consumo²³⁴.

Com efeito, a subjetividade fluida descrita por Lewkowicz guarda correspondência com a “vida líquida”, ou “modernidade líquida” informada por Bauman, e que diz com uma sociedade em que as condições sob as quais agem

²³² LEWKOWICZ, Ignácio. *Pensar sin estado: la subjetividad em la era de la fluidez*. Barcelona: Paidós, 2004. p. 37-38. No pensamento de Lewkowicz, a condição fluida emerge quando a consciência não encontra no que se fixar ou se espelhar, uma vez que nada mais se apresenta como sólido ou fixo. p. 239-240.

²³³ Como referem HART, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Tradução de Alcira Bixio. Barcelona: Paidós, 2005. p. 53, os grandes grupos industriais e financeiros não só produzem mercadorias, mas também subjetividades, produzem necessidades, relações sociais, corpo, mentes, o que equivale a dizer que produzem produtores para uma vida. É uma grande colmeia, que, sob vigilância da abelha rainha, produz e reproduz, sob intensa vigilância.

²³⁴ LEWKOWICZ, op. cit., p. 77-81.

seus membros mudam em tempo demasiadamente curto, impedindo a consolidação de hábitos e rotinas, isto é, “a vida líquida, assim como a sociedade líquido-moderna, não pode manter a forma ou permanecer em seu curso por muito tempo”²³⁵. Dessarte, as condições de ação e estratégias de informação tendem a envelhecer rapidamente, não dando chance ao aprendizado, tornando o futuro um evento imprevisto e imprevisível, ou seja, uma atividade arriscada. Em uma palavra, a vida líquida é uma vida precária, pois se vive em condições de incerteza constante. Nela, as relações são frouxas, e os compromissos, revogáveis²³⁶. Com Bauman, pode-se dizer que “a vida líquida é uma vida de consumo”²³⁷, sendo o mundo projetado em objetos de consumo, isto é, em coisas que, pelo uso, perdem o viço e o interesse. Em suma, a vida se define em função do consumo.

Com efeito, na modernidade líquida, o consumo assume conotação social, deixando de se destacar como um aspecto individual (para Bauman, todos os seres humanos sempre foram consumidores), daí seu ineditismo. Surge uma sociedade de consumidores, agora como totalidade, que passa a ser orientada pela “síndrome consumista”, ou que encarna o consumo como uma “política de vida”²³⁸. Herdam-se novos valores, sendo que a transitoriedade assume o lugar da permanência, não sendo nada além do excesso e da fartura, ou seja, “da redundância e lixo farto”²³⁹. O excesso de produtos e possibilidades produz, como nunca, um ambiente de incerteza e exasperação no ambiente da fluidez²⁴⁰, pois na liquidez moderna nada é eterno ou é para sempre. O tempo de duração é ditado pelo mercado e pela “marketização “ dos processos da vida”²⁴¹.

²³⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. p. 07.

²³⁶ Ibid., p. 08-11.

²³⁷ Ibid., p. 16. No pensamento de Bauman, “a modernidade líquida é líquida na medida que é pós-hierárquica. As ordens de superioridade/inferioridade, genuínas ou postuladas, que se presumia terem sido estruturadas sem ambiguidade pela lógica do progresso, são desgastadas e fundidas -enquanto as novas são fluidas e efêmeras demais para se solidificar numa forma reconhecível e mantê-la por tempo suficiente para que seja adotada como uma referência confiável para a composição da identidade”. Ibid., p. 44-45.

²³⁸ Ibid., p. 109.

²³⁹ Ibid., p. 111.

²⁴⁰ O ponto problemático é que a globalização e a fluida sociedade de consumo produzem alterações em dois valores fundamentais da modernidade, a saber: segurança e liberdade. Com efeito, a globalização trouxe uma liberdade maior às pessoas, dando azo a uma cidadania cosmopolita, principalmente para os consumidores ativos (excesso da liberdade). Entretanto, a contingência e a complexidade moderna produzem insegurança, levando a questão a um paradoxo, até porque o vetor fundamental da globalização diz com a reivindicação da autonomia individual e liberdade de autoafirmação. A questão que se impõe, no pensamento de Bauman, é que os beneficiários de nossa globalização, perigosamente desequilibrada, instável e desigual, têm na liberdade desenfreada, o melhor meio de alcançar sua própria segurança, que é o que produz a horrorosa e lamentável insegurança padecidas pelas vítimas da globalização.

²⁴¹ BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. p. 117.

Nesses novos ventos da pós-modernidade, impregnados pela fluidez e pela transitoriedade, o “sólido” do Estado moderno, que não se foi de todo, tende a ser funcionalizado pelas “forças do mercado”. A velha prerrogativa de isentar e excluir do Estado-nação soberano foi revisada. Agora, tende a ser empregada para manter, a uma distância controlada e segura, os malfeitores e marginais, que estão fora do jogo do mercado. A função do Estado, na era líquida, é “a seleção, a separação e a exclusão do *homo sacer* (uma pessoa à margem da lei, humana e divina)”²⁴². Com Bauman²⁴³, pode-se afirmar que o papel do Estado, hoje em dia, limita-se ao endosso oficial da exclusão, que se tornou lugar-comum na modernidade líquida. O poder pós-panóptico do Estado não mais desenvolve suas habilidades para incluir, senão para manter os indesejáveis (forasteiros ou internos) do lado de fora²⁴⁴.

Com a modernidade líquida, surge a categoria dos *homini sacri* (isto é, as baixas colaterais ou “rejeitos humanos” do jogo mercadológico), que é composta por consumidores “falhos” ou fracassados, pessoas indolentes e diferentes dos consumidores ativos, os novos cidadãos da sociedade produtiva. Cuida-se de uma nova categoria que diz com pessoas plena e verdadeiramente inúteis, redundantes e supérfluas, pessoas que não se enquadram nos padrões atuais da vida em sociedade (*bios*, diversa da *zoé*, puramente animal). E, como já assinalado, em uma sociedade que se constitui sob a forma de consumidores, cumpre ao Estado biopolítico a remoção (exclusão) do lixo do consumo²⁴⁵.

Com efeito, há uma incapacidade democrática de se traduzir a miséria e a exclusão²⁴⁶ em um discurso político coletivo, uma vez que, sob a lógica da globalização neoliberal, a miséria é um problema privado e individual. Já não se sabe mais onde está o povo soberano. A visão conservadora do fatalismo neoliberal, via economicismo, desmobiliza e desresponsabiliza, anulando o político, impondo as máximas da competitividade, produtividade e flexibilidade, o que tem levado o mundo a uma situação de precariedade, com a “desestruturação da existência, privada, entre outras coisas, de suas estruturas temporais, e a degradação de toda

²⁴² BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. p. 132.

²⁴³ *Ibid.*, p. 132.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 132.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 133.

²⁴⁶ O que já foi detectado por BOURDIEU, Pierre. *A miséria do mundo*. Tradução de Mateus S. Soares Azevedo e Outros. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 09-34. Ver, no mesmo sentido, DEBORD, Guy. *El planeta enfermo*. Tradução de Luis Andrés Bredlow. Barcelona: Anagrama, 2006. p. 81, quando assevera que o desenvolvimento da produção, em sua verdadeira natureza como realização econômica da política, desenvolveu a miséria, que invadiu e arruinou a vida em sociedade.

relação com o mundo e, como conseqüência, com o tempo e o espaço”²⁴⁷. A modo de sintetizar, na era da fluidez, a precariedade está em toda a parte, generalizando a insegurança objetiva e subjetiva, que decorre mais de uma vontade política do que de uma fatalidade econômica, que se identifica com a mundialização da economia. A precariedade é uma nova forma de exploração e dominação, que pode ser traduzida em termos de *flexexploração* humana, sem precedentes na história da humanidade²⁴⁸.

2.7 A relação crítica entre Estado, Soberania e Direito: a globalização e a produção de um “Direito opaco”

A globalização econômica e a cartilha neoliberal têm imposto a grandes contingentes sociais, de sul a norte, uma situação de postergação de seus direitos, de pobreza ou de atraso, produzindo marginalidade e anomia. Nesse contexto de marginalidade e exclusão social, o Direito, como mediador axiológico dos princípios constitucionais e ordenador da vida em sociedade, não é compreendido ou conhecido pelos autores da cena e, nisso reside sua opacidade²⁴⁹, que implica que a mensagem da ordem jurídica não chegue, materialmente, à periferia da estrutura social²⁵⁰. Com efeito, na trilha do pensamento de Cárcova, infere-se que a modernidade tardia e o processo de globalização produziram graves conseqüências econômicas, políticas e sociais, intensificando uma pulsão de desintegração, fragmentação social e segmentação, resultando paradoxal o ideal uniformizante do Direito da modernidade, baseado na universalidade, generalidade e abstração das leis²⁵¹.

Ora, é sabido que a forma do Estado Democrático de Direito herdou da modernidade burguesa um Direito Positivo universal e abstrato²⁵², isto é, uma

²⁴⁷ BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, p. 120.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 120-125.

²⁴⁹ O termo “opacidade do Direito” deve-se CÁRCOVA, Carlos Maria. *La opacidad del derecho*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2006. p. 18-19.

²⁵⁰ Ver NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 135-192.

²⁵¹ CÁRCOVA, op. cit., p. 24.

²⁵² Com WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Tradução de Regis Barbisa e de Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 2009. v. 1, p. 22 e seguintes, tem-se que a legitimidade da dominação de uma denominada ordem pode ocorrer pela tradição de uma crença efetiva ou em virtude de um estatuto jurídico cuja legalidade se credita. Conforme Weber, a forma de legitimidade hoje mais corrente é a crença na legalidade, isto é, a submissão a estatutos estabelecidos pelo procedimento habitual e formalmente correto. *Ibid.*, p. 23. No trato da formas de dominação (racional, tradicional e carismática), ver p.141-161.

racionalidade autônoma, apartada da moralidade, que na nossa fase epocal, goza de uma certa hegemonia, até porque estaria mais ajustado e reflexivo à complexidade contemporânea^{253 254}. De outro lado, a legitimidade desse Direito deriva do consenso suposto, a partir da institucionalização de procedimentos de decisão vinculantes, como forma de se garantir a soberania popular ou consenso²⁵⁵.

Importa ressaltar que a consolidação da fórmula Estado Democrático de Direito, em alguns lugares, formalmente, e sua universalização não têm impedido a sua “opacidade” ou seu desconhecimento, que afeta a sociedade em seu conjunto, tendo, de outras, efeitos deletérios, em determinado grupo social, quanto maior seja o grau de vulnerabilidade social, cultural, laboral etc., de que o agrupamento padece. Ocorre que essa não compreensão do Direito, de suas complexidades e estrutura normativa, joga um papel fundamental na constituição e reprodução das hegemonias sociais, que, via instrumentos de manipulação e ocultamento, com os conteúdos fictícios do Direito, reproduzem a ordem desigual da sociedade, institucionalizando ordens sociais fragmentadas, com graves problemas à governabilidade democrática, em uma época em que nossas sociedades pós-modernas se caracterizam por uma completa crise das representações homonizadoras²⁵⁶.

Nesse passo, o acerto está com Cárcova, quando alude que a marginalidade, a pobreza e a anomia²⁵⁷ são as causas imediatas e quase óbvias da opacidade do Direito. Segundo Cárcova, na época atual, enormes contingentes de indivíduos vivem em condições infra-humanas, oferecendo um panorama alarmante, que tem se agravado com a globalização capitalista em escala mundial e pela aplicação de políticas de ajuste neoconservadoras, que ele nomeia como estratégias para liquidar o denominado Estado de providência^{258 259}. E, nesse contexto de exclusão social e

²⁵³ CÁRCOVA, Carlos Maria. *La opacidad del derecho*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2006. p. 34-35.

²⁵⁴ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrat. 2. ed. México: Herder, 2005. p. 65-92.

²⁵⁵ Nesse sentido é o pensamento de HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade I*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 65-116.

²⁵⁶ CÁRCOVA, op. cit., p. 44-45.

²⁵⁷ DURKHEIN, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Como refere Durkein, com o declínio espontâneo da velha estrutura social e desaparecimento da organização, forjando uma sociedade composta de “uma poeira de indivíduos desorganizados”, o que surge é um Estado hipertrofiado, que se esforça para encerrar e reter, isto é, uma “monstruosidade sociológica”. *Ibid.*, p. 27-28.

²⁵⁸ CÁRCOVA, op. cit., p. 48.

²⁵⁹ No mesmo sentir, é o pensamento de GORDILLO, José Luis. *Nostalgia de otro futuro: la lucha por la paz em la posguerra fría*. Madrid: Trotta, 2008. p. 83-85, para quem a vulgata da globalização neoliberal, que deve ser entendida como uma contrarrevolução, diz com a reação das grandes corporações empresariais às políticas assistenciais dos estados intervencionistas e que também pode ser descrita como o intento de se construir um mercado livre. O problema, segundo Gordillo, é que a proteção e eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais tem piorado em todo mundo devido ao processo de mundialização econômica.

marginalização, que se instalaram na modernidade tardia, face a uma estratégia política e econômica que dualiza e desintegra, expulsando, para fora do sistema, milhares e milhares de pessoas, calha a pergunta de Cárcova no sentido de saber qual a disponibilidade do Direito para essas pessoas, que, de resto, são privadas de seus direitos. Ora, tais pessoas não só carecem de ações concretas em defesa de suas condições de vida, de seu trabalho ou de sua saúde; também, o mundo jurídico soa estranho, como exterior, impróprio, inapreensível e incompreensível. Derruba-se a pilastra do Direito, que foi concebido no projeto da modernidade, como mecanismo paradigmático de integração social, isto é, mecanismo através do qual os homens, em que pese formal e declarativamente, poderiam reconhecer-se como iguais, bem como pertencentes a um universo de representações coletivas, no qual estavam incluídos pela pertença do gênero humano²⁶⁰.

Com efeito, em nossa paisagem epocal, marcada pelo desemprego estrutural e pela pobreza, a cidadania não subsiste com sentido e consequências jurídicas e políticas, pois a estigmatização do desemprego e o recuo do Estado assistencial significam a eliminação de uma expressão do poder das instituições políticas, econômicas, jurídicas, religiosas, jurídicas etc., implicando o desaparecimento de certa classe de proteção frente aos azares da subsistência. Agora, os indivíduos experimentam um processo de isolamento social, não havendo com quem dialogar, nem instituições político-sociais para intermediar suas relações com o mercado, mormente pelo fato de que o Estado se apresenta fluido, sendo somente acessível ao consumidor, pois, ao fim das contas, o desocupado e desempregado nada tem a acrescentar; efetivamente, não se trata de uma pessoa interessante. Em definitivo, a racionalidade comunicativa da sociedade é dada pelo consumo, que implica, ao mesmo tempo, incluir ou excluir, reconhecimento ou desconhecimento²⁶¹.

E essa racionalidade do consumo, inerente ao capitalismo mundializado, olvida o fato de que o trabalho socializa e é uma forma paradigmática de construção da cidadania, ou passa ao largo dela. É por isso que as transformações empreendidas pela globalização econômica e as transformações dos modelos produtivos trouxeram inúmeros problemas à sociedade pós-moderna, como a multiculturalidade, a multietnicidade, migrações massivas, que culminam em influir no

²⁶⁰ CÁRCOVA, Carlos Maria. *La opacidad del derecho*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2006. p. 56.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 58-59.

universo do Direito e dos direitos, a despeito da cegueira e da indiferença²⁶². Volta-se ao problema da crise do Estado social, com a observação de Cárcova no sentido de que o mercado só oferece pequenas cotas de garantias e direitos a poucos mais aptos, uma vez que, ao final das contas, nem todos têm a mesma capacidade de produzir discursos e impô-los como visões legítimas de mundo²⁶³. A sociedade pós-moderna e seu Direito opaco, dessarte, produz uma situação de anomia²⁶⁴, promovendo uma quebra na estrutura cultural, isto é, uma disjuntiva aguda entre as normas culturais e os objetivos culturais e das capacidades socialmente estruturadas pelos indivíduos, que, de resto, é produzida pelas mudanças aceleradas produzidas no ambiente social, ocasionando uma socialização deficiente²⁶⁵, dando azo, inclusive, a outros códigos de condutas e ao pluralismo jurídico.

A modo de sintetizar, as sociedades de capitalismo maduro, tidas como pós-industriais ou pós-modernas, convivem com o problema da complexidade, que também é fonte da opacidade do Direito, exibindo uma realidade singular em que convivem a miséria e o consumo, relações produtivas tradicionais e desenvolvimentos econômico-tecnológicos inovadores, analfabetismo e sofisticação intelectual, em suma, uma “caleidoscópica mistura”²⁶⁶. Com efeito, a complexidade epocal corresponde ao aumento da produtividade do capital (fala-se em

²⁶² CÁRCOVA, Carlos Maria. *La opacidad del derecho*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2006. p. 60.

²⁶³ *Ibid.*, p. 61.

²⁶⁴ Consultar FARINÁS DULCE, Maria José. La marginacion y la desviacion. In: BERGALLI, Roberto (Ed.). *El desarrollo y las aplicaciones de la sociología jurídica en España*. Washington: Instituto Oñati, 1995. p. 71-81. No pensamento de Fariñas Dulce, a marginalização e a desviação surgem como consequência de situações de crise social, econômica, ideológica, moral etc, sendo que cada época histórica da sociedade possui suas próprias crises. De outro lado, estão, no entendimento da autora, relacionados com a questão da integração social, resultando que o progresso social deva conviver com um inevitável nível de desvio e marginalidade. Nesse sentido, socorrendo-se dos ensinamentos de Durkheim, sustenta que a anomia significa uma ruptura na coesão social, isto é, uma fase de desordem provocada pela ausência de regulação ou ausência de normas, tendo a sua origem, a sua vez, nas mudanças produzidas no curso da evolução social. Ver, p. 73. Também de relevo, consultar HERNÁNDEZ, Tosca (Comp.). *Anomia: normas, expectativas y problemas de legitimación social: comentario introductorio*. Washington: Instituto Oñati, 1995. p.13-23. Para Hernández, o conceito de anomia, nas sociedades modernas que convivem com a crise (econômica, política, social etc.) e uma certa desordem, volta a ter relevância heurística, pois se convive com a ambivalência (ordem-desordem, certeza-incerteza), revelando-se problemáticas as possibilidades de discernimento social, ante a existência de pluralidade de códigos, sistemas e referências. Nesse particular, Hernández afirma que a anomia significa ausência de regulamentação entre determinadas funções, quer dizer, corresponde a uma fase de desordem ou anarquia no curso da evolução social. Dito de outro modo, existe anomia quando as regulamentações vigentes não têm relação com o grau de desenvolvimento da divisão do trabalho, correspondendo, portanto, a uma etapa de evolução inacabada. Dessarte, a anomia enreda-se no âmbito das significações das expectativas sociais e das forças desintegradoras da modernidade tardia, que materializam as constantes crises de legitimidade da ordem. Em definitivo, na trilha de Hernández, pode-se dizer que o Estado, no afã de conter as tendências sociais desintegrantes, se vale da força direta, bem como de mecanismos de legitimação da ordem simbólica, para o qual são indispensáveis os meios de comunicação de massa hoje existentes. *Ibid.*, p. 15-21.

²⁶⁵ CÁRCOVA, op. cit., p. 61.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 165.

hiperdesenvolvimento) e o correlativo desemprego e efeitos deletérios na integração social. Daí por que se impõem os questionamentos: nas sociedades industrializadas do século XXI, o Direito conserva seu caráter geral, abstrato e formalizante? Constitui-se em uma fórmula de integração social? Os indivíduos são constituídos como sujeitos jurídico-políticos concebidos como livres e iguais perante a lei? As respostas de Cárcova às suas interrogações são esclarecedoras, asseverando que o Direito opera parcialmente, isso pelo desconhecimento generalizado, o que possibilita a preservação do poder, enlaçando a reprodução como efeito do seu desconhecimento. Disso decorre a opacidade do Direito, sua intransparência, que funciona como um requisito para escamotear uma ideologia geral, que ao fim, legitima e reproduz as formas de dominação social²⁶⁷. Em uma palavra, pelo Direito cristaliza-se e naturaliza-se o social, absolutizando o Direito. A lei não só opera como barreira à exclusão, senão que se inscreve em seus textos, compromissos materiais impostos pelos grupos dominantes aos dominados²⁶⁸.

Com efeito, é o neocapitalismo fragilizando o Estado Social de Direito e sua institucionalização jurídico-política, uma vez que o sistema neocapitalista se assimila, na feliz observação de Elías Díaz²⁶⁹, ao neofacismo tecnocrático, que se justifica pela eficiência, apelando à violência e ao poder totalitário para defender, a qualquer custo, o sistema capitalista e seus valores, com completo desprezo ao ser humano, implicando, de resto, a superação dos “velhos campos de concentração” pelos “novos campos de consumo neocapitalista”²⁷⁰. Como sinala Díaz, a imposição de forças ideológicas e econômicas confere uma cobertura formal a uma ditadura capitalista que pode colocar em perigo a liberdade e a democracia e, pois, o Estado Democrático de Direito²⁷¹. Ora, se o Estado de Direito é a institucionalização jurídico-política da democracia, convertendo em legalidade o sistema de valores

²⁶⁷ Ver POULANTZAS, Nicos. *O estado, o poder, o socialismo*. Tradução de Rita Lima. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 74-91. Como refere Poulantzas, “todos os sujeitos são iguais e livres perante a lei; o que já quer dizer, no discurso da lei (e não, escondido nele), que são realmente diferentes (como sujeitos-indivíduos), mas na medida em que essa diferença pode-se inscrever num quadro de homogeneidade. A lei capitalista não oculta apenas, como se diz frequentemente, as diferenças reais sob um formalismo universal; ela contribui para instaurar e sancionar a diferença (individual e de classe) em sua própria estrutura; erigindo como sistema de coesão e como organizador da unidade-homogeneização dessas diferenças. Aí a fonte das características da universalidade, formalidade e abstração da axiomática jurídica. Supõem agentes liberados de seus elos territoriais-pessoais das sociedades pré-capitalistas, ou mesmo escravocratas, na base de um direito constituído, no essencial, de estatutos, de privilégios e de costumes de castas-Estados, onde o político e o econômico estariam estreitamente ligados”. *Ibid.*, p. 85.

²⁶⁸ CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2006. p. 161-162.

²⁶⁹ Ver DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 1998. p. 126-127.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 127.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 129.

constitucionais (tendo a liberdade e a autonomia como base), forjando a legitimidade democrática e o império da lei, resta claro que o neocapitalismo neoliberal, que desbordou para uma sociedade de massas ou de consumo, deslegitima o Direito estatal, conferindo-lhe opacidade, já que os interesses gerais são substituídos pelas vontades das corporações²⁷².

E o produto dessa desigualdade de um poder econômico corporativo é um Estado forte com os débeis e demasiado débil com os fortes²⁷³. Dito de outro modo, a acumulação do neocapitalismo conduz a uma polarização sem precedentes e contestadas condições de vida, provocando tensões sociais explosivas para a classe empresarial e mercantil, que somente pode ser suprimida por um Estado potente, impiedoso e coercitivo²⁷⁴, isto é, um Estado cooperativo com o mercado, que funcionaliza suas políticas (de regra repressivas) em prol do mercado, com o objetivo de avalizar/permitir/garantir a segurança do domínio do mercado²⁷⁵.

A legitimidade do Direito moderno da sociedade industrial moderna esbarra em um obstáculo de natureza fundamental, qual seja, a discriminação parcial de parcelas consideráveis da população, que são excluídas dos sistemas prestacionais (*Leistungssystemen*), econômicos, jurídicos, políticos, educacionais etc., havendo uma subintegração, que é correspondente à marginalização. E dito fenômeno, como já notado, é fomentado pela política desregulamentadora de corte neoliberal, que culmina em não incluir, na comunicação dos sistemas funcionais, grandes contingentes populacionais.²⁷⁶ Não se trata de mera diferença de classe ou de estratificação social; ao contrário, o esquema inclusão/exclusão impõe-se como a *superestrutura* à estrutura da sociedade (metacódigo), que mediatiza todos os demais códigos, especialmente o do Direito. Dessarte, o Estado de Direito deslegitima-se, sacralizando o povo apenas no ritual eleitoral de cinco anos, uma vez que, na prática, se retira dos excluídos a dignidade humana, até mesmo a qualidade de seres humanos, o que se evidencia na atuação dos aparatos de repressão, que prima pela não aplicação sistemática dos direitos fundamentais, chegando à opressão ou ao assassinato.

²⁷² DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 1998. p. 93.

²⁷³ *Ibid.*, p. 93.

²⁷⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010. p. 31.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 31.

²⁷⁶ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 91-93.

Em suma, “na medida da sua dominação efetiva, a superestrutura constituída de superintegração/subintegração (inclusão/exclusão) deslegitima uma sociedade constituída não apenas no âmbito do Estado de Direito, mas já a partir de sua base democrática”²⁷⁷. Nesse estado da arte, as distorções do código inclusão/exclusão no campo do Estado de Direito assumem proporções desastrosas, pois os excluídos não são investidos de direitos, sendo a população “integrada” na condição de obrigada, acusada e não na condição de titular de direitos fundamentais, que não estão disponíveis aos grupos excluídos. Assim, “as normas constitucionais manifestam-se para eles quase só nos seus efeitos limitadores da liberdade, seus direitos de participação política aparecem -diante do pano de fundo da sua depravação integral- preponderantemente só no papel”²⁷⁸. É o fracasso da Constituição, que não consegue impor o seu código Direito/não Direito diante do metacódigo inclusão/exclusão, com sérios prejuízos à política e à sociedade, provocando uma outra exclusão, a saber, a exclusão de natureza jurídica²⁷⁹.

O jurista deve estar atento, portanto, à opacidade do Direito, que conduz à deslegitimação do Estado de Direito frente a determinadas categorias de sujeitos que não são incluídos pelo metacódigo, cumprindo, na feliz observação de Müller, o “fincar pé” no projeto constitucional de combater a exclusão primacial, interpretando, portanto, a Constituição “ao pé da letra”, contrariando certas tradições do passado^{280 281}.

No limite, é preciso ter presente que a utopia neoliberal produziu calamidades²⁸² no mundo afora, como consequência desejada ou indesejada, demarcando a irrupção do precário, do descontínuo, impreciso e informal,

²⁷⁷ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 95.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 95.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 101. Assiste razão a Müller, quando enfatiza que a exclusão social produz ressonância na exclusão de natureza jurídica, bem como que os juristas podem questionar essa exclusão e quebrá-la topicamente, advertindo que, pelo fato de as pessoas serem pobres, não significa que se possa torturá-las impunemente, nem matá-las.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 103.

²⁸¹ MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. Tradução de Peter Nauman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 19-36.

²⁸² GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Calamidades*. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 04 e seguintes, define calamidades como sinônimo de catástrofe, desastre, desgraça, miséria, dentre outras, que resultam de ações humanas intencionais, diferente de má sorte, infortúnio, que são consequência de atos voluntários não intencionais. Dessarte, calamidade se converte em um dano colateral da ação do homem. Nesse passo, segundo observação de Garzón Valdés, o século XX foi um século de calamidades paradigmáticas, pois presenciou duas guerras mundiais, a fome e a miséria da imensa maioria da humanidade, notando que no ano de 1998, o número total de mortos foi de 54 milhões, sendo que 18 milhões morreram de fome ou por enfermidades previsíveis, culminando, pois, na barbárie. *Ibid.*, p. 27.

solapando as bases da sociedade do pleno emprego. A sociedade atual apresenta-se sob outras vestes, como a multiplicidade, complexidade e insegurança, caracteres que podem ser resumidos em uma palavra: economia política da insegurança (ou sociedade do risco mundial)²⁸³. E esse processo de desregulamentação/ flexibilização da sociedade laboral transforma, rapidamente, a sociedade laboral em uma sociedade do risco, que não é mais calculado individualmente pelo indivíduo nem pelo Estado, perdendo-se no horizonte das consequências contraditórias da economia, política e sociedade, produzindo, em suma, a insegurança endêmica²⁸⁴. O coletivo do trabalho é dissolvido, uma vez que a força laboral recebe uma administração fluída e individualizada, restando as trajetórias profissionais móveis e flexíveis. Com isso, vão se embora as convenções coletivas, os direitos sociais do trabalho e o sistema de proteção garantidos por lei, bem como as instâncias de proteção, que, por muito tempo, permitiram um certo domínio sobre a incerteza. Dessarte, com a desarticulação dos sistemas coletivos de proteção, aparece a insegurança social²⁸⁵. Todavia, essa degradação social ou dessocialização dos indivíduos provoca o “retorno das classes perigosas”, ou seja, os excluídos ou a excedência, que, de comum, têm o fato de compartilharem a mesma carência e que se definem em função de uma base negativa, contribuindo, sobremaneira, para o desenvolvimento da dimensão coletiva da insegurança²⁸⁶.

O problema dessa situação diferencial provocada pelo fato de não ter futuro é o ressentimento suscitado nos membros das categorias sociais da excedência, que se nutre do sentimento compartilhado da injustiça, que experimentam tais grupos sociais, que tende a explodir em violência e, que, de outro lado, fomenta um deslizamento do Estado social a um Estado de (in)segurança²⁸⁷. É a dissolução social causada pela erosão dos sistemas de

²⁸³ BECK, Ulrich. *Un nuevo mundo feliz: la precariedad del trabajo en la era de la globalización*. Tradução de Bernardo Moreno Carrillo. Barcelona: Paidós, 2007. p. 9-12.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 12.

²⁸⁵ CASTEL, Robert. *La inseguridad social: que es estar protegido?* Buenos Aires: Manantial, 2004. p. 57-62.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 63.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 63-77. O acerto da observação de Castel repousa no fato de que o retorno das classes perigosas está intimamente ligado à crise do estado social e à retirada das garantias laborais da sociedade. Ora, a vulnerabilidade social e a descartabilidade provoca ressentimentos e, pois, o retorno de classes perigosas, que correm o risco de, em uma simplificação, serem gestadas como delinquência, por meios repressivos, de duvidosa eficácia, como “tolerância zero”, como um curto-circuito simplificador do complexo tema da insegurança. Não se pode esquecer, como refere Castel, que o desemprego, as desigualdades sociais e o racismo também estão na origem do sentimento de insegurança. Ver, *Ibid.*, p. 72-73.

proteção, a discriminação negativa²⁸⁸, eclodindo um estado de insegurança ou uma nova geração de riscos.

²⁸⁸ CASTEL, Robert. *A discriminação negativa: cidadãos ou autóctones?* Tradução de Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2008. Conforme Castel, a discriminação negativa tem a ver com um tratamento diferencial, e não com um tratamento igualitário dos indivíduos. A diferença funciona como um estigma; a cor da pele ou a consonância do nome deflagram suspeição e a rejeição, marcando o seu portador como um defeito quase indelével. E, como exemplo de discriminação negativa, Castel convoca às mudanças das políticas de imigração e sua “etnização”, que se converteram em classe perigosas. Ver, p. 60-74. É por isso que a imigração, na atualidade, na dicção de Beck, é uma mobilidade não desejada e que se combate e se criminaliza. Consultar BECK, Ulrich. *Un nuevo mundo feliz: la precariedad del trabajo em la era de la globalización*. Tradução de Bernardo Moreno Carrillo. Barcelona: Paidós, 2007. p. 46-47.

3 A PÓS-MODERNIDADE E A O RISCO: COMPONENTES SOCIOLÓGICOS DA COMPLEXIDADE MODERNA

O marco temporal pós-modernidade²⁸⁹ provoca dissensos, uma vez que não se sabe se a humanidade se encontra em um estágio avançado e posterior à sociedade industrial moderna²⁹⁰. Com efeito, para uns, a sociedade atual continua sendo uma sociedade que se encontra sob o signo da modernidade e, pois, hipermoderna, enquanto que outros sinalizam que a marca epocal diz com a modernidade tardia^{291 292}. Dessarte, não há consenso quanto ao fato de a sociedade ser moderna ou pós-moderna, nem convergência sobre o fato de que se tenha passado pelo estágio da modernidade, ou seja, se efetivamente existe a chamada pós-modernidade²⁹³. Giddens²⁹⁴, nesse particular, refere que a modernidade pode

²⁸⁹ EAGLETON, Terry. *As ilusões do pós-modernismo*. Tradução de Elisabeth Barbosa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 07, refere que a pós-modernidade é uma linha de pensamento que questiona as noções clássicas da verdade, razão, identidade e objetividade, a ideia de progresso e emancipação universal, sistemas únicos, enfim, os fundamentos definitivos ou grandes narrativas. De outras, conceitua o pós-modernismo como expressão que se refere, em geral, a uma forma de cultura contemporânea, que diz com uma arte superficial, descentrada, infundada, autorreflexiva, pluralista. Por fim, o autor alude que usa o termo pós-modernismo para abranger as duas coisas, isto é, para falar de um certo tipo de cultura e, também, para tratar de uma época de um capitalismo transformado, da descentralização da tecnologia, do consumismo etc. Finaliza, dizendo que o pós-modernismo não significa, unicamente, que se abandonou, de vez, o modernismo, mas, sim, que se percorreu à exaustão até se atingir uma posição profundamente marcada por ele, devendo haver um pré-pós-modernismo. *Ibid.*, p. 08.

²⁹⁰ Segundo HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 168 e seguintes, a expressão “moderno” possui uma conotação de descontinuidade proposital do novo diante do antigo, sendo que, na Europa, moderno expressava a consciência de uma nova época, notando que, com o Renascimento, é que o período moderno teve início (século XVIII), uma vez que se rompeu com uma tradição até então presente (a grega). E, em definitivo, conforme Habermas, com a revolução Francesa e o Iluminismo, houve uma ruptura, surgindo o mundo moderno em oposição ao antigo, que se abre, de forma radical, ao futuro e à pressão do tempo, estabilizando-se sob o único fundamento que restou, a saber, a razão.

²⁹¹ LEWKOWICZ, Ignacio. *Pensar sin Estado: la subjetividad em la era de la fluidez*. Buenos Aires, Barcelona: Paidós, 2004. p.45-46, entende que ganhamos muito se substituímos pós-modernidade por modernidade tardia, notando que algo muda, muito especialmente pela decomposição dos valores antigos. Por isso, prefere a entidade modernidade tardia para indicar que estão se decompondo os valores que estruturaram a experiência moderna de um mundo, mas que ainda não afloraram princípios organizativos da outra experiência. Vive-se, segundo Lewkowicz, uma modernidade decadente ou invertida. Não é que se habita em outro mundo, mas, sim, o esgotamento dos dispositivos institucionais da modernidade, em um mundo desordenado, no qual o discurso já não pensa, defende-se, por meio de bloqueios institucionais.

²⁹² Nesse sentido, também é o pensamento de STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 21-30. Para Streck, a modernidade tardia, especialmente para os países da América Latina e Brasil, relaciona-se com a ausência do Estado social, isto é, diz com uma região que não vivenciou a etapa do Estado-providência ou *welfare state*. Nas palavras de Streck, “no Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um simulacro de modernidade. Como muito bem assinala Eric Hobsbawm é ‘um monumento à negligência social’, ficando atrás do Sri Lanka em vários indicadores sociais, como mortalidade e alfabetização, tudo porque o Estado, no Sri Lanka, se empenhou na redução das desigualdades. Ou seja, em nosso país, as promessas da modernidade ainda não se realizaram”. *Ibid.*, p. 24-25. Consultar, ainda, STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2007. p. 01-15.

²⁹³ WALLERSTEIN, Immanuel. *Após o liberalismo: em busca da reconstrução do mundo*. Tradução de Ricardo Anibal Rosenbusch. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 113-150, ensina que o termo pós-modernismo é uma doutrina

ser entendida como a aproximação do mundo industrializado²⁹⁵, com o emprego da força material e a maquinaria da produção²⁹⁶. Segundo ele, o mundo moderno é um mundo em disparada, notadamente pela ausência de separação de tempo e espaço, o que não acontecia nas ordens pré-modernas ou tradicionais, nas quais a vida social era influenciada por práticas e conceitos preestabelecidos, provocando um “desencaixe” das instituições sociais, apartando as iterações das práticas locais²⁹⁷.

No entendimento de Habermas²⁹⁸, a modernidade é um projeto inacabado²⁹⁹,

anunciatória da rejeição da modernidade tecnológica. Nesse passo, Wallerstein refere a existência de duas modernidades concorrentes: a tecnológica e a da libertação. Com efeito, segundo o autor, o conceito do moderno sempre foi mais antagônico do que afirmativo, representando, em suma, “o presumível triunfo da liberdade humana contra as forças do mal e da ignorância. Era uma trajetória de progresso tão inevitável quanto a do avanço tecnológico. Mas não era um triunfo da humanidade sobre si mesma, ou sobre os privilegiados, era, sim a modernidade da libertação, da democracia real (o governo do povo em contraposição ao da aristocracia, ou seja, dos melhores), da realização humana e, sim moderação. Esta modernidade da libertação não era fugaz, era eterna. Tendo sido alcançada, jamais se deveria abrir mão dela”. Ibid., p 134. Ocorre que, com a grande recessão dos anos 70-80, os orçamentos estatais sofreram severo arrocho, causando-se efeitos negativos no bem-estar social, especialmente nas zonas periféricas e semi-periféricas. Sobrevém a mitologia do “mercado livre”, e não mais se garante a retórica modernidade da libertação. Isso, conforme o pensamento de Wallerstein, causa uma tensão entre a modernidade tecnológica e a modernidade da libertação. Diz ele: “Entre 1500 e 1800, as duas modernidades pareciam estar atreladas. De 1789 e 1968, o conflito latente entre elas foi mantido sob o controle pela bem-sucedida tentativa da ideologia liberal de fingir que as duas eram iguais. A máscara caiu em 1968. Desde então, as duas travam uma luta aberta”. Ibid., p. 149.

²⁹⁴ BECK, Ulrich; GIDDENS, Antony; LASH, Scott. (Org.) *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997.

²⁹⁵ Do mesmo sentir, HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação do capitalismo tardio*. Tradução de Vamirech Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. p. 30 e seguintes, quando sinala que atrás do exame das tendências de crise nas sociedades de capitalismo tardio e pós-capitalistas, está a exploração das possibilidades da sociedade pós-moderna. Dessa forma, o capitalismo tardio ou idoso, que corresponde à pós-modernidade, representa a superação da sociedade de formação primitiva, estruturada no parentesco; da formação tradicional, que aparece sob o signo do crescimento do aparelho burocrático de autoridade e a propriedade dos meios de produção, e, da formação social-liberal-capitalista, cujo princípio da organização social é o relacionamento de trabalho assalariado e o capital, que se ancora num sistema de direito civil burguês. Essa fase corresponde à era do mercado mundial global e a uma sociedade civil diferenciada do sistema político-econômico, pois o mercado é autorregulativo.

²⁹⁶ Nesse sentido, ver JAMESON, Fredric. *Uma modernidad singular: ensayo sobre la ontologia del presente*. Tradução de Horacio Pons. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 22, quando afirma que a modernidade sempre teve algo a ver com a tecnologia e progresso, referindo que “el único significado semântico satisfatório de la modernidade está em su asociación com el capitalismo”.

²⁹⁷ Veja-se, nesse sentido, GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrol: o que a globalização está fazendo de nós*. Tradução de Maria Luiza X de A. Borges. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 18-23, quando refere que a globalização é um movimento revolucionário, que não se traduz tão só em movimentos econômicos, mas que é política, tecnológica e cultural, tanto quanto econômica, constituindo o pano de fundo das mudanças experimentadas pela modernidade. Nesse particular, aduz Giddens: “É errado pensar que a globalização afeta unicamente os grandes sistemas, como a ordem financeira mundial. A globalização não diz respeito apenas ao que esta ‘lá fora’, afastado e muito distante do indivíduo. É também fenômeno que se dá ‘aqui dentro’, influenciando aspectos íntimos e pessoais de nossas vidas”, Ibid., p. 22.

²⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução de Ana Maria Bernardo et al. Lisboa: Dom Quixote, 2000. p. 11-14. Para Habermas, modernização relaciona-se “a um feixe de processos cumulativos que se reforçam mutuamente: à formação de capital e à mobilização de recursos, ao desenvolvimento das forças produtivas e ao aumento da produtividade do trabalho, ao estabelecimento de poderes políticos centralizados e à formação de identidades nacionais, à expansão de direitos de participação política, de formas urbanas de vida e de formação escolar formal, refere-se à secularização de valores e normas, etc”.

²⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. La modernidad, un proyecto incompleto. In: HABERMAS, Jürgen et al. (Org.). *La posmodernidad*. Tradução Jordi Fibla. 6. ed. Barcelona: Kairós, 2006. p. 19-36. No pensamento habermasiano, o projeto da modernidade ocorre quando a razão substantiva expressada na religião e metafísica separam-se, dividindo-se em três esferas autônomas, a saber: a ciência, a moral e a arte. Também refere que o descontentamento com o momento diz com o fato de que as esferas da ação comunicativa, responsáveis pela reprodução e transmissão de valores, são penetradas por uma forma de modernização

tema polêmico, multifacetado, que se apresenta com o desenvolvimento das sociedades modernas, que se organizaram ao redor da empresa capitalista e do aparelho burocrático do Estado. No projeto de modernização do mundo, o cotidiano foi arrebatado pela racionalização cultural e pela social, que dissolveram as formas de tradicionais de vida, causando uma modernização do mundo da vida, numa nova socialização para a formação de identidades do eu abstratas e, portanto, individualizadas³⁰⁰. Enfim, conforme o pensamento de Habermas, a idade moderna diz com a revolução, progresso, emancipação, que romperam radicalmente com as formas de vida e tradições anteriores, implicando uma nova subjetividade (liberdade e reflexão), que se expressa no individualismo e autonomia de agir; daí a autorrelação do sujeito cognoscente³⁰¹ e a atitude especulativa, peculiar a uma nova ciência que se instaura. Aqui, prepondera o princípio da regulação moderna, que se baseia no elemento do mercado, aliado à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência³⁰².

Num sentido oposto, manifesta-se Raffaele de Giorgi, sustentando que não se vive numa sociedade diversa da modernidade, até porque, segundo ele, não se vive no futuro, e sim, no presente, sendo que “as condições da modernidade” foram realizadas e, por isso mesmo, delineiam-se novas condições evolutivas da sociedade. Consequentemente, torna-se necessário observar a sociedade contemporânea como um sistema que é o resultado da sua evolução [...]”³⁰³ A

econômica e administrativa, que coloniza o mundo da vida. Nesse sentido, Habermas fala que o projeto da modernidade, formulado no século XVIII pelos filósofos da Ilustração, consistiu em esforços para desenvolver uma ciência objetiva, uma moralidade e leis universais e uma arte autônoma. Pretendia, ainda, liberar os potenciais cognitivos de cada um desses domínios, aproveitando-se da acumulação de uma cultura especializada, buscando uma organização racional da vida social cotidiana. Todavia, segundo Habermas, o século XX demoliu o otimismo existente com relação ao projeto da Ilustração, com a diferenciação e autonomia da ciência, moralidade e arte, agora tratadas por especialistas e apartadas da hermenêutica da comunicação cotidiana. Entretanto, entende que a debilidade do projeto não pode representar que seja uma causa perdida, mas sim que deve ser corrigido o rumo a ser tomado, daí o porque de que a modernidade tratar-se de um projeto inacabado.

³⁰⁰ Uma crítica do projeto civilizatório moderno, que se relaciona intimamente com a barbárie, é dada por TODOROV, Tzvetan. *El miedo a los bárbaros: Mas allá del choque de civilizaciones*. Tradução de Noemi Sobregués. Barcelona: Galaxia Gutenberg; Círculo de Lectores, 2008. p. 29-79.

³⁰¹ HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução de Ana Maria Bernardo e outros. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2000. p. 276 e seguintes, quando sugere que a modernidade implantou o paradigma do conhecimento de objetos, ou seja, da razão centrada no sujeito, e que deveria ser substituído pelo paradigma da compreensão. Ver p. 131-155.

³⁰² Uma abordagem crítica da regulação moderna é dada por SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 76-110, para quem, no campo da regulação moderna, o princípio do mercado atingiu pujança sem precedentes, extrapolando do econômico, colonizando o princípio do Estado e da comunidade, restando o cidadão esmagado pelo conhecimento jurídico e hermético. Do mesmo autor, consultar *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 284-327.

³⁰³ DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 36.

sociedade moderna, portanto, para De Giorgi, representa a sociedade atual na sua linha evolutiva, permeada por um “potencial de complexidade”, que é fruto das “condições da modernidade”³⁰⁴.

Dessa forma, pode-se afirmar que a expressão pós-moderno mobiliza diversos matizes, que são contraditórios, que vão da admissão à repulsa do termo³⁰⁵. Por vezes, o termo é relacionado com as promessas civilizatórias não cumpridas e o “mal-estar”³⁰⁶ que isso tem causado à humanidade³⁰⁷. Touraine³⁰⁸,

³⁰⁴ DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 36.

³⁰⁵ BECK, Ulrich. *Liberdade ou capitalismo*. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2003. p. 18-19, adota o termo “Segunda Modernidade” no lugar da pós-modernidade, referindo: “Nos anos 80, os teóricos da Pós-modernidade, sobretudo os filósofos franceses, dominaram a cena e decretaram o fim das grandes narrações dos mestres do Iluminismo, do marxismo, que anunciavam a verdade científica e, com essa provocação, fizeram a pergunta: Nós ainda vivemos na *grande narration* da Modernidade? Podemos continuar desenvolvendo assim o potencial de idéias, o otimismo, o esboço, o projeto, a política que a Modernidade desenvolveu? Os próprios modernizadores disseram que isso era perfeitamente possível, pois a Modernidade sempre foi a sua própria crise... conflitos, que questionavam a estabilidade da Modernidade, de modo que não estamos diante de uma situação nova: a Pós-Modernidade já é a própria origem do mundo moderno, ao passo que a Modernidade sempre foi sua Pós-modernidade”. Com efeito, para Beck, o termo pós-modernidade, pelo fato de se divorciar da ciência, nos deixa ao desamparo, uma vez que não nos ajuda a fornecer novos conceitos para a análise e compreensão da sociedade; por isso é que propõe o termo “comunhão de modernidades”, sistematizando o seu entendimento da seguinte forma: “A Primeira Modernidade. Características da Primeira Modernidade, como já dissemos, são, em primeiro lugar, as sociedades do Estado nacional e, em segundo, as sociedades grupais coletivas. Ademais, a sociedade da Primeira Modernidade baseia-se numa clara distinção entre a sociedade e a natureza. E pressupõe que esta é uma fonte inesgotável de recursos para o processo de industrialização, natureza como mero conceito daquilo que é estranho, daquilo que está fora da sociedade e precisa ser controlado”. *Ibid.*, p. 23. A modo de sintetizar, para Beck, a Primeira Modernidade relaciona-se com a época do capitalismo industrial do pleno emprego, que se cercou ao redor do Estado nacional. Já a sociedade da Segunda Modernidade ou “modernização reflexiva” tem a ver com a globalização financeira neoliberal e o cosmopolitismo, enfim, com a sociedade do risco. Consultar obra citada, p. 22-23.

³⁰⁶ Ver BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 20. Bauman ensina que a modernidade informa o surgimento de uma nova ordem, podendo ser definida, “como a época, ou o estilo de vida, em que a colocação em ordem depende do desmantelamento da ordem “tradicional”, herdada e recebida: em que ser significa um novo começo permanente.” Cuida-se de um novo mundo, notoriamente instável e hostil a qualquer coisa constante. Nele há uma mudança de disposição ao mercado e ao consumidor, criando um “verdadeiro teste de pureza”. Como diz BAUMAN, “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 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”. *Ibid.*, p. 23. Consultar também BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 33-45. Para Bauman, a mente moderna nasceu juntamente com a ideia de que o mundo pode ser transformado, bem como da rejeição do mundo tal qual ele é. Por isso a mudança deve ser compulsiva, pois a condição moderna é estar sempre em movimento. Dessarte, a modernidade é uma condição da produção compulsiva e viciosa em projetos, só que, onde há projeto, há refugio ou dejetos indesejados, no caso os consumidores falhos. E a forma que a modernidade dispõe para manter a ordem é a norma, que proíbe e exclui. Nesse passo, razão assiste a Bauman que considera que o convite à universalidade da lei é cínico, pois a inclusão que faz do excluído se dá por meio de sua retirada. Desse ponto de vista, a exclusão é um ato de autossuspensão, na medida em que a lei limita sua preocupação com o marginalizado/excluído para mantê-lo fora do âmbito do domínio governado pela norma (*homo sacer* ou refugio humano). De relevo, de igual sorte, consultar a obra de ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 96-119. Conforme Rouanet, em nossos dias, pode-se falar num mal-estar moderno ou mal-estar na civilização *Unbehagen*, que se manifesta como um grande ressentimento contra a civilização, isto é, na rejeição do projeto progressista iluminista. Com efeito, esse projeto se daria através de um conjunto de valores e ideais, consubstanciados em tendências como o racionalismo, o individualismo e o universalismo. Assim, emancipar significa racionalizar, valendo-se da ciência para tornar

nesse sentido, afirma que a sociedade pós-moderna é uma sociedade pós-industrial, que deu ênfase à ciência e à questão tecnológica, e que hoje se configura como uma sociedade centrada na troca de informações. Nela, segundo Touraine, a ciência levou à “desmodernização” (reverso da modernização), que representa a perda do controle de si mesmo, pela combinação do crescimento econômico e do individualismo moral com a destruição de subjetividades pelo imperialismo econômico^{309 310}.

De outro lado, centrando o foco na comunicação alavancada pela tecnologia da informação, especialmente pela internet, a sociedade pós-industrial, típica da modernidade, é denominada por Manuel Castells³¹¹ como a sociedade da informação, que, num mundo conectado, funciona em rede. Nela, a fonte da produtividade e da competitividade estaria no controle e processamento da informação e nos meios de comunicação³¹².

Do exposto, tem-se que pós-modernidade representa a passagem da sociedade

mais eficazes as instituições econômicas, sociais e políticas. De outro lado, o mal-estar da civilização manifesta-se, em uma primeira instância, sobre o irracionalismo, o holismo e o particularismo, sendo que seria importante cuidar das privações pulsionais exigidas de alguns grupos de homens e as exigidas de todos.

³⁰⁷ Ver GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 24, para quem a modernidade mobiliza emoções e é significativa que “possua quanto forem os pensadores e os jornalistas”, daí a falta de uniformidade quanto ao conceito. Refere, ainda, no que diz com os sentimentos a respeito do termo, a existência “tanto do sentido de uma adesão como da rejeição do pós-moderno, como se tratasse de uma nova crença. Aqueles que são contra a ideia de pós-modernidade costumam afirmar permanência (ou “inacabamento”) da modernidade, associando alguma ideologia conservadora à postulação da pós-modernidade geralmente a ideologia do “fim das ideologias”. GUERRA FILHO destaca que o que caracteriza a sociedade pós-moderna, como um período histórico em que se vive, é a informação, adotando, nesse sentido, o pensamento de Manuel Castells, ver. p. 26.

³⁰⁸ TOURAINE, Alain. *O pós socialismo*. Tradução de Sonia Goldfeder e Ramon Americo Vasques. São Paulo: Brasiliense, 2004. p. 96-117, quando refere a existência de uma “sociedade programada”, que foi gerada pela mudança nas formas de produção capitalista.

³⁰⁹ TOURAINE, Alain Touraine. *Crítica da modernidade*. 7. ed. Tradução de Elia Ferreira Edel. Rio de Janeiro: Vozes, 2002. p. 334-342.

³¹⁰ BAUDRILLARD, Jean. El extasis de la comunicación. In: FOSTER, Hal (Coord.). *La posmodernidad*. España: Kairós, 2002. p. 187-197, nesse contexto, particulariza o momento pós-moderno como um modo “esquizofrênico” de espaço e tempo, uma vez que, na era da comunicação instantânea, só se vive, e intensamente, o presente, não havendo espaço para a história, e, pois, para o passado e o futuro. De igual sorte, vive-se sob o signo do consumo, em uma transição de uma sociedade em que os objetos (bens) possuíam valor comercial de uso ao valor de um signo, ou seja, o consumo passa a ser dotado de significantes.

³¹¹ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura*. Tradução Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2008. v. 1, p. 71-113. Também do mesmo autor: *Fim do milênio*. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venâncio Majer. 2 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. v. 3, p. 416-437. Para Castells, a era da informação constitui-se no lapso de tempo do século XX, sendo que a revolução da tecnologia da informação acentuará seu processo transformativo no decorrer do século XXI, que será marcado pela conclusão da infovia global, pela telecomunicação móvel e pela capacidade de informática, difundindo o poder da informação. Também, segundo ele, será o século do pleno progresso da revolução genética, com a informação penetrando nos recantos da vida, com manipulações substanciais na matéria viva do homem.

³¹² Nesse sentido, é o pensamento de VATTIMO, Gianni. *La sociedad transparente*. Tradução de Teresa Oñate. Barcelona: Paidós, 1990. p. 73, para quem o termo pós-moderno, se tem algum sentido, se enlaça com o fato de que a sociedade em que vivemos é uma sociedade da comunicação, isto é, a sociedade dos *mass media*.

antiga para a moderna (ou a evolução de uma para a outra), que teria iniciado no século XVIII, embora muitos autores a datem nos idos dos anos de 1950 à década de 70, e que se relaciona com evolução, progresso, desenvolvimento, globalização econômica, mundialização da economia, promovendo, dessarte, uma ruptura com a ordem social existente até então, no caso a tradicional. E isso desencadeou um processo de fragmentação, com o fim dos grandes relatos herdados do Iluminismo francês³¹³ e do Romantismo do Século das Luzes, ante o “desencantamento da sociedade”³¹⁴. Nesse diapasão, Jean-François Lyotard refere que

[...] se considera pós-moderna a incredibilidade em relação aos metarrelatos. É, sem dúvida, um efeito do progresso das ciências; mas este progresso, por sua vez, a supõe. Ao desuso do dispositivo metanarrativo de legitimação corresponde, sobretudo a crise da filosofia metafísica e a instituição universal que dela dependia.³¹⁵

A condição pós-moderna correlaciona-se com o fim das metanarrativas e dos grandes discursos emancipatórios, pois, num momento de fragmentação há, sim, pluralidade de relatos ou de pequenos relatos, não se podendo mais socorrer-se da dialética do espírito (e, pois da subjetividade e consciência do *cogito* de Descartes) e da emancipação da humanidade³¹⁶. A fragmentação moderna enfraqueceu a pretensão de universalidade dos grandes relatos. Os novos ares são de individualismo exarcebado (sociedade de consumo de que fala Jean Baudrillard) e projetos pessoais de vida e de pluralismo jurídico. O cenário é, portanto, de fragmentação e de descentralização do mundo, com a relativização

³¹³ Segundo VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade: Niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 06, a modernidade pode ser caracterizada como ideia da história do pensamento como uma iluminação progressiva que se desenvolve na base da apropriação e na reapropriação cada vez mais plena dos “fundamentos”, bem como nas “origens” das revoluções teóricas e práticas da história ocidental. Em suma, para Vattimo, a modernidade, tendo como fundamento o desenvolvimento progressivo, preocupou-se com o problema da recuperação e da apropriação do fundamento-origem, que passa a ser posto em discussão. Assim, o pós-moderno indica uma despedida da modernidade, na medida em que quer fugir das suas lógicas de desenvolvimento, sobretudo da ideia de superação crítica em direção a uma nova fundação. *Ibid.*, p. 07.

³¹⁴ Ver LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983. p. 27, quando, focando na necessidade da construção de uma nova sociologia do direito para as sociedades complexas, alude que “o desencantamento do mundo, a constituição de uma relação mais relacional com o mundo e notadamente o erigir de uma economia “capitalista” têm no direito suas condições e consequências. O direito tem que ser reconstituído, abandonando qualidades em princípios materiais (estabelecidas em termos de conteúdo ético, eudemonista ou utilitário) e adquirindo qualidades em princípios formais (abstratamente especificadas em termos conceituais, de praticabilidade processual ótima).

³¹⁵ LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 9. ed. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006. p. 16.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 111.

dos dogmas e metanarrativas. Como aduz David Harvey, o pós-moderno privilegia a heterogeneidade e a diferença: “A fragmentação, a indeterminação e a intensa desconfiança de todos os discursos universais ou (para usar um termo favorito) “totalizantes” são o marco do pensamento pós-moderno.”³¹⁷.

Dessarte, com Vattimo³¹⁸, que seguindo os ensinamentos de Nietzsche e Heidegger, se pode dizer que um dos conteúdos característicos da filosofia do século XIX-XX diz com a negação das estruturas estáveis do ser³¹⁹, isto é, trata-se de uma etapa epocal de crise da verdade ou das certezas não precárias. Dito de outro modo, a pós-modernidade, para a filosofia, diz com a dissolução da estabilidade do ser³²⁰, dos seus fundamentos metafísicos, até porque o discurso da modernidade sempre esteve relacionado com as características de progresso e superação. Nesse contexto, o pós-moderno não é só novidade com relação ao moderno, mas também representa a dissolução da categoria do novo, no caso, a experiência do “fim da história” (o caso do projeto progressista ocidental). A modo de síntese, para Vattimo, a pós-modernidade não implica ruptura da unidade, mas, sim, um novo momento histórico que se relaciona com a crise³²¹ dos fundamentos

³¹⁷ HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. Tradução Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 17. ed. São Paulo: Loyola, 2008. p. 19.

³¹⁸ VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 07.

³¹⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo: parte I*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, especialmente p. 27-41, quando Heidegger afirma que, com o progresso da “metafísica” e suas estruturas estáveis, é responsável pelo “esquecimento do ser”, colocando, portanto, a questão do sentido do ser (“primado ontológico da questão do ser”), o que, segundo o autor, passa por uma revisão da ontologia centrada na ciência e seu método dedutivo. Ver, de igual sorte, HEIDEGGER, Martin. *Os conceitos fundamentais da metafísica: mundo, finitude, solidão*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 13-69. Nesse passo, Heidegger assevera que a metafísica touxe duas questões: a primordial: técnica; a ulterior: conteúdo, Ver p. 48 e seguintes. Por fim, ver HEIDEGGER, *Introdução à metafísica*. Tradução de Mário Matos e de Berhardt Sylla. Lisboa: Instituto Piaget, 1987. p. 09-69. Nas palavras do próprio Heidegger, “contudo, no horizonte da metafísica e raciocinando-se segundo os seus parâmetros, pode considerar-se a questão do Ser como tal apenas como uma repetição mecânica da questão do ente como tal. A questão do Ser como tal constituiria então apenas uma questão transcendental entre as outras, embora pertencendo a uma ordem superior. Tal desvio interpretativo da questão do ser como tal obstruiria, porém, o caminho para um desenvolvimento apropriado dessa questão, pois a 'questão do ser' no sentido da questão metafísica do ente como tal faz é precisamente não questionar o Ser tematicamente. Esse permanece esquecido”. Ibid., p. 26-27.

³²⁰ HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Marcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 170 e seguintes, ensina que a filosofia moderna desde Descartes havia se concentrado na subjetividade e na autoconsciência. A razão encontrava explicação nos termos de autorreferência a um sujeito do conhecimento que, como se debruça sobre si mesmo, para avistar como em uma imagem de espelho o seu sujeito como um que conhece. O espírito toma posse de si com base em uma autorreflexão que abarca a consciência como uma esfera não tanto de objetos, mas, sim, antes, de representações (*Vorstellungen*) de objetos. Ibid., p. 170.

³²¹ Segundo HABERMAS, Ibid., p. 171-172, a modernidade possui o seu lugar na estrutura da razão, encontrando explicação no princípio da subjetividade, que possui, ao mesmo tempo, um sentido universalista e individualista, enquanto que a pós-modernidade diz com a “crise” relacionada com a autocertificação crítica da modernidade, podendo-se falar, nessa nova consciência temporal, de “crítica” e “crise”. E isso ocorre pelo fato de que a consciência moderna se vê confrontada com uma nova complexidade, sendo desafiada a resolver novos problemas, mormente da constante antecipação do futuro, o que ocorre de forma temerária, tornando o presente intranquilo. De outro lado, Habermas sustenta que a crescente complexidade social “anda de mãos dadas com uma diferenciação e concomitante quebra da tradição de um mundo da vida que perde de modo perturbador os

metafísicos e do seu projeto de modernização da sociedade³²².

Dessarte, cumpre à filosofia, parafraseando Habermas, tentar “compreender conceitualmente as corporificações ambivalentes da razão na sociedade, ou seja, nas ordens sociais da família, da economia de mercado e do Estado nacional³²³”, sob pena de a ambivalência social ser totalmente apagada por uma imagem niveladora-totalizadora da sociedade, o que é funcionalizado pela indústria cultural e pelos meios de comunicação de massa³²⁴.

De outras, a pós-modernidade caracteriza-se pela existência da sociedade capitalista tardia³²⁵, da mercadorização totalizada em simulacros e esgotamento crítico das ideologias. Com efeito, há uma imposição do mundo técnico, especialmente da tecnologia da informação e sua perversão midiática das ideologias, apontando no sentido de uma nova e radical experiência humana. Em uma palavra, a modernidade tardia é demarcada pelo império da técnica, ou seja, da *Gestell* heideggeriana³²⁶. E a *Gestell* provoca o debilitamento do ser, uma vez que o homem é dominado pela técnica, daí o porquê de Vattimo advertir para o fato de que “o acesso às chances positivas que, pela própria essência do homem, se encontram nas condições de existência pós-modernas só é possível se levados a sério os êxitos da 'destruição da ontologia' realizada por Heidegger e, antes dele, por Nietzsche³²⁷”. O homem e o ser não podem mais ser pensados metafisicamente, em termos de estruturas estáveis que impõem ao pensamento, o que se torna possível na desvalorização dos valores supremos. Com efeito, a autocompreensão crítica da modernidade pede uma outra aproximação, sendo que, nesse sentido, Heidegger e Wittgenstein oferecem um conceito alternativo de razão e um novo

seus traços de confiança, de transparência e de fidelidade que absorvem a contingência. A partir dessa perspectiva defensiva, a modernidade 'que irrompe' é percebida inicialmente como um ataque à eticidade de uma forma de vida socialmente integrada como uma energia de desintegração social”. *Ibid.*, p. 172.

³²² VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 14.

³²³ HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Marcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 175.

³²⁴ *Ibid.*, p. 180.

³²⁵ HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. 2. ed. Tradução de Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. p. 36-37. No pensamento habermasiano, na época atual de capitalismo maduro ou idoso, temos uma sociedade diferenciada em termos de política, economia e sociedade civil, o que leva a uma “anonimização” da dominação de classe, libertando o sistema econômico do sistema político, dando azo ao surgimento e legitimação de outros subsistemas integrativos, que são dotados de tarefas integrativas sistêmicas. Todavia, nessas conquistas, há suscetibilidade de crises no sistema social, especialmente pelos problemas de condução, que, de resto, são ameaçadores da identidade.

³²⁶ VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 13.

³²⁷ *Ibid.*, p. 13.

caminho da crítica da razão, que não confia mais na força totalizante da razão³²⁸. E isso ocorre pelo fato de que “a razão é novamente igualada às operações de um entendimento objetivador e manipulador, ao pensar objetivador e manipulador, ao pensar representador e à abstração filosófica, a violência da disposição (*Verfügungsgewalt*).”^{329 330}.

Com efeito, é preciso um esforço para superar a imposição técnica (*Gestell*) do capitalismo tardio, que obnubila a subjetividade sub-rogante, produzindo alienação³³¹, reduzindo tudo a valor de troca, isto é, sob o domínio do objeto, em prejuízo do domínio do sujeito, que nada mais é do que o decaimento do ser, que é apropriado pelos entes, num sentido efetual da massificação e “midiatização” do político³³². O período, dessa forma, retrata a crise dos fundamentos (o ocaso da metafísica e de seus grandes relatos³³³), o que se relaciona com a crise do

³²⁸ A afirmação é de HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 182.

³²⁹ *Ibid.*, p. 182.

³³⁰ Ver HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*. Tradução de Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães, 1985. p. 67 e seguintes. Conforme Heidegger, “a essência do materialismo enconde-se na essência da técnica. A técnica é, em sua essência, um destino ontológico-histórico da verdade do ser, que reside no esquecimento... a técnica funda-se na história da metafísica”. Com isso, no pensamento de Heidegger, perde-se a essência do homem que é sua *humanitas*, que deveria ser apreendida de forma radical e que, sob o império da metafísica, perdeu seu sentido. No seu pensamento, “o ser perdeu o sentido, pela convicção de que a essência do humanismo é de caráter metafísico e isto significa, agora, que a Metafísica não só coloca a questão da verdade do ser, mas a obstrui, na medida em que a Metafísica persiste no esquecimento do ser”. *Ibid.*, p. 72-73. Ver, no trato da temática, ESPOSITO, Roberto. *Bíos: biopolítica y filosofía*. Buenos Aires: Amorrortu, 2006. p. 242-252.

³³¹ HABERMAS, op. cit., p. 182, nesse particular, refere que o pensamento representador da filosofia da consciência impõe uma verdadeira disciplina da subjetividade que afirma a si mesma e que se apodera de si mesma de forma narcisista, apelando para uma história natural ou ser. E, para superar a “violência da disposição do mundo”, na concepção habermasiana, a leitura de Heidegger é fundamental, principalmente pelo fato de a partir da ontologia radical heideggeriana, a linguagem surge como condição de possibilidade (*a priori*) de acesso ao mundo, o que foi ignorado pela tradição filosófica assentada na metafísica, que olvidou a dimensão linguística da geração do mundo. Com efeito, conforme Habermas, “os conceitos metafísicos de uma razão auto-suficiente que, portanto, se toma por absoluta à medida que ainda acredita ter suas próprias condições sob controle são devidos a sofismas de abstração. Para Heidegger, assim como para Wittgenstein, a aparência transcendental de uma razão incondicionada e pura, independente de contexto e universal, atinge o auge da cegueira no paradigma mentalista. Mas, de modo contrário a Hegel, a crítica dessa razão centrada no sujeito ou instrumental não pode ser confiada ingenuamente ao movimento especulativo da auto-reflexão. A crítica da razão transforma-se, antes, em hermenêutica da suspeita que quer desmascarar nas costas da razão o outro da razão”. *Ibid.*, p. 185.

³³² VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 14-15.

³³³ Nesse sentido, HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade I*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tampo Brasileiro, 2003. p. 44 e seguintes. Para Habermas, inclusive, a complexidade da sociedade moderna, o que ocorre com a pluralização de formas de vida e a individualização de histórias, provoca um “desencantamento”, uma vez que se decompõem os complexos de convicções sacralizadas, que não são mais tematizáveis de uma tradição diluída comunicativamente. Cuida-se de uma “sociedade profanizada”, onde as ordens normativas têm que ser mantidas sem garantias metassociais, pois as certezas do mundo da vida restaram pluralizadas, havendo, portanto, um *deficit* de legitimação do Direito. Dessarte, Habermas, no intento de restaurar a legitimidade do Direito, buscando a participação da sociedade civil, propõe a sua teoria do agir comunicativo, que “explica como é possível surgir integração social através das energias aglutinantes de uma linguagem compartilhada intersubjetivamente. Esta impõe limitações pragmáticas aos sujeitos desejosos de utilizar essas forças de linguagem, obrigando-os a sair do egocentrismo e a se colocarem sob critérios públicos da racionalidade do entendimento. Nessa ótica, a sociedade se apresenta como um mundo da vida estruturado simbolicamente, que se reproduz através do agir comunicativo”. *Ibid.*, p. 45-46. Mais adiante, Habermas fala, que nas condições atuais, a “reprodução da

humanismo, na conexão indicada por Heidegger, para quem a culminância da metafísica e seu fim provocou o colapso do humanismo, uma vez que aí a técnica aparece como causa de um processo geral de desumanização³³⁴ isso pelo obscurecimento dos ideais humanistas em favor da formação de um homem enredado pela ciência e por tecnologias produtivas, que passaram a racionalizar, social e politicamente, a sociedade. Numa palavra, com a pós-modernidade, para Heidegger, ocorre o triunfo da civilização técnica, que é correlata à falência do projeto humanista³³⁵.

Dessarte, a pós-modernidade ou modernidade tardia está ligada, conforme pensamento heideggeriano, à experiência do pensamento do século XX, bem como ao exacerbamento do mundo técnico³³⁶ e de sua racionalidade, que vai significar a crise do humanismo. Dito de outro modo, na modernidade, a sociedade experimenta o domínio da técnica, notadamente das tecnologias da informação. E, nesse marco epocal, o homem pode se despedir da sua imortalidade, entendida como imortalidade da alma (a morte de Deus de Nietzsche), reconhecendo-se mais como um “feixe de várias almas mortais” na sociedade tecnologicamente avançada. Como diz Vattimo, “o sujeito é ultrapassado, na medida em que é um aspecto do pensamento que esquece o ser em favor da simples presença. redutível ao “sujeito do objeto”³³⁷. E, para se superar a técnica e suas representações do mundo, que são metafísicas, pois impõem-se uma visão de

vida social é por demais complexa, não se prestando a uma apreensão por parte das figuras normativas rígidas do Direito racional: E se começa a pensar que os próprios mecanismos da integração social são de natureza normativa”. Ibid., p. 69. Em suma, no pensamento de Habermas, a sociedade moderna passa a ser modulada por outros instrumentos de coesão social, especialmente pelo mecanismo do mercado, que toma as rédeas da sociedade, causando uma diferenciação progressiva e uma totalidade abstrata, isto é, uma sociedade “sem base”, “sem ponta” e “estilhaçada policentricamente”. Ibid., p. 71.

³³⁴ Daí o acerto de HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, quando fala que, nas abordagens pós-modernas, o interesse se direciona, sobretudo, para a exclusão, isto é, o foco direciona-se para o caráter excludente dos sistemas de regulamentação que operam de modo inconsciente e que são impostos de modo imperceptível. Dito de outro modo, no pensamento habermasiano, a crítica das condições pós-modernas denuncia os efeitos colonizadores dos padrões de comunicação e discursos de origem ocidental que estabeleceram um domínio mundial, o que vale em grande parte da cultura material e simbólica da civilização ocidental, que se difundiu nas redes dos mercados e mídias globais. Em definitivo, em condições pós-modernas, é preciso se dar conta de que se implementa uma política do neoliberalista, que aliada a uma antropologia pessimista, nos habituando a uma nova condição mundial: a desigualdade social e a exclusão voltam a valer como condições naturais. Ibid., p. 189-205.

³³⁵ VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 20.

³³⁶ É a “imposição” da técnica, que Vattimo traduz o termo *Ge-Stell*, ou seja, a totalidade do pôr técnico, do interpelar, provocar, ordenar, que constitui a essência histórico-destinal do mundo da técnica. Ver p. 28.

³³⁷ Ibid., p. 31. Não é por acaso que, segundo Vattimo, Heidegger se esforçou por pensar na sua interrogação da essência da técnica moderna e seu nexa com o humanismo, bem como da metafísica e de sua técnica propriante-expropriante do *Ereignis* do ser, uma vez, que no pensamento heideggeriano, a crise do humanismo, relacionada ao fim da metafísica apresenta a culminância da técnica, passando-se para além do mundo da oposição sujeito-objeto. Ibid., p. 31-32.

mundo, é necessário um “pensamento débil”, isto é, é indispensável que o sujeito não se pense mais como um sujeito forte. A cura, dessa forma, viria com o “emagrecimento do sujeito”.

É por isso que o *patos* crítico heideggeriano lança mão de temas essenciais como o da metafísica, consumada no domínio planetário da técnica, responsável pelo mundo do esquecimento do ser e a diferença ontológica, aqui conferindo à hermenêutica fenomenológica e ao projeto do Ser-aí a tarefa de retirar o homem da decadência e inautenticidade, indo mais além da epistemologia, ou seja, fora da metafísica³³⁸. E isso passa pelo cumprimento da tarefa da reproposição do problema do sentido do ser, que, por séculos, sob o domínio da metafísica, o ser foi esquecido como tal, merecendo, por isso, a destruição ou desconstrução³³⁹. Dessarte, a crítica recontextualizadora da razão tem o seu devir na análise da função apreendedora, do mundo operada pela linguagem³⁴⁰.

A modo de concluir, seguindo o fio condutor de Heidegger e sua análise filosófica da modernidade, representada como a cristalização e o ocaso da metafísica e crítica em termos de tradição metafísica ou história do *ser*, que, ainda, pode ser tratada como a história do mundo ocidental, acredita-se que a fase epocal atual da pós-modernidade ou modernidade tardia se relaciona intimamente com a culminação da era da técnica³⁴¹, bem como da fase do esquecimento do ser, o que ocorre com a dessacralização do mundo. Por outro lado, a modernidade é a história da metafísica no que diz com o pensamento do desenvolvimento e progresso contínuo, que se apresentaram como ideais metafísicos. Assim, falar em pós-moderno significa considerar que, em alguns aspectos essenciais, a modernidade concluiu-se³⁴².

Assim, com a pós-modernidade, há a dissolução do pensamento no sentido

³³⁸ Ver RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Tradução de Jorge Pires. Lisboa: Dom Quixote, 2004. p. 231-344.

³³⁹ VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 179-181.

³⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 186.

³⁴¹ O império da técnica dá azo à “sociedade do espetáculo” na definição de DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 19, No pensamento de DEBORD, “a filosofia, como poder do pensamento separado e pensamento do poder separado, jamais conseguiu, por si só, superar a teologia. O espetáculo é a reconstrução material da ilusão religiosa. A técnica espetacular não dissipou as nuvens religiosas em que os homens haviam colocado suas potencialidades, desligadas dele: ela apenas ligou a uma base terrestre. Desse modo, a vida é mais terrestre que se torna opaca e irrespirável. Ela já não remete ao céu, mas abriga dentro de si sua recusa absoluta, seu paraíso ilusório. O Espetáculo é a realização técnica do exílio, para o além, das potencialidades do homem; a cisão consumada no interior do homem”.

³⁴² VATTIMO, Gianni. *La sociedad transparente*. Tradução Teresa Oñate. Barcelona: Paidós, 1990. p. 73.

da existência de uma história única, bem como da possibilidade de se pensar em um ponto de vista supremo, com capacidade de unificar os relatos restantes, o que leva à crise da ideia de progresso como projeto civilizatório global, anunciando-se o fim da modernidade e, com ela, do imperialismo e do colonialismo. O que advém após o fim da modernidade? Vattimo responde tal interrogação dizendo que se anuncia a “sociedade transparente” ou a “sociedade da comunicação”, que se expressa nas seguintes características: a) nas sociedades pós-modernas, os *mass media* desempenham papel predominante: b) que tal sociedade mais “transparente” não é trata de uma sociedade mais consciente de si mesma, mais “iluminada”, senão que mais complexa e caótica e, finalmente, c) que no caos relativo, está a possibilidade de emancipação³⁴³.

Em suma, para Vattimo, a passagem da modernidade para a pós-modernidade e a superação da história ocidental de progresso e desenvolvimento têm, nas inovações das tecnologias da comunicação e *mass media*, o fator de transformação racial da nossa sociedade. É a civilização da técnica num sentido mais amplo e “ontológico”, como quer a noção heideggeriana de *gestell*, “de épocas das imagens de mundo”, isto é, da modernidade, definida em termos heideggerianos, como sendo a época em que o mundo se reduz ou se constitui em imagens com o perigo de que a história do mundo seja reduzida ao plano da simultaneidade manipuladas pelos experimentos da ciência e tecnologia da informação³⁴⁴. Em definitivo, a sociedade da comunicação transparente liquida os obstáculos e as opacidades existentes no mundo, padronizando-o e reduzindo os motivos dos conflitos, que são naturalizados em prol da lógica do mercado da informação, que busca que tudo se converta, de alguma maneira, em objeto de comunicação³⁴⁵.

De outras, quando se refere à crise do projeto modernizante ocidental, centrado na visão europeia de desenvolvimento, não se pode esquecer que

³⁴³ VATTIMO, Gianni. *La sociedad transparente*. Tradução Teresa Oñate. Barcelona: Paidós, 1990. p. 78.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 94-110. O problema, como adverte Vattimo, é que, frequentemente, o desenvolvimento tecnológico serve, intrinsecamente, a quem detém o poder fático, convertendo-se em um escravo da propaganda, de conservação e intensificação da ideologia, sendo que o mundo verdadeiro se converte em uma fábula. *Ibid.*, p. 104. Mais adiante, refere Vattimo, com acerto, que cumpre às ciências humanas tematizar o mundo atual e suas fábulas, liquidando criticamente o mito da transparência da sociedade pós-moderna. E, para tanto, as ciências humanas devem se utilizar da crítica radical da hermenêutica, “que busca a verdade como continuidade, correspondência, diálogo entre os textos, e não como conformidade do enunciado a um mítico estado das coisas o termo 'hermenêutica' conserva ainda uma particular referência à 'escola da suspeita’”.

Ibid., p. 109.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 79.

grandes guerras do século XX e, por que não dizer, dos conflitos étnicos e civis do século XXI, colocaram em xeque o projeto civilizatório de livrar o homem de suas privações naturais rumo ao progresso. A própria humanidade do homem entra em crise frente ao uso de irracionalidades religiosas e com o arbítrio do biopoder. Sérias dúvidas se antepõem à emancipação humana dos grilhões da violência estrutural e opressão, que estão por detrás da racionalidade iluminista.³⁴⁶

Por outro lado, a perda da posição privilegiada da razão iluminista, que diz com a crise das metanarrativas, assume contornos destacados na condição pós-moderna, relativizando-se os discursos universais da razão humana e do projeto de emancipação (metafísicos que são), possibilitando a construção de novos saberes, dando possibilidade à edificação de relatos menos universais e mais plurais, sendo dotados de efemeridade e fragmentação, que deram base material à vida moderna.³⁴⁷

Dessa forma, a modernidade da sociedade moderna, pelas suas condições, perde referências externas, não se prestando a realizar um projeto (como, por exemplo, o da emancipação humana) pela alta complexidade em que se vive (os projetos de vida, sob a égide da subjetividade, são plurais). Nesse entorno, De Giorgi vê “o espaço da modernidade como um espaço que exclui teologias e, portanto, a possibilidade de uma autoconclusão (de um autoencerramento) da própria modernidade”.³⁴⁸ Assim, a sociedade não pode ser observada de fora, externamente, e sim, a partir de si mesma, não existindo “lugares” para a observação de sua complexidade; daí a leitura sistêmica que parte da “autoconstituição do operar dos sistemas sociais diferenciados da sociedade moderna e assim reflete a autoconstituição da sociedade”.³⁴⁹

O espaço da modernidade apresenta-se como o da alta complexidade estrutural³⁵⁰ de dita sociedade e que perdeu suas referências externas e

³⁴⁶ HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. Tradução Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 17. ed. São Paulo: Loyola, 2008. p. 23-24.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 29.

³⁴⁸ DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 23.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 22-23.

³⁵⁰ Ver LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 45, quando se refere à complexidade e à contingência, aduzindo que a complexidade diz com um excedente de possibilidades do homem, que devem, forçosamente, ser selecionadas, com a possibilidade da ocorrência de desapontamentos e do risco: “O Homem vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é equivocadamente definida através de seu organismo. Dessa forma o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são, ao mesmo tempo complexas e

conteúdos materiais, representando, nesse passo, o rompimento com a velha ordem da sociedade tradicional. O espaço moderno em que se vive pode ser descrito como o da artificialidade e da contingência.³⁵¹

Em termos de conclusão provisória, tem-se que, em condições de pós-modernidade, o projeto iluminista de um progresso universal planejado, orientado por uma razão universal kantiana, não levou a humanidade a sair do infantilismo, o que é atestado pelas precárias condições que cercam a vida do homem moderno: miséria, exclusão social, anomia e guerra. Dessarte, a integração social resta problemática, uma vez que a sociedade moderna se apresenta como, essencialmente, uma sociedade de mercado, onde atuam indivíduos “livres e independentes”, condicionados pela “necessidade” de possuir bens, esfumando a ideia do indivíduo como pessoa, que pertencia a uma determinada comunidade ou grupo social, o que foi destruído pelo imaginário moderno, que substituiu o vínculo social por uma relação jurídica³⁵².

Com efeito, sob o predomínio da técnica e face ao processo de desvalorização da sociabilidade, o Direito³⁵³ se apresenta como a última oportunidade de salvação da sociedade, que se move como átomos (indivíduos independentes)³⁵⁴, dividida e atomizada³⁵⁵.

Importa notar que a pós-modernidade diluiu o princípio da comunidade, mormente pelo fato de que a modernidade parte do sujeito, que representa sua

contingentes. Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa”.

³⁵¹ DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 24.

³⁵² BARCELLONA, Pietro. *La teoría de sistemas y el paradigma de la sociedad moderna*. In. Mutaciones de Leviatán: Legitimación de los Nuevos Modelos Penales. Madri: Akal, 2005. p. 11-85 e p. 12-13.

³⁵³ BARCELLONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Tradução de Jesús Ernesto García Rodríguez. Barcelona: Trotta, 1996. p. 24. Conforme Barcellona, o Direito, enquanto medida universal, abstratamente, equipara todos os homens, do ponto de vista formal, desconsiderando as profundas diversidades da existência. No seu entendimento, o Direito se apresenta, em uma versão kelsiana, como um instrumento quase perfeito de controle social, fundado em mecanismos formais e automáticos, isto é, mediante uma técnica impessoal e neutra, o que permite a unificação de uma sociedade atomizada e que convive com o “politeísmo de valores”.Ibid., p. 25.

³⁵⁴ No pensamento de BARCELLONA, Pietro. *Postmodernidad y comunidad: el regreso de la vinculación social*. Tradução de Héctor Claudio Silvira Gorski, José Antonio Estévez Araujo y Juan-Ramón Capella. Barcelona; Trotta, 1992. p. 23-27, na fase atual, denominada de terceiro capitalismo e do esgotamento do conflito entre capital e trabalho, a modernização se apresenta como terreno fértil à diferenciação funcional e de segmentação contextual da prestação laboral. É o sujeito quem realiza, agora, as relações entre as técnicas produtivas e a técnica mesma. De outras, o processo produtivo traduz-se no fluxo informático, destruindo espaços tradicionais, com uma aceleração inaudita do tempo, culminando em um processo de produção cada vez mais abstrato, desembocando no consumo massivo. Tudo isso leva à desestruturação da ideia de comunidade e de toda capacidade de autorrepresentação social, que, na modernização, somente se torna possível pela lei, que tem a função de despolitizar o conflito, canalizando-o ao conduto de procedimentos jurisdicionais.

³⁵⁵ Ibid., p 16-17.

noção central. Assim, a questão da existência social centra-se no indivíduo, assumindo contornos de uma verdadeira antropologia individualista. A nova ordem social, dessarte, deve ser construída a partir do sujeito, demarcando o surgimento do individualismo moderno ou da ideia de subjetividade abstrata³⁵⁶. Aqui se demarca, portanto, o giro epistemológico da modernidade, conferindo ao sujeito o *status* de centro de irradiação do pensamento sobre coisas e ordenação social³⁵⁷. Todavia, essa nova conformação social passa a ter problemas quando a humanidade passa a conviver com a coação econômica (passando o indivíduo a ser obrigado a vender sua força de trabalho) e o destino social do excedente.

Pode-se dizer, portanto, que, na transição do moderno ao pós-moderno, há uma pausa ou ruptura, um giro paradigmático particularmente tratando-se de temas sobre poder, trabalho e mundialização, que pode ser resumida na total submissão real da sociedade ao capital³⁵⁸. Assim, há a predominância do trabalho imaterial, que, em ares de globalização econômica, provoca crises nos conceitos de Estado-nação, de povo e de soberania. E tal submissão real da sociedade ao capital implica o fato de que a sociedade inteira corresponda à mercadoria (fetichismo da mercadoria), subsumida, pois, ao biopoder neocapitalista³⁵⁹. No limite, para Negri, o fenômeno essencial em torno do qual se joga a passagem do moderno ao pós-moderno é a subsunção real da sociedade à lógica capitalista, que deve ser entendida como uma certa mercantilização da vida³⁶⁰, ao desaparecimento do valor

³⁵⁶ BARCELLONA, Pietro. *Postmodernidad y comunidad: el regreso de la vinculación social*. Tradução de Héctor Claudio Silvira Gorski, José Antonio Estévez Araujo y Juan-Ramón Capella. Barcelona; Trotta, 1992. p. 19. Conforme Barcellona, a subjetividade abstrata é necessária para: a) garantir a distância entre o pensamento e o ser e, por consequência, a disponibilidade do objeto e da natureza; b) mediar a universalidade geral da ordem e a individualidade empírica da existência; c) liberar as relações entre indivíduos das determinações específicas das relações pessoais, dando vazão à liberdade abstrata; d) liberar a riqueza e os recursos necessários para satisfazer as necessidades humanas de todas as determinações pessoais e da hierarquia dos Estados.

³⁵⁷ Veja-se, nesse particular, BARCELLONA, Ibid., p. 16-17. Para Barcellona, a modernização materializa a eliminação de todo resíduo metafísico e, em particular, a ideia de uma vida livre, boa e justa. De outro lado, implica neutralização técnica do mundo, demarcando o surgimento do "sujeito moderno" para dominar e dar ordem ao mundo. Assim, a modernização elimina, definitivamente, o problema do natural e a resolução da polaridade existente entre o mundo da natureza e o artificial em prol da artificialidade. É nesse sentido que a modernização ou mundo da técnica se apresenta como o acabamento da modernidade, remetendo, entretanto, para uma decisão "infundada" ou "opacidade".

³⁵⁸ NEGRI, Antonio. *La fábrica de porcelana: una nueva gramática de la política*. Tradução de Susana Lauro Barcelona: Paidós, 2008. p. 26 e seguintes.

³⁵⁹ BARCELLONA, op. cit., p. 30-31. Conforme Negri, o pensamento pós-moderno apresenta-se sob três formas filosóficas essenciais: como uma reação filosófica a ontologia da modernidade e um reconhecimento da subsunção real da sociedade ao capital, não havendo outra saída; como uma resistência marginal contra o fetichismo da mercadoria e a tentação de uma escatologia mítica; como crítica que reconhece a fase histórica, propondo a reconstrução de um novo espaço de subjetivação. Ibid., p. 34-35.

³⁶⁰ Ibid., p. 101-101, nesse sentido, refere que na pós-modernidade, o horizonte está qualificado por uma investidura total da vida, que dizer, por um biopoder que coloniza e ocupa todo o tecido político da história e da sociedade. Assim, o mundo inteiro transforma-se em mercadoria e se encontra sob o jugo dos efeitos totalitários do biopoder.

de uso do trabalho, à colonização de formas de vida por parte do capital, o que provoca resistências e excedência³⁶¹.

Nesse entorno de fetichismo mercadológico e de uma sociedade individualizada, o sujeito “absolutamente livre” somente pode ser funcionalizado no plano do Direito, mas não no sistema social, passando a ser constrangido, informalmente, pela necessidade econômica, apartando-se, pois, as liberdades jurídicas e da ordem legal³⁶².

Dessarte, somente no plano da abstração da subjetividade jurídica, é possível reconhecer a igualdade e a unidade, carentes de conteúdos, das diversas subjetividades dos proprietários, detentores dos meios de produção, e trabalhadores, que somente remanescem com sua própria força de trabalho. E, na condição pós-moderna, o indivíduo está liberado dos vínculos sociais³⁶³ e jurídicos, não mais se fala de estratificação social ou luta de classes, conceitos que se perderam no tempo, na transição da modernidade à pós-modernidade, que, de resto, representou dramática reorganização do processo de produção e do trabalho, mormente pelo fato de que as relações entre os indivíduos são mediadas pelo dinheiro³⁶⁴. É o triunfo da técnica jurídica, que permite a unificação de uma sociedade, que, na sua configuração moderna, é caracterizada pelo individualismo, desordem e conflito permanente, que se identifica como código, num “verdadeiro milagre da salvação”³⁶⁵.

Entretanto, o Direito moderno, abstrato e diferenciado em códigos, corroído de todos os princípios de autoridade, pois desvelado de todo fundamento metafísico e legitimidade transcendental, resta convertido em pura técnica de controle³⁶⁶, isto é, procedimento que soluciona questões segundo o cálculo de conveniência e oportunidade, expressando a vontade de uma parte, volvendo, na atualidade, o

³⁶¹ NEGRI, Antonio. *La fábrica de porcelana: una nueva gramática de la política*. Tradução de Susana Lauro Barcelona: Paidós, 2008. p. 50-51.

³⁶² Ibid., p. 20-21.

³⁶³ Conforme BARCELLONA, p. 18-19, com a eliminação do problema da origem ou pelo princípio da plena disposição da origem, houve eliminação de uma tradição e de seus vínculos comunitários, na medida em que o moderno é impulsionado por uma enorme vontade de liberar-se de todo e qualquer vínculo e reorganizar o mundo, controlando o processo evolutivo por intermédio da ciência, que tende a realizar a plena disponibilidade/manipulação do todo, isto é, desmistificando/dessacralizando a mítica aliança entre os homens e a natureza. Assim, os vínculos pós-modernos se instrumentalizam, de forma artificial, pelo Direito e dinheiro. Dessarte, o dever-ser do Estado corresponde à promessa de cooperação livre de vínculos sociais.

³⁶⁴ BARCELLONA, Pietro. *Postmodernidad y comunidad: el regreso de la vinculación social*. Tradução de Héctor Claudio Silveira Gorski, José Antonio Estévez Araujo y Juan-Ramón Capella. Barcelona: Trotta, 1992. p. 20.

³⁶⁵ BARCELLONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Tradução de Jesús Ernesto García Rodríguez. Barcelona: Trotta, 1996. p. 25.

³⁶⁶ Como diz NEGRI, op. cit., p. 68-69, com a crise da razão capitalista das luzes, a razão necessita da violência, que é seu complemento, para garantir o correto funcionamento social e ampliar os termos do mercado. Nessa situação, a guerra se apresenta como a única solução possível, isto é, somente há paz por meio da guerra.

problema da alienação do homem frente à potência da técnica objetivada³⁶⁷. A modo de concluir, a “civilização da técnica” é testemunha do efetivo cumprimento do projeto originário da metafísica, que possuía o desiderato de dispor da coisa e implementar a técnica, o que culminou na destruição da civilização tradicional. Entretanto, na fase pós-moderna, há uma debilidade na dimensão existencial, pois a sociedade e o Estado são organizados por um sistema capitalista programado de forma tecnológica, liberando o homem dos vínculos sociais e políticos. Com isso, o sujeito moderno dissolve-se na massificada sociedade contemporânea, perdendo-se na abstração e na subjetividade jurídica (proprietário)³⁶⁸. Dito de outro modo, a superação da modernidade tem a ver com a nova organização do sistema capitalista³⁶⁹, sendo de notar que o mercado é codificado pela ordem abstrata e o individualismo proprietário, isto é, frente à ordem artificial, o que vale é o proprietário privado³⁷⁰.

Importa notar que, na passagem ou transição para a modernização ou época da pós-modernidade, pela descentralização do mundo e pela perda dos grandes relatos, bem como pela submissão total da sociedade à lógica mercadológica, perdem-se elementos essenciais que forneciam base à subjetividade, especialmente do trabalho vivo ou material (valor de uso). Assim, no marco epocal da pós-modernidade, a subjetividade convive com um marco temporal antecipado e frenético, pela antecipação do tempo futuro, que, em termos de decisão, atua junto com o presente, demarcando o surgimento da contingência, complexidade e risco, que nada mais são do que os sinais da pós-modernidade.

3.1 A pós-modernidade contingente e o seu produto: o risco

De outras, a pós-modernidade, quando relacionada com o espaço da contingência, ou seja, com o fato de que as possibilidades das novas experiências da vida possam ser diferentes das anteriores, enganosas ou

³⁶⁷ BARCELONA, Pietro. La teoría de sistemas y el paradigma de la sociedad moderna. In: PORTILHA CONTRERAS, Guillelmos (Coord.). *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005. p. 32.

³⁶⁸ Ibid., p. 32-50.

³⁶⁹ Nesse sentido, BECK, Ulrich. *Un nuevo mundo feliz: la precariedad del trabajo en la era de la globalización*. Tradução de Bernardo Moreno Carrillo. Barcelona: Paidós, 2007. p. 29-30.

³⁷⁰ BARCELONA, op. cit., p. 30-31.

perigosas, especialmente num ambiente dotado de alta complexidade, traz, no seu bojo, a problemática do risco, que está ligada à introdução de novas tecnologias no mundo, a ponto de a sociedade atual ser denominada como a sociedade do risco³⁷¹, mormente pelo impacto do desenvolvimento tecnológico levado a cabo, bem como pelo chamado público do tema na atualidade³⁷². Para Luhmann, o risco surge da tecnologia e seu paradoxo, ou seja, da relação das possíveis utilidades com os possíveis danos que são inerentes à tecnologia, notando que se começou a falar do risco ao longo do período de transição da Idade Média até o início da modernidade³⁷³. Nesse contexto, Luhmann afasta-se da concepção que associa o risco à questão da seguridade em retórica política, afirmando “que, abaixo das condições atuais do mundo, não se pode fazer outra coisa que aventurar-se e correr riscos”.³⁷⁴ Em suma, o risco é uma variante de uma certa tendência a toda situação de decisão³⁷⁵, daí o porquê de Luhmann ligar o risco à questão da tomada de decisão, uma vez que toda eleição implica a seleção de uma distinção portadora de riscos.³⁷⁶

³⁷¹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2006. p. 14, alude que o final do século XIX é o marco do fim da sociedade industrial clássica com suas noções de soberania do Estado nacional, do automatismo do progresso, da sociedade de classes, do conhecimento científico. Em seu lugar, no marco da pós-modernidade, assume a sociedade do risco, como um amargo da verdade. Ensina Beck que, no umbral do século XXI, a modernização consumiu a sociedade industrial, tendo perdido suas premissas e princípios funcionais, que se desencantaram. Assim, na modernidade avançada, a produção de riqueza vem acompanhada, sistematicamente, pela produção de riscos, sendo que os novos problemas que surgem dizem com a produção, definição e partilha dos risco, ao contrário do que ocorria nas sociedades tradicionais, em que o conflito se dava na questão da partilha da riqueza. Em suma, para Beck, a paradigma da sociedade do risco informa que o processo avançado da modernização trouxe riscos globalizados (processo de modernização reflexivo), sendo que, atualmente, o problema que se impõe é o de como se pode evitar, minimizar ou dramatizar os riscos e perigos experimentados pela sociedade. *Ibid.*, p. 29-30. Mais adiante, Beck aduz que os riscos atuais se diferenciam dos da Idade Média pela globalidade de sua ameaça (seres humanos, animais, plantas etc.) e por suas causas modernas. No limite, são riscos da modernização, uma vez que são produtos da maquinaria do progresso industrial e agudizados pelo seu desenvolvimento atua (sociedade catastrófica ou de exceção). *Ibid.*, p. 33-36. Em outra oportunidade, Beck leciona que o processo de dissolução da modernidade ou a sua radicalização abrem caminho para outra modernidade, que concebe a modernização como um processo de inovação autônoma, com a obsolescência da sociedade industrial, que corresponde à emergência da sociedade de risco. Na quadratura atual, predomina o debate sobre a legitimação das ameaças produzidas por tomada de decisões ou o risco residual. Ver BECK, Ulrich. *A Reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASCH, Scott (Org.). *Modernização reflexiva: política: tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista -UNESP, 1997. p. 15.

³⁷² Ver LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. Tradução de Silvia Pappe, Bruhilde Erker e Luis Felipe Segura. 3. ed. México: Universidade Iberoamericana, 2006. p. 131.

³⁷³ *Ibid.*, p. 53. Para Luhmann, a palavra risco está relacionada com a tomada de decisões que se vinculam ao futuro, ainda que não se possa conhecer suficientemente sobre ele, nem sequer o futuro produzido pelas decisões. Enfim, a temática risco envolve a necessidade de decidir sobre o futuro, sem se dispor das informações suficientes para orientar a decisão, que passa a ser contingente, dando margem para o acerto ou erro, que são distinções da mesma forma. *Ibid.*, p. 57-61

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 65.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 66.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 67 fala em “risco da decisão”, distinguindo o risco do perigo aduzindo: “O bem se julga que o possível dano é provocado externamente, é dizer, se o atribui ao entorno; e neste caso, falamos de perigo”.

Luhmann refere que a discussão pública sobre a questão do risco, que é componente sociológico fundamental da sociedade moderna³⁷⁷, deve ser feita de uma maneira menos apaixonada e alarmista³⁷⁸, uma vez que, para as formas risco/seguridade e risco/perigo e as devidas distinções, “é válida a seguinte afirmação: não existe nenhuma conduta livre de risco”.³⁷⁹ Com isso, Luhmann afasta-se do movimento de crítica da sociedade do risco, que é identificado sob o título da “modernidade reflexiva^{380 381 382}” e que tem Ulrich Beck³⁸³, dentre

³⁷⁷ Nesse sentido também, perfila-se GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-tradicional. . In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASCH, Scott (Org.). *Modernização reflexiva: política: tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista -UNESP, 1997. p. 74-133, referindo que o fim do século e os seus sentimentos de desorientação e mal-estar informam sobre a dissolução da sociedade tradicional e às certezas herdadas do Iluminismo. No pensamento de Giddens, quanto mais a sociedade tenta colonizar o futuro, maior a probabilidade de ele causar surpresas, daí o motivo pelo qual a noção do risco é fundamental quando confrontada com os esforços da modernidade, notadamente o de progresso e evolução constante. Por isso, sustenta Giddens que o risco se apresenta como algo “dado”, que ocorre quando “a natureza é invadida e até destruída pela socialização, e a tradição é dissolvida, novos tipos de incalculabilidade emergem. A grande experiência da modernidade, repleta de perigos globais, não é de maneira alguma o que os pais do Iluminismo tinham em mente quando falaram da importância de se contestar a tradição”. Ibid., p 76.

³⁷⁸ Ver, no trato da relação do Direito Penal e novos riscos tecnológicos nas sociedades pós-industriais, GONZÁLES, Carlos J. Suarez. Derecho penal y riesgos tecnológicos. In: ZAPATERO, Luiz Arroyo; NEUMANN, Ulfrid; MARTIN, Adán Nieto. (Org.). *Crítica y justificación del derecho penal em el cambio de siglo*. Cuenca: Ediciones de la Univesidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 289-297. Com efeito, Gonzáles refuta os axiomas de Beck, referindo que resultam, provavelmente, falsos, uma vez que os riscos, qualitativamente, tem diminuído pelos indicadores sociais de qualidade de vida e desenvolvimento humano: longevidade, índices de mortalidade infantil, saúde, controle de enfermidades. Para Gonzáles, os riscos sempre existiram. O problema atual não diz com um incremento objetivo dos riscos, senão com um aumento da percepção dos riscos. O que se produz, enfim, é um contágio do medo ao risco, o que é impulsionado pela mídia. Consultar p. 294-295.

No mesmo sentido, PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y derecho penal. In: ZAPATERO, Luiz Arroyo; NEUMANN, Ulfrid; MARTIN, Adán Nieto. (Org.). *Crítica y justificación del derecho penal em el cambio de siglo*. Tradução de Adán Nieto Martín e Eduardo Demétrio Crespo. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilha-La Mancha, 2003. p. 259-287. Prittwitz reputa de catastróficas as previsões de Beck, dizendo que as observações deste são mais políticas do que sociológicas, adotando, por outro lado, os ensinamentos de Luhmann, que têm como “o real descubrimiento sociológico del riesgo tal como fue sintetizado por Niklas Lumann en 1991”. O seu diagnóstico é o seguinte, “La política criminal y teoría penal, pero sobre todo la dogmática jurídico-penal están influidas desde hace mucho tiempo por el desarrollo social en su conjunto de la, concebida de este modo, sociedad del riesgo. La dogmática del riesgo en el sentido expuesto, así como la discusión sobre las relaciones jurídico-penales a las nuevas fuentes de riesgo, constituye sólo una parte de la investigación, que de hecho persigue conformar los cimientos de una teoría crítica del moderno desarrollo del Derecho Penal”. Ibid., p. 261.

³⁷⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Tradução de Silvia Pappe, Bruhilde Erker e Luis Felipe Segura. 3 ed. México: Universidade Iberoamericana, 2006. p. 74. Luhmann refere que não mais existe a absoluta seguridade, motivo pelo qual, mesmo com mais conhecimento e investigação, não se pode passar do risco para a seguridade.

³⁸⁰ BECK, Ulrich. *Un nuevo mundo feliz: la precariedad del trabajo en era de la globalización*. Bernardo Moreno Carrillo. Barcelona: Paidós, 2007. Para Beck, a modernização, ou o trânsito da primeira modernidade (definida pela sociedade do pleno emprego, do Estado nacional e assistencial) para a segunda modernidade (catalogada por crises ecológicas, crise do trabalho remunerado, individualização, globalização) resulta problemática, afirmando, dessarte, que toda modernização inclui uma reflexão sobre o processo modernizante. Nesse sentido, Beck informa que a expressão “modernização reflexiva”, num primeiro momento, se centra na transformação da primeira modernidade, qual seja, na autotransformação do Estado-nação, bem como nas transformações ocorridas na sociedade. Então, o conceito de modernização reflexiva aponta para as transformações fruto da aceleração e radicalização da modernização, até uma segunda modernidade, que é definida como aberta e arriscada, de insegurança generalizada, mormente pelo fato de que se trata de uma modernização capitalista, que se liberou das ataduras do Estado de bem estar social. Ibid., p 31-32.

³⁸¹ BECK, Ulrich. A Reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASCH, Scott (Org.). *Modernização reflexiva: política: tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista-UNESP, 1997. p. 16-17, refere que o termo

outros³⁸⁴, como seu representante exponencial.

Beck, por outro lado, centrando-se na modernidade reflexiva, entende que o processo de industrialização, implementado pela modernidade, especialmente no final do século XX, pensou a natureza como algo que se dá fora da sociedade, como algo dado, um “equipamento interior do mundo civilizatório”, que restou destruído ou ameaçado nas suas condições naturais de reprodução. No seu pensamento, “os problemas do meio ambiente não são problemas do entorno, senão (em sua gênese e em suas consequências) problemas sociais, problemas do ser humano, de sua história, de suas condições de vida, de sua referência ao mundo e à realidade, de seu ordenamento econômico, cultural e político”³⁸⁵.

Assim, avalia que a “modernização reflexiva” inaugura uma nova época, que indica superação do paradigma da sociedade industrial (modernidade simples), que se desvanece com o surgimento de outra que implica a (auto)destruição criadora da época industrial, que vem do triunfo da modernização ocidental. E isso levou a uma

“reflexivo” não implica reflexão, mas, sim, autoconfrontação dos malefícios da modernização autônoma, que, no seu entender, são cegos e surdos a seus próprios efeitos e ameaças. O termo modernidade reflexiva surge, pois, quando a sociedade se vê confrontada com os riscos que acompanham a produção de bens, especialmente da megatecnologia nuclear e química, pesquisa genética, ameaça ao meio ambiente, supermilitarização e miséria.

³⁸² LASH, Scott. A reflexividade e seus duplos: estrutura, estética, comunidade. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASCH, Scott (Org.). *Modernização reflexiva: política: tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista-UNESP, 1997. p. 136 e seguintes, apresenta a teoria da modernidade reflexiva, partindo dos conceitos de Beck e Giddens, como uma crítica ou racionalidade que se articula com o outro não articulado, isto é, como uma nova dialética de esclarecimento e emancipação humana, o que acontece quando a modernidade começa a refletir sobre si mesma, envolvendo a capacitação dos indivíduos.

³⁸³ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2006. p. 12. O autor assinala que o produto da modernidade não é mais a pobreza e a exclusão, mas o fato de que se vive sob o signo do medo, estado máximo do desenvolvimento da civilização, que é fruto da individualização e da desigualdade social, que é herança do processo de modernização. Mais adiante, aduz que as ameaças da civilização com o processo de industrialização fazem surgir um novo reino das sombras, uma vez que não mais se está em contato com espíritos malignos (como na antiguidade), mas exposto a radiações, bebem-se toxinas e se vive perseguido pelo medo de um holocausto atômico. p. 103.

³⁸⁴ Esse também é o pensamento de GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolado: o que a globalização está fazendo de nós*. Tradução de Maria Luiza X de A. Borges. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 33. Giddens entende que viver numa era global significa enfrentar uma diversidade de situação de risco, pois se habita mundo em que o perigo é criado pelo homem e que é tão ameaçador como os que vêm de fora, especialmente da natureza. Tem o risco como algo que “se refere a infortúnios ativamente avaliados em relação a possibilidades futuras. A palavra só passa a ser amplamente utilizada em sociedades orientadas para o futuro, que veem o futuro precisamente como um território a ser conquistado ou colonizado. O conceito de risco pressupõe uma sociedade que tenta ativamente romper com seu passado - de fato, a característica primordial da civilização industrial moderna”.

Nesse particular, importa notar que Giddens acolhe a orientação de Luhmann, para quem o futuro representa o risco da sociedade moderna, a partir da problematização com o futuro (forma do trato com o tempo), mormente a partir da dissolução de todas as semânticas temporais existentes, sendo que tudo o que acontece ocorre de uma só vez e simultaneamente, daí sua tese no sentido de que a sociedade moderna representa o futuro como risco. Ver LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. Tradução de Silvia Pappé, Bruhilde Erker e Luis Felipe Segura. 3. ed. México: Universidade Iberoamericana, 2006. p. 84.

³⁸⁵ BECK, op.cit, p. 115. Diz ainda o autor: “Ao final do século XX há que dizer que a natureza é sociedade, que a sociedade é (também) natureza. Quem segue falando da natureza como não sociedade fala de categorias de outro século, as quais já não captam nossa realidade.” p. 114.

nova desordem mundial ou ao retorno da incerteza³⁸⁶, principalmente pelo fato de que uma grande quantidade de países e culturas ainda não alcançou um nível satisfatório de seguridade e racionalidade, democracia e bem-estar³⁸⁷.

O processo de modernização reflexiva, segundo Beck, enfrenta, cada vez mais, as consequências desejadas e indesejadas da modernização, podendo se destacar o desvanecimento da interna estrutura estatal de classes, a crise ecológica, o fim da sociedade formal do trabalho e do pleno emprego, a repolitização de uma esfera privada orientada pelo mercado e, por fim, uma experiência inédita com os riscos, que põe em tela uma “expertocracia” tradicional no campo da economia, política, ciência etc. Em suma, a modernidade reflexiva cuida da “revolução das consequências”, trazendo à tona conceitos como ambivalência, contradição, perplexidade³⁸⁸.

Beck finaliza seus lineamentos aduzindo que toda a modernidade incorporou conflitos e antinomias na ordem política, não havendo mais uma harmonia preestabelecida entre valores que legitimam uma ordem social e política. A modernidade, portanto, deve ser lida como a sociedade da contingência e da complexidade, de uma modernização imperfeita, que se abre e se agudiza na racionalidade da ciência social³⁸⁹.

Em suma, a modernidade reflexiva de Beck oferece potente crítica ao que ele denomina de “absolutismo da própria modernização da sociedade industrial”, que, com o advento da globalização e da mundialização da economia, implica a autodestruição dos avanços da industrialização, potencializando a destruição da natureza, a divisão internacional do trabalho (e o desemprego, que causa, a ponto de o capitalismo tardio, prescindir do trabalho) e a fome³⁹⁰. A indústria moderna envelhece, e a magia técnica sofre um desencanto de secularização, surgindo a segunda modernidade³⁹¹. Em decorrência da modernização autônoma, em que se vive, surge a sociedade do risco, que, no entendimento de Beck, é designada como uma fase do desenvolvimento da sociedade, que, através de uma mudança na

³⁸⁶ BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASCH, Scott (Org.). *Modernização reflexiva: política: tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista-UNESP, 1997. p. 19-24.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 223-224.

³⁸⁸ BECK, Ulrich. *Un nuevo mundo feliz: la precariedad del trabajo em la era de la globalización*. Tradução de Bernardo Moreno Carrillo. Barcelona: Paidós, 2007. p. 35.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 37.

³⁹⁰ BECK, Ulrich. *O que é globalização? equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 71-119.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 225.

dinâmica de produção, produz riscos políticos, ecológicos e individuais, que, cada vez mais e em maior proporção, escapam de controle e da proteção. A sociedade do risco é, portanto, uma forma reflexiva, cujo desenvolvimento, do ponto de vista teórico-social e de diagnóstico cultural de um estado da modernidade, provoca ameaças à sociedade mundial³⁹².

Luhmann, por seu turno, apresenta crítica à modernização reflexiva, não concordando com o que ele denomina de “dramatização” da sociedade do risco, refutando a oposição radical entre quem decide e quem é atingido pelos riscos (ponto de destaque dos adeptos da modernidade reflexiva, que sinalam uma flagrante desigualdade social aqui), notando que o debate deve ser mais “desapaixonado”, até porque, em muitas hipóteses, não se pode fazer forma precisa de tal distinção. É por isso que, no conceito de risco, se aduz que “o que reconhecemos é a forma, isto é, a distinção que marca o conceito de técnica de um lado, deixando de marcar, portanto, do outro”.³⁹³ Luhmann entende que a discussão se extremou e se polarizou, impedindo uma melhor aprendizagem do risco na sociedade, que está aliado à técnica, e, não, em oposição à natureza e/ou à segurança. O risco é a inquietude suscitada pelas novas tecnologias.³⁹⁴

Pode-se afirmar que Luhmann oferece uma posição mais naturalizada do risco, ampliando o debate, uma vez que a proposta de Beck se concentra nos atingidos ou na partilha dos riscos causados pela industrialização pós-moderna, mormente pelo fato de que nem todos participam da tomada de decisão, acentuando, portanto, as consequências sociais do projeto modernizante³⁹⁵. Com efeito, Luhmann é categórico ao afirmar que a sociedade moderna é a sociedade do risco. Portanto, para ele, a segurança é um conceito vazio, que não encontra eco no mundo moderno, que vive imerso em situações de riscos, sinalizando que é preciso superar a aversão ao risco³⁹⁶.

Nesse passo, cumpre notar que Luhmann não trabalha com a forma risco/seguridade, mas, sim, com risco/perigo³⁹⁷, sendo que este acontece toda vez

³⁹² BECK, Ulrich. *O que é globalização?* equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 203-204.

³⁹³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. Tradução de Silvia Pappé, Brunhilde Erker e Luiz Felipe Segura. 3. ed. México: Universidade Iberoamericana, 2006. p. 132.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 134.

³⁹⁵ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*: Hacia una nueva modernidad. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2006. p. 50 e seguintes.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 275.

³⁹⁷ LUHMANN, op. cit., p. 212. Para Luhmann, a sociedade não pode excluir um permanente diálogo com o risco. Ao contrário, deve partir do reconhecimento do risco como base para o diálogo, abandonando a ideia de que

que se possa atribuir determinado dano (perigo) a uma decisão; portanto, o perigo provém de uma decisão exterior, enquanto que o risco está presente em qualquer decisão, inclusive no não decidir. A investigação empírica relacionada com o risco deve observar esse código³⁹⁸, não se constituindo em tema que possa ser enfrentado pela ética ou consenso, notadamente pela ausência de informações. O risco, dessa forma, para Luhmann, deve ser experimentado como um evento natural da sociedade moderna, que adviria da complexidade inerente à técnica implementada no mundo moderno. O problema deve ser enfrentado não com recurso ao debate ético, como já notado, mas sim, pela politização dos riscos³⁹⁹. Dito de outro modo, os riscos devem ser experimentados, pois é a partir da sua verificação que se podem tomar medidas para neutralizá-los, ou quiçá evitá-los.

Raffaele de Giorgi, quando trata do tema do direito na modernidade, compartilha o pensamento luhmanniano, também se posicionando contra a postura da modernidade reflexiva⁴⁰⁰, notando que o espaço da modernidade, pela ampliação das alternativas (complexidade/contingência), é o espaço do risco, uma vez que o vínculo que liga a sociedade ao futuro não mais pode ter o caráter da normatividade, “mas o da incerteza racional”.⁴⁰¹ No entendimento de Giorgi, se a modernidade esgotou a metafísica das grandes descrições –“ordem dos conceitos”--, ela não dispõe de uma representação natural do futuro, ou seja, as decisões não contam mais com simplificações de mundo, numa semântica que estabilizava as expectativas e fornecia segurança. A sociedade não dispõe mais dessa autodescrição, pois se fragmentou⁴⁰². A sociedade moderna possui capacidade para controlar as indeterminações, bem como para produzi-las,

uma certa seguridade é suficiente. Há que se levar em conta que se vive com riscos, renunciando à percepção do problema no esquema de risco/seguridade. Para ele, o risco é fonte de informação.

³⁹⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luiz Felipe Segura. 3. ed. México: Universidade Iberoamericana, 2006. p. 267.

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 214-215.

⁴⁰⁰ DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 195. De Giorgi diz que a modernidade reflexiva (segunda modernidade) é a que está na moda, denominando-a de “patética”. Refere ele que o entendimento de que a insegurança seria o resultado do processo de civilização e que cresceria com o risco da perda do controle é algo improvável, notando que basta pensar na insegurança que se origina na impossibilidade de controlar as instâncias de controle. Nas suas palavras, “o risco não é nem uma condição existencial do homem, muito menos uma categoria ontológica da sociedade moderna, e tampouco o resultado perverso do trabalho a característica das decisões, uma modalidade da construção de estruturas através do necessário tratamento das contingências. É uma modalidade da relação com o futuro: é uma forma de determinação das indeterminações segundo a diferença de probabilidade/improbabilidade. Nos sistemas diferenciados da sociedade moderna, o risco é a condição estrutural da autorreprodução; de fato o fechamento operativo dos sistemas singulares determinados pelas estruturas e unidos estreitamente, torna possível o controle do ambiente, ou seja, torna improvável a racionalidade e por isso constroem os sistemas a operar em condição de incerteza”. *Ibid.*, p. 197.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 24.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 187-188.

constituindo-se a questão do risco num paradoxo, já que a tecnologia criada para evitar os riscos culmina por intensificá-los⁴⁰³.

É inegável, com efeito, que o futuro esteja mais presente e que sistematicamente é preciso decidir sobre ele, sem a devida informação e orientação prévia, especialmente pelo desencantamento metafísico experimentado pela sociedade moderna, o que leva à contingência, visto que a decisão se pode revelar equivocada e, pois, causadora de perigo. A perspectiva do risco é característica fundamental na descrição da sociedade moderna, da qual não se pode fugir e para a qual não se detém uma orientação completa de como se deve agir nas situações de risco. O risco, assim, representaria uma

modalidade de distribuição dos *'bads'*, e não dos *'goods'*. O risco baseia-se na suportabilidade, na aceitação e não, na certeza das próprias expectativas: por isso, os riscos não podem ser transformados em direito, ainda que possam ser monetarizados. O risco sobrecarrega o direito. Trata-se, no entanto, de estratégias de retardamento do risco, não de estratégias que evitam o risco.⁴⁰⁴

No trato da questão do risco, surge a questão do paradoxo, que é uma característica estrutural da sociedade moderna, que, como se vê, convive com o risco, e a ele não se afigura plausível oferecer o contrapondo da busca da segurança. Ora, se o moderno se caracteriza pela transitoriedade e contingência, isso se reflete na questão do tratamento do risco. Parece que o mérito da teoria da modernidade reflexiva é trazer à tona o debate dos danos e perigos atuais (por exemplo, os ambientais), que continuam se reproduzindo de forma amiúde e em completo descontrole, sem que se adotem medidas para torná-los aceitáveis ou para monitorá-los.

Todavia, num outro sentido, razão assiste a Luhmann e a Giorgi quando referem que a alternativa não deve ser a busca da segurança num mundo inseguro, nem o alarme geral que inviabiliza o diálogo. Dito de outro modo, na sociedade moderna da contingência e risco, a segurança é um conceito vazio, e a conduta

⁴⁰³ DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 190. No seu dizer, “esta paradoxalidade pode ser assim indicada: na sociedade contemporânea, reforçam-se simultaneamente segurança e insegurança, determinação e indeterminação, estabilidade e instabilidade. Ou pode-se mesmo dizer: nesta sociedade há, simultaneamente, mais igualdade e mais desigualdade, mais participação e menos participação; mais riqueza e, ao mesmo tempo, mais pobreza”.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 198.

preventiva, por si só, é de escassa efetividade. Nesse sentido, cumpre destacar os ensinamentos de Recasens i Brunet⁴⁰⁵, quando assevera que o signo do risco é elemento característico da modernidade tardia, de forma objetiva e subjetiva, conforme diga respeito aos riscos existentes, bem como no que diz respeito à percepção subjetiva deles. O problema, no pensamento do autor, é quando o risco gera o “alarme social”, convergindo a definição da sociedade, na sua totalidade, como “sociedade de risco”, o que bloqueia outras definições e, ao mesmo tempo, esconde outras características da moderna sociedade, principalmente do uso abusivo de fórmulas econômicas exploradoras e de práticas de políticas antidemocráticas, funcionalizadas em benefício dos setores socioeconômicos.

Assim, o espaço da modernidade forja as bases da fragmentação, desencadeando uma série de questionamentos, notadamente de como apreender a totalidade de uma sociedade multiforme (policontextural⁴⁰⁶) para poder bem ordená-la. Qual seria a função resguardada ao Direito, sobretudo em razão de ter sido visto como atrelado ao Estado nacional, detentor e centralizador do monopólio da força, que passa a ser questionado pelo processo da paradoxalidade da sociedade moderna, na medida em que se reforçam segurança/insegurança, estabilidade/instabilidade, como códigos de que a sociedade dispõe para se orientar até o futuro, especialmente se o risco é o “médium” que vincula o homem ao futuro⁴⁰⁷.

Também é de se notar aqui que o processo de globalização fragmenta⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ RECASENS I BRUNET, Amadeu. Globalización, riesgo y seguridad: el continuóse de lo que alguien empezóse. In: AGRA, Cândido da (Org.). *La seguridad em la sociedad del riesgo: un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003, p. 372-373. De relevo, a advertência de Recasens i Brunet, que aduzem que o debate sobre a sociedade do risco e de sua insegurança (ou o discurso da insegurança) se constitui em um potente argumento do projeto de políticas repressivas, que, de resto, são fomentadas pelo medo e alarme social que forjam um consenso punitivo. Ver, *Ibid.*, p. 373.

⁴⁰⁶ Segundo ROCHA, Leonel Severo. Uma forma para a observação do direito globalizado: policontexturalidade jurídica e estado ambiental. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Programa de Pós-graduação em Direito UNISINOS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 135. “A Policontexturalidade é uma metáfora reutilizada (Luhman, Teubner) como critério de investigação da fragmentação do sentido na pós-modernidade, sendo uma interessante perspectiva para a análise do Pluralismo Jurídico Transnacional. Para tanto, entende-se que os novos direitos são o campo temático onde a observação Policontextural e a operacionalidade organizacional do Estado estão redefinindo a complexidade do acoplamento entre o Direito e a Política do ponto de vista de um Direito Reflexivo”. Consultar também TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontexturalidade*. Tradução de Brunela Vieira de Vicenzi et al. Piracicaba: Unimep, 2005. p. 80-100.

⁴⁰⁷ DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 193.

⁴⁰⁸ Veja-se, nesse sentido, RECASENS I BRUNET, Amadeu. Globalización, riesgo y seguridad: el continuóse de lo que alguien empezóse. In: AGRA, Cândido da (Org.). *La seguridad em la sociedad del riesgo: un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003. p. 367, quando alude que os novos espaços de poder dominados por lógicas não estatais e de raiz econômica de corte neoliberal implicam uma releitura da crise do estado assistencial, parecendo claro que o grande perdedor de tal embate é o Estado de bem-estar, vinculado ao Estado-nação. O momento marca, segundo o autor, o surgimento de espaços macrossecutitários de tipo

⁴⁰⁹, mais ainda, o marco epocal da modernidade, reafirmando o contexto de crise regulatória do Estado de seu direito⁴¹⁰, que é consequência do esfacelamento do Estado de bem-estar social num novo mundo atual, de fronteiras debilitadas, que convive com uma avalanche de informações, de globalização desenfreada que, na lição de Bauman, promove uma festa consumista no Norte rico e um sentimento de desespero e exclusão no resto do mundo, o que surge da contemplação de todo um espetáculo de riqueza em um extremo e de miséria, com outro⁴¹¹.

Com efeito, o espaço da modernidade é o espaço do risco, da contingência, mas, também, demarca uma outra realidade emergente, que é o desmonte (ou crise) do Estado social⁴¹². E, com o dito esfacelamento do Estado intervencionista, vão-se

supraestatal, como, por exemplo, o estado policial europeu, que tem implementado políticas claramente repressivas, que se vinculam a grandes temas securitários (terrorismo, drogas, livre circulação de estrangeiros, crime organizado), abrindo e ampliando, portanto, o debate sobre o risco.

⁴⁰⁹ Os contornos do Direito Penal e política criminal na era da globalização são dados por FARALDO CABANA, Patricia (Dir.). *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. Com efeito, é inegável que a globalização econômica, que implica aceleração dos ritmos do comércio global, liberalização de capitais, especialmente o financeiro, revolução da tecnologia da informação e seus efeitos na “navegação do capital”, gera repercussões na política criminal (nova criminalidade: tráfico de armas, drogas, pessoas, corrupção, terrorismo etc.), forjando, pois, uma nova criminalidade, que não se identifica com a tradicional (marginalidade), senão que se identifica por trás das ideias de organização, transnacionalidade e poder econômico. Também é sabido que a globalização desemboca numa ampliação dos espaços de risco jurídico-penalmente relevantes dando vazão a um Direito menos garantista, flexibilizando-se, por exemplo, as regras tradicionais de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia. Isso tudo leva a uma readaptação do sistema penal nas sociedades contemporâneas, conforme BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, que sustenta que as mutações das relações sociais desenvolvidas no marco da globalização neoliberal (realidade complexa), marcadas pela crescente sensação de insegurança, propiciam a construção social de “inimigos internos”. Assim, o controle penal, no marco da globalização, assume contornos de controle social da exclusão, ou governo da excedência. Em uma palavra, no pensamento do autor, a emergência da sensação social de insegurança subjetiva, que deriva da multiplicidade de fatores objetivos do risco (paradigma da sociedade do risco), fomenta uma verdadeira “obsessão” pela segurança, com a segregação dos grupos de risco (pelo controle penal, é obvio), que não mais deve ser tolerada. Consultar *Itinerários de evolución del sistema penal como mecanismo de control en las sociedades contemporáneas*, p. 15-63. Veja-se, na mesma obra, a artigo de DOLMESTCH, Roberto Navarro. Reconfiguración del sistema de fuentes del Derecho penal y amenaza de crisis del principio de legalidad: la incorporación del Derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez (Org.). *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 123-177, que ensina que o Direito Penal globalizado, fruto da fusão entre globalização e Direito Penal, pela incorporação de tratados internacionais, é um Direito Penal máximo, dotado das seguintes características: a) tendência à expansão; b) uma permanente flexibilização; c) é dotado da necessidade de unificação (direito internacional). De outras, a globalização expande o controle penal, aumentando as fronteiras de proteção. Por outro lado, opera uma flexibilização nos princípios constitucionais e, pois, nos limites da potestade punitiva. Por fim, produz um direito flexível e expansivo, diluindo o princípio rígido da legalidade. Veja-se p. 160-175. Por todos, consultar SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 75-104, quando alude que a globalização econômica e a integração supranacional são multiplicadores da expansão do Direito Penal.

⁴¹⁰ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 14. Consultar também de ROCHA, Leonel Severo. Uma forma para a observação do direito globalizado: policontextualidade jurídica e estado ambiental. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Programa de Pós-graduação em Direito Unisinos. Porto Alegre; São Leopoldo, p. 143, 2009.

⁴¹¹ BAUMAN, Zygmunt. *Archipiélago de excepciones*. Tradução de Albino Santos Mosquera. Barcelona: Katz, 2008. p. 12.

⁴¹² Ver BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos*

embora as promessas desenvolvimentistas de uma sociedade planejada e igualitária. Desaparece o seguro coletivo que o Estado social havia oferecido até então, e entra em cena a desregulamentação dos mercados laborais. Instala-se um momento de precariedade, não só de uma periferia precária, mas também o de desestabilização das estáveis. Segundo Castel, “a precarização do trabalho é um processo central, comandado pelas novas exigências tecnológico-econômicas da evolução do capitalismo moderno”⁴¹³. É esse contexto sociológico que agudiza ou desata um pânico pela segurança pessoal, até porque não se pode mais contar com a rede protetora do Estado⁴¹⁴. Problemas como exclusão, doença, desemprego passam a integrar a biografia individual do sujeito⁴¹⁵, não se tratando, portanto, de questões sociais. A segurança comunitária desliza para uma segurança individual, donde surgem imensas doses de insegurança e medo, bem como de uma completa insensibilidade ao desvio. O “outro” desviante se converte em tema da campanha por segurança⁴¹⁶.

direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 23-53. Para Bolzan de Moraes, o Estado moderno sofre de uma desconstrução/exaustão, face a várias crises à que se vê submetido: a crise conceitual (que atinge suas características básicas, especialmente a de soberania); a crise estrutural (ligada à materialização do Estado social ou *welfare state*); a crise institucional (projetada sobre a racionalização do poder, e crise funcional (relacionada à especialização de suas funções). Ver. *Ibid.*, p. 16-18.

⁴¹³ CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. 6. ed. Tradução de Iraci D. Poletti. Rio de Janeiro: Vozes, 1998. p. 526.

⁴¹⁴ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Itinerários de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas. In: FARALDO CABANA, Patricia (Dir.). *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*. Valência: Tirant lo Brallanch, 2004. p. 15-63. Nesse passo, Brandariz García aponta, com acerto, no sentido de que, na sua configuração atual, o sistema de controle formal está voltado à construção de “inimigos internos” (nova clientela penal, obedecendo a estratégias actuariais de controle do risco, isso numa época em que a necessidade de expansão do Direito Penal corresponde à contração dos gastos públicos e à própria expansão da empresa como racionalização do sujeito coletivo. Em resumo, no entendimento de Brandariz García, a evolução do sistema pena plasmada na gestão de riscos diz com a superação do Estado de bem-estar, bem como da ideologia do tratamento ou da ressocialização. A função moderna do Direito Penal, no paradigma da sociedade do risco, é neutralizar grupos de risco ou inimigos internos. *Ibid.*, p. 44.

⁴¹⁵ Conforme BECK, Ulrich. Viver a própria vida num mundo em fuga: individualização, globalização e política. In: GIDDENS, Anthony; HUTTON, Will (Org.). *No limite da racionalidade: convivendo com o capitalismo global*. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 235-248. No pensamento de Beck, viver a própria vida (individualização, biografia individual) incita uma responsabilidade pessoal inclusive para os desastres sociais. Nesse passo, assevera: “O outro lado desta obrigação de ser ativo é que o fracasso se torna um fracasso pessoal, não mais percebido como uma experiência de classe numa cultura de pobreza. Anda de mãos dadas com formas de responsabilidade pessoal. Enquanto a doença, o vício, o desemprego e outros desvios da norma costumavam ser vistos como golpes do destino, a ênfase hoje em dia é na culpa e na responsabilidade do indivíduo. Viver a própria vida, portanto, envolve assumir a responsabilidade pelos infortúnios e eventos imprevistos. Os problemas sociais podem ser transformados diretamente em disposições psicológicas: sentimento de culpa, ansiedades, conflitos e neuroses. De modo bastante paradoxal, um novo imediatismo se desenvolve na relação entre o indivíduo e a sociedade, um imediatismo da desordem, tal que as crises sociais parecem individuais e não são mais percebidas, ou o são de modo muito indireto, em sua dimensão social”. *Ibid.*, p. 239.

⁴¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Archipiélago de excepciones*. Tradução de Albino Santos Mosquera. Barcelona: Katz, 2008. p. 73-76.

3.2 A pós-moderna sociedade do risco e sua dialética com a política criminal: ou do controle formal da excedência

A pós-modernidade trouxe importantes reflexos à política criminal, uma vez que implicou uma revisão/superação do previdenciarismo penal⁴¹⁷ ⁴¹⁸, que está relacionado com as políticas econômicas e sociais do *Welfare State*. Dito de outra maneira, se o Estado social detinha o compromisso de garantir o trabalho e combater as desigualdades sociais inerentes ao sistema capitalista, ou seja, possuía um compromisso com a seguridade social e previdenciária, isso como forma de retirar a cidadania da sua posição vulnerável, com o capitalismo tardio e sua ideologia neoliberal, o Estado se desincumbe do ideal de ressocialização ou (re)inclusão do delinquente⁴¹⁹. Enfim, com a pós-modernidade, abandona-se o ideal correccionalista, que enxergava o crime como um problema social e entendia que, com a correção das desigualdades sociais e “correção” do indivíduo, via intervenção estatal, efetivamente, se combatia a criminalidade. O sentimento atual é o de que a melhor solução para a crescente criminalidade é segregar ou inocuizar, importando em um império da cultura do controle⁴²⁰.

⁴¹⁷ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Itinerários de evolución del sistema penal. In: FARALDO CABANA, Patricia (Dir.). *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p.16-63. Para Brandariz García, como já notado no presente trabalho, com a superação do estado de bem-estar, altera-se a lógica de funcionamento do sistema penal, que, até então, estava concretada na ideologia do tratamento ressocializador (voltado a sujeitos individuais). Com a mutação, o controle penal-empresarial busca neutralizar coletivos (grupos de risco, tidos como irrecuperáveis), que, por isso, devem ser segregados com intensidade máxima. Ver, p. 44.

⁴¹⁸ No mesmo sentido, DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control*. Tradução de Iñaki Rivera e Marta Monclús. Barcelona: Virus, 2005. p. 43-80. De Giorgi entende que a criminologia atuarial (centrada no controle obsessivo do risco) representa uma viragem na prática da criminologia, com o abandono das teorias etiológicas (e, pois, do tratamento). Dito de outra maneira, seguindo o pensamento de De Giorgi, abandona-se o modelo correccional, concretado na prevenção de tratamento, mirando nas causas do crime (função útil do castigo, herdeira da disciplina foucaultiana), que é substituída por uma lógica empresarial (análise econômica do Direito; custo/benefício), com o desiderato de gerir os grupos de riscos. O delinquente aparece como um sujeito de risco. Consultar, também, DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud*. Tradução de José Ángel Brandariz García e de Hermán Bouvier. Madrid: Traficantes de sueños, 2006. p. 53-110.

⁴¹⁹ Consultar GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal. In: MIR PUIG, Santiago; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy (Dir.). *Política criminal y reforma penal*. Madrid: IBEDEF, 2007. p. 55-103. Conforme Gómes Martín, a política criminal *welfarista* se apoia no ideal de ressocialização ou correção do delinquente, partindo do pressuposto de que era necessário substituir o castigo pelo tratamento do desviado. Dessarte, o *Welfare Penal* estava dominado por peritos (psicólogos e assistentes sociais), sob o postulado de que, com, a prosperidade econômica, se reduziria a taxa de criminalidade. Todavia, na década de 70, o modelo correccionalista entra em crise, sendo a política criminal tardia-moderna influenciada pelo neoliberalismo anglo-saxão (governos de Reagan e Thatcher), dando azo a política criminal atuarial (informada pelo teorema do risco e análise econômica do Direito). O que importa, portanto, à nova criminologia (a do “outro”: Garland) é calcular os riscos e incidir sobre os fatores potencializadores da criminalidade, unindo Direito Penal e sociedade do risco. Ver p. 56-72.

⁴²⁰ Importa notar que esse pensamento coincide, de certa forma, com o que Eric HOBBSBAWM define como a terceira transformação vivenciada pela humanidade e que foi precedida pela segunda, a mais significativa,

Dessarte, a criminalidade e a política criminal na pós-modernidade são informadas pelo fim do compromisso com a seguridade e uma previdência, ao contrário do que ocorria na idade do capitalismo industrial, que se pautava pelo desiderato de reduzir as desigualdades sociais, e, pois, por um ideal reabilitador. Nesse passo, Garland aponta que a mudança de rumo no controle do crime é influenciado não só por políticas institucionais, mas também pela mudança social e cultural do “sinal da pós-modernidade”. Para Garland, o mundo desenvolvido no último terço do século XX traz consigo riscos, inseguranças, que assumiram papel crucial na cambiante resposta ao crime.⁴²¹

Com efeito, nesse particular, Garland faz uma interessante aproximação, dizendo que a dinâmica do controle do crime reproduz um certo tipo de ordem social nas sociedades pós-modernas. Portanto, na situação atual, o controle do crime foi afetado pela mudança social, bem como pelos mecanismos específicos através dos quais a política criminal foi se alinhando às relações sociais e culturais contemporâneas^{422 423}.

Dessarte, o controle do crime e de suas mudanças (melhor dizendo, o seu exacerbamento) não provém apenas de uma orientação política ou de políticas públicas. O processo também é impulsionado por uma notável mudança social e cultural, que tem alterado as relações sociais nas sociedades. Nesse ponto, Garland afirma que, no contexto atual, o controle do crime “foi moldado por duas forças fundamentais: o modo especial de organização social da pós-modernidade e a economia de mercado e políticas sociais conservadoras que dominaram os Estados Unidos e a Grã-Bretanha na década de 1980”.^{424 425}

conforme ele (1914-1990). Nesta, segundo Hobsbawm, talvez a característica mais impressionante do final do século XX seja a tensão entre o processo de globalização, cada vez mais acelerado, e a incapacidade dos Estados e a sociedade de se acomodarem a ele. Entretanto, a terceira é mais perturbadora, pois representa a desintegração dos velhos padrões de relacionamento social humano. Mais, ela quebra os elos entre as gerações, isto é, entre o passado e o presente. Também fica muito evidente, nos países desenvolvidos da versão ocidental, a predominância de um individualismo associal. Segundo HOBBSAWM, “essa sociedade, formada por um conjunto de indivíduos egocentros sem outra conexão entre si, em busca apenas da sua própria satisfação (o lucro, o prazer ou seja lá o que for), estava sempre implícita na teoria capitalista. Desde a Era da Revolução, observadores de todos os matizes ideológicos previram a conseqüente desintegração dos velhos laços sociais na prática e acompanharam seu desenvolvimento”. Ver HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 24-25.

⁴²¹ GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 33-34,

⁴²² Ibid., p 37.

⁴²³ Não se pode olvidar que Garland parte da análise das respostas norte-americanas e britânicas no controle do crime, bem como do mesmo substrato social e cultural. Todavia, sua análise se encaixa nas de outros autores como Lóic Wacquant e Nils Christie, os quais, nas suas observações, não se limitam tão só aos Estados Unidos e Reino Unido.

⁴²⁴ Ibid., p. 36.

O período marca o surgimento de um novo modo de controle e de um modo econômico de tomada de decisões, legitimando-se políticas antiprevidenciárias “e para uma concepção dos pobres como uma subclasse social não merecedora de apoio”⁴²⁶. No modo de uma pequena síntese, com Garland, pode-se afirmar que as mudanças de orientação da política criminal nos últimos 20 anos não foram conduzidas por orientações criminológicas, mas, sobretudo, por forças históricas que transformaram a vida social no final do século XX. E as forças históricas são a pós-modernidade, que é representada pelas mudanças sociais, econômicas e culturais e pelo neoliberalismo (mercado livre), que sobreveio como uma resposta liberal à crise do Estado social. Combinou-se aumento da criminalidade e insegurança, desafiando a legitimidade e efetividade do Estado de bem-estar, o que repercutiu, sobremaneira, na forma da gestão da criminalidade^{427 428}.

De efeito, a pós-modernidade do século XX e as novas políticas por ela engendradas modificaram, portanto, a forma com que as organizações pensavam o crime e a pena, a justiça e o controle. Abandona-se a imagem recorrente do criminoso como um produto do meio, pessoa necessitada, ociosa e desajustada, tornando-se agora uma fonte de medo, mais ameaçadora, como as dos criminosos recalcitrantes, drogados e predadores, para os quais a comunidade em geral possui intensa sensibilidade. O sentimento piedoso que outrora se identificava com o criminoso se deslocou para a vítima e ao público atemorizado. “Em vez do idealismo e da humanidade, as discussões de política criminal passaram a ser inspiradas pelo ceticismo para com a reabilitação, pela desconfiança com os especialistas em penologia e pelo reconhecimento da

⁴²⁵ Nesse sentido, também o entendimento de RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo: IBDEF, 2007. p. 70, quando sinaliza que o novo modelo penal, que ele denomina de “seguridade cidadã”, próprio da sociedade do risco em que se vive, parte da análise de Garland, especialmente no que diz com as observações de Garland quanto a mudanças nas crenças e formas de vida da sociedade moderna, que ao fim e ao cabo, transformaram a política criminal.

⁴²⁶ GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 38.

⁴²⁷ Como refere GARLAND, *Ibid.*, p. 182, “neste novo contexto político, as políticas previdenciárias destinadas aos pobres foram paulatinamente consideradas luxos onerosos, que os contribuintes trabalhadores não podiam mais sustentar. O corolário disso foi que as medidas penais-previdenciárias para os criminosos foram tachadas de absurdamente indulgentes e inócuas”. *Ibid.*, p. 182.

⁴²⁸ Esta leitura também é de BERGALLI, Roberto. Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas. In: BERGALLI, Roberto (Org.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 25-79. Refere Bergalli que, em face de pós-fordismo e já em pleno auge da dualização com a polarização da riqueza e a aguda difusão da miséria, a problemática dos sistemas penais entram em um período de globalização, nos quais os seus efeitos são sentidos no mundo. Nesse contexto, os cárceres europeus se converteram em casa de contenção de imigrantes clandestinos e de pessoas afetadas pela marginalização e exclusão social. *Ibid.*, p. 60-61.

importância e eficácia da pena [...]. Nessa visão reacionária, o problema subjacente da ordem era visto não como um problema durkheimiano de solidariedade, mas como um problema hobbesiano de ordem, cuja solução deveria ser uma versão centralizadora e disciplinar do Estado-Leviatã”⁴²⁹.

Assim, o último quarto do século XX marca a emergência de uma nova racionalidade não correcionalista do controle do crime, uma nova criminologia e novas filosofias da pena, agora centradas no combate dos novos riscos da pós-modernidade, mais centradas na pessoa da vítima e na defesa da sociedade, em detrimento do criminoso. É a nova criminalidade: a do “outro”, na qual se demoniza o criminoso e se preconizam intervenções preventivas, com maciço apoio ao poder punitivo do Estado (que passa a ser dotado de uma funcionalidade ilimitada), num ambiente de dramatização midiática dos medos populares. O criminoso não é mais uma pessoa normal, desajustada, vulnerável e propensa ao desvio (como pensava a corrente da criminalidade do “eu”). Ao contrário, o “outro” é fonte de perigo que necessita ser neutralizado, uma vez que é visto como fonte imediata de perigos e incertezas⁴³⁰.

A leitura de Garland aproxima-se da lente de Jock Young, que, de igual sorte, entende que a política criminal foi afetada no período da “modernidade recente”. Com efeito, Young relata a existência de uma transição dos “anos dourados”⁴³¹ do período pós-guerra e o período de crise que se instaurou a partir de 1960, que se constitui no movimento da modernidade para a “modernidade recente”, cuja tônica estava na assimilação e na incorporação para um mundo que

⁴²⁹ GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 221.

⁴³⁰ A criminalidade do Outro, para GARLAND, *Ibid.*, p. 285, diz com o pensamento que não “normaliza”o criminoso, como o que acontecia na época do previdenciário penal. A contrário, a criminologia do Outro é “frequentemente esgrimida no rastro de crimes escandalosos (o que significa dizer, casos altamente atípicos que se faz parecerem “totalmente típicos”). Está é uma criminologia que se vale das imagens, arquétipos e ansiedades, e não, de análises cuidadosas e de descobertas científicas. Em sua deliberada intenção de ecoar os receios públicos e as pautas midiáticas e com seu foco nas ameaças mais preocupantes, ela é, na verdade, um discurso politizado do inconsciente coletivo, muito embora reclame para si a virtude de ser realista e consensual, se cotejada com as teorias acadêmicas. Em suas figuras de linguagem e invocações retóricas típicas, esse discurso político se baseia na criminologia arcaica do tipo criminoso, do Outro. Às vezes de forma explícita, mais comumente em códigos, o problema é atribuído ao comportamento insidioso, imoral, de delinquentes perigosos, que pertencem tipicamente a grupos raciais e culturais que guardam pouca semelhança “conosco”.

⁴³¹ Veja-se, nesse sentido, HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 253-281. Dissertando sobre o que denominava Era de Ouro, Hobsbawm assevera: “Durante década de 1960, tudo isso dava sinais de desgaste. Houve alguns sinais da diminuição da produtividade da mão-de-obra em vários países, e sem dúvida sinais de que o grande reservatório de mão-de-obra da migração interna, que alimentara o *boom* industrial, chegava perto da exaustão. Após vinte anos, tornara-se adulta uma nova geração, para a qual a experiência do entreguerras –desemprego em massa, insegurança, preços estáveis ou em queda – era história e não parte de sua experiência. Eles haviam ajustado suas expectativas à única experiência de seu grupo etário, de pleno emprego e inflação contínua”.

separa e exclui. O mundo atual, na lição de Young, configura-se como um mundo no qual as forças de mercado transformaram as esferas de produção e consumo, questionando as noções de certeza material e valores incontestes, substituindo-as por um mundo de riscos e incertezas, dotado de pluralidade e de uma precariedade econômica e ontológica. Todavia, a transição à modernidade recente pode ser vista como um movimento que se dá de uma sociedade inclusiva para uma sociedade excludente. Ou seja, da assimilação para a exclusão^{432 433}.

Com efeito, da análise de Garland e Young, pode-se afirmar que a pós-modernidade ou modernidade recente remete ao recuo do Estado de bem-estar, o que é representado pelo fim dos “anos dourados” (era do pleno emprego de relativa segurança) e o desafio imposto ao Estado de combater os efeitos deletérios do capitalismo tardio. Também, refere-se a uma sociedade individualizada⁴³⁴, envolta no consumo e estilos de vida cada vez mais personalíssimos. Ora, essa combinação de privação relativa e individualismo é uma causa potencializadora de criminalidade, e isso num momento em que soluções políticas não são mais possíveis. Numa palavra: a pós-modernidade engendra crimes de uma natureza mais conflitiva e cruenta⁴³⁵.

O futuro, com bem sinaliza Young, “não traz bom agouro”, uma vez que a demanda por mão de obra desqualificada ou semiqualficada (de que se compõe o

⁴³² YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 15-23.

⁴³³ Veja-se que a exclusão pode ocorrer pela privatização dos espaços públicos, o que ocorre com a construção de *shopping centers*, parques privados, instalações de lazer, condomínios cercados, que, de resto, constituem a geografia da cidade moderna. YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 38.

⁴³⁴ A individualização é tratada por BECK, Ulrich; LASH, Scott. (Org.). *Modernização reflexiva. política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Universidade Paulista-UNESP-, 1997. p. 24-25, como sendo um aspecto de “subpolítica”, ou do retorno dos indivíduos à sociedade. Portanto, para Beck, “a individualização significa, primeiro, a desincorporação, e, segundo, a reincorporação dos modos de vida na sociedade industrial por outros modos novos, em que os indivíduos devem produzir, representar e acomodar suas próprias biografias. Daí a palavra “individualização”. A desincorporação e a reincorporação (nas palavras de Giddens) não ocorrem por acaso, nem individualmente, nem voluntariamente ou por diversos tipos de condições históricas, mas, sim, ao mesmo tempo e sob as condições gerais do *Welfare State*, na sociedade desenvolvida de trabalho industrial, como vem se desenvolvendo desde a década de 1960 em muitos países industriais do Ocidente... “Individualização” significa a desintegração das certezas da sociedade industrial, assim como a compulsão para encontrar e inventar novas certezas para si e para os outros que não a possuem. Mas também significa novas interdependências, até mesmo globais. A individualização e a globalização são, na verdade, dois lados do mesmo processo de modernização reflexiva”.

⁴³⁵ YOUNG, op. cit., p. 36. Para YOUNG, “a contribuição da precariedade econômica e da insegurança ontológica é uma mistura extremamente inflamável em termos de respostas punitivas à criminalidade e da possibilidade de criar bodes expiatórios. Nós já vimos, na discussão de Luttwark sobre o impacto provável da precariedade econômica isoladamente, que elas opõem sutilmente os que estão no mercado de trabalho aos que estão transparentemente fora dele. A insegurança ontológica acrescenta a esta situação de ação explosiva a necessidade de reelaborar as definições menos tolerantes ao desvio e de reafirmar as virtudes do grupo constituído”.

grande soldado de reserva na era da divisão internacional do trabalho) diminui em todos os cantos do mundo, dando azo, inclusive, a sistemas de escravidão, como sói ocorrer atualmente nos países asiáticos. De outras, a globalização econômica corrói as fontes de solidariedade social dos Estados nacionais, até porque acentua a concorrência mundial. Veja-se, nesse particular, a força das fábricas do Sudoeste Asiático com relação às situadas na Europa e na América do Norte. A consequência disso é que os pobres estão isolados em guetos urbanos⁴³⁶, em propriedades periféricas e cidades-fantasma, “às quais o capital os trouxe originalmente, e onde os deixou encalhados depois, ao encontrar soluções alhures”⁴³⁷.

Em suma, o esfacelamento promovido pela pós-modernidade, mormente na elaboração do colapso das regras absolutas, resultou na precariedade da vida humana, criando uma perturbação ininterrupta de todas as condições sociais, incrementando a insegurança e o risco⁴³⁸. Assim, as chaves da onda de crimes que se intensificaram após o período de pós-guerra estão sob a luz e devem ser focadas nas esferas da privação relativa e no individualismo⁴³⁹. Numa palavra, a política criminal e o papel reservado ao Direito Penal na sociedade pós-moderna do risco estão intimamente correlacionados com o signo da “modernidade recente”. De efeito, as intensas mudanças experimentadas na esfera de produção e consumo da sociedade hodierna e a sua reinterpretação pelos autores envolvidos têm efeitos

⁴³⁶ Conforme WACQUANT, Loïc. *Los condenados de la ciudad: gueto, periferias y Estado*. Tradução de Marcos Mayer. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007, especialmente, p. 13-25 e p. 295-320. No pensamento de Wacquant, as favelas (no Brasil), os guetos (nos Estados Unidos), as *banlieue* (na França), são tidas como zonas do não direito, locais onde prepondera o controle informal, locais de “cerração excludente”, que se há cristalizado na cidade pós-fordista como efeito do desenvolvimento desigual das economias capitalistas e da desarticulação do Estado de bem-estar. Afirma que a nova ordem mundial é composta de vertiginosas desigualdades e de uma miséria aterradora, que passa a ser combatida pelo “fetichismo policial”, a quem cumpre afirmar a ordem do Estado e expectativas do povo.

⁴³⁷ YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 41

⁴³⁸ Ver, nesse sentido, BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 16-51. Com efeito, para Bauman, “os medos modernos tiveram início com a redução do controle estatal (a chamada desregulamentação) e suas consequências individualistas, no momento em que o parentesco entre homem e homem aparentemente eterno, ou pelo menos desde tempo imemorable, assim como os vínculos amigáveis estabelecidos dentro de uma comunidade ou de uma corporação, foi fragilizado ou até rompido [...]. A dissolução da solidariedade representa o fim do universo no qual a modernidade sólida administrava o medo. Agora é a vez de se desmantelarem ou destruírem as proteções modernas-artificiais ou concedidas”. *Ibid.*, p. 19-20. Ver, ainda, BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, mormente p. 22-90. Na obra Bauman, sinaliza que a modernidade forjou um “teste de pureza” de criação e anulação de corpos estranhos (que são compostos das classes perigosas: moradores de rua, pobres, vagabundos, imigrantes), que nada mais são que subprodutos da desregulamentação universal e da inquestionável prioridade outorgada à irracionalidade do mercado, à custa do despedaçamento das redes protetoras, sustentadas por razões não econômicas. E a busca da pureza expressa-se, diuturnamente, com a ação punitiva contra ditos corpos estranhos, “impuros”, uma vez que não passaram pelo teste do mercado (consumidores falhos, a sujeira).

⁴³⁹ YOUNG, op. cit., p. 78.

sobre as causas da criminalidade, bem como de sua gestão, daí o porquê de a crise da modernidade não se apartar da crise do Direito Penal.

3.3 Modernidade, risco e política criminal: dialética de uma crescente demanda por segurança

A sociedade pós-industrial ou pós-moderna em que se vive, como já notado, a partir da difusão das obras de Ulrich Beck e Niklas Luhmann, é cunhada como a “sociedade do risco” ou “sociedade de riscos”, que é caracterizada por um âmbito econômico variante (mundialização da economia), bem como pelo aparecimento de notáveis avanços tecnológicos, sem paralelo em toda a história da humanidade. Presencia-se extraordinário desenvolvimento da técnica, que incrementou o bem-estar individual, mas que também produziu consequências negativas, quais sejam, os perigos. O risco agora é de procedência humana e abstrato, não estando mais relacionado a eventos da natureza. Dito de outra maneira, os cidadãos estão expostos aos riscos que decorrem da tecnologia que está a sua disposição, ou seja, que derivam dos avanços da indústria, da biologia, da genética, da energia nuclear, na informática etc.

De outra banda, os avanços tecnológicos marcam o surgimento de uma nova criminalidade: a *ciberdelinquência*, ou crime organizado atuando globalmente, que representa outra faceta dos riscos da sociedade pós-industrial, os quais restam facilitados no contexto da globalização⁴⁴⁰

A sociedade pós-industrial do risco convive, pois, com o risco tecnológico, bem como com caracteres individualizadores (sociedade do consumo, por exemplo) que concorrem para a sua configuração como uma sociedade de “objetiva insegurança”, pois convive, diuturnamente, com o risco e a incerteza, por exemplo, consumindo alimentos transgênicos, que podem, no futuro, causar danos à saúde, mas que, na atualidade, são desconhecidos, sinalizando-se, com isso, a remota possibilidade de se conhecerem os riscos e de neutralizá-los, o que atesta a hipercomplexidade da sociedade moderna. Some-se a isso o risco existencial promovido pela crise do Estado de bem-estar social, intensificando os bolsões de

⁴⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 29-30.

miséria e pobreza, onde impera a marginalidade, como migrações voluntárias ou forçadas⁴⁴¹. Aqui ocorre a “crise da modernidade organizada”, referida por Robert Castel⁴⁴², que vem dos riscos de dissociação social promovida pelo desmantelamento do trabalho coletivo. Com efeito, para Castel, a desarticulação dos sistemas coletivos de trabalho, via flexibilização e individualização, consiste numa fonte de insegurança social, uma vez que os indivíduos já não mais podem contar com o estado de solidariedade social (o desemprego passa a ser uma questão de biografia individual), o que provoca o ressentimento e o “retorno das classes perigosas”. A moderna sociedade do risco vê-se enredada, pois, com os riscos tecnológicos e os riscos existenciais (insegurança social relacionada diretamente com a dissolução do trabalho coletivo e o desemprego estrutural), o que, sem sombra de dúvidas, constitui um terreno fértil ao incremento da criminalidade de massas (ou delinquência de rua), na qual o risco assume a outra dimensão não tecnológica, ou seja, o “outro” é visto como risco.

Com isso, intensifica-se a dimensão subjetiva de tal modelo social, passando a sociedade a denominar-se como a sociedade da “insegurança sentida” ou a “sociedade do medo”. Como bem sinaliza Silva Sánchez, “um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança, isto é, o aparecimento de uma forma especialmente aguda de viver os riscos. É certo, desde logo, que os novos riscos tecnológicos e não tecnológicos existem”⁴⁴³.

A proliferação dos riscos aparece como estritamente ligada à promoção da modernidade, em que o mundo corresponde a um vasto campo de riscos, havendo a dificuldade de se adaptar a esses novos tempos, uma vez que estar protegido é dispor de condições para enfrentar os riscos da existência. Atualmente, prepondera um sentimento generalizado de impotência frente às novas ameaças que se inscrevem no processo de desenvolvimento da modernidade, que já não pode mais contar com as redes clássicas de proteção como outrora foi o trabalho coletivo⁴⁴⁴. A busca de segurança no momento de inflação de sensibilidade aos riscos revela-se uma busca infinita e sempre frustrada, consistindo numa demanda desesperada.

⁴⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 32.

⁴⁴² CASTEL, Robert. *La inseguridad social: qué es estar protegido*. Tradução de Viviana Ackerman. Buenos Aires: Manantial SRL, 2004. p. 54-74.

⁴⁴³ SILVA SÁNCHEZ, op.cit., p. 33.

⁴⁴⁴ CASTEL, op. cit., p. 76-77.

Nesse ambiente de aceleração, de abundância de informação, prepondera o completo descontrolo, isto é a falta de domínio do curso dos acontecimentos; tudo se traduz em termos de insegurança. De outro lado, as pessoas, que são encartadas como consumidores, vivem sozinhas e disponíveis, seguindo a lógica seletiva do mercado, o que aumenta sua vulnerabilidade. O contexto é de aceleração, incerteza e obscuridade, que se manifesta na perplexidade do relativismo.

Em resumo, pode ser assumido, como ponto de partida da discussão, que a sociedade em que se vive é uma sociedade do risco, ensejando, no campo da sociologia, diversas interpretações ou modelos, que são complementários entre si. Dessarte, há uma mudança qualitativa e quantitativa no que concerne aos perigos, que, diferentemente de outras épocas, são mais intensos, já que existe, na atividade humana e no desenvolvimento tecnológico, um poder destrutivo considerável, gerando, inclusive, o efeito cumulativo dos riscos. Também pode ser aludido que a globalização fomenta uma sociedade mundial do risco, face à complexidade das esferas das organizações. De outras, é do consenso que o modelo sociológico da denominada sociedade do risco atuou como fator de expansão ou a como “hipertrofia” do sistema penal⁴⁴⁵.

Daí o acerto de Mendonza Buergo, quando sinala que a noção de risco constitui um dos aspectos centrais e constitutivos do conflito social moderno, asseverando, no limite, que são riscos que estão associados à universalização da tecnologia, à globalização da economia e da informação e, caracterizados, ainda, pela potencial universalização de suas eventuais consequências, pois os riscos não conhecem fronteiras. Em suma, na lição de Mendonza Buergo, são artificiais e decorrem da complexidade da rede de organizações (resultando disso a dificuldade de se estabelecer a responsabilidade, provocando uma sensação objetiva e subjetiva de insegurança)⁴⁴⁶.

A modo de uma pequena síntese, o risco é produto da liberdade e do saber moderno, que vive sob a forma do risco, que é conjugada pelos polos risco e perigo (Luhmann), podendo ser representada, ainda, pelo desenvolvimento reflexivo e

⁴⁴⁵ Nesse sentido é o pensamento de GONZÁLEZ, Carlos J. Suarez. Derecho Penal y riesgos tecnológicos. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfried; MARTÍN, Adán Nieto (Org.). *Crítica y justificación del derecho penal em el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 291-292.

⁴⁴⁶ MENDOZA BUERGO, Blanca. Gestión del riesgo y política criminal de seguridad em la sociedad del riesgo. In: AGRA, Cândido da (Org.). *La seguridad em la sociedad del riesgo: un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003. p. 67-89.

desafortunado da sociedade moderna (Beck), que não mais controla ou limita seu projeto modernizante (Beck). De outro lado, o risco é constituído por duas dimensões: a objetiva e subjetiva. A primeira (definição objetiva) apresenta o risco como a possibilidade da ocorrência de um dano futuro; a segunda (determinação subjetiva) informa que o risco é uma categoria psicológica e socialmente construída, estando, pois, relacionada com a percepção que os indivíduos têm dele. Assim, a ontologia do risco compõe-se, inseparavelmente, da consideração dos riscos do entorno social, bem como da valoração social que se faz sobre eles⁴⁴⁷. Em definitivo, a convivência com o risco parece ser uma característica inderrogável da sociedade moderna, sendo de notar que um maior conhecimento ou controle nem sempre são suficientes para fazer frente à complexidade e ao risco⁴⁴⁸.

A questão problemática é a relação que se estabelece entre o Direito e a política frente ao risco, na medida em que a existência de riscos compromete a promessa de segurança do Estado social, não podendo ser olvidado, nesse particular, que a segurança é a carta legitimatória, por excelência, do Estado social. A segurança passa a ser recebida como um mínimo existencial, isto é, como garantia para o desfrute dos direitos. Ora, com o advento da sociedade do risco, o Estado se vê impossibilitado de garantir a segurança coletiva e de dar proteção aos direitos fundamentais⁴⁴⁹.

Com efeito, o sistema penal, premido por essa nova realidade social do risco, mobiliza uma nova política criminal⁴⁵⁰ de cunho expansivo-preventivo, promovendo

⁴⁴⁷ Consultar NAVARRO, Evaristo Prieto. Sobre os limites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo. In: AGRA, Cândido da (Org.). *La seguridad em la sociedad del riesgo: un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003, p. 27-63. Nos ensinamentos de Navarro, o conhecimento dos riscos está inseparavelmente unido à consideração do entorno e à percepção dos riscos, o que torna irrelevante, em grande parte, a análise objetiva dos riscos. O que é certo, segundo ele, que, sem negar a existência dos riscos, há que se admitir, com veemência, seu caráter basicamente construído. Portanto, frente à inderrogabilidade de ambos os componentes do risco (objetivo e subjetivo), postula a adoção de uma nova categoria objetiva, denominada de híbrida. Em resumo, para Navarro, os riscos, como categoria híbrida, que ameaça a constituição moderna, apresentam-se, abaixo do polo científico, como uma realidade constatável e mensurável e, por outro lado, se faz dependente dos juízos de percepção e de valoração coletiva e individual, haurida do meio social. Ver. p. 32-33.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 35.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 36-37.

⁴⁵⁰ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal em la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 28-29, refere que a incorporação do paradigma sociedade do risco ao Direito Penal culmina na produção de um "Direito Penal da segurança", dotado de uma "aversão ao risco". De outro lado, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, São Paulo, n. 71, p. 70-125, mar./abr. 2008, informa que a expansão do Direito Penal consolidou um modelo de política criminal que ele denomina de "segurança cidadã", que pretende estender a intervenção do controle penal a âmbitos sociais até então fora de seu raio de ação. Dessarte, para Ripollés, o debate sobre o Direito Penal da sociedade do risco parte da constatação das seguintes realidades sociais: generalização, na sociedade moderna, de novos riscos, que afetam coletivos sociais, podendo, ainda, ser denominados como artificiais, pois produtos da ação humana e das novas tecnologias; dificuldades de se atribuir a responsabilidade por tais riscos a determinadas pessoas individuais e coletivas (irresponsabilidade

uma mudança no modelo do Direito Penal. Dessarte, o sistema penal assume uma outra conotação, qual seja, a prevenção dos riscos de procedência humana que fogem do controle das instituições, ameaçando o coletivo de pessoas (consumidores, meio ambiente etc)⁴⁵¹. Nas palavras de Silva Sánchez, o controle penal deixa de atuar *a posteriori* contra delito, delimitado individualmente, passando a funcionar como um Direito de gestão punitiva dos riscos sociais e, nessa medida, apresenta-se como “administrativizado”^{452 453}, diluindo-se as fronteiras entre o Direito Penal e administrativo-sancionador, apto a gerir riscos sistêmicos (perigos globais, estatísticos, presumidos)⁴⁵⁴.

Com isso, também se produzem modificações consideráveis na dogmática jurídica, pois se legitima a intervenção penal a interesses que vão além de uma afetação material individual, dando azo à categoria de bens jurídicos individuais de conteúdo difuso. Em segundo término, emprega-se a técnica de tipificação de crimes de perigo abstrato, focalizando a razão de perigo e, por fim, flexibilizam-se as regras de imputação (de causal a mera probabilidade⁴⁵⁵). Cuida-se, portanto, de um Direito Penal preventivo, ou seja, de um Direito Penal do risco, subvertendo o princípio da intervenção mínima, que sempre se constituiu em uma conquista irrenunciável da moderna política criminal. Com isso, inverte-se a orientação de despenalização que

organizada na fala de Beck); difusão de um sentimento exacerbado de insegurança, que não parece guardar correspondência com os riscos reais, o que é potencializado pela cobertura midiática. Logo, a política criminal engendrada para dar conta da nova complexidade só pode ser uma política expansiva, que passa a mirar na criminalidade dos poderosos (branqueando a controle penal); a preeminência do controle penal, com a desvalorização de outros instrumentos, com uma reconfiguração da dogmática penal e instrumental, mormente com os crimes de perigo abstrato e flexibilização dos critérios de causalidade e imputação. Veja-se p. 74-78.

⁴⁵¹ GONZÁLES, Carlos J. Suárez. Derecho penal y riesgos tecnológicos. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfrid; MARTÍN, Adán Nieto (Coord.). *Crítica y justificación del derecho penal em el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 289-297.

⁴⁵² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 113-114. Conforme Silva Sánchez, “assim a combinação da introdução de novos objetos de proteção com a antecipação das fronteiras da proteção penal vem propiciando uma transição rápida do modelo “delito de lesão de bens individuais” ao modelo “delito de perigo (presumido) para bens supra-individuais, passando por todas modalidades intermediárias... Com isso, tem-se produzido certamente a culminação do processo: o Direito Penal, que reagia *a posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e passivo) se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está “administrativizado”.

⁴⁵³ Os contornos da administrativização do controle penal também são dados por CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Barcelona: lustel, 2007. p. 322-323.

⁴⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 114-116.

⁴⁵⁵ GONZÁLES, Carlos J. Suárez. Derecho penal y riesgos tecnológicos. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfrid; MARTÍN, Adán Nieto (Coord.). *Crítica y justificación del derecho penal em el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 292-293. A consequência dessa política criminal, para Gonzáles, é o adiamento das fronteiras de proteção e normas penais simbólicas.

se encaminhava no pós-guerra, passando-se a implementar uma nova política criminal de cunho expansiva, que se descortina na proteção de bens supraindividuais ou difusos, o que implica a acolhida dos fundamentos da sociedade do risco.

Em resumo, a expansão do Direito Penal (ou crise de crescimento⁴⁵⁶) decorre, em grande medida, da retórica do risco, pois o projeto expansionista é fruto da pretensão do controle penal de abarcar a aparição de novos riscos tecnológicos que caracterizam a sociedade moderna, com o fim de evitar que o risco se converta em situação de perigo a bens jurídicos coletivos ou supraindividuais⁴⁵⁷.

Nesse sentido, encaminha-se o pensamento de Mendoza Buergo, quando refere “sobre los câmbios y las transformaciones que para El Derecho penal pueda suponer El modelo sociológico que está teniendo gran eco en los últimos tiempos: El de La llamada sociedad del riesgo”⁴⁵⁸. Com efeito, conforme o ensinamento de Mendoza Buergo, a concepção da sociedade do risco foi incorporada ao processo de evolução do Direito Penal, o que, de resto, ocorreu em outros ramos do ordenamento jurídico⁴⁵⁹.

Não é sem motivo que se detectam algumas mutações fundamentais na dogmática penal, como ampliação das fronteiras do punível e uma orientação focada na prevenção⁴⁶⁰. Há uma boa dose de funcionalização do Direito Penal, no qual a pena não mais se orienta no sentido de reprimir casos pretéritos, individualmente, mas busca uma “fidelidade ao direito”, em uma ótica de defesa da sociedade (prevenção geral), superando a visão tradicional que repousava na defesa de bens jurídicos individuais⁴⁶¹.

Inegavelmente, repercutem, no controle penal, as diversas orientações ou

⁴⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2 ed. ampl. e rev. Montevideo-Buenos Aires, IBDEF, 2010. p. 09.C

⁴⁵⁷ CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Lustel, 2007. p. 308-309.

⁴⁵⁸ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 23.

⁴⁵⁹ Compartilha, também, desse entendimento RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo: Buenos Aires: IBDEF, 2007. p. 129-176.

⁴⁶⁰ Veja-se, nesse sentido. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Lustel, 2007. p. 49-58, que sinala que a “cosmética do risco”, que ronda o debate entre o risco e insegurança, focaliza, de forma prioritária, terrenos onde o perigo é apresentado como controlável, especialmente no âmbito da criminalidade, que é associada a grupos de riscos. Dessa forma, face ao alarma social, a gestão estatal da segurança se caracteriza pela oferta do endurecimento do controle social, via reformas jurídicas e policiais de corte repressivo. Em resumo, para Cepeda a racionalidade do sistema penal passa a ser orientada pelos valores da segurança e afetividade, já que declara amigos e inimigos do Direito penal. Ver. p. 48-49.

⁴⁶¹ MENDOZA BUERGO, op. cit., p. 24.

modelos de sociedade do risco⁴⁶², que vêm de autores como Beck, Luhmann, Guiddens, dentre outros, que dizem respeito às implicações negativas do desenvolvimento tecnológico e do sistema de produção e consumo, nas quais o aspecto definidor está na origem: são riscos abstratos, produzidos pelo homem, e que estão ligados ao manejo da energia nuclear, de produtos químicos, tecnologia genética, recursos alimentares etc, cujos efeitos, hodiernamente, são globalizados. Em suma, constituem-se nos riscos colaterais ou secundários do processo de modernização⁴⁶³.

E, como os novos riscos são tecnológicos, não são obra da produção divina (riscos naturais como o frio, pragas e doenças); ao contrário, são produtos da mão do homem e seus inventos tecnológicos, surge, modernamente, a questão da imputação e da atribuição pelas consequências intoleradas, principalmente pela repulsa existente no meio social em absorver os danos da modernização, fomentando-se uma demanda por segurança⁴⁶⁴.

Dessarte, a mutação significativa do Direito Penal contemporâneo é pautada pelo surgimento de um controle que busca a segurança, no que é orientado pela sociologia do risco, que parte de um conjunto de realidades sociais, que, com Ripollés, se pode resumir em três características: a) generalização na sociedade moderna de novos riscos, agora de contornos coletivos e artificiais; b) crescente dificuldades de se atribuir a responsabilidade individual ou coletiva a tais danos e c) na sociedade, tem-se difundido um exagerado sentimento de insegurança, que

⁴⁶² Conforme VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. Del otro lado del espejo: reflexiones desordenadas acerca del derecho penal en la sociedad actual. In: CABANA, Patricia Faraldo (Dir.). *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 65-122, constitui-se lugar-comum considerar que o Direito Penal atual é um Direito Penal do risco, o que, de resto, está intimamente ligado à expansão/modernização do Direito Penal. Assim, o termo expansão comportaria as novas tendências criminalizadoras do controle penal, como sinala Silva Sánchez, para quem se assiste a um processo crescente de espiritualização dos bens jurídicos e sanção de condutas, que somente, de longe, afetam as pessoas. Consultar, SILVA SÁNCHEZ, José Maria. Prólogo ao livro a *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000. p. XII-XV. Observa-se, por relevante, que Silva Sánchez informa que a crise do Direito Penal é a crise de seu crescimento.

Nesse particular, razão assiste a Vázquez, uma vez que a expansão do Direito Penal tem a ver com o surgimento de novos riscos e, pois, a aparição de novos bens jurídicos, como meio ambiente, crime do colarinho branco, a criminalidade transnacional etc. Com efeito, há uma autorreferência entre sociedade do risco/expansão e modernização do controle penal, que potencializados pelos meios de comunicação, provocam uma sensação de insegurança, acionando, como nunca, a política criminal expressiva e repressiva, levando, a um extremo, a tensão dialética entre segurança *versus* liberdade. Os contornos da relação dialética entre liberdade *versus* segurança e o surgimento de novos riscos é tratado por BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. Limites objetivos y subjetivos a la intervención penal em el control de riesgos. In: GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coord.). *Política criminal y reforma penal*. Montivideu Buenos Aires: IBDEF, 2007, p. 33-52. De igual sorte, ver GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal. In: MIR PUIG, Santiago; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy (Dir.). *Política criminal y reforma penal*. Madrid: IBDEF, 2007. p. 55-103.

⁴⁶³ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 27.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 27.

parece não guardar correspondência com tais riscos⁴⁶⁵.

Com efeito, a criação de novos riscos, aliada à crescente sensação de insegurança subjetiva faz com que o Direito Penal da segurança se aproxime da vítima, afastando-se da pessoa do delinquente. Como refere Cepeda⁴⁶⁶, a expansão do controle penal aparece como consequência da identificação social com as vítimas, antes do que com o autor do crime, convertendo-se a lei penal na *Magna carta da vítima*, instrumentalizadas pelos “gestores atípicos da moral, que atuam como *lobbies* de pressão frente ao governo e opinião pública sobre determinadas situações, reivindicando aplicação do sistema penal⁴⁶⁷.”

Assim, no ambiente do risco, prepondera o sentimento da culpabilidade, que opera como um reflexo da complexidade do risco, na medida em que o risco é produto humano e, em muitas oportunidades, é totalmente desconhecido e não cognoscível, acentuando, sobremaneira, a sensação de descontrole e, pois, a ausência de proteção⁴⁶⁸.

Isso reforça uma característica marcante da sociedade moderna do risco, qual seja a sensação de insegurança subjetiva, que pode existir mesmo na ausência de perigos reais. Como bem diz Mendoza Buergo, “se parte de una sociedad cuyos miembros viven más seguros que nunca pero que, paradójicamente, tienen una creciente sensación subjetiva de inseguridad⁴⁶⁹”. A questão da segurança converte-se em uma demanda normativa, na qual não só se busca uma proteção objetiva contra o perigo real, mas também, uma proteção, confiança ou segurança, com contornos nitidamente subjetivos. Isso faz com que os indivíduos reclamem proteção do Estado frente aos novos riscos e incertezas. Dessarte, razão assiste a Cepeda quando alude que, atualmente e no âmbito do controle penal, não se

⁴⁶⁵ RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo: Buenos Aires: IBDEF, 2007. p. 132-133.

⁴⁶⁶ CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Lustel, 2007. p. 311.

⁴⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Como novos gestores da moral coletiva, oriundos da criminologia de esquerda, Silva Sánchez aponta a relevância das associações de ecologistas, grupos feministas, de consumidores, de vizinhos (contra os pequenos traficantes de drogas), pacifistas, ONGs que protestam contra a violação dos direitos humanos, que encabeçam a tendência de expansão do Direito Penal no sentido de uma crescente proteção dos respectivos interesses. Ver, *Ibid.*, p. 62-64.

⁴⁶⁸ Veja-se, nesse sentido, VIRILIO, Paul. *A inércia polar*. Tradução de Ana Luísa Faria. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1993, para quem a modernidade acelerou o tempo real, passando a conviver com uma “telerrealidade”, isso pela expansão dos meios de comunicação, notadamente, os televisivos. Segundo Virilo, vive-se na era da velocidade da imagem, velocidade da luz electro-óptica contemporânea, numa verdadeira confusão de aparências. Isso conduz ao desaparecimento do espaço de referência antropogeográfico, ou a “Dromopolítica”, na qual desaparecerá a nação, em proveito da desregulação social e de uma desconstrução política, que serão substituídos por um telecomando, acentuando a sensação de descontrole. Ver p. 114-116.

⁴⁶⁹ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 30.

concebe uma política criminal que não se apoie, necessariamente, no conceito de risco, especialmente pela presença dos seguintes fatores: a) a existência significativa de riscos, socialmente relevantes e a necessidade de controlá-los, legitimando a intervenção penal; b) a presença do risco informa sobre a necessidade do debate sobre o risco permitido, limitando-se o alcance da incriminação; c) finalmente, pelo fato de que as regras de imputação de responsabilidade se constroem, em boa medida, sob os fundamentos do risco⁴⁷⁰.

Dito de outro modo, conforme Corcoy Bidasolo, tem-se que a sociedade do século XXI é uma sociedade complexa, que convive com novas necessidades, valores e novos problemas, que, se não coincidem com o risco, podem ser denominados complexos, até porque se trata de uma sociedade altamente tecnificada e industrializada, havendo, inclusive, uma série de relações interpessoais anônimas, o que demarca o surgimento de novos interesses mercedores de tutela penal. A nova questão é a prevenção de novos riscos, que têm sua origem na complexidade estrutural da sociedade⁴⁷¹.

A temática sociedade do risco e o Direito Penal sob a denominação sociedade do risco assume relevo, na leitura de Corcoy Bidasolo, pelo fato de que os riscos costumam proporcionar benefícios à coletividade. Assim, cumpre à sociedade ponderar, via cálculos de custo/benefício, quais riscos devem ser tolerados e admitidos, sendo que os riscos que a sociedade decide correr correspondem aos riscos permitidos e, pois, indiferentes ao Direito Penal, cabendo, em última análise, ao legislador valorar o risco (que é normativo, e, não, causal)⁴⁷².

Cornelius Prittwitz também compartilha o pensamento de que a política criminal, a teoria penal e, sobretudo, a dogmática jurídico-penal foram influenciadas, há muito tempo, pelo desenvolvimento da teoria social da sociedade de risco (de Beck e Luhmann), demarcando o surgimento de um “Direito Penal do risco”, que, no seu entender, tem-se revelado expansivo, de forma tridimensional: a) pela acolhida de novos candidatos no âmbito de bens jurídicos (tais como o meio ambiente, saúde pública, mercado de capitais); b) pelo adiantamento das barreiras entre o comportamento impunível e punível, com o conseqüente adiantamento da barreira

⁴⁷⁰ CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Lustel, 2007. p. 315-316.

⁴⁷¹ Ver CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Limites objetivos y subjetivos a la intervención penal em el control de riesgos. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.). GÓMEZ MARTIN, Víctor (Coord). *Política criminal y reforma penal*. Buenos Aires- Montivideu: IBDEF, 2007. p. 34-54.

⁴⁷² *Ibid.*, p. 42-46

de proteção penal; c) pela redução das exigências de reprovabilidade, em uma mudança de paradigma da ofensa ao bem jurídico à periculosidade⁴⁷³. Em consequência da adoção dos postulados do risco, ainda na esteira de Prittwitz, o Direito Penal do risco se caracteriza não por ser o comportamento tipificado como socialmente inadequado, mas, sim, por ser considerado socialmente desvalorado, o que segundo ele, se vislumbra nos crimes ao meio ambiente e delitos econômicos, revitalizando-se a crença “na força conformadora dos costumes do Direito Penal”⁴⁷⁴.

Conforme Prittwitz, a motivação ética que move essa nova criminalização pouco tem a ver com comportamentos violentos (criminalidade clássica e violenta, que deve ser criminalizada) e, em não raras vezes, quando se analisa superficialmente, revelam-se inofensivos, pois sua periculosidade somente pode ser auferida pela acumulação. No limite, cumpre a tal controle penal, de forma instrumental, evitar comportamentos perigosos, não descansando em categorias morais e normas morais assentadas. Ao contrário, no entendimento de Prittwitz, o controle penal é funcionalizado, não só como instrumento para a minimização dos riscos, senão também como promessa de segurança subjetiva, isto é, como preservação simbólica da insegura sociedade do risco⁴⁷⁵.

Dessarte, sob os influxos interventivos do Estado de bem-estar no domínio da sociedade do risco, como da aversão da sociedade aos riscos, a segurança converte-se, efetivamente, em um “direito humano fundamental”. Entretanto, a “psicose da insegurança”, conforme Mendoza Buergo, projeta uma expansão e uma intervenção excessiva do Direito Penal, que, premido pela opinião pública e autoridades, passa a ser dotado de uma função atuarial de gerir riscos, com danos ao seu instrumental garantista.⁴⁷⁶

Efetivamente, o conceito da sociedade do risco ultrapassou as fronteiras da análise sociológica do Direito para centrar-se na questão da sua funcionalidade, motivando reflexões acerca de qual seria sua funcionalidade para atender às novas demandas sociais que o interpelam. Por isso, fala-se em Direito Penal do risco, cuja missão seria a de combater os riscos não tolerados, o que implica a antecipação da resposta punitiva, seguindo orientação pelo risco, privilegiando-se a criação de

⁴⁷³ PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad de riesgo y derecho penal. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfrid; MARTÍN, Adán Nieto (Coord). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 259-287.

⁴⁷⁴ Ibid., p. 262.

⁴⁷⁵ Ibid., p. 263.

⁴⁷⁶ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 31-32.

crimes de perigo abstrato.

A política criminal, sensível a essa demanda social de controle penal, parte de um consenso no sentido de que o Direito Penal deva ser usado com urgência, com o afã de resolver os crescentes riscos. Todavia, o movimento expansivo conduz a uma inflação legislativa de emergência, gestando, no âmbito do Direito Penal, uma crise de prestação ou rendimento, ante à completa “explosão de ignorância”, levada a cabo pela complexidade que é o tema do risco tecnológico⁴⁷⁷.

Nesse contexto, o Direito Penal assume o *topos* da sociedade do risco, em um ambiente em que há uma tendência da sociedade a criminalizar qualquer evento danoso, haja vista sua alta sensibilidade subjetiva aos novos perigos, apresentando caracteres eminentemente políticos de reforço do consenso punitivo, mesmo existindo um sentimento de uma certa impotência ou da falta de controle dos riscos inerentes à técnica. Resta transfigurado o princípio da intervenção mínima em intervenção máxima, bem como os princípios da necessidade e proporcionalidade, que deixam de guardar referência ao caráter de última *ratio* do Direito Penal. Exige-se que se incriminem condutas tão só com base na sua periculosidade normativo-abstrata⁴⁷⁸.

O que se revela dramático nesse discurso político-criminal de expansão modernizadora do Direito Penal (expansão securitária), guiado, de certo modo, por campanhas midiáticas e populistas, é que se equiparam os riscos derivados das novas tecnologias com aqueles assentados na vida cotidiana. Dessarte, a marginalização e a exclusão social passam a ser catalogadas como fontes de risco, ficando expostas aos efeitos do projeto de expansão expressiva do controle penal⁴⁷⁹. Os outros, excluídos do modelo de bem-estar, como desempregados e imigrantes, passam a ser geridos como risco, numa verdadeira integração da criminalidade, como o fenômeno mais amplo da sociedade do risco.

É da dimensão não tecnológica da sociedade do risco estar sujeita aos

⁴⁷⁷ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 39-42.

⁴⁷⁸ CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Lustel, 2007. p. 317.

⁴⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 54-55. Nesse particular, Silva Sánchez alerta que cerca de 80% da criminalidade perseguida permanece sendo como a criminalidade dos marginalizados (*lower class crime*), de modo que se corre o risco de que a expansão do Direito Penal, que engloba a relativização dos princípios de garantia e regras de imputação (prevista, inicialmente, à criminalidade dos poderosos) acabe por repercutir sobre a criminalidade em geral. No mesmo sentido, veja-se RIPOLLÉS, José Luis Díez, *Sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 71, p. 82-87, mar./abr. 2008.

influxos de uma política criminal expressiva e punitivista. No projeto de gestão administrativa do risco, que alia o processo tecnológico ao sentimento de insegurança coletivo, nos ares de política criminal, equipara-se o criminoso comum à criminalidade dos poderosos⁴⁸⁰. A expansão revela-se, por tudo, muito distante do projeto original que era combater o risco tecnológico e a criminalidade dos poderosos⁴⁸¹, até porque, como bem detecta Ripollés⁴⁸², a sociedade não está disposta a assumir qualquer responsabilidade pelo surgimento desse tipo de delinquência⁴⁸³, colocando a ênfase nos sintomas, e, não, nas causas da criminalidade.

Descortina-se, portanto, na ideologia de distribuição dos riscos, uma postura tecnocrática de “insolidariedade social⁴⁸⁴”. A sociedade rechaça assumir parte dos riscos, especialmente da reincidência delitiva, que é depositada integralmente sobre o próprio delinquente, o que é demonstrado pela insatisfação social no que diz com os programas de ressocialização dos criminosos. O tempo é de degradar a condição do criminoso, para, assim, justificar o rigor das intervenções penais⁴⁸⁵.

Dito de outro modo, sob a lógica do *Welfare state* e seu utópico objetivo de implementar uma segurança universal livre de riscos, é o neoliberalismo que pergunta quais os riscos que devem ser tolerados e quais, ao contrário, os que devem ser neutralizados. Dessarte, a política criminal, em observância aos postulados neoliberais, fundamenta-se em conceitos econômicos básicos, como

⁴⁸⁰ Consultar RIPOLLÉS, José Luis Díez. Sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 71, p. 83-87, mar./abr. 2008. Segundo Ripollés, isso explica a ausência de deslinde suficiente entre o que é uma criminalidade organizada levada a cabo por grupos profissionais de estrangeiros e a criminalidade de imigrantes, que deriva da sua instabilidade social e econômica, o mesmo acontecendo com a criminalidade organizada, que, conforme Ripollés, é associada à criminalidade tradicional. Ver. p. 91.

⁴⁸¹ Ou os “crimes do colarinho branco”, na definição de SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco*. Tradução de Laura Belloqui. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2009, para quem os crimes do “colarinho branco” constituem delito mais geral e penetrante na sociedade do que a criminalidade ordinária. Todavia, o encobrimento decorre do fato de que a sua persecução penal é complexa, dificultosa e de escasso êxito, possuindo, no imaginário social, uma visibilidade “trivial (associação diferencial)”, impedindo, portanto, que tais fatos criminais sejam captados. Ver p. 63 e seguintes.

⁴⁸² RIPOLLÉS, op. cit., p. 94-95.

⁴⁸³ No trato da legislação brasileira e de sua inefetividade no combate à criminalidade dos poderosos, ver STRECK, Lenio Luiz. Cris(e)s paradigmática(s) no direito e na dogmática jurídica: dos conflitos interindividuais aos conflitos transindividuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 28, p.108-115, out./dez. 1989. Também importa a leitura STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*ubermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 97, p. 171 e seguintes, mar. 2005. Ainda, SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 109, mar. 2008. Por fim, FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 191 e seguintes.

⁴⁸⁴ RIPOLLÉS, op. cit., p. 96-97.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 98-99.

racionalidade, maximização, custo, benefícios esperados, direitos de propriedades, equilíbrio e eficiência, para explicar, produzir e combater a criminalidade⁴⁸⁶. Efetivamente, o “discurso da distribuição dos riscos” entre o indivíduo e a sociedade, na precisa observação de Ripollés, é revelador da completa “insolidariedade social”, que é mascarado pela tecnologia tecnocrática do risco. O Direito Penal já não pretende prevenir e evitar lesões ao bem jurídico, senão que assume a tarefa de sistema de asseguramento e provisão estatal da existência⁴⁸⁷.

No limite, a título de conclusão provisória, tem-se que é inegável que a complexa sociedade do século XXI traga, no seu entorno, riscos e perigos. Também não se nega que alguns desses perigos, mormente quando afrontarem bens jurídicos, deverão ser regrados pelo sistema penal. Entretanto, a dimensão retórica do risco equipara, no seu projeto expansivo, os riscos da modernização e a criminalidade moderna aos mesmos moldes da criminalidade tradicional, uma vez que é a lógica mercadológica neoliberal que decide quais os riscos que deverão ser tolerados e admitidos pelo controle penal.

Disso defluiu o pensamento de que a política criminal, ainda por um bom tempo, centrará suas energias repressivas no combate à criminalidade clássica: delitos sexuais, roubo, tráfico de entorpecentes, que são os crimes que continuarão a receber os influxos do projeto expansivo-modernizante do Direito Penal e, sujeitos, portanto, a penas mais elevadas e adiantamento da fronteira de punição, como forma de satisfazer os anseios populistas e midiáticos inerentes à dimensão simbólica do risco.

3.4 O Direito Penal é capaz de enfrentar os novos riscos? O problema do efeito meramente simbólico, ou simbolismo no sentido negativo

Do até aqui exposto, tem-se que o modelo sociológico do risco contribuiu, sobremaneira, à expansão do Direito Penal contemporâneo, unindo, no projeto modernizante, os riscos tecnológicos e o surgimento de novos interesses mercedores de proteção, dando azo à proliferação de crimes de perigo abstrato, que decorrem do princípio da prevenção e da precaução. Isso é fato inconteste,

⁴⁸⁶ CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Barcelona: Lustel, 2007. p. 317.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 318-319.

sendo que a questão que tem passado por alto é a de o controle penal, de forma efetiva e eficaz, ter capacidade ou não a essa nova realidade de se adequar e se instrumentalizar como ótimo meio de defesa frente aos novos riscos, mormente pela acolhida dos fundamentos da sociedade do risco⁴⁸⁸.

Não pode ser olvidado que, para desempenhar tal mister de “maximização protetiva”, se exige uma refundação do próprio Direito Penal no que diz com a sua dogmática, bem como a assunção de uma nova orientação atinente aos fins da pena, que deve assumir, na geografia da sociedade de risco, uma fundamentação eminentemente preventivo-geral positiva (buscando os ideais da paz social e da sobrevivência da sociedade e, ao fim e ao cabo, a vigência da norma e fidelidade ao direito), afastando-se, sobremaneira, dos ideais de prevenção especial (com destaque para a questão da ressocialização do delinquente) e intimidação, que assumem, na nova moldura, papéis secundários.

Pretende-se, com o controle penal, no viés de prevenção geral positiva, a estabilização das normas, estabelecendo um mandamento de fidelidade ao Direito⁴⁸⁹. Segundo Hassemer, a dialética do moderno e sua tendência à “sociotecnologia” funcionalista permite a adaptação do sistema penal às novas necessidades da política criminal moderna, especialmente no que concerne à orientação para as consequências, ponderação dos interesses em jogo, previsão de perigos e programas flexíveis de decisão. Na fundamentação “sociotecnológica” da pena (funcionalismo), conforme Hassemer, impera o fim preventivo da pena, bem como esquemas cognitivos e normativos (o clima, p. ex.), favorecendo o surgimento de tópicos como o “domínio do futuro”, a “fé da comunidade e a força configuradora da realidade”, a “legitimação das intervenções penais face a circunstâncias favoráveis”. Em suma, na “dialética moderna” o Direito Penal é inspirado em modernas teorias sociológicas⁴⁹⁰.

O que é passado por alto pela política criminal moderna é que tais expectativas não podem ser cumpridas, exclusivamente, pelo sistema penal, que se revela insuficiente⁴⁹¹. Todavia, a política criminal atual não reage restringindo a

⁴⁸⁸ No trato do princípio da precaução, ver NAVARRO, Evaristo Pietro. Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo. In: AGRA, Cândido et al. (Org.). *La seguridad em la sociedad del riesgo: un debate abierto*. Madrid: Atelier, 2003. p. 27-46.

⁴⁸⁹ Nesse sentido, NAVARRO, *Ibid.*, p. 52.

⁴⁹⁰ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em derecho penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003. p. 31-35.

⁴⁹¹ Nesse sentido, apresentam-se oportunos os questionamentos de PRITTWITZ, quando questiona se o Direito Penal é, efetivamente, eficaz ao combate da criminalidade tecnológica, especialmente no que diz com os crimes ambientais, que, no debate, são enunciados como bens jurídicos de gerações futuras. Também questiona PRITTWITZ se, mesmo alterando-se as estruturas de imputação, pode-se esperar algo do controle

intervenção penal; ao contrário, segue mantendo-a de forma intensiva, produzindo uma política criminal simbólica, desconsiderando a opinião dos peritos, que estimam que a simples agravação das sanções penais não aumenta o efeito intimidatório, denunciando os *déficits* do sistema penitenciário. Entretanto, o legislador busca ganhos simbólicos (eleitorais) e a simpatia da opinião pública, o que se paga com perda da credibilidade da justiça e do Direito Penal, defraudando-se as expectativas dos cidadãos⁴⁹².

Como sinala Cepeda, a aparição de novos riscos e a crescente demanda de prevenção penal constituem um terreno fértil à proliferação de tipos penais de duvidosa aplicação e efetividade, cuja única finalidade é satisfazer as demandas sociais⁴⁹³. Em síntese, no pensamento de Cepeda, a pressão da sociedade do risco incita uma política criminal simbólica, sendo que a segurança é convertida no motivo determinante da ordenação social, havendo, portanto, uma politização do perigo⁴⁹⁴.

Nesse contexto, o Direito Penal e o instituto da pena sofrem uma crise de efetividade, até porque há uma crise no que diz com sua eficácia. Veja-se, por exemplo, a proteção do meio ambiente, para citar um exemplo paradigmático, que, embora, seja merecedor de proteção penal, não se tem notícia da diminuição das ofensas a tal bem jurídico⁴⁹⁵; ao contrário, o que se vislumbra é a completa deterioração do meio ambiente na quadra atual, que é causada por um sistema

penal? Mas em que medida podem ser admitidas tais alterações, a fim de que o Direito Penal não perca seu caráter de Direito Penal de um Estado de Direito. Ao responder a tais interrogantes, centrando-se nos crimes ambientais, Prittwitz refere que o problema decisivo ao meio ambiente é o sistema de produção, sendo o problema sistêmico, revelando-se o Direito Penal, nesse contexto, contraproducente, inefetivo e simbólico, no pior sentido do termo. Ver PRITTWITZ, Cornélius. Sociedad de riesgo y derecho penal. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfried; MARTÍN, Adan Niet (Org.). *Crítica y justificación del derecho penal em el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 273-287.

⁴⁹² HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em derecho penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003. p. 34-35.

⁴⁹³ É o populismo punitivo, na leitura de LARRAURI, Elena. Populismo punitivo.y como resistirlo. *Jueces para la Democracia*, Madrid, n. 55, p. 15-22, mar. 2006. Conforme Larrauri, o populismo punitivo ocorre quando o uso do Direito Penal pelos governantes aparece conduzido por três caracteres: que as maiores penas podem reduzir os delitos; que as penas ajudam a reforçar o consenso moral; que o uso do produto controle penal dá ganhos eleitorais. Também pode estar relacionado com o Estado, que governa através do delito ou do controle social. *Ibid.*, p. 15

⁴⁹⁴ CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Barcelona: Lustel, 2007. p. 333.

⁴⁹⁵ Nesse passo, no caso brasileiro, observa-se que as condenações por crimes praticados contra o meio ambiente, efetivamente, padecem do efeito perverso do simbolismo negativo. Com efeito, o bem jurídico meio ambiente encontra-se em evidência, mormente nos meios de comunicação, sob o slogan da preservação de um espaço vital para as gerações futuras. Todavia, quando se consulta o repertório jurisprudencial, o que se vê são condenações por um agente surpreendido pescando com rede de malha fina (TJRGS, acórdão n. 70036724136) ou pela morte de espécime da fauna silvestre, no caso uma capivara (TJRGS, acórdão n. 70037161296). Nesse estado da arte, não se encontram condenações por ações que efetivamente lesionam o habitat natural, notadamente de poluição das águas, que, de regra, são praticados pelas grandes organizações, talvez pelo fato de que são questões relacionadas ao sistema de produção (sistêmicas) ou pelo fato de que não há vontade político-judiciária de reprimir ditas condutas.

capitalista predatório. O mesmo pode ser dito com relação às drogas, corrupção pública, cujo resultado é o fracasso do Direito Penal em relação ao controle global⁴⁹⁶.

Dessarte, a resposta penal nos contornos da sociedade do risco pode estar, dessa forma, assumindo um destacado efeito simbólico, que, no pensamento de Mendoza Buergo, “este efecto simbólico es concebido tanto como médio de conseguir una seguridad o aseguramiento predominantemente simbólico, como en el sentido de legislación puramente o fundamentalmente simbólica, es decir, la que se apresenta como aparente solución del problema por parte del legislador, que promete efectividad pero no la consigue”⁴⁹⁷. O que se produz, portanto, nesse ambiente, é um controle penal não tanto vocacionado à real solução dos problemas, ou como instrumento de efetiva proteção de bens jurídicos, senão para conseguir fins políticos mais amplos.

Com o simbolismo da função do Direito Penal, que agora se orienta tão só pelas consequências, deixando de lado as questões estruturais e não volitivas do Direito, este se conduz como mero instrumento político. Prepondera, pois, o “simbolismo no sentido negativo”⁴⁹⁸, dotado de considerável *déficit* de execução. Isso confere espaço ao populismo ou ao uso político do Direito Penal.

Não se nega que o Direito Penal produz efeitos simbólicos na sociedade, mormente a partir da consolidação de uma sociedade que cada vez mais, se contrói em termos comunicativos⁴⁹⁹. Assim, é legítimo ao controle penal o uso de determinados efeitos simbólicos. Ripollés, nesse sentido, considera que o efeito simbólico do controle penal, que ele denomina como funções “instrumentais, expressivas ou integradoras”, é imprescindível à proteção de bens jurídicos, concorrendo com os efeitos instrumentais, que, na lição de Ripollés, constituem os normais e concretos efeitos da pena (prevenção, neutralização, ressocialização etc).

Em resumo, no pensamento de Ripollés, os efeitos expressivo-integradores

⁴⁹⁶ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 54-55.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 55.

⁴⁹⁸ A expressão de MENDOZA BUERGO, *Ibid.*, p. 56.

⁴⁹⁹ Ver, nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2 ed. Ampliada e actualizada. Montivideo-Buenos Aires: IBDEF, 2010. p. 482-484. Conforme Silva Sánchez as normas penais desempenham uma função simbólica, sendo que o problema para o Direito Penal ocorre quando há uma absolutização em disposições que são incapazes de cumprir a função de proteção a bens jurídicos, limitam-se a desprender efeitos simbólicos, ou seja, a produção na opinião pública da impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido. E, como bem adverte Silva Sánchez, um Direito que opera, largamente, sob o efeito simbólico perde a fiabilidade, obstruindo o cumprimento da função instrumental do Direito Penal, sendo que, por isso, essas disposições são ilegítimas, devendo ser banidas do ordenamento jurídico. *Consular*, *Ibid.*, p. 483-484.

constituem um dos pilares fundamentais da utilização legítima da pena e núcleo, portanto, da prevenção intimidatória, individual e coletiva⁵⁰⁰. E dito efeito expressivo-integrador é aquele que pressupõe uma certa modificação na realidade social e, mais concretamente, nos comportamentos humanos e suas consciências, gerando representações valorativas nas mentes humanas⁵⁰¹. O dilema da legitimidade do Direito Penal repousa no fato de que, por vezes, os efeitos simbólicos se sobrepõem aos instrumentais, criando-se uma ficção de que se cumprem determinadas funções manifestas, quando, na verdade, se satisfazem funções latentes, deslegitimando a intervenção penal, por carecer de legitimidade boa parte dos efeitos produzidos⁵⁰².

Nesse contexto, o simbolismo caracteriza-se como “negativo”, o que pode ser relacionado com a corrupção política do Direito, que é o que sucede quando é usado como uma “falsa solução” do conflito, com o desiderato de produzir uma sensação social de bem-estar e de segurança aos cidadãos. Em síntese, pode-se arrematar, nas palavras de Maqueda Abreu, referindo que o caráter simbólico se manifesta na finalidade confessada de transmitir à sociedade um sentimento de segurança e confiança nas instituições, além de demonstrar uma atitude solidária para com as vítimas, produzindo, nas mentes ou consciências emoções e representações mentais⁵⁰³. Dito de outro modo, o Direito, dotado de funções meramente simbólicas, constitui-se num Direito em que as “funções latentes predominam sobre as manifestas”, havendo um inevitável *déficit* de execução⁵⁰⁴.

Com o simbolismo latente, banaliza-se o uso do “medicamento” do Direito Penal, havendo uma constante demanda que exige, cada vez mais, “doses mais fortes”, o que se detecta na exasperação das penas obradas pelo legislador penal. Enfim, não se nega que o simbolismo é uma característica fundamental à instrumentalização do Direito, constituindo-se numa faceta da lei e da própria pena.

⁵⁰⁰ RIPOLLÉS, José Luis Díez. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena .In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfried; MARTÍN, Adan Niet (Org.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 152.

⁵⁰¹ Ibid., p. 147-172.

⁵⁰² Ibid. p. 163-164. Segundo Ripollés, o Direito Penal simbólico é identificado toda vez que a reação penal não atende ao postulado de prevenção de comportamentos delitivos, isto é, à evitação de danos ou riscos graves aos bens jurídicos fundamentais à convivência humana, ignorando, portanto, o objetivo fundamentador da intervenção penal. Isso ocorre, de forma amiúde, no pensamento de Ripollés (olhando a legislação espanhola), em *leis reativas*, em que predomina a rapidez do legislador ante à aparição de novos problemas, proibindo condutas que dificilmente podem ser realizadas, como a clonagem humana; *leis identificativas*, quando o legislador se identifica com determinadas preocupações dos cidadãos, como o assédio sexual; *declarativas*, quando se aclaram os valores corretos (corrupção de menores) etc. Ver, Ibid., p. 167-168.

⁵⁰³ MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. *Políticas de seguridad y estado de derecho*. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez (Ed.). *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1286-1298.

⁵⁰⁴ Ibid., p. 56.

A questão tormentosa é que o Direito Penal do risco, frente a essa nova demanda social por segurança, assume feições “exclusivamente simbólicas⁵⁰⁵”, levando o controle penal a uma “situação insustentável⁵⁰⁶”.

Com efeito, a pressão social de cunho preventivo, causada pela alta sensibilidade subjetiva ao risco, incita uma “política criminal simbólica”, legitimando uma questionável função promocional do Direito Penal, na medida em que lhe confere uma função educativa e pedagógica de valores, o que se detecta nas legislações de “combate” aos crimes contra o meio ambiente, relações de consumo, tráfico de drogas⁵⁰⁷ etc., o que acarreta um “agigantamento” do controle penal, que passa a atuar como *prima ratio*. Entretanto, como a intervenção penal não consegue instrumentalizar a segurança prometida, a promessa fica no mero ambiente da legislação, não possuindo eficácia no ambiente da sociedade. O Direito Penal, dessa forma, é “pervertido” em uma *soft law*, isso como meio de solução de conflitos, não se distinguindo dos outros meios de solução dos conflitos. E como atende aos fundamentos do risco, está à função de engano. Na leitura de Cepeda, o produto é um “Direito Penal simbólico-enganoso”, que busca obter uma boa imagem na sociedade, acionando demandas irracionais de segurança, bem como angariar votos, até porque resulta mais barato na hora de articular soluções, uma vez que os programas sociais tendem a ser mais onerosos⁵⁰⁸. É o campo do “eficientismo

⁵⁰⁵ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 59.

⁵⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000. p. 11-15. No prólogo da edição espanhola, Silva Sánchez fala que o Direito Penal está em crise, mais especialmente numa “crise de crescimento”, bem como que sua situação insustentável hodierna é consequência do processo de modernização e fragmentação que vem enfrentando.

⁵⁰⁷ É na legislação do combate ao tráfico de drogas que se apreende a intensificação desmedida do controle penal, que, no seu ápice, chega a um “punitivismo simbólico”, uma vez que se incrementam as penas, rendendo-se aos anseios sociais e midiáticos, mas ressentido de eficácia, mormente pelo fato de que a política repressiva não se socorre de outros saberes sociais. Nesse sentido, importa a leitura de NEUMAN, Elías. El modelo neoliberal y la legalización de las drogas. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez (Ed.). *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1349-1362. Na arguta visão de Neuman, com a globalização financeira e mundialização da economia (nova etapa do capitalismo financeiro), o que se vende são às pessoas as drogas, e, não, o contrário. Dito de outra forma, sob a lógica do consumo, segundo o autor, a matéria-prima são as pessoas, que são dotadas de desejos e pulsões. Talvez, seja por isso, que Neuman insiste, “pese a ello, em los últimos cuatro decenios de influencia epidemiológica de las drogas, tan consecuente represión penal no há logrado prohibir nada! Al contrario, se há ampliado de modo considerable el número de unuários y adictos por un lado y la organización del crime, por otro”. Ver. p. 1350. Consultar, de igual sorte, ALBRECHT, Hans-Jörg. Políticas (criminais) e o problema das drogas: evoluções e tendências na República Federal da Alemanha. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 26, p. 24-32, abr./jun. 1999.

Cumpra-se notar que a doutrina nacional preconiza o endurecimento da resposta penal. Nesse sentido, GRECO FILHO, Vicente, RASI, João Daniel. *Lei de drogas anotada*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 77, propõem o seguinte: “É possível concluir que, de fato, o Direito Penal e o Direito Processual comuns mostram-se ineficientes diante de formas de criminalidade, como o terrorismo, o tráfico internacional de drogas, e as organizações criminosas, de modo que a reação do Estado deveria ser revista”. A pergunta que se impõe é: revisão pela adoção dos postulados do Direito Penal do inimigo?, que é tratado, no tópico, pelos referidos autores.

⁵⁰⁸ CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*.

penal”, no qual se pretende, através de reformas legislativas incriminadoras, obter ganhos políticos imediatos de ordem integradora da confiança social. Todavia, as instâncias de poder eludem suas responsabilidades no que diz com problemas sociais importantes, que ficam sem solução, até porque reclamam demasiados esforços políticos e gastos. Enfim, como salienta Maqueda de Abreu, legislar é barato⁵⁰⁹.

De outro lado, a legislação penal, que deixa guiar seu discurso político-criminal por demandas midiáticas e populistas⁵¹⁰, apresenta características de irracionalidade, visto que a fase pré-legislativa, isto é, do convencimento à formação da opinião pública acerca da disfunção social, é conduzida pelos grupos de pressão midiáticos, os grandes autores do espetáculo do Direito Penal, que, segundo Ripollés, não raro fornecem ao debate, uma visão superficial e distorcida dos problemas sociais, apelando para os medos e ansiedades, rumo ao consenso social, sobrepondo-se, o que é pior, à opinião dos peritos⁵¹¹.

Olvida-se, por meio de modernas políticas de segurança populistas, que o medo do cidadão repousa em causas sistêmicas, tendo a ver, portanto, com o modelo social imposto e sua crescente complexidade: progresso tecnológico e das comunicações, contexto de crise do Estado de bem-estar e a privatização crescente, que geram o isolamento social e graves consequências econômicas e políticas. Em resumo, frente à intervenção populista, a intervenção penal atua como instrumento ocultador das contradições sistêmicas⁵¹².

Por outro lado, é indiscutível que a canalização dos problemas sociais para o Direito Penal se constitui em uma tendência generalizada em todos os partidos políticos, propiciando algo antigamente impensável: a esquerda unindo-se à direita conservadora no ambiente da política criminal expansiva, em demandas tais como a proteção do meio ambiente frente à exploração não sustentável da terra, perigosa tecnologia genética, proteção das mulheres estrangeiras no que diz com a violência

Barcelona: Lustel, 2007. p. 336.

⁵⁰⁹ MAQUEDA ABREU, María Luisa. Políticas de seguridad y estado de derecho. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez (Ed.). *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1288-1289.

⁵¹⁰ Conforme MAQUEDA ABREU, Maria Luisa, como o Direito se apresenta como instrumento insubstituível de comunicação social, enfrenta um de seus mais graves problemas de legitimação que é o de servir de “arma política”, uma vez que face a inquietude e temor (medo generalizado) sentido na sociedade, é fácil compreender como todas as maiorias parlamentares perseguem fins eleitorais de curto prazo. Dessarte, a criminalidade e seu combate vendem na sociedade de massas. Trata-se de mercadoria da indústria cultural, que é explorada de forma espetacular e dramática. Ver. *Ibid.*, p. 1288.

⁵¹¹ RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 17-41.

⁵¹² MAQUEDA ABREU, op. cit., p. 1289-1290.

doméstica e prostituição internacional (política feminista) etc., no que são premidos pela notável influência dos meios de comunicação, bem como pelos interesses das vítimas, que assumem papel de relevo na criminologia do século XXI. Isso tudo confere ao Direito Penal, na precisa observação de Albrecht⁵¹³, o caráter de “arma política”, em uma sociedade na qual a segurança se converte numa necessidade, em um conceito simbólico, dando vazão, dessarte, a uma política populista de intervenção penal.

A criminalidade, nesse ambiente de simbolismo penal negativo, tem imenso valor para o uso político. Nesse passo, impende notar que o Direito Penal é instrumentalizado pelos meios de comunicação, constituindo o que Albrecht denomina de “melodramas” do cotidiano, que são comercializados pelos meios de comunicação. “Se comerciá con la criminalidad y su persecución como mercancía de la industria cultural. Consecuentemente, la imagen pública de esa mercancía es trazada de forma espectacular y omnipresente, superando incluso la frontera de lo empíricamente contrastable⁵¹⁴”. Todavía, tal funcionalização comunicativa do Direito Penal por seu uso político provoca uma “hipertrofia” do sistema penal, que, na busca de sua “descongestão”, segue um contraditório caminho que é o da sua “modernização”, o que leva o controle penal a sofrer influxos de uma constante “desformalização” do Direito Penal material e do Direito Processual Penal⁵¹⁵.

Dessarte, a questão fundamental que se descortina para a política criminal é a de como é possível (se é que é tarefa concretizável) satisfazer essa nova demanda por segurança sem deformar o “esteio” do Direito Penal da Ilustração, que consistia em um sistema cercado de garantias. Não se esquecendo de que a questão da segurança sempre foi um tema ligado à administração ou à polícia, que

⁵¹³ ALBRECHT, Peter- Maria. El derecho penal en la intervención de la política populista reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal. In: CASABOA, Carlos Maria. Romeo (Dir.). *La insostenible situación del derecho penal*. Tradução de Ricardo Robles Planas. Granada: Comares, 2000. p. 472-474. Para Albrecht, “las reformas de la criminalización son apreciadas em todos los campos políticos em tanto que médio de reafirmación simbólica de valores. También aquellos movimientos políticamente alternativos o anti-estatales que em sus inicios mostraban poca confianza en el Estado y em na Ley figuran hoy entre los propagandistas Del Derecho penal y entre los productores activos de leyes [...]. El uso político del Derecho penal se presenta como um instrumento de comunicación. El Derecho penal permite trasladar los problemas y conflictos sociales a um tipo de analisis específico Esse empleo político Del Derecho penal no requiere necesariamente lasanción o La reparación simbólica como médio instrumental de disciplina; ni siquiera La ampliación o El endurecimiento efectivo de La ley están unidos forcozamente a La itilización Del Derecho penal como médio de comunicación política. La lógica de La utilización política se apoya em La función analítica y categorial característica dès discurso penal, puesto que El cumplimiento de esta función no requiere más que La demosnstración ejemplar de La actividad de La praxis legislativa y de La justicia penal”. Ibid., p. 479.

⁵¹⁴ Ibid., p. 480.

⁵¹⁵ Ibid., p. 482.

agora é deslocada, sensivelmente, ao controle penal, implicando a alteração dos tipos penais com o foco na prevenção do perigo⁵¹⁶.

3.5 A Modernização do Direito Penal na sociedade do risco: dos bens jurídicos coletivos e difusos aos crimes de perigo abstrato. Contornos de uma funcionalização do Direito Penal

A evolução/modernização do Direito Penal, sob os influxos da sociedade do risco, promoveu mutação considerável na política criminal, já que o sistema penal passou a centrar-se na questão da prevenção, adiantando-se a proteção a âmbitos prévios à lesão do bem jurídico (crimes de perigo abstrato)⁵¹⁷. Dessarte, os bens jurídicos são tutelados de forma bem antecipada, protegendo-se contra o perigo, com a flexibilização das garantias e regras de imputação, como forma de se acomodar às novas exigências da modernidade. A modo de pequena síntese, o *topos* Direito Penal do risco possui o denominador comum na defesa de uma intervenção marcadamente preventiva do controle penal para enfrentar às novas demandas por segurança frente as novas fontes de risco. Cuida-se de um controle preventivo, que afronte os grandes riscos da sociedade moderna, acudindo bens jurídicos universais mediante técnicas de perigo, fundamentalmente pelos delitos de perigo abstrato⁵¹⁸.

Começa-se a falar da ampliação do âmbito de punição, produto de novos interesses merecedores de proteção, face às novas condições da sociedade atual bem como de um Direito Penal nuclear. A política criminal, portanto, incrementa a denominada “funcionalização do Direito Penal⁵¹⁹”, pondo-se a serviço de controle

⁵¹⁶ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 60.

⁵¹⁷ Os contornos da legitimidade dos crimes de perigo abstrato são dados por D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2005. p. 102-179.

⁵¹⁸ CARDOSO, Fernando Navarro. El derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. una quiebra del sistema sancionador. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez (Ed.). *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1321-1347.

⁵¹⁹ Para HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*: Bases para una teoría de la imputación em Derecho Penal. Tradução de Francisco Muñoz Conde e Maria del Mar Díaz Pita. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, as recentes tendências do Direito Penal alemão, na quadra atual, informa de uma transformação, passando-se da fase da formalização e vinculação a princípios valorativos a uma tecnologia social ou instrumento político, notadamente nos âmbitos econômico, financeiro, meio ambiente, saúde pública e segurança do Estado. Por outro lado, conforme Hassemer, as atuais reformas caracterizam-se: a) pelo interesse de combater, com celeridade e urgência, os problemas difundidos pelos meios de comunicação, como delito ecológico, criminalidade econômica e financeira, terrorismo, drogas, pornografia etc; b) a proteção de bens jurídicos universais, tais quais a saúde pública, meio ambiente, no lugar de bens jurídicos tradicionais; c) crescente emprego de crimes de perigo abstrato, que permitem a imposição de pena pela

político dos grandes problemas da ordem social.

Entretanto, esse moderno Direito Penal, orientado pelas consequências e mais favorável a uma concepção teórica preventiva, conforme Hassemer, afastou-se do centro ideal do Direito Penal clássico, informado pelas ideias de certeza e subsidiariedade, herança do Estado de Direito e que tinha a imagem do delito como uma lesão a um bem jurídico individualizado. Com efeito, a orientação pela prevenção e pelas consequências promoveram alteração na função conferida aos bens jurídicos, que na crítica de Hassemer, restou convertida em um critério positivo para justificar decisões criminalizadoras, perdendo seu caráter originário, desfigurada, assim, na sua função, funcionalizando exigências de penalização⁵²⁰.

Dito de outro modo, na trilha de Hassemer, da proteção de bens jurídicos fundamentais e individuais (função clássica), a teoria do bem jurídico transformou-se em mandato de criminalização, abandonando-se a roupagem negativa, que constituía um limite ao legislador, convertendo, “dolorosamente”, a proibição de excesso em proibição de defesa deficiente a bens jurídicos. Com isso, houve uma exacerbação da ideia de prevenção⁵²¹, que no Direito penal clássico era considerada uma meta secundária de justiça penal⁵²². Faz-se dominantes as esperanças preventivas (individuais ou coletivas) em melhorar o mundo com o controle penal, sacrificando-se os tradicionais fins da pena de um tratamento proporcional entre a gravidade do crime e a culpabilidade.

O remédio penal converte-se em um instrumento de pedagogia social, com o fim de “sensibilizar as pessoas”, isto é, em uma *soft law*, meio de ordenação social⁵²³. Para arrematar, conforme Hassemer, a dialética do Direito Penal moderno orienta-se à penalização, convertendo o Direito Penal em um

simples atividade perigosa; d) eliminação de diversas gradações na imputação jurídico-penal (tentativa-consumação, cumplicidade-autoria) e e) aumento sensível das penas com evidentes finalidades preventivo-gerais intimidadoras. De outras, no pensamento de Hassemer, todas essas tendências são apoiadas por teorias funcionais ou funcionalistas, que permitem ou favorecem a adaptação dos instrumentos jurídicos-penais às necessidades da moderna política criminal. Ver p. 30-32.

⁵²⁰ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde e Maria del Mar Díaz Pita. Valência: Tirant lo Blanch, 1999. p. 47.

⁵²¹ Como diz CARDOSO, Fernando Navarro. El derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez (Ed). *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1329, a exasperação do papel preventivo que se atribui ao Direito Penal contagia os fins da pena, pois a vocação do Direito Penal do risco pela prevenção dos grandes perigos sociais exige que a pena cumpra função marcadamente de prevenção geral positiva.

⁵²² HASSEMER, op. cit., p. 48-49.

⁵²³ Ibid., p. 50-51.

instrumento ativo de política de segurança, atuando, primordialmente, no meio ambiente, drogas, criminalidade econômica, campos que sofre de um *deficit* crônico de realização prática.

Dessarte, na dialética do moderno, no pensamento Hassemer, instrumentaliza-se uma política criminal de criminalização. Nela, o bem jurídico perdeu sua função crítica da atividade legislativa, emprestando uma proteção institucional de contornos universais. O resultado de tal política ativa, corresponde a tipos penais formulados de forma vaga e imprecisa, como, por exemplo, a saúde pública, economia, meio ambiente⁵²⁴. Assim, o Direito Penal moderno distancia-se do tradicional, que era vocacionado à proteção de bens jurídicos individuais e, portanto, estava configurado de modo mais concreto e preciso.

E o instrumento de que dispõe o moderno Direito Penal para legitimar a sua capacidade de intervenção é a técnica dos delitos de perigo abstrato, que, atualmente, constitui a forma mais representativa da modernização do controle penal⁵²⁵. Em resumo, pode-se dizer que, na geografia do risco e dos novos perigos tecnológicos, o Direito Penal assume a função de proteger bens jurídicos universais (supraindividuais)⁵²⁶, vagos e imprecisos. Com isso, não centra sua atuação, ao menos de forma prioritária, como na era do Direito Penal clássico, na defesa da lesão a bens jurídicos individuais (vida, integridade física, patrimônio

⁵²⁴ Ver HASSEMER, Winfried. Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 95-104. Cumpre notar que, para o representante da Escola de Frankfurt, o bem jurídico diz com o conjunto de valores irrenunciáveis de uma boa política criminal, devendo-se, por isso, centrar-se no seu núcleo negativo crítico do Direito Penal. Com efeito, é sabido que Hassemer é contrário à desmaterialização do bem jurídico, que, de regra, é personalíssima, embora admita a proteção de bens jurídicos universais, os quais devem, entretanto, ser funcionalizados a partir da pessoa. Assim, entende que a política criminal moderna produz danos à teoria do bem jurídico, na medida em que se utiliza de bens jurídicos vagos e generalizados. Em suma, no entendimento de Hassemer, a proteção de bens jurídicos é um princípio negativo e limitador do Direito Penal, consistindo no fundamento necessário e constitucional para se conceber a proteção dos direitos fundamentais, bem como para estabelecer limites à ação do legislador.

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 53-55

⁵²⁶ Favorável a tal posição manifesta-se SCHÜNEMAN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 197-226. Com efeito, Schünemann sustenta que o bem jurídico encontra sua base no contrato social e na ideia de que o Estado deve assegurar a possibilidade de livre desenvolvimento do indivíduo. Dessarte, cumpre ao Direito Penal, em primeiro lugar, proteger os bens de que a pessoa necessita para seu livre desenvolvimento. Depois, os bens por todos compartilhados e imprescindíveis para uma próspera vida em comum. Dessa forma, entende que a crítica metodológica ao princípio de proteção de bens jurídicos, entendido como limite do Direito Penal, não se sustenta, todavia entende que a ideia de proteção de bens jurídicos não só pode servir para a criticar, mas também para legitimar tipos penais controvertidos, como os crimes contra o meio ambiente, opondo-se, nesse particular, ao entendimento da Escola de Frankfurt e a Atratenwerth. Ver, p. 224-225.

etc.), mas, sim, na vigência das normas⁵²⁷, querendo, com isso, angariar confiança e fidelidade de seus cidadãos.

A preocupação fundamental é combater os riscos coletivos e conferir segurança à sociedade, o que passa pelo combate dos novos perigos que assombram a moderna sociedade. O Direito Penal assume contornos nitidamente preventivos do risco ou da seguridade.⁵²⁸

A modo de sintetizar, o debate original sobre o Direito Penal da sociedade do risco parte da constatação de que a sociedade moderna convive com novos riscos, que agora não atentam tão só ao homem individualmente, mas, sim, à coletividade⁵²⁹. Por outro lado, como os novos riscos são artificiais, há uma complexidade no que concerne à atribuição da responsabilidade ou estabelecimento da causalidade. E isso se sucede em uma sociedade na qual se difundiu um sentimento exacerbado de insegurança (medo líquido de que fala Bauman), o que, de resto, ativa demandas de intervenção socioestatais com o afã de controlar tais riscos e aplacar tais temores, devolvendo a confiança e a segurança à sociedade.

Dessarte, a política criminal, para dar conta dessa demanda, culmina com uma notável ampliação dos âmbitos sociais sob intervenção do controle penal, que passa a intervir em novas áreas sociais (fabricação e produção de produtos e o direito do consumidor, meio ambiente, âmbitos tecnológicos como nuclear e informático), bem como ocupa-se da criminalidade tecnológica ou da “criminalidade dos poderosos” (crimes do “colarinho branco”, como lavagem de dinheiro e evasão de riquezas). Tudo isso ocorre num ambiente social que confere papel de destaque ao Direito Penal, em detrimento de outras formas de controle social, o que é determinante para que o Direito Penal sofra processo de atualização (ou modernização) de seus instrumentos punitivos, o que implica a necessidade de

⁵²⁷ A discussão atual sobre a tarefa do Direito Penal consiste na proteção de bens jurídicos, ou a vigência da norma é retratada por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, na apresentação da obra *La teoría del bien jurídico fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Segundo Gimbernat Ordeig, a doutrina dominante entendia que a tarefa do Direito Penal consistia na proteção de bens jurídicos. Todavía, segundo ele, nos últimos anos, a teoria do bem jurídico passou a sofrer contestações, isso porque alguns autores como Jakobs, Stratenwerth, Hirsch, Frisch, Wohlers, dentre outros, negam que a função do controle penal seja a proteção do bem jurídico, aderindo aos ensinamentos de Jakobs e de sua escola, no sentido de que a função do Direito Penal é a proteção da vigência da norma. Demais disso, segundo Gimbernat Ordeig, mesmo os que defendem a teoria do bem jurídico reconhecem a ausência de contornos precisos, bem como o fato de que, em alguns tipos penais, é difícil determinar que bem jurídico se estaria tutelando. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. [Apresentação]. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 11-22.

⁵²⁸ BUERGO, Blanca Mendoza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 66-67

⁵²⁹ Ver MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal: sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos. Colombia: Universidad Externado, 2001. especialmente p. 56 e seguintes.

flexibilizar o sistema de imputação de responsabilidades e de garantias individuais⁵³⁰.

O problema é que o Direito Penal que resulta dessa política criminal expansiva da sociedade do risco é um direito “desmaterializado”, no qual proliferam novos bens jurídicos de natureza coletiva ou difusa, perdendo-se referências pessoais, com nítida predominância de tipos de mera atividade, ligados a perigo ou lesão ideal a bens jurídicos, e no qual não se exige a produção de dano material ao bem jurídico. O resultado reclamado é a produção de um perigo abstrato, sendo que a fundamentação da punição é baseada no princípio da precaução, com uma antecipação do momento da intervenção penal, castigando-se meros atos preparatórios, não mais se distinguindo de autoria e participação. Enfim, abusa-se de normas penais de conceitos vagos (normas penais em branco). E, no âmbito do processo penal, propugna-se por uma leitura econômica do Direito, buscando-se celeridade e eficácia, revalorizando-se o princípio da disponibilidade do processo e a redução das possibilidades de defesa do acusado⁵³¹.

Importa notar, portanto, que a expansão do Direito Penal é instrumentalizada pelos fundamentos da sociologia do risco, bem como pelo pensamento que reclama a necessidade de modernização do Direito Penal, que deve abarcar novas realidades criminosas, o que passa pela ampliação de seus conteúdos⁵³².

Com efeito, o atual desenvolvimento do Direito Penal, influído pelos movediços âmbitos dos novos riscos, promove o surgimento de uma tendência de uma dissolução do bem jurídico, que se aparta de bens individuais, evoluindo para novos bens jurídicos supraindividuais (proteção da geração futura). Presencia-se o que Mendoza Buergo denomina de “desmaterialização” do bem jurídico, com

⁵³⁰ RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal em la encrucijada*. Montivideo: IBDEF, 2007. p. 132-135.

⁵³¹ *Ibid.*, p. 136-137.

⁵³² *Ibid.*, p. 155. Aqui cumpre destacar a crítica de Ripollés ao fenômeno de expansão e modernização do Direito Penal. Como bem observa, a ideia motriz da proposta securitária era combater os novos riscos tecnológicos enfrentados pela sociedade pós-industrial, notadamente a macrocriminalidade, ou criminalidade organizada, a qual teria se aproveitado do ambiente da globalização econômica, bem como das inovações tecnológicas e informacionais, experimentadas pelo século XX. Todavia, o que se tem presenciado, ante à ineficácia dos efeitos intimidatórios e ressocializadores, é que a prática persecutória, “resignadamente”, não tem intensificado o combate à delinquência organizada das grandes e complexas organizações criminais com capacidade para afetar o entramado socioeconômico, mas, sim, está focada, preferentemente, nas manifestações associativas ligadas à criminalidade tradicional, como aos crimes praticados por sequestradores, pessoas ligadas ao tráfico de entorpecentes, assaltantes, que, em princípio, nada teriam a ver com a moderna criminalidade (notadamente dos poderosos) que se pretendia combater. Ao contrário, a expansão do Direito Penal, que passa a ser intensiva (e, não, extensiva), incide sobre a criminalidade tradicional, que sofre as consequências de uma política criminal de exasperação da punição e de flexibilização das garantias. De relevo, ainda, a observação de Ripollés no sentido do que ainda se possa dizer sobre o conceito de criminalidade organizada, bem como os âmbitos que sobre os quais efetivamente incide. Ver. p. 158-159.

consequências dogmáticas e político-criminais centrais. O Direito Penal, no pensamento de Mendonza Buergo, não mais persegue, aparentemente, a conservação de objetos, senão a mera manutenção da vigência da norma^{533 534}.

Por uma necessária tomada de posição na dialética entre a liberdade e a segurança na sociedade do risco.

Em resumo ao aqui exposto, pode-se se dizer que existe uma crescente orientação jurídica ao risco e sua possível maximização pelo Direito Penal, uma vez que a moderna sociedade se organizou em torno do risco. E essa orientação penal pelo risco demarca a presença de consideráveis problemas nos marcos do controle penal, que são inegáveis. Nesse contorno, é de se referir a propensão de se tutelar bens ou interesses que se qualificam como supraindividuais ou difusos, que reclamam, por sua natureza (coletiva), uma delimitação vaga e pouco precisa e, via de regra, são instrumentalizados por tipos penais de perigo abstrato, diminuindo, portanto, os requisitos de culpabilidade, até porque comportam uma crescente interpretação flexível no que diz com as regras de imputação e responsabilidade penal.

Com isso, a aplicação do Direito Penal, que passa a prescindir de critérios claros de imputação de causalidade, inversão do ônus probatório, indeterminação entre as formas de autoria e participação, bem como a desatender ao princípio da lesividade ao bem jurídico, afronta o edifício garantista do sistema penal⁵³⁵.

Não é por acaso, portanto, que a atual evolução do Direito Penal demarca o extraordinário aumento dos crimes de perigo, especialmente de perigo abstrato. Com efeito, essa é a característica mais marcante do controle penal moderno, que de regra, implica a consumação antecipada e a punição de meros atos

⁵³³ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 69.

⁵³⁴ Nesse sentido o entendimento de JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. São Paulo: Manole, 2003. p. 3-11. No pensamento de Jakobs, a constituição da sociedade ocorre por meio de normas: "A sociedade é a construção de um contexto de comunicação que, em todo caso, poderia estar configurado de modo diverso de como está configurado no caso concreto (de outro modo, não se trataria de uma construção). Visto que se trata de uma configuração, e não da constatação de um estado, a identidade da sociedade se determina por meio de regras de configuração, vale dizer, por meio de normas, e não por determinados bens (ainda que, certamente, pode ser que, em determinados âmbitos, se deduza de modo correto a partir do reflexo da norma, isto é, por exemplo, a partir de bens, a própria norma [...]). Precisamente por causa da evidente contingência dessas normas, vale dizer, a causa *sit vènia verbo* de indemonstrabilidade da vontade correta em relação com as normas jurídicas, e também morais, sua vigência deve garantir-se de outro modo, precisamente por meio de uma sanção. No caso das normas jurídico-penais, portanto, por meio de uma pena imposta num procedimento formal. Desde o fim do Direito Natural, a pena já não se impõe a sujeitos irracionais, mas sujeitos refratários. A sanção contradiz o projeto do mundo do infrator da norma: este afirma a não vigência da norma para o caso em questão, mas a sanção confirma que essa afirmação é irrelevante". p. 10-13.

⁵³⁵ MENDOZA BUERGO, op. cit., p. 156-157.

preparatórios, com a finalidade confessada de ampliar a resposta penal, conferindo-se maior eficácia ao controle de condutas. Como ensina Mendoza Buergo, o emprego preferente da figura do delito de perigo abstrato é garantir a proteção total frente às novas ameaças, isto é, “no se requiere evitar sólo la producción de modo imprudente del resultado lesivo, sino que se intenta adelantar la prevención para garantir mejor la seguridad y la propia sensación de seguridad.”⁵³⁶.

Em definitivo, o legislador não pretende evitar crimes ou danos concretos, mas, sim, possibilitar a segurança frente a determinados perigos. Com isso, a mera realização da conduta descrita no tipo corresponde à consumação do crime, passando por alto, no momento da concreção da norma ao caso concreto, pelo fato de a conduta traduzir-se ou não em atividade realmente perigosa⁵³⁷.

Todavia, essa tendência generalizante de conceber o perigo como interesse protegido traz à tona a questão da legitimidade do controle penal, bem como seus limites de intervenção para dar conta da alta complexidade, mormente pela fricção com os princípios da lesividade, do bem jurídico e da culpabilidade, face a fatos que, individualmente, não se mostram perigosos. Essa tendência de criminalização pode-se traduzir, de certa forma, no uso ilegítimo do instrumental penal, punindo-se fatos de escassa lesividade social em ofensa ao princípio da culpabilidade⁵³⁸.

Importa notar que a proliferação de crimes de perigo abstrato em detrimento à teoria crítica do bem jurídico, submetendo à pena criminal condutas que carecem de lesividade clara, definidas em termos de mero desvio da regra que, não raro, cuidam de problemas funcionais de determinado subsistema, pode levar o controle penal ao descrédito. Nesse passo, razão assiste a Mendoza Buergo quando assevera que, nos âmbitos onde mais se criam bens de perigo abstrato, tais como, meio ambiente e condutas relacionadas com as drogas, dentre outras, é o lugar donde se reconhece uma alarmante inefetividade da repressão penal. E o pior, na lição de Mendoza Buergo, é que, em razão da orientação utilitarista de se lograr proteção a bens jurídicos, se recorre a uma técnica de tutela questionável do ponto de vista dogmático, valendo-se de uma intervenção punitiva sem moderação, interpretada de maneira excessivamente formal, com o risco de afrontar as garantias que justificam e inspiram o sistema penal⁵³⁹.

⁵³⁶ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 79.

⁵³⁷ *Ibid.*, p. 80.

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 80-81.

⁵³⁹ *Ibid.*, p. 83.

A pergunta que se impõe é se o Direito Penal é o instrumental apropriado para responder às tarefas do futuro e em que limites. De outro lado, não pode passar por alto da interrogação o fato de que a modernização do sistema penal incursiona, sem sombra de dúvida, pelo emprego massivo da técnica de delitos de perigo abstrato, ampliação do espectro do risco não permitido, flexibilização nos critérios de imputação de autoria, borrando os limites entre a autoria e a participação, bem como a utilização de delitos de acumulação rumo à assunção de um verdadeiro Direito Penal do risco.

Nesse passo, cumpre notar que há consistente segmento doutrinário que defende a utilização do controle penal para fazer frente a esses novos riscos, inclusive fazendo-se valer da técnica dos crimes de perigo abstrato, com a consequente flexibilização das regras de imputação, isso como forma de o Direito Penal se adaptar às exigências de proteção e segurança da era moderna. Nessa linha, posicionam-se autores como Kuhlen⁵⁴⁰ ou Schünemann⁵⁴¹, que defendem a atuação do Direito Penal face à criminalidade moderna, especialmente no que concerne a crimes econômicos, meio ambiente etc., como forma de se fazer frente à nova criminalidade, que, segundo eles, se modernizou, devendo, portanto, o controle penal se modernizar, isto é, devendo haver uma funcionalização do controle penal

⁵⁴⁰ Ver KHULEN, Lothar. El derecho penal del futuro. In: ZAPATERO, Luis Arroyo, NEUMANN, Ulfrid e, Martín, Adán Nieto. *Crítica y justificación del derecho penal em el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Cstilla-La Mancha, 2003. p. 225-229. Para Khulen, a imposição de uma sanção como consequência a uma infração normativa, no futuro, continuará sendo necessária, consistindo o sistema penal, portanto, em instrumento indispensável ao controle social nas sociedades desenvolvidas. Dessarte, no futuro, seguirá sendo fundamental impor sanções aos infratores, não calhando a crítica de desfuncionalidade simbólica ou expressiva. No entendimento de Khulen, dessarte, deverá haver maior controle no âmbito do denominado moderno Direito Penal, como, por exemplo, no Direito Penal Econômico ou do meio ambiente e em setores similares, havendo a necessidade de uma flexibilização das consequências jurídicas: tipos abertos e indeterminados, delitos de perigo abstrato, formas de imputação específicas referidas a organizações, como, por exemplo, a punibilidade da própria organização etc. Ibid., p. 228. Consultar, também, do mesmo autor, KHULEN, Lothar. La autocomprensión de la Ciência jurídico-penal frente a los desafíos de su tiempo. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Org.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 65-85, oportunidade em que Khulen rechaça o argumento do uso político ou eleitoreiro do moderno Direito Penal.

⁵⁴¹ SCHÜNEMANN, Bernd. Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. In: DONNA, Edgardo Alberto (Dir.). *Obras*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009. t. 2, p. 13-40. No articulado, Schünemann, mesmo compartilhando em parte do pensamento crítico da Escola de Frankfurt, ressalta que o Direito Penal clássico centrou sua atividade nos membros da classe baixa da sociedade, resolvendo o problema da falta de bens. Nesse passo, informa o surgimento de crimes da denominada classe alta, como a criminalidade econômica, do meio ambiente, corrupção, responsabilidade penal pelo produto. Dessarte, Schünemann não concorda com o que ele denomina parcialidade do Direito Penal clássico da Escola de Frankfurt. E, para o combate dessa nova criminalidade, entende ser razoável a utilização de tipos de delito de perigo abstrato para a proteção de bens jurídicos coletivos, especialmente para defesa do meio ambiente, até como questão de justiça distributiva. Em resumo, o controle penal, segundo o autor, é imprescindível para a defesa do meio ambiente, patrimônio de futuras gerações, não servindo para tal mister um Direito Civil ou Direito de Intervenção, como querem Hassemer e Lüdersen. Ibid., p. 32-33. Ver SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri-Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 197-226.

em prol da segurança⁵⁴².

De outro lado, em linha contrária, o Direito Penal do risco é rechaçado por diversos autores como Hassemer, Herzog⁵⁴³, Albrecht⁵⁴⁴ e Naucke⁵⁴⁵, dentre outros, que entendem que o sistema penal do perigo apresenta uma resposta muito limitada e ineficaz aos novos riscos da vida moderna, padecendo, portanto, de legitimidade. Dessarte, criticam a excessiva extensão da atividade interventiva do Estado para proteger a segurança face aos perigos abstratos ao lado de sua ineficácia para combater os riscos sistêmicos (como o meio ambiente e a ordem econômica), ofendendo a liberdade cidadã, bem como a autonomia da regulamentação social, isto é, o trilema regulador anunciado por Teubner, culminando na total indiferença recíproca entre Direito e sociedade.

⁵⁴² MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madri: Civitas, 2001. p. 119. Segundo Mendoza Buergo, em uma posição intermediária, não defendendo um Direito Penal do risco nem adaptação funcional, aceitando, com certas limitações, a assunção do controle penal dos novos riscos, mas defendendo o total respeito às garantias constitucionais e às estruturas clássicas de imputação, perfilam-se Roxin, Hirsch, Frisch, Kolher e Prittwitz. Na Espanha, Paredes e Corcoy. Ver, *Ibid.*, p. 120-121.

⁵⁴³ Ver HERZOG, Felix. Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo: perspectivas más allá del derecho penal. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfried; MARTÍN, Adán Nieto (Coord.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 249-258. No articulado Herzog, fala que, em resumo, Direito Penal do risco não é um conceito jurídico-penal dogmático, mas, sim, uma categoria de diagnóstico-temporal, desde o ponto de vista crítico-cultural, de um Direito Penal que se expande crescentemente, o que implica a dissolução do sistema penal através da política criminal. Dessarte, o conceito de Direito Penal do risco caracteriza um sintoma da decadência do Direito Penal desde a perspectiva de um conceito kantiano do injusto penal. Por isso, o discurso sobre a sociedade do risco trata, também, das rupturas e destruição dos conceitos tradicionais pela modernidade e da pergunta por novas orientações ou recuperação de ideias. Assim, para Herzog, o Direito Penal não pode ser utilizado de forma proativa como nos crimes ambientais e delitos de perigo abstrato), mas tão só de forma reativa, não logrando prevenção do injusto estrutural, senão somente da manifestação do direito intersubjetivo, pois, na atuação ativa, borram-se os limites do Direito Penal e o poder de polícia. Reputa o autor que as atuais manifestações do Direito Penal do risco podem ser caracterizadas por manifestações simbólicas, ou processos espetaculares, com lamentáveis resultados. Em resumo, na lição de Herzog, a sociedade do risco necessita de “avisadores” sociais do risco, restrições internas da sociedade (o boicote a produtos, p. ex.) através de formas de solidariedade contra a irresponsabilidade organizada, pois o Direito Penal do risco não é capaz de lograr isso e, o pior, impede uma autorregulação social. *Ibid.*, p. 258.

⁵⁴⁴ ALBRECHT, Peter-Alexis. Derecho penal en la intervención de la política populista: reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal In: CASABONA, Carlos Maria Romeu (Dir.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000. p. 471-487. Para Albrecht, o Direito Penal atual tem o caráter de arma política, funcionalizado para dar conta da segurança na pós-moderna sociedade do risco, isso no momento em que a segurança se apartou da necessidade, convertendo-se num caráter simbólico. Dessarte, os mecanismos do Direito Penal estão orientados, cada vez mais, à vítima, de acordo com o pensamento de eficiência protetiva. Por isso, há uma degradação, da formalidade própria do Estado de Direito, com incremento dos crimes de perigo abstrato (Direito Penal econômico e do meio ambiente), com o crescimento dos crimes de dever, até uma intervenção penal simplificada, com a ajuda de cláusulas gerais e elementos indeterminados dos tipos, programa destinado a provocar erosões nos princípios fundamentais do Estado de Direito. Ver p. 487.

⁵⁴⁵ NAUCKE, Wolfgang. La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado. In: CASABONA, Carlos Romeu María (Dir.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000. p. 531-550. Para Naucke, na atualidade, o positivismo jurídico-penal, que impregna a política criminal, está em situação de incrementar as penas e multiplicar as medidas de segurança, pois só é necessário insistir na questão da validade da regra, degenerando o princípio da legalidade, o que se mantém pacificamente em todas as partes da opinião pública dominante, contando, ainda, com a convivência dos juristas contemporâneos. Assim, o controle penal resta aberto a qualquer conteúdo, dando azo à oportunidade legal rumo a um positivismo relativista, sobrecarregado de elementos políticos, sendo levado, portanto, a uma situação insustentável. Consultar p. 548-549.

E isso ocorre pelo fato de que a maioria dos riscos modernos, na opinião dos autores, é sistêmica, não se sujeitando, portanto, à regulamentação jurídica, havendo uma sobrelegalização da sociedade, uma vez que o Direito Penal estaria sendo informado por fatores políticos, funcionando, pois, como arma política.

A modo de sintetizar, pode ser dito que o debate acerca do Direito Penal da sociedade do risco e sua dialética, liberdade *versus* segurança, encontra-se em aberto, em ares da dogmática, filosofia e sociologia jurídico-penal. Não se pode definir os contornos da discussão travada acerca da função do sistema penal moderno, se será a estrita função de proteção a bens jurídicos individuais, como quer a escola de Frankfurt, capitaneada por Hassemer, ou a vigência da norma (Jakobs). Entretanto, algo pode ser predicado: o Direito Penal não poderá renunciar à proteção de bens jurídicos coletivos e universais, devendo haver uma melhor interpretação-concreção da teoria do bem jurídico em prol da proteção dos direitos universais, funcionalizados a partir da pessoa humana .

Em uma palavra, é inegável que existem interesses ou bens jurídicos que são ameaçados pela crescente inovação tecnológica e, que, por isso, deverão ser protegidos pelo sistema penal, em face da ineficácia psicológica do Direito Administrativo e Civil frente ao individualismo moderno do homem econômico. Todavia, o grau de ineficácia deve ser levado em conta, inclusive para futuras revisões de ordem político-criminais. Como bem anota Prittitz⁵⁴⁶, o Direito Penal do risco deve ser utilizado para servir a objetivos necessários e justos, uma vez que, caso se proponha a impedir comportamentos de riscos através da criminalização, não se poderá basear em convicções morais, sendo recomendável sua funcionalização não somente com fins de (tentar) minimizar o risco, mas também de preservar as garantias subjetivas.

De outras, deve-se evitar a transferência dos grandes problemas da sociedade ao Direito Penal, pois, no pensamento de Prittitz, os problemas urgentes da sociedade moderna (ecologia e economia) permanecem sem solução pelo fato de terem sido conferidos, de forma excessiva, ao sistema penal, distorcendo o perfil do controle penal característico do Estado de Direito, que é não ver as causas dos problemas estruturais, o que tende a levar ao fracasso o sistema penal.

Em suma, em um ambiente de Estado de Direito, o Direito Penal do risco

⁵⁴⁶ PRITTWITZ, Cornélius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 47, p. 31-45, 2004.

deve respeitar sua identidade, que é seu caráter de *última ratio*. Devem ser respeitados, portanto, os princípios constitucionais da fragmentariedade e intervenção mínima, da subsidiariedade e proporcionalidade, pois é do respeito ao sistema de garantias que decorre a seriedade da cominação penal⁵⁴⁷. Disso resulta que os problemas sistêmicos e sociais devem, primordialmente, ser regulados por outros ramos jurídicos, instâncias mais legítimas para se procurar segurança, sob pena de se instalar uma crise de desconfiança da tutela penal, ante sua ineficácia para atuar como *sola ratio*.

A questão tormentosa, entretanto, é a de que o legislador, premido por pressões populares e midiáticas, tem sinalizado a tendência de que o Direito Penal continuará sendo utilizado como *prima ratio*, restando, por ora, bloqueada a opção de “recurso racional do Direito Penal”⁵⁴⁸. Parece que se pode aderir ao pessimismo de Hassemer, que ensina que o caminho para frear ou retirar as tendências modernas do sistema penal revela-se difícil, asseverando que, “justamente nos tempos, nos quais se cuida mais da sociedade do que do indivíduo, onde se cuida mais dos distúrbios do que das injustiças, mais da efetividade do que da

⁵⁴⁷ Conforme MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal em la sociedad del riesgo*. Madri: Civitas, 2001. p. 186.

⁵⁴⁸ Ver MENDOZA BUERGO, Ibid., p. 183. Na busca da racionalidade do Direito Penal moderno, que, segundo Hassemer, é quase dominado por interesses preventivos, aumento dos limites máximos e mínimos da pena, aumento dramático das medidas coativas no processo de investigação etc., e extremamente orientado pelas consequências, isto é, como a *solo ou prima ratio*, Hassemer propõe que se retire parte da modernidade do Direito Penal, reduzindo-se o Código Penal a um “direito penal nuclear”, que deve ser discutido nos casos individuais. E, como não se pode renunciar à proteção de bens jurídicos universais, defende que eles devam ser formulados o mais precisamente possível, devendo, ainda, ser funcionalizados a partir de bens jurídicos individuais. De outro lado, o núcleo do Direito Penal deve se afastar dos problemas atuais, que nele foram introduzidos, propugnando que sejam tratados por um *Direito de Intervenção especial*, situado entre o Direito Penal e o Direito à contrariedade a ordem pública (entre o Direito civil e público), que disporia de garantias e de regimentos processuais menos exigentes, mas, que, em contrapartida, estaria equipado com sanções menos intensas diante do indivíduo. Consultar HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 204-208. De outro lado, partindo da premissa da impossibilidade de se conter a expansão do controle penal face às pressões de modernização e de crescimento, asseverando, ainda, que o momento atual informa não ser mais possível o retorno ao velho e bom Direito Penal liberal, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, propõe dissociar o Direito Penal em velocidades, sendo que o Direito Penal de primeira velocidade corresponderia ao núcleo proposto por Hassemer. Já a segunda velocidade (controle penal sem pena privativa de liberdade) abarcaria os delitos modernos, com a conseqüente diminuição de garantias e de rigor dogmático, que, de resto, generalizaria sanções pecuniárias ou privativas de direitos. Ver. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 136-147.

Nesse passo, cumpre notar que razão assiste a Mendoza Buergo quando adverte que o Direito de Intervenção, proposto por Hassemer, bem como a segunda velocidade, preconizada por Silva Sánchez, possuem o problema de “contaminarem” o Direito Penal clássico com a flexibilização dos direitos e das regras de imputação e responsabilidade (desformalização e desmaterialização), o que se detecta, hodiernamente, no fenômeno do Direito Penal do inimigo. Portanto, a advertência merece ser levada a sério. De outra banda, entende Mendoza Buergo que o postulado pelos autores poderia ser perfeitamente atingindo, como adaptações, é verdade, com o Direito Administrativo sancionador, bem como por medidas do Direito Privado (civil e mercantil). Por fim, alude Mendoza Buergo que se poderia transmitir uma sensação de impunidade e impotência pela falha da resposta penal a crimes de gravidade acentuada, como a criminalidade da empresa e organizada. Consultar, MENDOZA BUERGO, op. cit., p. 183-184.

normatividade, as tradições normativas e pessoais do direito penal poderiam ser de uma orientação prestimosa⁵⁴⁹.

O que se revela decisivo, dessa forma, é o critério para decidir que um comportamento é de tal gravidade a ponto de determinar ser necessária a intervenção estritamente penal. Daí a importância do bem jurídico e sua lesão. Assim, a atribuição de responsabilidade penal reclama categorias dogmáticas e regras de imputação adequadas e justas, em conformidade com os princípios do sistema. Logo, o que não se ajusta a tal interpretação garantista deve ficar de fora do âmbito do controle penal. Dito de outra forma, um Direito Penal que pretende ser racional e justo deve dar primazia às garantias constitucionais. Dessarte, o Direito Penal contemporâneo, que deita suas raízes no risco, e por isso, de regra, é “inflacionado” e não respeitoso com as garantias constitucionais, tem-se revelado carente de efetividade e eficácia, resumindo-se ao simbolismo negativo.

Com efeito, nessa última característica do simbolismo negativo, nota-se uma funcionalização ou excessiva instrumentalização do Direito Penal para fins políticos, levando-se a uma extrema tensão a dialética entre a defesa e o respeito a valores e princípios básicos do Direito Penal garantista, por um lado, e à consecução de fins político-criminais de defesa da segurança, por outro. E a decisão que se descortina é de fundamental importância, pois se trata de uma decisão de caráter ético-político ou opção valorativa baseada em critérios de preferência moral⁵⁵⁰, revelando-se imprescindível uma invasão da filosofia no sistema penal⁵⁵¹, sob pena de o instituto converter-se na *sola ratio* de solução dos problemas sociais.

Entretanto, o que resulta alarmante, no diagnóstico preciso de Prittwitz⁵⁵², é que o Direito Penal do risco, que admitiu novos candidatos no círculo de direitos, deslocando, mais para a frente, a fronteira entre comportamentos puníveis e não puníveis, com a redução das exigências de censurabilidade (transformando lesão aos bens jurídicos em perigo aos bens jurídicos), preparou o caminho do Direito Penal do inimigo, formulado por Jakobs, restando desvirtuado o controle penal que protegia os direitos e bens do cidadão para combater inimigos. Como bem sinala

⁵⁴⁹ HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 207.

⁵⁵⁰ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal em la sociedad del riesgo*. Madri: Civitas, 2001. p. 185-186.

⁵⁵¹ Ver, nesse particular, HÖFFE, Otfried. *Proto-Derecho penal: programa y cuestiones de un filósofo*. Tradução Manuel Cancio Meliá. In: ESER, Albin, HASSEMER, Winfried, BURKHARDT, Björn (Org.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 327-374.

⁵⁵² PRITTWITZ, Cornélius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 47, p. 42, 2004.

Prittwitz, o caminho foi iniciado pela orientação pelo risco e pela pressão de problemas, que foram multiplicados pela mídia, que trouxe consigo uma multiplicação real da insegurança.

Em resumo, o Direito Penal do risco apresenta a feia face do Direito Penal do inimigo, perdendo influência, na medida em que são ameaçados os direitos e liberdades do cidadão⁵⁵³. É por isso que a cultura da sociedade do risco, portanto, leva à “cultura da emergência” ou “da tolerância zero”, cruzando os destinos tanto da Europa como dos Estados Unidos e da América Latina, uma vez que, em realidade, a sociedade do risco alude a um novo marco repressivo no contexto de crise do Estado social, especialmente pela distinção amigo/inimigo. Todavia, no momento em que se introduz o conceito de inimigo na política, usa-se a guerra como política, confundindo infrator com inimigo⁵⁵⁴.

Com efeito, o cenário atual demarca o entrecruzamento de três tendências político-criminais: tolerância zero, emergência/excepcionalidade penal e gestão penal de riscos, que começam a desencadear um preocupante desarme do sistema garantista, próprio de um Estado social e democrático de Direito, que foram recebidas pela Europa e América Latina. O sistema penal passa a se organizar em torno do medo e do terror, com o Estado assumindo os fins únicos de punição exemplar até ao ponto de criar alarme social, convertendo-se em fonte de consenso em torno das instituições⁵⁵⁵.

Nesse passo, cumpre observar que o ataque de 11 de setembro de 2001 forneceu cobertura ideológica para o recorte das liberdades e direitos humanos no mundo afora, imprimindo uma expansão à emergência penal para combater o terrorismo, intensificando o estado de alarme no mundo, criando uma verdadeira cruzada penal contra o eixo do mal. Em resumo, os Estados nacionais, face ao atentado, imprimiram “reformas penais”, aproximando-se da excepcionalidade penal, a outra face do Direito Penal do inimigo, para gestionar o problema da segurança, construído de forma populista, uma vez que, com o recurso da “ameaça terrorista” e “segurança cidadã”, deslizou o sistema penal de exceção aos perigos da imigração e

⁵⁵³ PRITTWITZ, Cornélius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 47, p. 44, 2004.

⁵⁵⁴ ZAFFARONI, Raúl E. *La cultura del riesgo: derecho, filosofía y psicoanálisis*. In: DOBÓN, Juan; BEIRAS, Iñaki Rivera (Comp.). *La cultura del riesgo: derecho, filosofía y psicoanálisis*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 03-12.

⁵⁵⁵ BEIRAS, Iñaki Rivera. Tendencias de política criminal y penitenciária (para el siglo XXI): una visión desde España. In: DOBÓN, Juan; BEIRAS, Iñaki Rivera (Comp.). *La cultura del riesgo: derecho, filosofía y psicoanálisis*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 13-66.

outros clichês semelhantes (pobres, marginalizados, drogaditos etc.), isso numa versão mais aguda do populismo punitivo. Todavia, ao Direito é apresentada a cultura bélica e da militarização, para a qual a prisão de Guantánamo se converteu em um lugar emblemático: “zona do não Direito”⁵⁵⁶. É o “perigosismo positivo” do autor assumindo o terreno do Direito Penal do ato da culpabilidade, que tem o outro com hostilidade, ou seja, com antagonismo concreto: amigo/inimigo.

Nesse ambiente, o controle penal possui o fim de conservar a sociedade face aos perigos que a rondam, devendo os indivíduos adaptarem-se às exigências normativas do legislador. Em suma, nas palavras de Niño, o Direito Penal é reduzido a garantir a incolumidade de uma certa estrutura de poder, sacralizada por níveis de decisão política e econômica, isto é, confirmar a identidade normativa da sociedade⁵⁵⁷, com a tendência de se expandir ilimitadamente.

Com efeito, o debate global sobre os crimes de terrorismo alteraram o panorama da política criminal, implicando uma mudança de paradigma, como informa Cancio Meliá⁵⁵⁸, já que se está produzindo uma expansão qualitativa e quantitativa do ordenamento penal, “estando na boca de todos”, e, não, só dos juristas e, de resto, aproxima o ordenamento jurídico dos postulados do Direito Penal do inimigo jakobsiano. Cumpre notar, que nessa política criminal de emergência e de gestão de riscos, os imigrantes passam a ser gerenciados como uma classe perigosa ou grupo de risco, isso num momento em que o papel das fronteiras consiste em (re)desenhar o mercado de trabalho⁵⁵⁹. Em consequência, o novo proletariado móvel, conformado por trabalhadores de países pobres, imprescindíveis para um mercado global em expansão, passam a sofrer um controle mais intenso do que a política de desregularização ou precarização laboral, no caso, o controle penal⁵⁶⁰. Com esse desiderato, o estatuto legal dos estrangeiros cria uma trama de óbices legais para tornar irregular o imigrante, com o velado motivo de despi-lo de

⁵⁵⁶ BEIRAS, Iñaki Rivera. Tendencias de política criminal y penitenciária (para el siglo XXI): una visión desde España. In: DOBÓN, Juan; BEIRAS, Iñaki Rivera (Comp.). *La cultura del riesgo: derecho, filosofía y psicoanálisis*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 60-61.

⁵⁵⁷ NIÑO, Luis Fernando. *Estudios penales*. Buenos Aires: Fábian J. Di Plácido, 2007. p. 124-126.

⁵⁵⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madri: Reus, 2010. p. 18-19.

⁵⁵⁹ Nesse sentido, é o pensamento de MEZZADRA, Sandro. *Derecho de fuga: migraciones, ciudadanía y globalización*. Tradução de Miguel Santucho. Madrid: Traficantes de sueños, 2005. p. 43 e seguintes. Mezzadra entende que o “direito de fuga” dos imigrantes constitui uma categoria política, isso como dimensão subjetiva dos processos migratórios, que, com o gesto, o imigrante se subtrai das coações econômicas, sociais e políticas de seu país de origem, experiência especial de nosso tempo de globalização. Ver p. 46-47.

⁵⁶⁰ SKULJ, Agustina Iglesias. Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: cambio de paradigma em el estatuto de la ley penal y em los mecanismos de control. *Problemas Actuales de Derecho Penal*. f. 34-35. Tese (Doctoral, biênio 2003-2005). Universidad de Salamanca. Salamanca, 2009.

sua condição de sujeito de direitos, para expulsá-lo. Em resumo, a excedência dos imigrantes se apresenta como fonte de riscos e perigos à democracia dos países opulentos, sendo, por isso, sujeitos a um controle excepcional.

Desliza-se de um Estado social a um Estado penal, não sendo por outra razão que De Giorgi informa que a categoria dos imigrantes se encontra sobrerrepresentada no sistema carcerário da Europa-fortaleza⁵⁶¹. Efetivamente, diferentemente da era da disciplina de Foucault, a racionalidade do risco impõe dispositivos de gestão e repressão punitiva de populações portadoras de caracteres de risco, bastando à criminalização uma mera propensão ao desvio, reino da racionalidade actuarial⁵⁶².

É o império da “Razão do Estado”⁵⁶³ no lugar da política do Estado de Direito, que, na atual sociedade do controle da segurança cidadã, confunde a ordem pública (policial) e a razão do Estado, cuja única finalidade é a repressão, fundada na apelação da exceção e da emergência⁵⁶⁴. Com efeito, na Europa como nos EUA, desde os primórdios do século XX, está se difundindo, em nível de opinião pública, a convicção de que a população de imigrantes é portadora de elevados índices de criminalidade, conquistando o monopólio do tráfico de drogas e delitos contra o patrimônio e que, em síntese, a insegurança e a degradação urbana são produtos de sua presença. Logo, a única via a ser seguida é a da tolerância zero, com sua total segregação e repressão⁵⁶⁵.

⁵⁶¹ DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud*. Tradução de José Ángel Brandariz García e Hernán Bouvier. Madrid: Traficantes de sueños, 2006. p. 128-129. Conforme estudos de De Giorgi, na Itália, de 1990 até o presente momento, o percentual de imigrantes sobre o total da população carcerária passou de 15% a 30%. Informa que, no restante da Europa, o fenômeno é o mesmo, surgindo a dramática imagem de um cárcere composto de três terços: um terço de imigrantes, um terço de toxicômanos e um terço de desocupados.

⁵⁶² Ibid., p. 129-130.

⁵⁶³ O conceito de Razão de Estado é dado por MARESCA, Mariano. Antes de Leviatán. las formas políticas y la vida social em la crisis del imperio de la ley. In: PORTILHA CONTRERAS, Guilherme (Coord.). *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005. p. 87-117. Para Maresca, o núcleo essencial da doutrina da razão do Estado é a derrogação do Direito, uma vez que a política assume novo significado, levando a uma situação crítica o império da lei. Sob o signo da razão do Estado, o objetivo do Estado é o domínio de um território e sua população, habilitando os governantes como criminosos irresponsáveis. Em resumo, segundo Maresca, a razão de Estado constitui-se em um conjunto de técnicas cujo objetivo é conservar a política, a conservar a autoridade, a produzir a disciplina e assegurar a obediência, implicando a restauração do Estado-potência, versão da razão do Estado para as relações internacionais, constituindo-se no terreno ideológico para as apelações de sentimentos nacionalistas, extensão do militarismo e espírito de cruzada. Ver, p. 98-100. Consultar, de igual sorte, POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. Tradução de Rita Lima. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 82-83. Com efeito, Poulantzas refere que o agir sob o domínio da razão do Estado se refere à transgressão da lei, isto é, quando o Estado transgredir a lei, sendo a legalidade compensada por “apêndices” de legalidade. Por essa razão, assevera que a existência da lei e de legalidade jamais impediu qualquer barbárie ou despotismo.

⁵⁶⁴ DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control*. Tradução de Iñaki Rivera e Marta Monclús. Madrid: Virus, 2005. p. 153-171.

⁵⁶⁵ Ibid., p. 102-110.

Enfim, a demanda por segurança é traduzida, na sua totalidade, em política criminal, com desprezo ao sistema garantista do Direito. O terror e o medo são utilizados como consenso político repressivo, demarcando-se a reaparição da guerra com novo formato. Dito de outra maneira, o pânico e o primado da segurança levam à militarização do controle social, daí o porquê de certos seres humanos passarem a ser suspeitos⁵⁶⁶. A modo de sintetizar, os estrangeiros, regulares ou irregulares, passam a ser catalogados como não pessoa, isto é, são tratados de forma desumana em controles sociais totais, peculiares de um sistema de guerra total, sendo revogada a qualidade de pessoa, uma vez que se trata de inimigo⁵⁶⁷.

Não é por outra razão, na dicção de Portilha Contreras⁵⁶⁸, que o símbolo atual da pós-modernidade é a exclusão generalizada e permanente da multitude do risco (forças de movimento migratórios), notando, ainda, o acerto de Giorgio Agamben, quando referiu que a excepcionalidade é o traço característico da modernidade, fomentando a criação de novos espaços fechados, zonas do não Direito. Nesse quadro, os imigrantes-inimigos são convertidos em *Homo Sacer*, pois qualquer um pode dar-lhe a morte. E isso se tornou possível pelo fato de que a segurança do Estado converteu-se na segurança dos cidadãos, legitimando políticas de segurança contra os inimigos de sempre e da vez: terroristas, imigrantes e outros setores não produtivos, estendendo o conceito de não pessoa/não cidadão a todos os que

⁵⁶⁶ DAL LAGO, Alessandro. La guerra-mundo. In: BERGALLI, Roberto; BEIRAS, BEIRAS, Iñaki Rivera (Org). *Política criminal de la guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 19-54. Segundo Dal Lago, a guerra, que é um fato social e tende a refletir a ordem da sociedade e as formas de vida social, deixou de constituir um fato anormal e excepcional para converter-se em permanente. De outro lado, mesmo após 11 de setembro de 2001 (Nova York) e 11 de março de 2004 (Madri), a presença de guerra no cotidiano não se limita ao respeito ao terrorismo, reorientando os hábitos, constituindo um estado de exceção, que se pode sintetizar com a fórmula do primado da segurança, implicando a exasperação dos controles das fronteiras, nos aeroportos e, em geral, em todos os lugares do trânsito, potencializando uma suspeita generalizada com relação aos estrangeiros, sobretudo os de origem norte-africana, do Oriente Médio, árabe, islâmico. A consequência é a criação de um Estado de acusação virtual, de regime militar, especialmente com relação aos imigrantes. *Ibid.*, p. 29-31. Ver, no mesmo sentido PORTILHA CONTRERAS, Guillermo. El derecho penal de la seguridad. In: BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (Ed.). *Guerra global permanente: la nueva cultura de la inseguridad*. Madrid: Los Livros de la Catarata, 2005. p. 52-79.

⁵⁶⁷ A afirmação é de DAL LAGO, Alessandro. Personas y no-personas. In: SILVEIRA GORSKI, Hector C. (Ed.). *Identidades comunitárias y democracia*. Madri: Trotta, 2000. p. 127-144. Consultar MONCLÚS MASÓ, Marta. Hacia una política criminal diferenciada para los extranjeros: la consolidación de la expulsión como sanción especial. In: BEIRAS, Iñaki Rivera (Coord.). *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 330-347.

⁵⁶⁸ PORTILHA CONTRERAS, Guillermo. La configuración del homo sacer como expresión de los nuevos modelos del derecho penal imperial. In: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.). *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1401-1423. Conforme Portilha Contreras, a estrutura da exceção é o símbolo da política ocidental, é real e corresponde às áreas em que desaparece o Direito. *Ibid.*, p. 1402.

dissentem do poder econômico hegemônico⁵⁶⁹.

⁵⁶⁹ PORTILHA CONTRERAS, Guilherme. La configuración del homo sacer como expresión de los nuevos modelos del derecho penal imperial. In: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.). *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1403.

4 A “VAMPIRIZAÇÃO” DO DEBATE DO DIREITO PENAL DA SOCIEDADE DE RISCO: A CONTRAPOSIÇÃO RADICAL ENTRE O INDIVÍDUO E A SOCIEDADE RUMO À EXCLUSÃO TOTAL E À (DES)FUNCIONALIDADE DO DIREITO PENAL MODERNO

Já restou assentado, no presente trabalho, que o diagnóstico de uma crise de expansão do Direito Penal é a característica principal da política criminal praticada nas últimas décadas. Com efeito, é consabido que o período informa sobre a aparição de novos setores de regulação (novos bens jurídicos e/ou interesses), o que é acompanhado de uma intensa atividade de reforma de tipos penais; isso que tem levado o Direito Penal a uma situação insustentável, na dicção dos autores da Escola de Frankfurt⁵⁷⁰. De se notar, portanto, que, nos últimos anos, os ordenamentos jurídicos do mundo ocidental têm experimentado uma deriva no seu núcleo duro ou Direito Penal nuclear, com a introdução de novos conteúdos e consequente reforma dos setores de regulação.

O controle penal passou a ser informado por uma nova política criminal, ou a política criminal se apoderou da ciência penal, borrando o limite idealizado por Von Liszt, no sentido de que a ciência penal se constitui no limite da política criminal⁵⁷¹. Nos tempos atuais, com a mudança do rumo na *praxis* da política criminal, passou a ser guiada pelo “eficientismo penal”⁵⁷², implicando a revisão do pacto social da

⁵⁷⁰ Ver ROMEO CASABOA, Carlos Maria. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

⁵⁷¹ BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. Tradução de Marianela Pérez Lugo e Patricia Chiantera. In: MAIER, Julio B. J. (Org.). *Nueva doctrina penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 1999b. p. 399-428. No artigo, Baratta informa que a política criminal é o gênero, isto é, uma totalidade vasta e completa, da qual a política penal é espécie. Nesse passo, acentua que a política criminal depende da intenção subjetiva de seus atores (legislador e órgãos administrativos que elaboram diferentes programas e definem etiquetas, daí o porquê de se notar que a distinção política de segurança e política social é ideológica, produzindo uma falsa consciência dos atores institucionais e públicos. Dessarte, a questão da segurança assume caráter puramente ideológico, uma vez que o pensar seletivo relaciona a segurança como um discurso político-jurídico que se vale de uma política repressiva aberta e autoritária, esquecendo que a segurança deve se referir, em realidade, ao o desfrute e proteção dos direitos fundamentais sociais e econômicos. Em definitivo, conforme Baratta, o Estado já não mais intervém para realizar seu dever de prestação social com relação aos sujeitos lesado, mas, sim, para realizar ações preventivo-repressivas com respeito a sujeitos considerados como fatores de risco. Assim, no estágio atual, presenciamos uma sobreposição da política criminal na política social, ou seja, de criminalização da política social. Ver, p. 400-405.

⁵⁷² Ver MOCCIA, Sergio. Seguridad y sistema penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 2, p. 299-320. Para Moccia, o “eficientismo ou funcionalismo” designam formas preventivas hoje difundidas na Europa e na América, constituindo-se na última variante do Direito Penal da emergência, isto é, uma degeneração que, desde sempre, acompanhou o moderno Direito Penal. E isso ocorre, segundo Moccia, quando a sociedade mundial se depara com uma crise do sistema econômico, provocada pela globalização e políticas neoliberais que dominam o mercado, provocando desigualdades e desequilíbrios profundos.

modernidade, que conferia ao Estado de Direito a missão de conter a guerra, de civilizar a humanidade, submetendo os conflitos sociais e políticos às regras institucionais, convertendo, ao fim, a segurança dos cidadãos com sua promessa central⁵⁷³.

Todavia, o poder e sua violência, nos ensinamentos de Baratta, que a ideologia do Iluminismo tentou domesticar, continua se revelando como um “veneno” que alimenta “la violencia del Estado y de la sociedad”⁵⁷⁴. E isso acontece quando os conflitos assumem a dimensão de guerra civil, havendo um recondicionamento entre a forma bélica de pensamento e as ações de reação punitiva. A modo de sintetizar, na trilha de Baratta, na quadratura atual, as forças de ordem e o sistema penal assumem a forma de guerra, ao mesmo tempo em que o *momento penal* “se dilata desproporcionadamente, englobando las actitudes y las prácticas de las formaciones militares y paramilitares, de los grupos armados y de las organizaciones terroristas o criminales”⁵⁷⁵.

Assim, o “eficientismo penal”, que acompanha o moderno Direito Penal, orientado pelo risco e o medo, constitui uma nova forma de “Direito Penal da emergência, estendendo a guerra aos conflitos sociais e políticos, permitindo, portanto, que o conflito bélico permaneça em aberto nas sociedades, despregando-se da conflituosidade social de forma violenta. O Direito Penal é pervertido em uma “panaceia” para a cura de todos os males sociais, deslizando a um modelo totalitário de política criminal⁵⁷⁶. Daí o acerto de Cancio Meliá, quando nota que a mudança estrutural de orientação na política criminal com a consolidação da cultura da emergência foi canalizada, de forma crua e dramática, a partir do atentado de 11 de setembro de 2001^{577 578 579}.

Dessarte, a crise de grandes proporções determina um recrudescimento dos conflitos e, nesse contexto, o Direito Penal deixa de ser subsidiário, e se converte na *prima ratio* da política social, uma espécie de panaceia ilusória com a qual se pretende afrontar e resolver os mais diversos problemas sociais. Em suma, o Direito Penal transforma-se, ao mesmo tempo, em um instrumento repressivo e simbólico, acudindo-a, com frequência, através de “leis manifesto”. Nesses tempos, a intervenção penal acaba por se converter, na forma principal, na única presença do Estado na sociedade, primando pelo critério de eficiência e efetividade (*habitus* da emergência). Ver, p.304-307.

⁵⁷³ BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. Tradução de Marianela Pérez Lugo e Patricia Chiantera. In: MAIER, Julio B. J. (Org.). Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires: Del Puerto, 1999b. p. 411-412.

⁵⁷⁴ Ibid., p. 412.

⁵⁷⁵ Ibid., p. 412-423.

⁵⁷⁶ Ibid., p. 415.

⁵⁷⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. De nuevo: 'derecho penal' del enemigo? In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMES-JARA DIEZ, Carlos (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 1, p. 541-543. A esse respeito, fala Cancio Meliá, “ de que asistimos a lo que puede acabar siendo un cambio estructural de orientación. Este cambio cristaliza, de modo especialmente llamativo -como aquí intentará mostrarse-, en el concepto del 'Derecho Penal del enemigo', que fue (re)introducido -de

Assiste-se a uma mudança estrutural de orientação na política criminal que se cristaliza na formulação do Direito Penal do inimigo, que representa o ápice do projeto expansionista iniciado nos idos dos anos 80⁵⁸⁰ ⁵⁸¹. Cuida-se de um modelo totalitário⁵⁸², com características marcadamente antiliberais, podendo-se constatar que o dito fenômeno está relacionado com outros dois: o Direito Penal simbólico e o ressurgimento do “punitivismo”, que, no entendimento de Cancio Meliá⁵⁸³, “possuem uma relação fraternal”, surgindo dessa união o Direito Penal do inimigo, que, de resto, representa “a própria crise do Estado social em matéria criminal”⁵⁸⁴.

-
- modo un tanto macabro *avant la lettre* (de las consecuencias) del 11 de septiembre de 2001 -recientemente por Jakobs en la discusión de la ciencia del Derecho Penal”. Ibid., p. 342.
- ⁵⁷⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito penal do inimigo? In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 55. Cancio Meliá, nesse passo, afirma que as características da política criminal praticada nos últimos anos resume-se ao conceito de “expansão”, possuindo os seguintes fenômenos expansivos: Direito Penal simbólico; o ressurgimento do punitivismo.
- ⁵⁷⁹ Ver CANCIO MELIÁ, Manuel. Internacionalización del derecho penal y de la política criminal: algunas reflexions sobre la lucha jurídico-penal contra el terrorismo. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, n. 94, p. 204-224, 2006. Para Cancio Meliá, a internacionalização expansiva do Direito Penal, que já era notada a partir da globalização e percepção social do crime transnacional (clamor social por uma intervenção maior da pena pública e o dilema vitimológico), intensifica-se freneticamente a partir do atentado de 11.09.2001, convergindo em esforços internacionais de harmonização e cooperação no marco da UE, apresentando uma questão interrogante: a sociedade está disposta a sucumbir ante os riscos do terrorismo ou estará preparada para assumir recortes na sua liberdade? Como bem nota Meliá, parece que o cenário mundial pende para a segunda assertiva, uma vez que a eficácia preventiva que assola o debate informa que a legislação de “luta” contra o terrorismo assume contornos nítidos de um Direito Penal do inimigo, mormente pela “demonização” do terrorista, isto é, mecanismo de categorização/definição de um coletivo como inimigos. Consultar Ibid., p. 214-215. Leitura obrigatória, também, CANCIO MELIÁ, Manuel. Los límites de una regulación maximalista: el delito de colaboración con organización terrorista en el código Español. In: RIEZU, Antonio Cuerda; GARCÍA, Francisco Jiménez. (Org.). *Nuevos desafíos del derecho penal internacional: terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2009. p. 73-98. No artigo, Cancio Meliá sustenta, com todo acerto, que a legislação espanhola de combate ao terrorismo (LLOO 7/2000 e 7/2003, se constitui em uma legislação maximalista, uma vez que ampliou o alcance de inúmeras infrações, que, em linha evolutiva, em alguns segmentos, pode ser descrita como pertencente ao ilegítimo e incoerente Direito Penal do inimigo. Ibid., p. 75-77. Por fim, consultar CANCIO MELIÁ, Manuel. Sentido y límites de los delitos de terrorismo. In: GARCÍA VALDES, Carlos. *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Madrid: EDISOFER, 2008. v. 2, p. 1879-1906.
- ⁵⁸⁰ Conforme APONTE, Alejandro. Acerca de una noción particular de “eficiencia em el derecho penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montividéu; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 1, p. 211. Para Aponte, a noção de segurança sofreu uma transformação radical desde a década de 80, uma vez que a ideia de segurança se transmutou para o pensamento de eficácia ou eficiência em Direito Penal. Dessarte, o eficientismo penal constitui um novo modelo de Direito Penal da emergência, ou um Direito Penal voltado para fins eminentemente político, consolidando-se a cultura da emergência, peculiar do Direito Penal do inimigo.
- ⁵⁸¹ Nesse sentido, MARTÍN, Víctor Gómez. Sobre la distinción entre derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo el la concepción de Günther Jakobs. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montivideo; Buenos Aires, 2006. v. 1, p. 1004-1005, quando alude que o fenômeno da expansão do Direito Penal provocou, em alguns países, a aparição do chamado Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*), sendo que, com essa expressão, pretende tratar determinados setores, como a delinquência organizada, a delinquência sexual recorrente ou habitual, o terrorismo, dentre outras matérias. Por fim, alude que o Direito Penal do inimigo se caracteriza por tratar o delinquente como não cidadão.
- ⁵⁸² Como diz FERRAJOLI, Luigi. O Direito Penal do inimigo é uma contradição em si mesmo, isto é, uma negação do próprio Direito Penal, representando a dissolução de seu papel e de sua essência. FERRAJOLI, Luigi. *El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho. Jueces para la Democracia*, Madrid, v. 2, n. 57, p. 03-10, nov. 2006.
- ⁵⁸³ CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito penal do inimigo? In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 345-356.
- ⁵⁸⁴ Ibid., p. 345.

De efeito, há, efetivamente, em política criminal, uma mudança de rumo, já que o projeto modernizante-expansivo da política criminal nos séculos XX e XXI breçou o movimento de despenalização dos últimos tempos, congregando, no seu desiderato, a direita conservadora (que sempre fez uso político do movimento de “lei e ordem”) e a esquerda (que era refratária ao pensamento do “conservadorismo” da criminalização, e que, agora, por exemplo, no trato da violência do gênero contra mulheres, direitos dos consumidores e meio ambiente etc, incorporou o Direito Penal na sua plataforma política) no modelo de neocriminalização de *law of order*.

Dessarte, na atualidade, ambos os setores os políticos passaram a auferir bônus políticos e eleitorais da política criminal intervencionista. Com efeito, com a legislação simbólica, passam a ideia de que algo está sendo feito, quando isso não corresponde à função instrumental da lei. Predomina o seu aspecto latente: sensação de paz e tranquilidade social. Já o “punitivismo”, diversamente do simbólico, que não possui eficácia real, introduz normas penais com a intenção de ver, efetivamente, aplicadas as penas já existentes ou o endurecimento delas. Aqui há um incremento qualitativo e quantitativo no alcance da política criminal, o que chega ao ápice com a reabilitação da noção de inocuidade ou neutralização do delinquente.⁵⁸⁵

De outro lado, estabelece-se, nos marcos do Direito Penal do risco e de sua expansão/modernização, uma nova relação entre indivíduo e sociedade na hora de explicar a delinquência, bem como no momento de afrontar sua prevenção, o que se revela problemático, mormente em razão da superação do modelo ressocializador pelo paradigma da neutralização, o que nada mais é do que a implementação do “punitivismo”. Com efeito, essa nova forma de ver e combater o crime, em uma aproximação analítica, é qualificada por Ripollés⁵⁸⁶ como “ideologia da distribuição” ou da “repartição” dos riscos entre indivíduo e sociedade.

Deve-se ressaltar, como bem sinala Ripollés, que não se está em um ambiente de crimes tecnológicos ou da criminalidade dos poderosos, como era o projeto ideal/inicial de segurança cidadã, proposto pelo novel Direito Penal da sociedade do

⁵⁸⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito penal do inimigo? In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 350-356. Importa notar que as observações críticas de Cancio Meliá quanto aos “fenômenos expansivos” do Direito Penal simbólico e do punitivismo na legislação espanhola podem ser traduzidas à realidade brasileira. Veja-se o punitivismo na nova lei de tóxicos, que, para o crime de tráfico, elevou a pena mínima de três para cinco anos, aproximando-se da pena do homicídio e do roubo. Também a norma que prevê o cumprimento da pena no famoso RDD.

⁵⁸⁶ RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo: IBDEF, 2007. p. 164.

risco. Ao contrário, parece que se continua na seara da criminalidade clássica. Entretanto, fala-se, sim, de uma sociedade muito sensível ao risco e à criminalidade comum, na medida em que a sociedade não demonstra considerável preocupação com os denominados “crimes do colarinho branco”. Assim, a ideologia referida por Ripollés parte do pressuposto de que o indivíduo e a sociedade devem compartilhar os riscos dos delitos, desimportando, por completo, a questão estrutural ou fenomenológica do delito.

Dito de outro modo, a sociedade recusa-se a assumir os custos da criminalidade. Desprezam-se enfoques estruturais, privilegiando-se análises volitivas. Numa palavra, a sociedade não admite partilhar de responsabilidades sociais na gênese e abordagem da delinquência⁵⁸⁷.

Adota-se uma atividade de gestão (atuarial) dos riscos como modelo de distribuição dos riscos, no qual o indivíduo e a sociedade se vêm como meras contrapartes de um contrato, no qual nenhum dos contratantes responde pelas circunstâncias prévias favorecedoras do risco. Isso leva a uma maximização na ideologia da partilha dos riscos, criando uma verdadeira oposição radical entre o indivíduo e a sociedade. Nas palavras de Ripollés, o projeto de segurança cidadã introduz uma distinção entre quem merece ou não ser considerado cidadão⁵⁸⁸.

Nesse contexto de uma política criminal de oposição entre indivíduo e sociedade, passa-se a entender e a defender que o conceito de pessoa não é originário, ou seja, que é produto da comunicação dentro do sistema social ou normativo. E, com essa premissa funcionalista, Jakobs, no extremo de sua teoria, formulou o denominado Direito Penal do inimigo, diferenciando-o do Direito Penal do cidadão, vocacionado tão só à pessoa e, não, ao indivíduo.

4.1 Direito Penal do inimigo (Jakobs) como a Terceira Velocidade (Silva Sánchez) do Ordenamento Jurídico

Cumprir notar que Günter Jakobs é o penalista que, com mais detalhes, se ocupou da “descrição do Direito Penal do inimigo⁵⁸⁹”, dando azo a diversas

⁵⁸⁷ RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo: IBDEF, 2007. p. 167.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 168.

⁵⁸⁹ Razão assiste a ZAFFARONI quando assevera que o conceito ou origem do termo inimigo é antigo, uma vez que sempre existiram, desde a Grécia antiga, discursos teóricos postulando maiores cotas de repressão para os crimes mais graves, chegando, por exemplo, a Carl Schmitt, que Zaffaroni considera como sendo o pensador

interpretações e críticas^{590 591}. Sua construção teórica conhece fases distintas, podendo-se falar, conforme Martín⁵⁹², de um primeiro ou segundo Jakobs⁵⁹³. O primeiro Jakobs surgiu no primeiro congresso de penalistas alemães, realizado no período de 16 a 19 de fevereiro de 1985. Na sua conferência, Jakobs criticou a existência, na legislação alemã, de alguns preceitos peculiares aos do Direito Penal do inimigo, especialmente pela antecipação da punição de determinadas condutas que se encontram longe da fase de consumação, refutando, ainda, a teoria do bem jurídico, que, segundo ele, permitia a criação de uma concepção de inimigos de bens jurídicos.

Já o segundo Jakobs surgiu em uma jornada de professores de Direito Penal em Berlim, realizada no ano de 1999, oportunidade em que Jakobs descreveu sua construção do Direito Penal do inimigo pelos seguintes elementos: a) adiamento das barreiras de proteção legal, sem a correspondente redução da pena; b) controle penal direcionado ao futuro (periculosidade), deixando de ser informado pelo passado (fato cometido); c) transição de uma legislação penal a uma legislação de luta ou combate e, por último, d) redução das garantias próprias do Direito Penal.

mais influente. Dessarte, no pensamento de Zaffaroni, o primeiro inimigo esteve representado nas bruxas, que pactuavam com o *satán*. Ao depois, quando do processo de colonização capitalista, restou instrumentalizado nos *extranjos* (índios, servos, escravos), que eram submetidos a tratamentos mais severos que os *iguais*. Em suma, para Zaffaroni, a repressão sempre foi diferencial, punindo de forma diferente os iguais e os estranhos, desde os modelos pré-industriais, nos quais os criminosos graves e os dissidentes eram eliminados pela pena de morte ou prisão perpétua, culminado, nos EUA, na legislação antiterrorista (*ley patriótica*), que cancela as garantias constitucionais do imputado. Ver ZAFFARONI, Raúl Eugenio. La legitimación del control penal de los "extraños". In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos.(Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 2, p. 117-1147. Consultar, de igual sorte, ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *O Inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Renan, 2007. p. 29-153.

⁵⁹⁰ Consultar SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho penal del enemigo? Crítica a las insoportadas tendencias erosivas em la realidad de la administración de justicia penal y de su insoportable desatención teórica. In: DONA, Edgardo Alberto (Dir.). *Obras*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. v. 2, p. 47 e seguintes. Para Schünemann, foi o penalista Günther Jakobs que ligou a teoria e prática do Direito Penal do inimigo, informando que suas características são: anulação da posição de sujeitos de direitos de todos aqueles cidadãos que forem catalogados como inimigos (não pessoas em Direito); em segundo lugar, há uma extensão dos meios estatais de poder no procedimento penal e, por último, a criminalização em estado prévio. *Ibid.*, p. 48-53.

⁵⁹¹ A abordagem crítica do Direito Penal do inimigo, de forma sistemática e com aportações de diversos autores, é fornecida na obra coletiva CANCIO MELIÁ, *Ibid.*, v. 1-2. No mesmo sentido, consultar CABANA, Patricia Faraldo (Dir). *Nuevos retos del derecho penal em la era de la globalización*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. Também, BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión*. Granada: Comares, 2007.

⁵⁹² Ver MARTÍN, Víctor Gómez. Sobre la distinción entre derecho penal del ciudadano y derecho penal de enemigo em la concepción de Günther Jakobs. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideu; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 1, p. 1007-1016. Nesse passo, Martín retrata a existência, a partir da apresentação de estudos e tomada de posição, de dois Jakobs.

⁵⁹³ No mesmo sentido é o pensamento de APONTE, Alejandro. Derecho penal del enemigo vs. derecho penal del ciudadano. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Derecho penal del inimigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v.1, p. 163-204, que também nota a existência de dois Jakobs. Um primeiro, crítico do Direito Penal do inimigo (1985), e um segundo, defensor de um sistema dual, pugnando que o Direito Penal somente fosse aplicado ao cidadão, isto é, a pessoas que, pelo modo de vivenciar o pacto social, dessem mostras de efetiva fidelidade ao Direito. Aos inimigos, que não fornecem expectativas cognitivas (como os terroristas), os não pessoas, vigeria um estado de guerra.

Conforme o pensamento de Martín, na ocasião, Jakobs não se limitou a descrever ou criticar o Direito Penal de exceção, como fez na primeira oportunidade. Ao contrário, defendeu a existência de medidas que justificassem a exclusão de inimigos, que, segundo Jakobs, já estavam sendo tratados pelo Direito Penal do cidadão; daí o temido efeito da contaminação que ele pretendia combater.

Posteriormente, com a edição de seu livro “Direito Penal do Inimigo” (que corresponde ao último Jakobs), publicado em conjunto com Cancio Meliá⁵⁹⁴, aportou sua contribuição teórica, confirmando seu ponto de vista em torno do Direito Penal do inimigo^{595 596}. Em síntese, Jakobs, remetendo a concepções filosóficas de autores contratualistas como Rosseau, Fichte, Kant e Hobbes⁵⁹⁷, fundamentou filosoficamente sua construção a partir da distinção Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo⁵⁹⁸, estabelecendo que, com o Direito Penal do cidadão, a pena estabelece comunicação contrafática com o delinquentes, reafirmando a vigência da norma⁵⁹⁹. De

⁵⁹⁴ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e de Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 21-50.

⁵⁹⁵ MARTÍN, Víctor Gómez. Sobre la distinción entre derecho penal del ciudadano y derecho penal de enemigo em la concepción de Günther Jakobs. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 1, p. 1007-1011.

⁵⁹⁶ Assim, manifesta-se PORTILHA CONTRERAS, Guillermo. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007. p. 213 e seguintes. Portilha Contreras, após reconstruir a jornada de Jakobs, a partir de 1985, data em que, segundo ele, Jakobs somente admitia, excepcionalmente, um Direito Penal para inimigos e uma legislação de emergência. Posteriormente, conforme Portilha Contreras, houve um salto qualitativo, uma vez que o próprio Jakobs descartou qualquer outra alternativa ao Direito Penal do inimigo. Dessarte, nos seus últimos trabalhos, Jakobs passou a legitimar o Direito Penal do inimigo, fundando a distinção entre pessoa e não pessoa, descobrindo, ainda, os fundamentos filosóficos que sustentam a sua teoria.

⁵⁹⁷ Ver JAKOBS; CANCIO MELIÁ, op. cit., p. 25-38.

⁵⁹⁸ Isso resulta mais evidente nos últimos escritos de Jakobs, especialmente no seu artigo “Terroristas como personas em Derecho”, oportunidade em que sinala que não é possível travar uma luta ou guerra contra os terroristas com o instrumento do Direito Penal de um Estado de Direito. Dessarte, propõe a dicotomia pessoa e não pessoa (caso dos terroristas, notando que a proposição de que todo o ser humano deve ser tratado como pessoa é incompleta. Portanto, para Jakobs, deve ser procurado em que condições tal personalidade se converte em realidade. Reputa que há necessidade de um apoio cognitivo como dever da pessoa, qual seja, de fidelidade ao direito. Assim, no pensamento jakobsiano, só merece ser tratado como pessoa que apresente uma certa fidelidade ao Direito. Do contrário, quem não leva a sério essa prestação deverá ser “hereroadministrado” pelo Estado, perdendo sua autonomia e direitos, não sendo tratado como pessoa. Ao fim, sustenta Jakobs que, diante da autoexclusão do terrorista do âmbito do contrato social, deve ser tratado como um “hostil” e por um Direito de exceção, no caso o Direito Penal do inimigo. Ver JAKOBS, Günther. Terroristas como personas en derecho. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. p. 77-92. Também, na mesma obra, *Derecho penal del enemigo: un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*, p. 93-116. De igual sorte, importa a leitura de JAKOBS, Günther. *La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente*. Tradução de Teresa Manso Porto. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn. (Org.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 53-64.

⁵⁹⁹ Por isso, razão assiste a GONZÁLEZ, quando afirma que o conceito de Direito Penal do inimigo criado por Jakobs se vincula diretamente com o fim que ele atribui à pena. Assim, a distinção entre Direito Penal do inimigo e Direito Penal do cidadão gira em torno da diferença entre o estabelecimento da vigência da norma (fim essencial da pena na formulação de Jakobs) e a eliminação de perigos futuros (campo dedicado ao Direito Penal do inimigo). Dessa forma, o Direito penal do cidadão teria como fim manter a vigência da norma, enquanto que o Direito Penal do inimigo se dirige ao combate de perigos. E, ainda, conforme González, unido a isso é que Jakobs realiza a distinção entre a pessoa (titular de direitos e deveres, capaz de estabelecer

outras, no Direito Penal do inimigo, a pena perderia sua função comunicativa, passando a ser um simples instrumento para legitimar as expectativas cognitivas dos demais cidadãos no sentido de que os inimigos não cometeriam crimes no futuro⁶⁰⁰.

De relevo notar que Jakobs, quando inicia a abordagem de sua proposição acerca dos contornos do Direito Penal do inimigo *versus* Direito Penal do cidadão, de logo, faz uma advertência no sentido de que parte de uma atividade descritiva^{601 602}, e, não, normativa do ordenamento jurídico real, qual seja, o atualmente vivenciado e aplicado à nossa sociedade, e que, em muitas hipóteses, frente a alguns delitos, excepciona algumas garantias constitucionais, bem como de que tampouco pretende lançar um conceito preconceituoso ou “pejorativo”⁶⁰³. Mais, o objetivo de sua atividade descritiva⁶⁰⁴ é evitar a contaminação do Direito Penal do cidadão por normas de exceção, que, de forma amiúde, na atualidade, estão circunscritas nos limites do Direito Penal da ilustração. Nesse particular, Jakobs afirma que Direito Penal do inimigo e Direito Penal do cidadão “difícilmente serão trasladados à realidade de modo puro, pois não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois polos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal”⁶⁰⁵.

regular comunicação na sociedade) e inimigo (indivíduo que representa uma simples fonte de perigo e contra o qual se deve defender-se. Por fim, arremata o autor, notando que somente a pessoa (o fiel do Direito) deve ser tratada no âmbito do Direito. Já, com relação ao inimigo, o fim da pena muda radicalmente, uma vez que não se trata de restabelecer a vigência da lei, mas, sim, de tirar de circulação (inocuar) o inimigo. Consultar GONZÁLEZ, Juan Luis Modolell. El derecho penal del enemigo: evolución (o ambigüedades?) del concepto y su justificación. in: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. p. 321-338.

⁶⁰⁰ MARTÍN, Víctor Gómez. Sobre la distinción entre derecho penal del ciudadano y derecho penal de enemigo em la concepción de Günther Jakobs. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideu; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 1, p. 1010-1011.

⁶⁰¹ Sua ponderação é a de que parte de uma descrição do ordenamento jurídico-penal como ele é apreendido na atualidade e que, no pensamento de Jakobs, apresenta características de Direito Penal do inimigo, e, não, como ele deveria ser. Todavia, de logo, cumpre observar que Jakobs desconsidera, ao que parece, a função da dogmática, bem como a sua influência na aplicação do Direito. Assim, muito embora não seja sua intenção, sua orientação descritiva pode ser utilizada com fins dogmáticos do dever-ser do Direito.

⁶⁰² JAKOBS, Günther. Derecho penal del enemigo? un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. Tradução de Manuel Cancio Meliá. In: MELIÁ CANCIO, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Derecho penal del inimigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 2, p. 95. Nesse sentido, argumenta Jakobs: “Intentaré argumentar aqui como parte del sistema de la ciencia, no del sistema juridico. Em consecuencia, no es mi propósito convertir algien artificialmente em enemigo, sino el de describir a quién el sistema jurídico trata como enemigo, y pronosticar a quién atribuirá em el futuro esse papel. No se trata de crear normas, mucho menos, de postulados políticos, sino de llevar a cabo constataciones, y de sus prolongaciones hacia el futuro”.

⁶⁰³ Análise crítica da proposta descritiva de Jakobs é dada por NEUMANN, Ulfried. Derecho penal del enemigo. In: MELIÁ CANCIO, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. p. 391-409.

⁶⁰⁴ O que parece não corresponder à realidade, como adverte PORTILHA CONTRERAS, Guilherme. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmoderista*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007. p. 213-215.

⁶⁰⁵ Ver JAKOBS, Günther; MELIÁ CANCIO, Manuel. *Derecho penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 21.

De início, é de se observar que Jakobs, na sua perspectiva de Direito Penal, adota os fundamentos da teoria funcionalista, especialmente a de Luhmann⁶⁰⁶, estabelecendo, portanto, que o Direito é um subsistema da sociedade (ou um sistema parcial, já que o social é o sistema abarcador de todas as comunicações), que possui a função de garantir a vigência das expectativas normativas ante uma possível defraudação. O Direito Penal, pois, “está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade⁶⁰⁷”.

Dessarte, o Direito, defendendo a vigência das normas, confirma a identidade social, uma vez que a sociedade moderna é constituída pelo Direito e seu sistema de regras. Assim, para Jakobs, o Direito, mesmo sendo um sistema parcial e concorrendo com outros sistemas funcionais, é essencial à configuração da sociedade, assumindo, na sua teoria, um papel de destaque. Para Jakobs, é decisivo à jurisdição, daí o porquê de se entender que a função do Direito Penal não consiste na defesa de bens jurídicos, devendo a pena ser entendida como uma “marginalização do fato” no seu significativo lesivo para a norma, com a constatação de que a norma e sua existência normativa não mudaram com a prática do delito. Em definitivo, para Jakobs, a função da dor penal é o restabelecimento da vigência da norma e não a defesa de bens jurídicos⁶⁰⁸.

Também de importância mencionar, até porque se fala em funcionalismo, que a comunicação assume contorno fundamental, muito especialmente no que diz com o fim da pena. E não poderia ser diferente, na medida em que Jakobs adota, como ponto de partida, o funcionalismo luhmanniano, que afirma ser o sistema social composto de comunicações. Disso decorre o porquê de Jakobs ensinar que a função do Direito Penal é restabelecer, no plano da comunicação, a vigência da norma, que, de resto, é perturbada com a prática do delito. A função da norma seria, dessa forma, o restabelecimento da comunicação, reafirmando a vigência na norma, não obstante sua

⁶⁰⁶ A afirmação é do próprio Jakobs, que é categórico em afirmar que sua teoria acerca da função da pena (manter a vigência da norma, sob o signo da prevenção geral) parte de fundamentos sistêmicos de Niklas Luhmann. Todavia, conforme Aponte, trata-se de tema polêmico, uma vez que Luhmann teria afirmado seu desconhecimento e indiferença com relação à proposta teórica de Jakobs. Assim, seguindo os ensinamentos de Aponte, pode-se referir que há um certo ceticismo entre os conhecedores de Luhmann não só quanto à fidelidade, mas também acerca dos conteúdos e alcances da interpretação que Jakobs faz de Luhmann. Ver APONTE, Alejandro. Derecho penal del enemigo vs. derecho penal del ciudadano. In: CANCIO MELIÁ, Manuel, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. p. 163-204.

⁶⁰⁷ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. p. 01.

⁶⁰⁸ JAKOBS, Günther. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente. Tradução de Teresa Manso Porto. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURHARDT, Björn (Coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 56.

defraudação⁶⁰⁹.

Dessarte, para Jakobs, a constituição da sociedade, inclusive de pessoas e sujeitos, dá-se por meio de normas, o que ocorre num contexto de comunicação. A identidade social é determinada por “regras de configuração” (normas). O Direito, dessa forma, não protege bens jurídicos, o que não impede que eles sejam referidos pelas normas⁶¹⁰. O delito é um ataque ao corpo social e às normas que constituem a sociedade, consistindo em uma comunicação distorcida e que ataca a vigência da norma. A coação, nesse contexto, é a resposta ao fato, e “a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade⁶¹¹”.

O fim do Estado de Direito, no pensamento jakobsiano, não é fornecer máxima segurança a bens jurídicos, senão manter a vigência real e efetiva do ordenamento jurídico, uma vez que somente a vigência do Direito faz possível a liberdade. E, para que ocorra a vigência real do ordenamento jurídico, é indispensável um apoio cognitivo da norma⁶¹². O fundamental para uma vida social é, pois, que os cidadãos orientem sua conduta cotidiana pelo Direito, uma vez que é só assim que se vislumbra sua efetividade. O apoio cognitivo ao Direito por parte dos cidadãos é mais importante que a própria prestação do Estado^{613 614}. Com efeito, para Jakobs, o fundamental para a sobrevivência do ordenamento jurídico é o apoio dos cidadãos, uma vez que, sem fidelidade cognitiva ao Direito, esse se dissolve.

⁶⁰⁹ JAKOBS, Günther. La autocompreensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente. Tradução de Teresa Manso Porto. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURHARDT, Björn (Coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 05.

⁶¹⁰ Ibid., p. 10-11.

⁶¹¹ JAKOBS, Günther; MELIÁ CANCIO, Manuel. *Derecho Penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 22.

⁶¹² JAKOBS, Günther. Terroristas como personas en derecho. Tradução de Manuel-Jara Díez. In: MELIÁ CANCIO, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. p. 80-81.

⁶¹³ Ibid., p. 81.

⁶¹⁴ Ver, nesse sentido, as observações de GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Normatividad del ciudadano versus facticidad del enemigo: sobre la necessária autoorientación de la normativización jurídico-penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. p. 984-985. No pensamento de Gómez-Jara Díez, “en efecto, el principio científico que, según Jakobs, rige esta materia, es que todo ordenamiento normativo precisa de un aseguramiento cognitivo para poder existir realmente. Ahora bien, la pregunta que inmediatamente se plantea es donde radica esa suerte de apoyo cognitivo. Em la explicación jakobsiana, dicho apoyo lo prestán, más aún: los devem prestar los individuos. Es decir, sólo em la medida em que los individuos prestan un apoyo cognitivo a la vigencia de construcciones normativas es que éstas existen em la realidad; sino no lo hacen, dichos constructos desaparecen. [...]. Es decir, Que pasaria si ciertos individuos infringieran continuamente el ordenamiento juridico no reconociendo su existencia? Sencillamente, responde Jakobs, que éste sucumbiria”.

4.2 A despersonalização do inimigo ou a dicotomia pessoa versus indivíduo

De outra banda, Jakobs também distingue a pena da medida de segurança, associando esta a um estado de periculosidade do agente. Dito de outra forma, frente ao fato de uma pessoa, contradiz-se através da pena; agora, frente ao ato de um indivíduo perigoso, não se opõe à pena e, sim, à medida de segurança, em uma verdadeira luta contra o perigo, não se falando, dessarte, em comunicação contrafática. Nesse sentido, “a voz do Direito”, em ambos os conceitos, terá resposta diversa. Dessarte, na teoria jakobsiana, a função do Direito Penal é a de estabilizar a norma penal, enquanto que ao Direito Penal do inimigo cumpre a proteção da sociedade frente aos perigos, o que corresponde a uma “despersonalização” do inimigo, pois não mais se fala em pena e responsabilidade pessoal por um fato cometido, mas, sim, em medidas de segurança, destinadas ao combate de situações de perigo. Em suma, em um Direito Penal orientado a proteger a sociedade frente a perigos, o autor aparece como uma fonte de perigos, e, não, como uma pessoa⁶¹⁵.

Nesse passo, Jakobs informa “se denomina Direito o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres, ao passo que a relação com um inimigo não se determina pelo Direito, mas pela coação. No entanto, todo Direito se encontra vinculado à autorização para empregar coação, e a coação mais intensa é a do Direito Penal”⁶¹⁶. A pedra de toque da relação entre Estado de Direito e pessoa é a fidelidade ao Direito, já que o vínculo de pessoa é fornecido pelo atendimento do binômio direito-deveres. E, por tal motivo, para Jakobs, o conceito de pessoa não é originário, mas, sim, normativo; no caso, é conferido àquele que fornece a expectativa de um comportamento em conformidade ao Direito⁶¹⁷.

Se o cidadão não fornece segurança cognitiva de que pautou, duradouramente, sua conduta, atendendo às expectativas normativas, converte-

⁶¹⁵ NEUMAN, Ulfried. Derecho penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos.(Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 2, p. 391-409.

⁶¹⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ CANCIO, Manuel. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 25.

⁶¹⁷ JAKOBS, Günther. *La penal estatal: significado y finalidad*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 168. Para Jakobs, para ser considerado pessoa não basta o cidadão postular ser destinatário de deveres e direitos, sendo sumamente necessário que se oriente como pessoa em Direito. Nas suas palavras, “quien continuamente se comporta como Satán, al menos no podrá ser tratado como persona em Derecho em lo que se refiere a la confianza de que cumplirá com sus deberes; pues falta el apoyo cognitivo para ello...por consiguiente se trata del aseguramiento de una fuente de peligro, como em relación com un animal salvaje, pero no del trato com una persona”. Ibid., p. 168-169.

se numa fonte de perigo, migrando do Direito para um problema de segurança (e do Estado policial), devendo ser tratado de forma cognitiva. E isso ocorre, no pensamento de Jakobs, quando “ya no se espera el cumplimiento del deber, la autoadministración ordenada de la persona, de modo que desaparece el elemento central de una personalidad que presta orientación, es decir, la presunción de la fidelidad al ordenamiento jurídico, y, con ello, la base del negocio jurídico de la libre autoadministración⁶¹⁸”. Dessarte, o defraudador das expectativas normativas é aquele não fornece segurança cognitiva. Jakobs cita, como exemplo, o terrorista, que seconverte em fonte de perigo, mormente pelo fato de que não estabelece presunção de que terá uma conduta futura em conformidade com o Direito⁶¹⁹.

Jakobs faz uma releitura da proposição de que em um Estado Democrático de Direito, todo ser humano deve ser tratado como pessoa, em respeito a sua dignidade. Como observa Neumann⁶²⁰, no modelo de Jakobs, a pessoa não é um indivíduo, senão o ser humano em seu contexto social, ou seja, a pessoa adquire um *status* derivado de sua relação com a sociedade. Em uma palavra, a pessoa só existe na sociedade, sendo, por isso construída normativamente no contexto social.

Dessarte, na constituição da pessoa, seus direitos entram em consideração num segundo plano, isto é, só na medida que a pessoa os necessita deles para poder cumprir seus deveres, sendo decisivo, portanto, o cumprimento dos deveres por parte do indivíduo, uma vez que é nessa medida que há a vinculação jurídica e o *status* de pessoa. Quer dizer, “la persona no se define por el hecho de que se dirijan a ella expectativas normativas, esto es, por el hecho que tenga un rol em este sentido, sino por el hecho que cumpla com este rol”⁶²¹.

Portanto, na concepção de Jakobs, a pessoa real é aquela cujo comportamento observa as normas, adotando um modelo de pessoa orientado a prestações, uma vez que o *status* de pessoa é conferido a quem tem “bom

⁶¹⁸ JAKOBS, Günther. Terroristas como personas em derecho? Tradução de Manuel Cancio Meliá. In: MELIÁ CANCIO, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. p. 82.

⁶¹⁹ Ibid., p. 82.

⁶²⁰ NEUMANN, Ulfried. Derecho penal del enemigo. Tradução de Carlos Gómez-Jara Díez. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 2, p. 404-405.

⁶²¹ Ibid., p. 405.

comportamento”, não havendo que se falar em personalidade inata⁶²². A modo de sintetizar, só é “verdadeira pessoa” aquela cujo comportamento resulta de acordo com a norma, carecendo o infrator, portanto, de uma personalidade material, que somente é adquirida com a fidelidade ao Direito e com a imputabilidade de comportamento⁶²³. A sua proposição revela que só será tratado como pessoa aquele que presta fidelidade ao ordenamento jurídico⁶²⁴, ainda que com certa falibilidade; ao contrário, quem não oferece um mínimo de segurança cognitiva, essencial à sobrevivência do ordenamento jurídico, isto é, quem não cumpre seus deveres de cidadão, será “heteroadministrado” (ou seja, tratado como inimigo⁶²⁵), sendo tratado como não pessoa⁶²⁶. E Jakobs tem como não pessoa o terrorista (inimigo), que deve ser tratado como fonte de risco e perigo⁶²⁷, aplicando-lhe o

⁶²² NEUMANN, Ulfried. Derecho penal del enemigo. Tradução de Carlos Gómez-Jara Díez. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 2, p. 405-406. Na observação de Neumann, isso corresponde ao fato de que o conceito de dignidade da pessoa humana não aparece na concepção jurídico-filosófica de Jakobs, assim como há carência de um conceito de consenso, discurso e intersubjetividade, pois o conceito de pessoa depende de prestações, impondo grandes exigências para aquisição e gozo da condição de pessoa e, em contrapartida, estabelece a quase absoluta falta de juridicidade àquele que não cumpre tais exigências.

⁶²³ *Ibid.*, p. 406.

⁶²⁴ O conceito de pessoa é uma criação social e que somente ocorre no momento em que existe uma expectativa de um comportamento pessoal determinado por direitos e deveres. Se não há tal expectativa, a construção jurídica da pessoa decai e o sujeito converte-se em um mero postulado, um indivíduo interpretado cognitivamente, ou seja, um indivíduo perigosos. Aqui, como pontua Garcia Amado, há um paralelismo possivelmente injustificado entre o que é propriedade da norma ou instituições do sistema e o que é característica dos sujeitos do sistema. Com efeito, segundo Garcia Amado, “se está comparando la ineficacia normativa com la desobediencia subjetiva, el desuso de las normas com lo apropiado de las categorías mediante las que se califica a los sujetos; se está asimilando la pérdida de juridicidad de una norma que no se cumple si se aplica com la pérdida de 'personalidad' de un sujeto que no se atiene a una norma, aunque ésta sea eficaz. Vale semejante equiparación entre propiedades de la norma y propiedades de las 'personas' [...]. Es decir, no es el Derecho el que hace del individuo persona, sino que persona sería solamente el individuo básicamente obediente. La persona sería la suma de dos elementos: uno normativo, consistente em ser centro de imputación de obligaciones por parte del sistema jurídico, y otro empírico-subjetivo, cual es una determinada actitud frente a tales obligaciones jurídicas imputadas”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *El Obediente, el enemigo, el derecho penal y jakobs. Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, La Rioja, ES, n. 23, p. 02, 2000.

⁶²⁵ Conforme JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 169-173, quando um delinquente é submetido à medida de segurança ou a um direito de prevenção, que normalmente ocorre quando se pretende lutar contra a criminalidade econômica, terrorismo, tráfico ilegal de drogas, criminalidade organizada, crimes sexuais, pode-se observar que esse criminoso se afastou, de forma permanente e com certa seriedade, do Direito, não prestando uma garantia cognitiva mínima, que é indispensável para ser tratado como pessoa. A pessoa converte-se em um indivíduo perigoso, que deve ser “despersonalizado juridicamente”. Nesse passo, Jakobs refere que a despersonalização não é total, mas, sim, “pontual”, exclusivamente no que se refere ao possível uso defeituoso de sua liberdade, uma vez que, “es decir, que no le despersonaliza globalmente, sino sólo aquellos derechos cuya privación es necesaria para mantener la realidad del Derecho... Si bien el trato com el enemigo es guerra, se trata de uan guerra estrechamente delimitada. Si el enemigo incrementa su peligrosidad, sin embargo, también aumentará sua despersonalización; los prisioneros de Guantanamo son un ejemplo de límites de esta guerra”. *Ibid.*, p. 176. Aqui não se pode deixar passar por alto, que, na hipótese da prisão de Guantánamo a despersonalização é total, uma vez que os prisioneiros, que são submetidos à tortura e convivem numa zona do não Direito, são convertidos em objetos, desrespeitando a proibição kantiana de confundir o delinquente com coisa.

⁶²⁶ *Ibid.*, p. 83.

⁶²⁷ Como bem informa CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. Derecho penal del enemigo y derechos fundamentales. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires, IBDEF, 2006. p. 329, “La función de esa nueva especie de Derecho penal defendida por el penalista germánico es la eliminación del peligro, confirmando la tendencia

Direito Penal do inimigo, (empresa de luta contra inimigos) A ele não se aplica o Direito Penal do cidadão, na medida em que não se busca garantir a vigência da norma, mas aplicar uma coação⁶²⁸.

Para legitimar sua proposição “inimigo” *versus* pessoa, Jakobs socorre-se dos filósofos contratualistas⁶²⁹, como Rousseau, Kant e Hobbes, Fichte, demonstrando que já existia essa distinção de “personalidade real”, ou dicotomia entre pessoa e inimigo, ou “sujeito sem direitos”, de Fichte, “homens maus ou malfeitor”, de Rousseau, que deixam de ser “pessoas morais”, daí o porquê de sua proposta não poder ser rechaçada de pronto^{630 631}.

Jakobs, nesse particular, aproxima-se mais de Hobbes⁶³² e Kant⁶³³,

expansionista del Derecho penal que, preocupa a muchos estudiosos como em otra parte hemos abordado”.
⁶²⁸ JAKOBS, Günther. Terroristas como personas em derecho? Tradução de Manuel Cancio Meliá. In: MELIÁ CANCIO, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. p. 85-86.

⁶²⁹ Ver MARTÍN, Luis Gracia. *Horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 94-129. No capítulo, Martín traça o perfil jusfilosófico e teórico do Direito Penal do inimigo de Jakobs.

⁶³⁰ Ver, JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. p. 47-59.

⁶³¹ JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 25-30.

⁶³² HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 265-266. Nas palavras de Hobbes, “os danos infligidos a quem é um inimigo declarado não podem ser classificados como punições. Como esse inimigo ou nunca esteve sujeito à lei, e, portanto não a pode transgredir, ou esteve sujeito a ela e professa não mais estar, negando em consequência que possa transgredir, todos os danos que lhe possam ser causados devem ser tomados como atos de hostilidade... Disso se segue que, se por atos e palavras, sabida e deliberadamente um súdito negar autoridade do representante da república (seja qual for a penalidade prevista para a traição), o representante pode legitimamente fazê-lo sofrer o que bem entender... Porque as punições estabelecidas pela lei são para os súditos, não para os inimigos, como é o caso daqueles que, tendo tornado súditos pelos seus próprios atos, deliberadamente se revoltaram e negaram o soberano”.

⁶³³ Segundo KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002. p. 73, o contrato que une os homens na sociedade é uma “constituição civil”, no qual se institui a comunidade, “é o direito dos homens sob as leis públicas”. A relação entre os homens livres passa a ser regulada pelo Direito, que representa uma limitação da liberdade. E dito “Estado civil” é fundamental para que o homem saia do estado de natureza (Estado sem lei). O Estado civil, portanto, será considerado um situação jurídica, que se funda nos princípios da igualdade e liberdade, bem como da independência de cada membro da comunidade como cidadão. Conforme Kant, “todo o Direito consiste apenas na limitação da liberdade de outrem com a condição de que ela possa coexistir com a minha segundo uma lei universal, e uma vez que / o direito público (numa comunidade) é o estado de uma legislação efetiva... Desta igualdade também não pode sair nenhum homem, que vive num estado jurídico de uma comunidade, a não ser em virtude do seu próprio crime, mas nunca mediante contrato ou por violência de guerra.” *Ibid.*, p. 77-78.

Todavia, deve ser lembrado que os escritos de Kant, bem como dos demais filósofos contratualistas datam de um período em que a situação do homem chegava perto do estado de natureza, uma vez que a humanidade convivia com incessantes guerras que dizimavam os povos. Daí a importância do postulado para que o homem entrasse para uma constituição civil, abandonando seus interesses egoístas e, pois, o estado de natureza de guerra contra todos. Nesse contexto, claro é que quem se negasse a entrar num estado jurídico, seria declarado inimigo, pois, insiste-se, o ambiente era, efetivamente, de guerra, reclamando uma solução radical: exclusão do homem do estado legal e a declaração de guerra contra ele. Entretanto, a situação do mundo alterou-se substancialmente, pois vive-se sob a égide de um Estado Democrático de Direito que se universaliza. Dessarte, esse recorte jusfilosófico contratualista deve ser recebido com razoável prudência, até porque o objetivo de Kant era a paz perpétua e um direito cosmopolita. O mesmo pode ser dito de Rousseau, uma vez que o tratado sobre o contrato social tinha o desiderato de superar a guerra, passando por uma autotransformação da sociedade, com a conquista da liberdade. Daí a sua proposta da vontade geral para a passagem do Estado de Natureza ao Estado social. Enfim, é inegável e importante retratar que os contratualistas convíviam com a guerra e, pois, em um Estado de natureza. Talvez por aí se expliquem as penas capitais e a hostilidade radical com relação ao crime, que, na

dizendo que eles conhecem um Direito Penal do cidadão, que seria aplicado, em princípio, contra pessoas que não delinquem de modo persistente; bem como um Direito Penal do inimigo, que seria aplicado contra quem se desvia desse princípio. Nesse diapasão, o Direito Penal do inimigo exclui a condição de pessoa, enquanto que o Direito Penal do cidadão mantém o *status* de pessoa. Com efeito, no pensamento de Jakobs, “certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos. Afinal de contas, a custódia da segurança é uma instituição jurídica⁶³⁴”.

Com efeito, para Jakobs, a segurança, em sendo uma instituição jurídica, converte-se em um direito dos cidadãos. Logo, eles podem exigir do Estado que lhes preste a devida proteção contra infratores, até porque essa é a finalidade no Estado quando forjou o contrato social⁶³⁵. Daí por que Jakobs assegura que “o Direito Penal do cidadão é o Direito de todos; o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra”, para depois concluir: “O Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos [...] ⁶³⁶”.

A distinção entre pessoa e indivíduo é normativa, uma vez que a prova de tal teste de “pureza” é a fidelidade duradoura ao Direito, no qual as expectativas normativas do corpo social não são defraudadas de forma contínua. Convém lembrar que, para Jakobs, a adesão cognitiva dos cidadãos é essencial ao Direito. Entretanto, quando a pessoa dá sinais de que não pretende agir de forma a ser fiel ao Direito, diminui a disposição do legislador em tratar o delincente como pessoa, passando-se a uma legislação de guerra, de luta, como o que, segundo Jakobs, ocorre no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso de delitos sexuais ou de outras infrações perigosas⁶³⁷.

A modo de uma pequena síntese, os cidadãos são pessoas, enquanto que os

época, é tratado de forma desproporcional quando cotejada com a atualidade.

⁶³⁴ JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 3 .ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 29.

⁶³⁵ *Ibid.*, p. 29. Aqui Jakobs faz referência à teoria de Hobbes, quando este assevera que o fundamento e o limite do Estado, como corolário da obediência, é o dever de proteção.

⁶³⁶ *Ibid.*, p. 30.

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 34-35.

indivíduos são não pessoas⁶³⁸. E a condição de inimigo significa a privação e a negação da condição de pessoa, sendo sujeito a outro tipo de regramento legal, no qual não operam os princípios e as regras do Direito Penal das pessoas, que sequer podem ser invocados, uma vez que não se trata de questão de aplicação do Direito, mas, sim, de combate^{639 640}. De outra banda, o Direito Penal do inimigo tem o escopo de combater indivíduos que não ofereçam garantia cognitiva mínima de fidelidade ao ordenamento jurídico, como, por exemplo, os que praticam crimes sexuais, criminalidade econômica, tráfico de drogas, crime organizado, terrorismo, os quais são considerados fonte de perigo que deve ser erradicada^{641 642}.

⁶³⁸ Nesse passo, razão assiste a MÜSSIG, Bernd, quando sinala que a concepção de Jakobs sobre o Direito Penal do inimigo tem seu ponto fundamental de partida o conceito de pessoa. Nesse particular, a filosofia de Hegel assume aspecto central. Com efeito, segundo Müssing, Jakobs recolhe de Hegel o conceito abstrato de pessoa (a personalidade é designada como igualdade em Direito, que, por sua vez se relaciona com a liberdade e autonomia). Ver MÜSSIG, Bernd. Derecho penal del enemigo: concepto y fatídico presagio. algunas tesis. Tradução de Manuel Cancio Meliá. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v 2, p. 372-379.

⁶³⁹ GARCÍA AMADO, Juan Carlos, informa que a teoria de Jakobs segue a seguinte sequência: a) todo Direito para ser tal, tem de ser eficaz; b) a condição de pessoa é determinada pelo Direito, ou seja, é uma construção ou produto jurídico-normativo; c) se um sujeito sai do sistema de regras (não é obediente e veja-se que, para Jakobs, as obrigações vêm antes que os direitos), abandonando a sociedade das pessoas, converte-se em mero indivíduo, um inimigo; d) dessa maneira, o Direito que fazia esse sujeito uma pessoa perdeu sua eficácia; portanto, é a ineficácia da norma, com a inevitável sequela de 'ineficácia' da personalidade, é que determina a perda da condição de pessoas e sua conversão em mero indivíduo, em inimigo. Ver GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, La Rioja, ES, n. 23, p. 04, 2000.

Importa notar aqui as pertinentes observações de García Amado, do grave vício conceitual e do grave prejuízo autoritário da proposta jakosiana, pois se equipara à ineficácia da norma com a perda da personalidade do sujeito. Ora, o que faz ineficaz uma norma é seu incumprimento massivo, ou que as instituições, massivamente, sejam incapazes de impor a norma. Nesse passo, Garcia Amado refere que as normas penais não perdem eficácia quando o sujeito pratica um delito; ao contrário, é nesse momento que se realizam. *Ibid.*, p. 04-05.

⁶⁴⁰ Conforme CANCIO MELIÁ, Manuel; SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar. In: JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 62 e seguintes. Para Cancio Meliá e Sánchez, a essência do Direito Penal do inimigo está em que se constitui em uma reação de combate do ordenamento jurídico contra indivíduos perigosos, isto é, contra aqueles que se fastam, de modo persistente, do das normas e, por isso, são despersonalizados pelo ordenamento jurídico e tratados como inimigos.

⁶⁴¹ MARTÍN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 132.

⁶⁴² JAKOBS, Günther. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente. Tradução de Teresa Manso Porto. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Börn (Org.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004. p. 59. Aqui Jakobs reafirma seu pensamento, expressando, "Quien quiera ser tratado como persona, deve dar también una certa garantía cognitiva de que se va a comportar como tal. Si esta garantía no se da o incluso é denegada de forma expresa, el derecho penal pasa de ser la reacción de la sociedad frente a un enemigo. Esto no significa que entonces esté todo permitido, incluso una acción sin medida. Al contrario, al enemigo se le reconoce una personalidad potencial.[...]. El Estado no habla com sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos". *Ibid.*, p. 58-59. Mais adiante, respondendo a interrogante de que seria considerado inimigo, Jakobs responde, "El enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, em su comportamiento (delitos sexuales, ya el antiguo delincuente habitual peligroso según el pgfo 20 Código penal alemán) o em su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada, nuevamente el tráfico de drogas o el antiguo complot de asesinato) es decir, em cualquier caso, de uma forma presuntamente duradera, há abandonado el derecho y, por tanto, no garantiza el minimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento". *Ibid.*, p. 59.

Disso deflui que Jakobs não define expressamente que é o inimigo, o que pode ser haurido da prática de determinados crimes que o autor germânico reputa como graves e sinalizadores de falta de fidelidade ao Direito. O conceito é, pois, fluido, centrando-se na gravidade dos delitos relacionados com as drogas, na reação do Direito Penal frente à imigração e, em geral, em relação à criminalidade organizada^{643 644}.

De outro lado, o Direito Penal do inimigo de Jakobs apresenta três elementos característicos: em primeiro lugar, o amplo adiantamento da punibilidade, com o Direito Penal orientando-se para o futuro (proativo, e, não reativo). Em segundo, as penas preconizadas pelo legislador são severas, não atentando para o princípio da proporcionalidade; além do mais, antecipa-se a fase da punição a atos preparatórios, que ficam longe de uma ataque material ao bem jurídico, não obstante isso seja desconsiderado quando da eleição da pena, que não é reduzida proporcionalmente à magnitude da lesão. Em terceiro, as garantias processuais do devido processo legal são relativizadas, quando não suprimidas⁶⁴⁵.

Nesse sentido, manifesta-se o pensamento de García Amado, quando assinala que as peculiaridades típicas do Direito Penal do inimigo são o amplo adiantamento da punibilidade, na qual falta uma redução da pena em proporção a dito adiantamento, a passagem de uma legislação de Direito Penal a uma legislação de luta para combater a delinquência, o que passa pela supressão de garantias processuais, fato que leva, ao fim, a legislação a ser considerada ajurídica⁶⁴⁶.

Em resumo, a essência do conceito do Direito Penal do inimigo, dessarte,

⁶⁴³ CANCIO MELIÁ, Manuel. De nuevo. derecho penal del enemigo? In: MELIÁ CANCIO; Manuel; GÓMEZ-JARA DíEZ, Carlos (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires; IBDEF, 2006. p. 361.

⁶⁴⁴ Ver CANCIO MELIÁ, Manuel; SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. Prevenir riesgos o confirmar normas? la teoría funcional de la pena de Günther Jakobs: estudio preliminar. In: JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 63-65, para quem o centro de gravidade do Direito Penal do inimigo, no ordenamento jurídico espanhol, está nos delitos contra as drogas, na reação do Direito Penal contra o fenômeno da imigração e, sobretudo, na legislação antiterrorista. Nesse passo, advertem os autores, que nas operações de combate a tais crimes, se está produzindo uma verdadeira “cruzada” contra malfeitores e malvados, isto é, uma patologização/mitologização/demonização do inimigo, que culmina na exclusão de determinada categoria de sujeitos do círculo de cidadãos.

⁶⁴⁵ O resumo do Direito Penal do inimigo é dado por CANCIO MELIÁ, *Ibid.*, p. 361. Também ver CANCIO MELIÁ, Manuel; SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar. In: JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado e finalidad*. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 61-62. No mesmo sentido, SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho penal del enemigo? crítica a las insuportables tendencias erosivas em la realidad de la administración de justicia penal y de sú insoportable desatención teórica. Tradução de Mariana Sacher. In: DONNA, Edgardo Alberto (Org.). *Obras II*. Buenos Aires: Rubinzal; Culzoni, 2009. p. 48-53.

⁶⁴⁶ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, La Rioja, ES, n. 23, 2000.

repousa numa legislação de combate contra indivíduos especialmente perigosos, uma versão atualizada e drástica das medidas de segurança, previstas no Direito Penal clássico, e que consistiam em um processamento “desapaixonado” e instrumental de determinadas fontes de perigo⁶⁴⁷.

Estabelecidos os contornos do Direito Penal do inimigo na proposta jakobsiana, especialmente no que diz com o estabelecimento de um “reação ou luta” contra pessoas despersonalizadas (inimigos), cumpre observar que razão assiste a Cancio Meliá⁶⁴⁸ quando afirma que Silva Sánchez incorporou o fenômeno do Direito Penal do inimigo em sua própria concepção de política criminal. Com efeito, Silva Sánchez entende que, na quadra atual, a política criminal nas sociedades pós-industriais está se diferenciando em velocidades. A primeira corresponderia ao setor do Direito Penal que impõe penas privativas de liberdade e que devem pautar sua atuação em estrita observância ao sistema de garantias herdado da Ilustração. Na segunda velocidade, que cuidaria dos crimes tecnológicos da sociedade do risco, aplicar-se-iam penas não detentivas: pecuniárias ou privativas de direitos, com a flexibilização dos princípios e regras garantistas, especialmente no critério de imputação⁶⁴⁹⁶⁵⁰.

No seu quadrante, o Direito Penal do inimigo corresponderia à terceira velocidade, na qual seria possível coexistirem a imposição de penas privativas de

⁶⁴⁷ A afirmação é de MELIÁ CANCIO, Manuel. De nuevo. derecho penal del enemigo? In: MELIÁ CANCIO, Manuel; GÓMEZ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. p. 361.

⁶⁴⁸ Ibid., p. 358-359.

⁶⁴⁹ A proposta de Silva Sánchez aproxima-se, em certa medida, do Direito de Intervenção proposto por HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 206-207, quando refere que a solução para a crise do Direito Penal moderno consiste no fato de que se retire, em parte, a modernidade do Direito Penal. Isso significa uma redução do Código Penal a um “Direito nuclear”, cujo limite se deve decidir em casos concretos, notando que pertencem a tal direito as violações a bens jurídicos individuais, ou, até mesmo, aos bens jurídicos universais, aos quais, o Direito Penal, no momento atual, não pode renunciar. Todavia, nesse passo, defende que devem ser formulados o mais precisamente possível, bem como funcionalizados a partir de bens jurídicos individuais. Nas suas palavras, “poder-se-ia aconselhar, quanto àqueles problemas da sociedade moderna, que provocaram a modernização do Direito Penal, de que fossem regulados em um direito de intervenção especial, o qual está situado entre o Direito Penal e o direito da contrariedade à ordem pública, entre o direito civil e o direito público, o qual dispõe, na verdade, de garantias e de regramentos processuais menos exigentes do que o o Direito Penal, mas que, em contrapartida, está equipado com sanções menos intensas diante do indivíduo [...]. O problema desse caminho é se deve frear ou retirar as tendências voltadas para um Direito Penal moderno. Nesse sentido, sou bastante pessimista. Justamente nos tempos, nos quais se cuida mais da sociedade do que do indivíduo, onde se cuida mais dos distúrbios do que das injustiças [...]”.

Parece que o diferencial das propostas de Silva Sánchez (na segunda velocidade) e de Wassemer (Direito de Intervenção) repousa no fato de que na teoria de Silva Sánchez, a modernidade não é retirada do Direito Penal, não obstante seja tratada com “suavidade”, o que, de resto, é criticável, pois aí se encontra a criminalidade dos poderosos; já a proposta de Wassemer implica a retirada da modernidade da seara do ordenamento jurídico penal para algo semelhante a um Direito administrativo sancionador, o que pode-se revelar problemático, pelo fato de que será uma resposta não penal, frustrando, assim, o significado penal a tais injustos.

⁶⁵⁰ Ver, nesse particular, as observações de MARTIN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso da resistência*. Tradução de Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 107-109.

liberdade e a flexibilização das garantias constitucionais. Importa acentuar que Silva Sánchez minimiza seus efeitos, notando que sua aplicação deve ser limitada no tempo (deve ser transitório), devendo ser aplicado em situações excepcionais, com o devido cuidado para não contaminar o Direito Penal clássico.

Estabelecidos os contornos do Direito Penal do inimigo, sobressaem algumas interrogantes que são de relevo para o rumo da política criminal do século XXI: a proposta de Jakobs é meramente descritiva? Seu teorema é adotado, ainda que indiretamente, pelo sistema jurídico-penal e, por fim, é legítimo e funcional? No que tange à primeira interrogante, a resposta que se impõe, e que implica o enfrentamento da segunda, é que o teorema jakobsiano passou da descrição, uma vez que a tendência é a generalização do termo “guerra ao crime”, como, por exemplo, o que se observa nas legislações de “combate ao tráfico de entorpecentes e de pessoas” ou de “combate ao terrorismo”, imigração etc., o que informa a respeito da paulatina acolhida de seus postulados pela legislação e dogmática.

Enfim, superou-se o paradigma meramente descritivo, passando-se a acolhê-lo como uma orientação normativa ou de política criminal⁶⁵¹. Todavia, não se pode passar por alto pela observação de Zaffaroni⁶⁵², no sentido de que a recente proposta de Jakobs, salvo por sua sinceridade e precisão, traz à discussão uma velha ideia repressiva que remonta aos gregos, asseverando que, na etapa atual de ditadura tecnológica global, o poder planetário fábrica inimigos em série. Entretanto, também é inegável que a formulação teórica jakobsiana confere cobertura à expansão/contaminação do Direito penal tradicional pelo

⁶⁵¹ Veja-se, nesse particular, as oportunas observações de CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do inimigo?* In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 70, quando observa que o centro de gravidade do Direito Penal do inimigo se encontra no novo Direito antiterrorista, como uma reação de combate do ordenamento jurídico “contra indivíduos perigosos que nada significam”. Ver, também, do mesmo autor, *Los límites de una regulación maximalista: el delito de colaboración con organización terrorista em el código penal Español*. In: RIEZU, Antonio Cuerda; GARCÍA, Francisco Jimenez (Org.). *Nuevos desafíos del derecho penal internacional*. Madrid: Tecnos, 2009. p. 73-98.

O mesmo problema se detecta no ordenamento jurídico brasileiro que tem adotado os fundamentos do Direito Penal do inimigo na legislação pátria. Veja-se, nesse sentido, CALLEGARI, André Luís. *A expansão do direito penal: uma aproximação à tipificação do crime organizado*. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Anuário do mestrado e doutorado do programa de pós-graduação em direito da Unisinos. Porto Alegre; São Leopoldo, p. 239-252, 2009. No artigo, Callegari afirma que os legisladores, paulatinamente, vão consolidando um Direito Penal do inimigo, citando, como exemplo, a lei do crime organizado, bem como a lei que criou o regime disciplinar diferenciado para execução da pena, punindo o agente pela sua vida de relação, e, não, por delito praticado. Ver p. 247-248.

⁶⁵² ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *La legitimación del control penal de los extraños*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Motevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 2, p. 118-119.

Direito de exceção do Direito Penal do inimigo.

De outro lado, há uma carência de orientação, visto que não se sabe bem quem é o inimigo, pois a definição é incompleta⁶⁵³, parecendo que se tem ajustado aos cartéis de droga⁶⁵⁴, à criminalização referente à imigração, à criminalidade organizada e ao terrorismo, contra os quais se estabelece, na observação de Cancio Meliá, “uma cruzada contra o mal”, identificando o outro (o infrator) como inimigo, uma fonte de perigo, atribuindo-lhe uma perversividade, uma “demonização”⁶⁵⁵.

Nesse estado da arte, a observação de Cancio Meliá é esclarecedora quando sinala que a proposta de Jakobs é inconstitucional, pois é politicamente errônea e, de outro lado, faticamente, não contribui preventivamente à prevenção de delitos, mas, sim, denomina (e demoniza!) determinados grupos de infratores, consistindo em um Direito Penal do autor, e, não, do fato. Mais, e aqui repousa o fundamental de sua abordagem crítica: os fenômenos para os quais se dirige o ramo do Direito Penal do inimigo não têm essa especial periculosidade que se apregoa; ao contrário, trata-se de delitos normais, que não possuem força para pôr em xeque a constituição da sociedade. Cuida-se de mera quebra da norma, só que, no caso do inimigo, não se admite a contradição ao ordenamento. E, por fim, a qualidade de pessoa é uma atribuição, não havendo lugar para uma autoexclusão da pessoa da sociedade, uma vez que a ela não pertence a cidadania em geral. Em suma, com Cancio Meliá, pode-se afirmar que o Direito Penal do inimigo se apresenta disfuncional no que diz com a função da pena, isso pela correlação íntima com o Direito Penal do autor, no qual a punição decorre da condução da vida do agente.

A modo de sintetizar, com Müssing, pode-se referir que o Direito Penal do inimigo é conceito e símbolo de uma época; como conceito, significa a retirada das posições jurídicas (cidadãs) de fundamentação universal, isso, em tempos de

⁶⁵³ Nas palavras de MÜSSING, Bernd, há uma carência material do conceito de Direito Penal do inimigo, que tem consequências jurídico-processuais, pois, em princípio, qualquer delito pode ser o de um inimigo. De outra banda, a desformalização ínsita da concepção do Direito Penal do inimigo conduz, conseqüentemente, a ausência de proteção jurídico-processual quando ocorre qualquer suspeita. Conferir, Derecho penal del enemigo: concepto y fatídico presagio. Algunas tesis. CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 2, p. 389.

⁶⁵⁴ Ver CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 77-89.

⁶⁵⁵ CANCIO MELIÁ, op. cit., p. 72. Nesse sentido, Cancio Meliá nota que aqui se vê a carga do punitivismo e dos efeitos simbólicos que se atribui ao Direito Penal do inimigo, ápice da expansão do Direito Penal da sociedade do risco.

globalização econômica, alcança as cidadelas de riqueza, fomentando atentados terroristas e ondas migratórias impressionantes. Em resumidas palavras, o Direito Penal do inimigo também é símbolo de um Direito Penal do cidadão em crise, desformalizado e instrumentalizado em medidas simbólicas de disciplina, representando um “escândalo em matéria de direitos humanos, que Guântanamo se apresenta como premonição fatídica⁶⁵⁶”.

A tarefa dos juristas, portanto, não pode mais se resumir à mera constatação da presença de nítidos contornos do Direito Penal do inimigo no ordenamento jurídico-penal, mas, sim, parafraseando Muñoz Conde, à análise, também, da sua compatibilidade com os princípios do Estados de Direito, os Direitos Fundamentais, consagrados na Constituição e nas Declarações Internacionais de Direitos Humanos.

Dito de outro modo, ainda no pensamento de Muñoz Conde, a dogmática jurídica não pode ficar limitada a ser uma “simples mensageira de más noticias”, identificando-as e rotulando-as, senão que deve tomar um postura crítica no cotejo de sua compatibilidade com os princípios constitucionais do Estado de Direito. Resumindo, a tarefa que se impõe ao jurista é expor os direitos humanos fundamentais que nenhum Estado pode violar⁶⁵⁷. Não basta, portanto, a identificação das características do Direito Penal do inimigo, sendo necessário, portanto, controlá-lo, sob pena de, como sinala Piña Rochefort, a exceção, silenciosamente, reconfigurar o sistema penal, mediante alteração de suas estruturas que ele utiliza em suas operações.

Nas suas palavras, “el reconocimiento de un *Hostis* como un “entorno no deseado”, aunque se dirija a “malhechores archimalvados”, reconfigura la estructura “persona” incorporando como excepción (excluyendo del concepto) a esse *Hostis*⁶⁵⁸. Com efeito, razão assiste a Piña Rocheford, quando alerta que se

⁶⁵⁶ MÜSSING, Bernd. Derecho Penal del enemigo: concepto y fatídico presagio. Algunas tesis. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo; Buenos Aires, IBDEF, 2006. v 2, p. 371-390. Para Müssing, as objeções lançadas contra o Direito Penal do inimigo dificilmente explicam a indignação com relação ao conceito, suspeitando ele de má consciência, uma vez que, como “conceito crítico”, o Direito Penal do inimigo designa estruturas do Direito Penal e processual vigentes, que já não são compatíveis com uma *praxis* jurídica de liberdade pessoal. De outro lado, o conceito afirmativo identifica um “mundo de sombras do Direito”: o estado de exceção. Ver. *ibid.*, p. 390.

⁶⁵⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo sobre el “drecho penal del enemigo”. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión* Montevideo; Buenos Aires, 2006. v. 2, p. 369.

⁶⁵⁸ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La construcción del “enemigo” y la reconfiguración de la persona. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 2, p. 588.

está incorporando a exclusão no sistema jurídico-penal, uma vez que “la afirmación de que cuando estamos frente a enemigos estamos frente a no-personas no puede tomarse a la ligera. Mediante ella se está reconfigurando el concepto mismo de 'persona', incorporando la exclusión⁶⁵⁹. É o retorno do “campo de concentração” (o exemplo de Guantánamo é paradigmático) representando o modelo biopolítico moderno, no qual o homem se apresenta como uma simples “vida nua”, isto é, pura coisa viva sem Direito (não pessoa), distinguindo-se do homem como cidadão (o ser político e titular de direitos).

Em suma, a “vida nua”, ou a exclusão jurídica (não pessoa), possibilita que se instale um estado de exceção permanente, vocacionado para o não cidadão (ou pessoa sem direitos mínimos)⁶⁶⁰. É o soberano decidindo quem deve ser considerado pessoa e quem não é merecedor de tal classificação, como se a qualidade de pessoa não correspondesse a todos os seres humanos, em virtude de sua condição humana.

4.3 A des(funcionalidade) do Direito Penal do inimigo de Jakobs: uma análise luhmanniana

Na era da informação da sociedade global do século XXI, a teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Niklas Luhmann⁶⁶¹ oferece uma das possibilidades de observação da sociedade moderna⁶⁶², bem como uma tentativa de estabelecer

⁶⁵⁹ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La construcción del “enemigo” y la reconfiguración de la persona. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 2, p. 589.

⁶⁶⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo sobre el “derecho penal del enemigo”. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. (Org.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión* Montevideo; Buenos Aires, 2006. v. 2, p. 357-358. Ver, nesse sentido, AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 133-149.

⁶⁶¹ Conforme CALLEGARI, André Luís. *A expansão do direito penal: uma aproximação à tipificação do crime organizado. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Anuário do mestrado e doutorado do programa de pós-graduação em direito da Unisinos. Porto Alegre; São Leopoldo, p. 136, 2009, a teoria da autopoiese, de Niklas Luhmann, um dos grande expoentes, que condensa todo seu pensamento no livro que se chama *A sociedade da Sociedade*. Ver p. 136.

⁶⁶² Ver LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamentos para una teoría general*. Tradução de . Silvia Pappe e Brunilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998, quando, na apresentação de sua obra, diz que o seu projeto de construção de uma teoria universal que contempla aos objetos e a si mesma como parte dos objetos e, pois, como relações autorreferenciais não pressupõe um conhecimento inquestionável, mas bem que se assenta numa epistemologia naturalista. Também rechaça a ideia de “decisionismo”, que, por vezes, é atribuída a seu teorema, dizendo que “os sistemas só têm capacidade de evolução quando são capazes de decidir sobre o que não se pode decidir. Isto vale para os esboços de teorias sistemáticas, inclusive a lógica, como se pode demonstrar desde Gödel”, *Ibid.*, p. 09.

uma comunicação e reduzir a complexidade que o modelo social apresenta⁶⁶³. Desse norte, como Jakobs⁶⁶⁴ parte do funcionalismo sistêmico luhmanniano, importa o resgate dos aspectos essenciais da teoria sistêmica de Luhmann, para uma melhor compreensão da teoria de Jakobs⁶⁶⁵.

Nesse passo, de logo, cumpre notar que a teoria luhmanniana não se constitui estritamente em um método^{666 667}, mas, sim, em uma forma de observar a sociedade a partir de si mesma⁶⁶⁸. A teoria social luhmanniana se apresenta como um sistema autológico, ou seja, a teoria só pode comunicar-se dentro do sistema da sociedade, observando-se a partir de si mesma. Dito de outro modo,

⁶⁶³ Segundo NAFARRATE, Javier Torres, Luhmann tinha conhecimento de que a sociedade pós-moderna não mais aceitava discursos reguladores de sua totalidade, o que o levou a evitar que seu sistema se convertesse em uma pretensão metafísica. Dessarte, na sua teoria, segundo Nafarrate, não há pretensão de postular-se como a observação dominante, como queria a tradição dominante da “ontologia”. Daí afirmar sobre o “ocaso da ontologia”, pela perda das bases sólidas e a deriva do mundo, que não mais oferece “portos seguros”. Portanto, o ponto de partida da sociologia luhmanniana é a comunicação, pois a única operação capaz de basear o social, de forma abarcadora e autônoma, é a comunicação. Assim, a comunicação (que inclui a ação, mas sem se esgotar nela) deve ser o ponto de partida de uma reflexão social. Não se cuida mais de uma ciência do homem ou da natureza, mas, sim, do social, pois, só assim, a sociedade pode expressar a sua complexidade. Ver introdução da obra de LUHMANN, Niklas *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 17-23.

⁶⁶⁴ A afirmação é do próprio JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. v. 6, p. 02-03. Na afirmação de Jakobs, “a exposição mais esclarecedora da diferenciação entre sistemas sociais e psíquicos, que tem consequências para o sistema jurídico, ainda que com enorme distância em relação ao Direito Penal, encontra-se na teoria dos sistemas de Luhmann. Todavia, um conhecimento superficial dessa teoria permite perceber rapidamente que as presentes considerações não são em absoluto consequentes a essa teoria, e isso nem sequer no que se refere a todas as questões fundamentais”.

⁶⁶⁵ Nesse sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La normativización del derecho penal: hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación? In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Teoría de sistemas y derecho penal*. fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Comares, 2005. p. 435-544. Para Feijoo Sánchez, não é possível analisar o atual debate sobre aspectos fundamentais do Direito Penal sem ocupar-se de Jakobs, bem como da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, referindo que, para compreender a obra de Jakobs, é necessário que se reconheça a influência de Luhmann, advertindo, entretanto, que a construção de Jakobs não é uma tradução e/ou aplicação dos fundamentos luhmannianos ao teorema de Jakobs. Para Feijoo Sánchez, o melhor entendimento é o de que há certas conexões com certas ideias sistêmicas, mas não uma total transposição. Ver. *Ibid.*, p. 436.

⁶⁶⁶ LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la sociedad*. Barcelona: Herder, 2007. p. 21. Nesse particular, Luhmann adverte que, de acordo com seu conceito científico, a sociologia se refere à realidade social como de fato existente, e que, portanto, as perguntas normativas devem desenvolver-se a partir dessa realidade, e não, de concepções idealizadas. Na sua observação, “a metodologia clássica adentra os investigadores a comportar-se como se fossem um único sujeito. Com isso, tem-se a esperança de se poder continuar a tradição lógico-ontológica, que parte da distinção ser/pensar, tratando de alcançar o ser pelo pensar. Sem dúvida, essa congruência é um objetivo louvável, mas há que se perguntar o que se perde quando a investigação se dirige de acordo com esse objetivo. Não há que se esquecer de que a sociedade moderna na qual tem que trabalhar a investigação é um sistema policontextual, que permite um sem-número de descrições acerca de sua complexidade. Por isso, dificilmente poderá esperar-se da investigação que possa impor socialmente uma descrição monocontextual pelo menos, tratando-se de uma teoria da sociedade”. *Ibid.*, p. 21-22.

Aqui, importa notar que Luhmann adota o conceito de forma, procurando, no seu dizer, fazer justiça com a realidade social, notando que não se pode prescindir de todas as formas de sentido, bem como de que a empregada dispõe de um lado oposto, o que ganha relevo na questão da diferença. Ver, *Ibid.*, p. 23.

⁶⁶⁷ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamentos para una teoría general*. Tradução de Sílvia Pappe e Brunilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 37, quando alude: “as seguintes reflexões partem do fato de que existem sistemas; não iniciam, por conseguinte, com uma dúvida teórica do conhecimento. Tampouco, assume a posição de retirada de que a teoria de sistemas tenha unicamente uma relevância analítica. Deve evitar-se, também, a interpretação estreita de que a teoria dos sistemas é um mero método de análise da realidade”.

⁶⁶⁸ Como refere IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*. 2. ed. Barcelona: Antrropos, 2008. p. 30, o compromisso de Luhmann era elaborar uma teoria da observação.

não há comunicação fora da sociedade^{669 670}. A sociedade é um sistema total, abarcador⁶⁷¹, que engloba todas as comunicações havidas dentro dela⁶⁷². E, em sendo a sociedade composta de comunicações – sistema total tem-se que é composta de um sistema global, até porque a comunicação é o componente comum.

Com isso, Luhmann rompe, reconhecendo a relação circular com o objeto, com as teorias do conhecimento que aceitavam a distinção sujeito-objeto⁶⁷³, tão caras à metafísica tradicional^{674 675}. E isso é oportunizado à sociologia pelos problemas estruturais impostos à sociologia clássica (centrada no esquema sujeito-objeto), que se desvaneceu ante a perda na confiança no progresso e o desenvolvimento positivo, que são substituídos por análises de diferenciação social, de dependência das organizações, enfim, das estruturas⁶⁷⁶.

Segundo Luhmann, até o século XX, mantém-se desperta uma ideia de insatisfação com a modernidade, uma tensão de razão e realidade, tendo o sentido dos

⁶⁶⁹ Conforme AMADO, Juan Antonio Garcia. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. *Do sistema social à sociologia jurídica*. Tradução de Dalmir Lopes Jr; Daniele Andréia da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 303, o sistema social, para Luhmann, aparece num evento que articula os indivíduos através de seu sentido compartilhado e que tem com ele o caráter de comunicação. E “as comunicações, melhor dizendo, aqueles eventos que, enquanto dotados de um sentido, possuem valor comunicativo, são componentes desse sistema que chamamos sociedade. Nesse sentido, Luhmann afirma que, enquanto sistema, a sociedade é composta por comunicações, tão somente de comunicações e de todas as comunicações. Portanto, o elemento constitutivo da sociedade são as comunicações, entendendo por ‘elemento’ aquilo que para um sistema funciona como unidade não suscetível de ulterior decomposição. Sem comunicação, não existiria sociedade, pois a comunicação é a única via possível para que possam ser constituídas seleções em comum, como mecanismos de redução da complexidade e superação da dupla contingência. Comunicação esclarece Luhmann é o processamento de seleções, e é, a seu turno, um acontecer seletivo”.

⁶⁷⁰ Ver KING, Michael. A verdade sobre a autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo Rocha; KING, Michael. SCHWARTZ, Germano. (Org.). *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 63-66.

⁶⁷¹ Segundo LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Barcelona: Herder, 2007. p. 55, a sociedade é um sistema que inclui a si mesma a todos os sistemas sociais: “[...] A sociedade é entendida como um sistema e, como se já indicou, a forma-sistema não é outra coisa que a distinção sistema-entorno”.

⁶⁷² Como refere GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho penal: culpabilidad y pena em uma teoría constructivista del derecho penal*. Granada: Comares, 2005. p. 386-387, “la teoría de los sistemas sociales autopoieticos fue fundada por el sociólogo Niklas Luhmann e constituye, probablemente, el intento más acabado de elaborar una teoría universal. Es decir, una teoría que abarca todo lo social y nada más que lo social... En primer lugar, la teoría de los sistemas sociales autopoieticos es una teoría de sistema. Ello obliga, entre otras cosas, a que los avances que se han alcanzado em el seno de la teoría de sistemas, puedan incorporarse a la teoría fundada por Luhmann. En segundo lugar, es una teoría de la comunicación, hasta el punto de poder afirmar que hasta la fecha no existe ninguna teoría contempóranea que situe la comunicación en una posición tal elevada en un complejo jurídico”.

⁶⁷³ No dizer de LUHMANN, op. cit., p. 25, “[...] Tratando-se de uma teoria da sociedade, esta permite creditar-se a si mesma êxitos e fracassos, com ajuda de convenções teria, que quedar-se incluída como característica do objeto da mesma investigação”.

⁶⁷⁴ Ibid., p. 06-07.

⁶⁷⁵ Isso implica a descentralização do sujeito epistêmico. Ver, TEUBNER, Gunther. *El derecho como sujeto epistêmico: hacia una epistemología constructivista del derecho*. Tradução de Carlos Gómez-Jara Díez. *Doxa: Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, La Rioja, ES, n. 25, p. 548, 2002.

⁶⁷⁶ LUHMAN, op. cit., p. 07.

problemas se deslocado à “realidade mesma”⁶⁷⁷. E esse seria o atual fio condutor da sociologia, que “[...] haveria que entender, primeiro, é por que a sociedade causa tantos problemas a si mesma, independentemente da intenção de melhorá-la em vista de idéia como maior solidariedade, emancipação, comunicação racional, integração social etc. A sociologia teria que compreender sua relação com a sociedade como uma relação de aprendizagem (reflexão), e não de ensino⁶⁷⁸”.

A sociedade, dessarte, necessitava, no pensamento de Luhmann, de uma descrição teoricamente fundamentada, de forma a tratar de sua imensa complexidade⁶⁷⁹, bem como da inexistência, até agora, de uma metodologia adequada para o trato de sistemas altamente complexos e diferenciados ou hipercomplexos, que se constituiriam em verdadeiros obstáculos⁶⁸⁰ epistemológicos. A sociologia vê-se obrigada a descrever a sociedade como a autodescrição da sociedade de forma autológica, ou seja, a partir dela mesma: “Como última conseqüência, isso leva a sustentar que a realidade se reconhece pela resistência que se opõe, mas também que dita resistência frente à comunicação que só pode efetuar-se mediante comunicação. De admiti-lo se desconstruía a distinção sujeito/objeto, e com ele os obstáculos dominantes que bloqueiam o conhecimento perderiam seu apoio secreto”.

Observa-se que o intento de Luhmann⁶⁸¹ diz respeito à construção de uma teoria que dê conta de toda a sociedade, a partir dela mesma, bem como que seja capaz de aprender com os seus problemas. E essa teoria não mais pode ser aquela que observa a sociedade de fora, com conhecimentos prévios e universais, como pretendia a metafísica tradicional e seu conhecido esquema sujeito-objeto, possível de ser apreendida, na sua totalidade, pelo sujeito cognoscente. E dita teoria da sociedade tem de ter capacidade de enfrentar e elevar o seu próprio potencial de complexidade, para que possa interpretar fatos homogêneos e com eles se relacionar em contextos relacionais diferentes.

⁶⁷⁷ Segundo LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamentos para una teoria general*. Tradução de Silvia Pappe e Brunilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 37, a teoria dos sistemas se refere ao mundo real, ou seja, trata-se de uma teoria apegada à realidade: “O conceito de sistema designa o que em verdade é um sistema e assume com ele a responsabilidade de provar suas afirmações frente a realidade”.

⁶⁷⁸ LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la sociedad*. Barcelona: Herder, 2007. p. 10.

⁶⁷⁹ Segundo LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamentos para una teoria general*. Tradução de Silvia Pappe e Brunilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 10, “a apresentação da teoria, portanto, aplica a si mesma o que aconselha: redução da complexidade. Mas complexidade reduzida não significa complexidade excluída, senão elevada”.

⁶⁸⁰ *Ibid.*, p. 19.

⁶⁸¹ Ver LUHMANN, *Ibid.*, p. 11, quando refere: “Desenvolve uma teoria policêntrica e por conseguinte policontextual, num mundo e uma sociedade concebidos acentricamente. Nem sequer intenta harmonizar a forma da teoria com a de sua apresentação”.

Nesse diapasão, Luhmann tem certeza de que a sociedade moderna é caracterizada pela autonomização funcional e clausura operativa de seus sistemas parciais mais importantes, que, com a evolução, passaram a se auto-organizar livremente. E isso implica reconhecer, como consequência metodológica, que nem as ideias ou normas podem estabelecer controle operativo aos sistemas. A sociedade é, por conseguinte, policontextual, num mundo concebido “acentricamente”⁶⁸².

A teoria dos sistemas consiste numa forma de observar a sociedade, que não aspira à exclusividade, levando implícito um momento de arbitrariedade⁶⁸³. Nessa forma de se ver a sociedade, como já observado, a sociedade não existe como objeto. Do contrário, “o social é uma operação de comunicação”, decorrendo disso que “a sociedade é pura comunicação e, portanto, é só possível aproximar-se dela mediante distinções⁶⁸⁴”. Dessarte, a sociedade e os sistemas sociais que a compõem não podem ser apreendidos como meros objetos dados num espaço e tempo previamente determinados. O contato e a aproximação com eles somente se dão mediante distinções, não mais se dispondo de um prévio conhecimento global. E, na medida em que os sistemas da sociedade se especializam em funções típicas, há necessidade de um novo marco teórico para apreender dita complexidade⁶⁸⁵, que é do que se ocupa a teoria sistêmica de Luhmann.

⁶⁸² LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Barcelona: Herder, 2007. p. 26-29.

⁶⁸³ Conforme observação de NAFARRATE, Javier Torres em nota à versão castelhana. LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamentos para una teoria general*. Tradução de Silvia Pappe e Brunilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, p. 20.

⁶⁸⁵ Nas palavras de IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*. 2. ed. Barcelona: Anthropos, 2008. p. 41-71, o esforço de Luhmann partia da exigência de elaborar uma teoria que reconhecesse a complexidade da sociedade moderna. Dessarte, o objetivo de seu teorema era afrontar a complexidade e reduzi-la. E isso só seria possível para Luhmann, na observação de Izuzquiza, com uma teoria geral e abstrata, capaz de evoluir dinamicamente, aparelhando-se, portanto, como um instrumento de redução de complexidade, devendo, ser, pois, reflexiva e autorreferente. De outras, a complexidade luhmanniana, conforme Izuzquiza, pode ser relacionada com a multiplicidade (excesso) de relações, dinamismo irreversível, que, ainda, pode ser localizada no âmbito da diferença. Ver, p. 60-67.

4.4 Os sistemas sociais existem⁶⁸⁶

A teoria luhmaniana parte, dessa forma, do fato de que, na sociedade, existem sistemas produtores de conhecimento e sentido que se formaram a partir de especificidade funcional⁶⁸⁷, não havendo que se falar num substrato ôntico de sentido. Sua tese é, pois, a de que, na sociedade, existem sistemas autorreferenciais, que “têm a capacidade de entabular relações consigo mesmos e de diferenciar essas relações frente as de seu entorno. Essa tese abarca o sistema como um fato e as condições para sua descrição e análises mediante outros sistemas, a sua vez, autorreferenciais”⁶⁸⁸. Assim, sua teoria dos sistemas sociais autopoieticos está orientada pela teoria geral dos sistemas⁶⁸⁹, na qual todo contato social será apreendido como sistema. Assim, seu teorema parte de uma análise da sociedade real, fática, e, não, da tradicional dúvida teórica do conhecimento. E o ponto de partida de sua análise teórico-sistêmica consiste na distinção sistema/entorno⁶⁹⁰, notadamente pelo fato de que, sem essa distinção, não haveria autorreferência, e o sistema se diluiria no entorno. É por isso que Luhmann diz que “os sistemas estão estruturalmente orientados ao entorno, e sem ele não poderiam

⁶⁸⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, Luhmann, na sua obra programática Sistema Social de 1984, partiu da evidência de que os sistemas existem, bem como de que havia uma carência de uma teoria adequada que permitisse uma adequada observação da sociedade moderna. Dessarte, baseado na sua teoria sistêmica fundada no construtivismo epistemológico e na ideia de autopoiesis de origem biológica (modificada pelo próprio Luhmann e aplicada aos sistemas sociais), termina por prescindir dos conceitos de ação e sujeito racional, reduzindo todos os fenômenos sociais a comunicação, que é entendida em um sentido sistêmico ou cibernético. Consultar FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La normativización del derecho penal: hacia una teoría sistêmica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005, p. 441.

⁶⁸⁷ Para AMADO, Juan Antonio Garcia. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. *Do sistema social à sociologia jurídica*. Tradução de Dalmir Lopes Jr.; Daniele Andréia da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 308-309, os sistemas se organizam e constroem seus limites a partir do sentido (Sinn), dessarte “cada sistema consegue estruturar-se desde o momento em que, em razão de sua função própria, delimita um setor particular da complexidade de seu meio (sociedade) e torna possível operar com ela, ele a reduz [...]. O requisito fundamental na constituição de cada sistema será aquele critério que permita a delimitação desse sistema –disto que metaforicamente chamamos de seu território – e sua manutenção constante (Grenzerhaltung, boundary maintenance) [...]. Os limites ou contornos dos sistemas sociais são limites de sentido”.

⁶⁸⁸ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamentos para una teoria general*. Tradução de Silvia Pappe e Brunilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 38.

⁶⁸⁹ Consultar KING, Michael. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael. SCHWARTZ, Germano. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 77-86, quando enfatiza a versão luhmanniana da autopoiese. Ver, de igual sorte, na mesma obra, ROCHA, Leonel Severo, p. 18-21.

⁶⁹⁰ Para GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Livraria do Advogado, 1997. p. 57, “a diferença sistêmica entre ‘sistema’ e ‘ambiente’ é o artifício básico empregado pela teoria, diferenciação essa que é trazida ‘para dentro’ do próprio sistema, de modo que o sistema total, a sociedade, aparece como ‘ambiente’ dos próprios sistemas parciais, que dele (e entre si) se diferenciam por reunirem certos elementos, ligados, por relações, formando uma unidade [...]. A organização é o que qualifica um sistema como unidade, com características próprias, decorrentes das relações com seus elementos, mas que não são características desses elementos”.

existir”, bem como que “os sistemas se constituem e se mantêm mediante a criação e a conservação da diferença com o entorno e utilizam seus limites para regular dita diferença⁶⁹¹”.

No pensamento luhmanniano, cada sistema se delimita frente ao entorno, não havendo uma unidade capaz de realizar as operações, uma vez que os sistemas se encontram, reciprocamente, orientados em seus entornos. Assim, “o sistema adquire liberdade e autonomia de regulação mediante a independência frente ao entorno. De aqui que seja possível descrever o processo de diferenciação de um sistema como aumento de sensibilidade para o determinado (capacidade interna de enlace) e aumento de insensibilidade frente a todos os demais, portanto, aumento de dependência e independência a sua vez”⁶⁹².

Com efeito, somente com a diferença entre sistema/entorno⁶⁹³, que é fundamental para a teoria sistêmica, é que o sistema adquire condições estruturais de sistematicidade e identidade, bem como de informações, sendo capaz, portanto, de reflexionar sobre a realidade que o cerca e, como se sabe de antemão, é policontextual e hipercomplexa⁶⁹⁴. Enfim, a distinção sistema/entorno, no nível de seleção estruturada da continência/complexidade, serve para compensar a inferioridade na sociedade para enfrentar a crescente complexidade e orientar na tomada de decisões⁶⁹⁵. E, para tanto, Luhmann se socorre do conceito de forma do matemático George Spencer Brown e sua obra *Laws of Form*. Dessarte, a distinção sistema/entorno é como uma forma, é constituída por dois lados. Dito de outro modo, de um lado da forma, está o sistema, e, do outro, o entorno. A consideração

⁶⁹¹ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: lineamentos para uma teoria general*. Tradução de Silvia Pappé e Brunilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 40. No pensamento de Luhmann, “o entorno alcança sua unidade só mediante o sistema e sempre em relação com o sistema. O entorno está demarcado por horizontes abertos e não por limites rebaixáveis. O entorno não é nenhum sistema. Para cada sistema o entorno é distinto, já que cada sistema guarda referência com seu próprio entorno. Pelo mesmo, o entorno não tem capacidade de auto-reflexão e muito menos capacidade de ação. A atribuição ao entorno (atribuição externa) é só uma estratégia do sistema. Tudo isso não quer dizer, entretanto, que o entorno dependa do sistema, ou que o sistema possa dispor ao prazer do entorno”. *Ibid.*, p. 41.

⁶⁹² *Ibid.*, p. 177.

⁶⁹³ Consultar LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petropolis: Vozes, 2009. p. 59-127.

⁶⁹⁴ Para AMADO, Juan Antonio Garcia. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. *Do sistema social à sociologia jurídica*. Tradução de Dalmir Lopes Jr.; Daniele Andréia da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 313-314, os sistemas sociais se vão produzindo na sociedade, de forma evolutiva, com a função de reduzir complexidade, sendo que o seu ser reside nessa função, e que não são outra coisa senão produtos de si mesmo. E “trata-se de um processo sem fim e sem finalidade. Não nasce em razão da consecução de um objetivo marcado por alguém situado fora do sistema e anterior ao mesmo. Explica-se unicamente em razão da função que o faz surgir no processo evolutivo: redução da complexidade. Por isso disse que ‘desse ponto de vista sociológico autorreferência (Selbstreferenz) é um resultado da diferenciação evolutiva do sistema”.

⁶⁹⁵ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: lineamentos para uma teoria general*. Tradução de Silvia Pappé e Brunilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 177.

com o lado da forma depende da distinção com que se opera.⁶⁹⁶ Resumindo, a relação sistema/entorno é constituída pelos dois lados da mesma forma, que existem por estarem referidos um ao outro, sendo que os sistemas podem distinguir-se de seu entorno ou meio. Importa notar que já não se fala mais em sujeito⁶⁹⁷, nem em essência, mas, sim, em uma teoria que satisfaz o requisito essencial luhmanniano: “o requisito da autoimplicação da teoria; a teoria dos sistemas, pela relação que sustenta com seu objeto se vê obrigada a sacar conclusões ‘autológicas’ sobre si mesma”⁶⁹⁸.

4.5 Autopoiese

Começa-se a pensar, dessa forma, em autoreferência e relações circulares, bem como em auto-organização, através de construção de estruturas de sistemas que se autorreproduzem a partir de si mesmas, e, portanto, em autopoiesis^{699 700}. Nesse passo, Luhmann adota o pensamento de Humberto Maturana e Francisco

⁶⁹⁶ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Barcelona: Herder, 2007. p. 40-41. Diz Luhmann: “Com ajuda desta conceituação, desenhada para o desenvolvimento do cálculo das formas que processam distinções – pode interpretar-se também a distinção sistema/entorno. Na perspectiva deste cálculo geral das formas a distinção sistema/entorno constitui um caso particular de aplicação”. p. 42.

⁶⁹⁷ No entendimento de FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, uma das afirmações mais “escandalosas de Luhmann é que a sociedade somente é composta por comunicações, bem como de que os seres humanos (que são sistemas autorreferentes que possuem consciência e linguagem a seu modo próprio de operação autopiética) são o entorno da sociedade, isto é, não são componentes do sistema social. A modo de sintetizar, conforme Feijoo Sánchez, no teorema luhmanniano, o ser humano não joga seu tradicional papel central, uma vez que se encontra desterrado da sociedade, o que não significa dizer que tenha menos valor em comparação com a tradição. Ver FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *La normativización del derecho penal: hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación*. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. (Org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005. p. 445-446.

⁶⁹⁸ LUHMANN, op. cit., p. 43.

⁶⁹⁹ Segundo GUERRA FILHO, Willis. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistémica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 57, “o conceito de “autopoiese” foi introduzido pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela (em ‘De máquinas y seres vivos’, 1973) para caracterizar os seres vivos, enquanto sistemas que produzem a si próprios (to autón poién). A extensão do conceito à teoria sociológica se deve a Niklas Luhmann”. Também refere que “a teoria sistémica, como se vê, é dotada de uma universalidade que a torna extremamente atraente em uma época como a nossa, em que se busca reencontrar o ‘fio da meada’, perdido com a alta especialidade do conhecimento em tempos modernos. A essa universalidade se associa uma outra característica sua, que, ao mesmo tempo, é um dos conceitos básicos empregados: autorreflexividade. Por pretender uma universalidade, de tudo poder explicar, explicar a si própria. Isso lhe confere uma terceira característica, que é também atribuída aos sistemas por ela estudados: a autorreferência”.

⁷⁰⁰ Para GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho pena: culpabilidad y pena em uma teoría constructivista del derecho penal*. Granada: Comares, 2005. p. 387, “un sistema autopoietico es un sistema autoproducido (poiesis -producción). Es decir, un sistema que se produce a sí mismo. Más concretamente, produce y reproduce las unidades a partir de las cuales está constituído. Em esse caso, si los sistemas sociales son sistemas autopiéticos debía encontrarse una unidad que produjera dicho tipo de sistemas y a partir de la cual se reprodujera. Dicha unidad es la comunicación”.

Varela⁷⁰¹, especialmente no que diz com seu conceito de autopoiesis, e o incorpora a sua tese, passando de uma autopoiesis biológica a uma autopoiesis do social⁷⁰², o que se constitui para muitos numa “nova revolução copernicana”. Na sua origem, a teoria da autopoiesis, herdada de ditos pensadores chilenos, surge na biologia para resolver a questão do que constituía um sistema vivo. A resposta deles era a de que o sistema vivo individual definia-se pela sua autonomia e constância numa determinada relação autorreferencial entre os elementos constitutivos desse mesmo sistema.

A sua ordem interna é formada pela interação de seus próprios elementos e autorreprodutiva, ou seja, esses elementos são produzidos dessa mesma rede de interação de forma recursiva e circular. Enfim, para Maturana e Varela, o que constitui o ser vivo, na sua individualidade e unidade, é a presença de um circuito fechado, circular e autorreferencial, e, pois, autonomia frente ao meio (umwelt) envolvente⁷⁰³.

Por outro lado, Luhmann defende a existência de uma autopoiesis social, afirmando a autonomia do sistema social frente ao sistema biológico, aduzindo que o sistema social é animado e alimentado por uma autopoiesis própria. Assim, para Luhmann, os indivíduos constituem sistemas biológicos⁷⁰⁴, sendo que a base de sua

⁷⁰¹ Os contornos da autopoiese biológica são encontrados na obra de *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. Maturana, Humberto R.; Varela, Francisco J. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001. p. 40-59. Na dicção dos autores, “nossa proposta é que os seres vivos se caracterizam por -literalmente- produzirem de modo contínuo a si próprios, o que indicamos quando chamamos a organização que os define de *organização autopoietica*. Fundamentalmente, essa organização é proporcionada por certas relações que passamos a detalhar e que percebemos mais facilmente no plano celular. Utilizamos a palavra autonomia em seu sentido corrente. Vale dizer, um sistema é autônomo se é capaz de especificar sua própria legalidade, aquilo que lhe é próprio. Não estamos propondo que os seres vivos são os únicos entes autônomos; certamente não o são. Porém, é evidente que uma das propriedades mais imediatas do ser vivo é sua autonomia. Propomos que o modo, o mecanismo que faz dos seres vivos sistemas autônomos, é a autopoiese, que os caracteriza como tal. Ibid., p. 55-56.

⁷⁰² Conforme Kargl, Walter. *Sociedade sin sujetos o sociedad sin sociedad?* In: Gómez-Jara Díez, Carlos. (Org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005. p. 46, Luhmann e Teubner utilizam um conceito de autopoiese completamente distinto do que está consagrado no debate biológico, isto é, guardam distância com respeito à biologia, e isso decorre do fato de que os seres humanos não constituem os sistemas sociais, mas, sim, o entorno (na teoria luhmanniana, o homem, não integra o sistema, o contrário do que ocorre na biologia).

⁷⁰³ Conforme Antunes, José Engrácia. Prefácio. In: Teubner, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 03-04. Para Antunes, autopoiesis, no pensamento dos próprios autores, é designada como “ condição última, necessária e suficiente, da própria vida. Qualquer sistema vivo, enquanto sistema autopoietico, representa assim um sistema caracterizado por uma unidade e clausura organizacional radicais: a autonomia de cada organismo biológico reside na unidade da sua própria organização, organização essa que vive em clausura operativa, já que cada rede dos elementos de cada sistema vivo individual se refere sempre para si mesma, jamais para o seu envolvimento ou para outros sistemas vivos”. p. 04

⁷⁰⁴ Para Luhmann, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 260-261, na operação teórica da teoria dos sistemas, há necessidade de se fazer uma separação radical entre sistemas sociais e sistemas psíquicos, o que não impede, todavia, o observador de definir as operações como psíquicas ou sociais. Em resumo, para Luhmann e sua teoria sistêmica, a constituição biológica e psicológica do ser humano não faz parte dos sistemas sociais, mas, sim, de seu meio, uma vez que a consciência não dispõe de operação e não estabelece comunicação. Ibid., p. 260.

autopoiesis é a reprodução da própria vida; já os sistemas sociais possuem a base reprodutiva no sentido (sistemas noéticos), e “isto significa que seus elementos constitutivos não são assim os seres humanos individuais, mas comunicações”^{705 706}. E Luhmann acresce, ainda, à sua teoria autopoietica a questão da diferenciação funcional, como característica evolutiva das sociedades modernas, asseverando que, no circuito comunicativo geral da sociedade, novos circuitos comunicativos vão se gerando e se desenvolvendo, passando a ser dotados de autonomia, gerando novos subsistemas, que se diferenciam segundo a função de seu código⁷⁰⁷

Dessa forma, os sistemas autopoieticos são “aqueles que por si mesmos produzem não só suas estruturas, senão também os elementos de que estão constituídos no entramado destes mesmos elementos”⁷⁰⁸. Ou o sistema autopoietico caracteriza-se pelo fato de que seus elementos são produzidos no interior do próprio sistema, e isso por uma sequência de operações circulares e fechadas. Com isso, o sistema, que se desacopla diretamente do entorno, reduz a complexidade social no próprio sistema, pois é ali que se concentra a informação para sua redução. O sistema não atua diretamente sobre o ambiente, não obstante receba irritações dele⁷⁰⁹. Dessarte, “autopoiesis é, sobretudo, a produção de indeterminação interna no sistema, que só pode reduzir-se através da construção de estruturas sistêmicas

⁷⁰⁵ ANTUNES, José Engrácia. [Prefácio]. In: TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 11-12. Nesse particular, aduz, ainda, Antunes: “Ora é nisso justamente que consiste o sistema social: um sistema autopoietico de comunicação, ou seja, um sistema caracterizado por um perpetuum mobile autorreprodutivo e circular de atos de comunicação que geram novos atos de comunicação. Isto traduz também claramente a autonomia do social e do biológico, já que o indivíduo participa do sistema social mas não faz parte deste: ou seja, se é certo que é através dos indivíduos que tal padrão do discurso comunicativo existe, certo é também que tal padrão, uma vez fixado, passa a constituir um pressuposto metacomunicativo da própria comunicação, como tal exterior e não manipulável pelos participantes, (que podem, quando muito, tematizar o padrão, mas não alterá-lo, sob pena de abandonarem o pressuposto do próprio discurso comunicativo, colocando-se de fora do sistema de comunicação”. Ibid., p. 12-13.

⁷⁰⁶ Ver AMADO, Juan Antonio Garcia. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. *Do sistema social à sociologia jurídica*. Tradução de Dalmir Lopes Jr.; Daniele Andréia da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 305, quando afirma do rechaço de Luhmann à teoria habermasiana da ação comunicativa, e isso pelo fato de que a comunicação se esgota na dimensão individual e, pois, num conglomerado de seres solipsistas. Segundo Amado, “isto significa que é a sociedade que se comunica, e não as consciências individuais. Estas não se compõem de comunicações, como prova o fato de que sem sociedade tais consciências não estabeleceriam qualquer comunicação, mas nem por isso deixariam de existir. ‘A sociedade, -disse Luhmann – não se compõe de pessoas, senão de comunicações entre pessoas”, p. 305-306

⁷⁰⁷ ANTUNES, op. cit., p. 12.

⁷⁰⁸ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Barcelona: Herder, 2007. p. 45. Luhmann informa que, com essa maneira de explicar a sociedade, se abandona a questão da invariabilidade do ser, da ontologia, bem como da diferença sujeito/objeto. O decisivo está na distinção sistema/entorno.

⁷⁰⁹ Bem lembra GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho pena: culpabilidad y pena em uma teoría constructivista del derecho penal*. Granada: Comares, 2005. p. 390-391, quando acentua que os sistemas não operam isolados do entorno. “No, más bien se propone una nueva forma de entender la relación entre sistema y entorno. Em concreto, se propone entender que el cierre del sistema es la condición de su apertura [...]. Gracias a la reproducción continua de las operaciones del sistema, se van generando una série de estructuras que orientan la selección de las operaciones”.

próprias”⁷¹⁰.

Luhmann, portanto, retira a autopoiesis dos grilhões da biologia, conduzindo-a a uma teoria geral de formação de sistemas sociais, os quais passam a ser dotados de autonomia e circularidade, ou seja, cria a teoria da autopoiesis dos sistemas sociais ou a sua autorreferencialidade. E foi além disso, afastando-se, também da dicotomia dos sistemas abertos/fechados, havida no horizonte da teoria geral dos sistemas de Bertalanffy⁷¹¹, sendo que “a tradicional oposição entre sistemas fechados e abertos é completamente pulverizada pelo paradoxo autopoiético da ‘clausura autorreprodutiva’: trata-se de sistemas biológicos, psíquicos ou sociais, a abertura sistêmica ao meio envolvente é justamente assegurada pela clausura operativa do próprio sistema; um sistema demonstrar-se-á tanto mais aberto e adaptável ao seu meio envolvente quanto mais suceder em manter intacta sua própria autorreferencialidade”⁷¹².

Nesse passo, cumpre notar que Luhmann adere aos postulados da teoria dos sistemas fechados em sua operação⁷¹³ ou seja, de sistemas autorreferenciais, os quais, na produção de suas próprias operações, remetem-se a si mesmos. E os sistemas autorreferenciais são fechados quando de sua operação (produção de uma diferença), o que não implica um isolamento, já que o sistema não existe sem o entorno⁷¹⁴. Luhmann refere que, na atualidade, o princípio da clausura operativa se formula de outra maneira, qual seja, que toda abertura do sistema se apoia na sua clausura, uma vez “que só os sistemas operativamente clausurados podem construir uma alta complexidade própria – a qual pode servir para especificar abaixo de que aspectos o sistema reaciona às condições do entorno, enquanto que em todos os demais aspectos graças a sua autopoiesis, pode permitir-se indiferença”⁷¹⁵.

Dessa forma, é a distinção sistema/entorno que propicia compreensão

⁷¹⁰ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Barcelona: Herder, 2007. p. 46. Nas palavras de Luhmann, “o sistema é autônomo não unicamente no plano estrutural, senão também no plano operativo; isto é o que fica dito com o conceito de autopoiesis. O sistema só pode constituir operações próprias fazendo enlaces com suas operações e antecipando ulteriores operações do próprio sistema”.

⁷¹¹ Segundo LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamentos para una teoría general*. Tradução de. Silvia Pappé e Brunilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 192, a teoria dos sistemas abertos foi desenvolvida por Ludwig von Bertalanffy, na qual resultava evidente descrever a relação exterior dos sistemas mediante os conceitos input/output. No trato do tema sistema aberto/fechado, ver BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria geral dos sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. Tradução de Francisco M. Guimarães. Rio de Janeiro: Vozes, 2008. p. 64-81.

⁷¹² ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. In: TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Tradução. de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 15-16.

⁷¹³ NAFARRATE, Javier Torres em nota a versão castelhana. LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamentos para una teoría general*. Tradução de Silvia Pappé e Brunilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 19.

⁷¹⁴ LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la sociedad*. Barcelona: Herder, 2007. p. 46.

⁷¹⁵ *Ibid.*, p. 47.

adequada ao problema da complexidade, que é característica marcante da investigação moderna, notadamente no que diz com a necessidade de a complexidade ser organizada e que só pode ser levada a cabo mediante a formação de sistemas. E o sistema somente pode reduzir a complexidade quando tiver desenvolvido conhecimento e armazenado informações para tanto, daí o porquê de não poder manter-se aberto diretamente ao entorno, sob pena de ser absorvido pela complexidade do ambiente, o que levaria à própria dissolução do sistema⁷¹⁶. Dessarte, a autorreferência ou autopoiesis é o elemento fundamental do conhecimento, na procura de soluções para os paradoxos e tautologias. Assim, “para Luhmann, a clausura dos sistemas autorreferenciais não apenas impede sua abertura frente ao meio, senão que consiste justamente em sua ‘condição de abertura’. Se o sistema pode relacionar-se com seu meio é porque previamente aparece preordenada pelo próprio sistema a forma de tal relação, o esquema a que se há de ajustar⁷¹⁷”.

4.6 O Direito como sistema autopoietico

A modernidade apresenta um tempo pautado pela fragmentação da soberania política, e por que não dizer também pelo desencanto com o Direito natural (e as várias interpretações possíveis da moral: vide o multiculturalismo, para citar um exemplo) e a crise do Estado de bem-estar social⁷¹⁸ e, com ela, a própria crise de substancialização do Direito levada a cabo pela judicialização da política. Os juristas têm procurado outras possibilidades explicativas, notadamente a hipótese autopoietica no domínio do Direito, ou se veem compelidos a averiguá-las, o que

⁷¹⁶ Entretanto, pelo acoplamento estrutural, que se constitui em um canal através do qual o sistema é “irritado” pelo entorno, promovendo uma interferência, tem-se que o sistema opera fechado, mas está aberto ao entorno, de onde recebe a energia. Conforme, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho penal: culpabilidad y pena em uma teoría constructivista del derecho penal*. Granada: Comares, 2005. p. 391.

⁷¹⁷ AMADO, Juan Antonio Garcia. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. *Do sistema social à sociologia jurídica*. Tradução de Dalmir Lopes Jr.; Daniele Andréia da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 316.

⁷¹⁸ Conforme ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo. KING, Michael; SCHWARTZ, Germano *A verdade sobre a autopiése no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 30-33, o Direito não tem mais como fugir da hipercomplexidade gerada pela globalização, o que impede uma racionalidade objetiva nos moldes do teorema kelsiano. Dessarte, o Direito está imerso em uma crescente complexidade e em contato com outros sistemas, notadamente o sistema político e o sistema econômico. Assim, como “se vive numa sociedade globalizada, a cultura também se fragmenta, e o Direito passa a ser plural, configurando-se como um tipo de Direito no qual as normas jurídicas não são o mais importante. Isso determina mais mudanças e consequências do que imagina a crítica jurídica”. Ibid. p. 30-31.

fazem apressadamente, ante a saturação das teorias analítico-formalistas, dominadas pelo pensamento kelsiano e centradas, exclusivamente na positividade do Direito⁷¹⁹. É que, no limiar da sociedade pós-moderna, globalizada, transnacionalizada, a perspectiva normativista e racionalista do direito e Estado torna-se limitada⁷²⁰.

De acordo com a teoria autopoietica de Luhmann, o Direito é um subsistema da sociedade, ou um sistema parcial⁷²¹, que se constitui a partir de seus próprios elementos e estruturas, não havendo que se falar em orientação proveniente “de fora do Direito”. O Direito é constituído pelas operações do próprio Direito, não havendo que se fazer alusões, por exemplo, à moral ou ao Direito natural. Ele é constituído, portanto, a partir da sua própria autorreferencialidade, de seus componentes sistêmicos. Com efeito, para Luhmann, o sistema jurídico não é composto verticalmente por normas, nem por organizações, mas, sim, por comunicações. O Direito, portanto, é um subsistema parcial da sociedade, que se autonomiza com relação ao sistema geral da sociedade, passando a funcionar com um código comunicacional próprio.

Dito de outro modo, face ao processo de modernização da sociedade, forja-se um processo de diferenciação funcional, que se concretiza em uma diferenciação de uma série de subsistemas sociais que cumprem uma só função. Dessarte, o subsistema do Direito regula somente o sistema jurídico, estabelecendo comunicações próprias, desligando-se da ética, da moral e da política, que, para o sistema do Direito, só são “ruídos” que “irritam” o Direito, mas que, todavia, não influenciam, diretamente, na comunicação jurídica. Em uma palavra, é o próprio subsistema jurídico que cria seus mundos de sentido, fixa seus objetivos e fins, bem como define suas expectativas, determinando, de forma exclusiva, o que é ou não conforme o Direito⁷²².

⁷¹⁹ ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. In: TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopiético*. Tradução. de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 19.

⁷²⁰ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 15.

⁷²¹ Conforme ensina GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho penal: culpabilidad y pena em uma teoria constructivista del derecho penal*. Granada: Comares, 2005. p. 402-403, o fundamento principal que confirma a concepção autopoietica do Direito é o de que a sociedade é constituída por comunicações, e só comunicações. Ou seja, a partir da consideração de que é única operação genuinamente social, disso decorrendo que a sociedade, pois, é o conjunto de comunicações. “Así, la sociedad há ido procediendo a lo largo del tiempo, principalmente a causa del incremento de sua própria complejidad, a uma ulterior diferenciación, y ello sin perder sua propia unidad (autopoietica)”.

⁷²² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La normativización del derecho penal: hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada, Comares, 2005. p. 45. Consultar, de igual sorte, IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*. 2. ed. Barcelona: Antròpos, 2008. p. 292-298.

O Direito passa a conviver numa clausura comunicativa operativa, só se comunicando com o que diz com o seu próprio código. Dessarte, como já sinalado, “deixou de ser possível conceber a sua origem num Direito Natural, num Direito Divino, ou numa qualquer essência prévia e exterior ao próprio sistema jurídico: não há direito fora do Direito. O Sistema jurídico aparece aqui concebido como um sistema autorreferencial e autorreprodutivo de atos de comunicação particulares⁷²³”.

Por outro lado, cumpre asseverar que a clausura operativa do Direito (ou a autopoiesis), de um certo modo, é facilitada, na medida em que o Direito moderno é dotado de determinada autonomia e abstração, que decorrem do processo de positivação experimentado pelo Direito. No dizer de Luhmann, “o direito na sociedade moderna se descreve a si mesmo como direito positivo”⁷²⁴. Assim, a legitimação do Direito não necessita de um argumento externo; do contrário, a legitimação ou validade é encontrada em si mesmo, o que não impossibilita fazer um juízo moral ou político do direito vigente⁷²⁵, notadamente para cotejar sua validade.

Nesse passo, para Luhmann, a distinção Direito natural/Direito positivo já não possui mais validade, especialmente pelo fato de que simboliza a imutabilidade do Direito. De efeito, nas sociedades modernas, segundo Luhmann, não há lugar para uma natureza imutável do Direito, que era peculiar à verticalidade de um Direito próprio das sociedades estamentárias do século XVIII. O Direito agora vale como decisão, característica fundamental do Direito positivo⁷²⁶; daí a insuficiência da distinção Direito e moral. E, com isso, a teoria de Luhmann não tem o Direito como conjunto congruente de regras, como querem, por exemplo, Hart ou Kelsen. Do contrário, Direito é um entramado de operações fáticas que, em sendo operações sociais, devem ser recebidas como comunicações. E aqui surge um traço fundamental da teoria sistêmica luhmanniana: o ponto central da discussão não é a norma e sua verticalidade ou os valores (Direito natural, ética), senão a distinção sistema/entorno⁷²⁷.

⁷²³ ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. In: TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopiético*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 32.

⁷²⁴ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução. de Javier Torres Nafarrate. 2. ed. México: Universidade Iberoamericana, 2006. p. 93.

⁷²⁵ *Ibid.*, p. 93.

⁷²⁶ Ver LUHMANN, *Ibid.*, p. 95, quando observa que o fato de o Direito positivo ser válido como decisão não conduz à arbitrariedade e nem a defende, mas tão só às disposições das faculdades da regulação, bem como de sua modificabilidade. De relevo, assentar, ainda, que, para Luhmann, o Direito positivo pode ser “enjuizado” moralmente.

⁷²⁷ *Ibid.*, p. 96.

O essencial, portanto, é que se pense em operações^{728 729} e como essas podem ser identificadas com o Direito, que, como já foi visto, opera num sistema de clausura, como um sistema parcial da sociedade. Disso resulta, de fundamental importância, a distinção sistema/entorno. Dessarte, “o Direito não adquire realidade por alguma idealidade estável, senão, finalmente, por aquelas operações que produzem e reproduzem o sentido específico do direito. Adicionalmente partimos de que essas operações devem sempre pertencer ao sistema de direito (e naturalmente podem ser observadas desde fora)⁷³⁰”. Aqui, volta a questão da clausura operativa dos sistemas⁷³¹.

Com efeito, a teoria sistêmica do Direito entende que, para que tal sistema construa sua complexidade, é necessária a sua clausura operativa, que, por sua vez, ocorre com a distinção sistema/entorno, o que não implica o isolamento do Direito com relação aos demais sistemas parciais da sociedade. Agora, as relações causais entre os sistemas, que são inevitáveis, são tratadas como interdependências ou interpenetrações⁷³². Dessa forma, o Direito é dependente do entorno, donde recebe “ruídos” e “energia”, porém opera clausurado operativamente, o que quer dizer que a complexidade é tratada no interior do sistema do Direito, uma vez que este não atua diretamente sobre o entorno⁷³³.

O Direito sob o signo da autopoiesis é invariável, o que é válido para cada um dos ordenamentos do Direito que são submetidos a um código para aclarar quais são as operações do sistema do Direito, bem como as que estão de fora. No dizer

⁷²⁸ Segundo CORSI, Giancarlo et al. *Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann*. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidade Iberoamericana, 1996. p. 117-118, “com operação se entende a reprodução de um elemento do sistema autopoietico com base dos elementos do próprio sistema, quer dizer, o pressuposto para existência do sistema mesmo. Não existe portanto um sistema sem um modo específico de operação própria, mas por outra parte não existe nenhuma operação sem um sistema ao qual pertença. Segundo a teoria da autopoiesis, tudo o que existe deve ser reconduzido às operações de algum sistema. Todo objeto possível existe só porque algum sistema o constitui enquanto unidade”.

⁷²⁹ Para LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução. de Javier Torres Nafarrate. 2. ed. México: Universidade Iberoamericana, 2006. p. 105, operações são acontecimentos e, portanto, atualizações de possibilidade de sentido, que, quando acontecem, se desvanecem. Ou seja, como acontecimentos, as operações não têm nenhuma duração.

⁷³⁰ Ibid., p. 97.

⁷³¹ Para Ibid., p. 97-98, todas as afirmações da teoria dos sistemas devem ser afirmações sobre a diferença sistema/entorno. Para tanto, ele informa sobre a superação da antiga teoria dos sistemas abertos, que entendia que, para a correta construção da complexidade, o sistema não poderia ser fechado, uma vez que a neguentropia era fundamental para um contínuo intercâmbio entre sistema/entorno, pois a atual teoria dos sistemas operativamente clausurados não diverge de tal pensamento.

⁷³² Conforme CORSI, Giancarlo et al. *Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann*. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidade Iberoamericana, 1996. p. 99, o conceito de interpenetração se entende como um modo específico de acoplamento estrutural entre os sistemas parciais, que se desenvolvem numa coevolução recíproca, pois um subsistema não pode existir sem o outro: “Cada um dos sistemas põe a disposição do outro a própria complexidade para a constituição do outro”.

⁷³³ LUHMANN, op. cit., p. 99.

de Luhmann, “não há, em outras palavras, nenhuma determinação estrutural que venha de fora. Só o Direito pode dizer o que é Direito”⁷³⁴.

E é pela especificação da função de determinada operação que se define ou se seleciona o sistema a que ela pertence. Dito de outro modo, a função se refere a operações do sistema e, no Direito, se reconhecem tais operações pelo fato de que se referem a normas⁷³⁵. E isso é possível por uma codificação binária, que se refere a uma observação do sistema que designa valores conforme o Direito/não conforme o Direito. E, com a normatividade de tal codificação, se determinam quais as expectativas que devem ser mantidas como válidas (no caso, normativas, e, não, cognitivas), ainda que não cumpridas. Portanto, é pela codificação conforme/não conforme o Direito que se mantém a diferenciação do sistema jurídico, clausurado operativamente, o que requer, também, uma observação de segunda ordem, de forma constante⁷³⁶.

Somente quando se trabalha com a clausura operativa e com o esquema de controle codificado das operações é que o Direito se apresenta como um sistema autopoietico e capaz, pois, de reduzir a sua própria complexidade, limitando-se com relação ao entorno. E o sistema jurídico estabelece sua própria delimitação frente ao entorno, reconhecendo, como operação jurídica, somente as comunicações coordenadas pelo código conforme/não conforme o Direito (legal/ilegal). Nesse passo, diz Luhmann: “Só uma comunicação desta natureza requer do código como uma forma de abertura autopoietica, como necessidade de mais comunicação no sistema jurídico”⁷³⁷.

Resulta, portanto, que é só o próprio sistema do Direito que pode originar sua clausura e definir seus limites, não existindo, na sociedade, nenhuma outra instância que possa determinar o que é conforme o Direito ou discrepa dele⁷³⁸. O código, da unidade ao sistema (dois lados da mesma forma), não se relaciona com uma norma

⁷³⁴ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução. de Javier Torres Nafarrate. 2. ed. México: Universidade Iberoamericana, 2006, p. 107.

⁷³⁵ No pensamento de GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho penal*. Granada: Comares, 2005. p. 404-405, o sistema diferencia-se ao realizar uma função, sendo que, “finalmente la concepción autopoietica del Derecho se decantó por la estabilización de las expectativas normativas. El motivo: Si considera que la dirección de comportamientos es una segunda función del Derecho, entran em juego muchos, e y diferentes equivalentes funcionales [...]”.

⁷³⁶ LUHMANN, op. cit., p. 117.

⁷³⁷ Ibid., p. 123

⁷³⁸ É conveniente lembrar que, para LUHMANN, Ibid., p. 66, “toda a observação do entorno deve realizar-se no mesmo sistema como atividade interna com ajuda de distinções próprias – para as quais não existe no entorno nenhuma correspondência. De outra maneira não teria sentido falar de observação do entorno. Toda observação do entorno pressupõe a distinção (autorreferência /heterorreferência), que só se pode fazer-se no mesmo sistema (onde mais?)”.

superior, uma vez que “o código mesmo não é nenhuma norma. Não é outra coisa senão a estrutura de um mecanismo de reconhecimento e um procedimento de coordenação da autopoiesis da sociedade⁷³⁹”. E dito código somente pode ser operado num esquema de observação⁷⁴⁰ de segunda ordem, pois, “só quando os produtos desta forma de observação de segunda ordem quedam referidos uns aos outros na forma recursiva (como se sempre houveram operado assim), o sistema do direito adquire sua unidade de clausura autopiética⁷⁴¹”.

Aqui cumpre que se destaque o diferencial da teoria sistêmica luhmanniana: a autorreferência do Direito e o seu afastamento de concepções morais do Direito (moral corretiva como quer a teoria argumentativa de Alexy, ou do Direito como princípios na busca de “boas respostas” de Dworkin) ou do Direito natural. Nesse ponto, Luhmann é enfático em notar que, com a posituação do Direito, levada a cabo pela modernidade, o fundamento/validade do direito é dado por ele próprio, e, não, pelo exterior, acrescentando algo muito considerável: em juízos morais, não há consenso ou, dito de outro modo, a moral é plural, não auxiliando na redução da complexidade. Dessarte, “a unidade do direito não pode ser concebida nem como princípio, nem como norma. A unidade se reproduz em qualquer operação como resultado assim como a unidade de um organismo se reproduz pelo intercâmbio de células⁷⁴²”.

Para Luhmann, portanto, a unidade do sistema jurídico não requer a presença de uma norma superior, ou *Grundnorm*, bem como de uma constituição e a leitura que dela faz o neoconstitucionalismo, uma vez que tais descrições já são feitas no interior do próprio sistema do Direito, daí o porquê de a unidade não poder ser introduzida do exterior no sistema. A unidade é dada por uma “representação” que faz referência ao código e à distinção Direito/não Direito, o que é fundamental para a manutenção das expectativas normativas expressas no código do Direito⁷⁴³. O

⁷³⁹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução. de Javier Torres Nafarrate. 2. ed. México: Universidade Iberoamericana, 2006. p. 126.

⁷⁴⁰ Conforme CORSI, Giancarlo et al. *Glosário sobre la teoría social de Niklas Lyhmann*. Tradução de Mihuel Romro Pérez e Carlos Villalobos. Barcelona: Anthropos, 1996. p. 117, “observação é um modo específico de operação, que utiliza uma distinção (veja-se identidade/diferença) para indicar um lado ou outro da distinção mesma: dá-se uma observação cada vez que um sistema opera com base em distinções, e pode obter e transformar informações. Trata-se da operação característica dos sistemas de sentido (veja-se sentido), que lhes permite remeter a outras possibilidades [...]. Toda observação se vale de uma distinção específica (por exemplo, sistema/entorno, ou todo/parte, figura/trasfondo etc.) que permite construir uma rede de ulteriores distinções e obter, dessa maneira, informações”.

⁷⁴¹ LUHMANN, op. cit., p. 127.

⁷⁴² Ibid., p. 129.

⁷⁴³ Ibid., p. 129. Nesse ponto, é de relevo mencionar que a teoria sistêmica de Luhmann não nega a semântica da Constituição, de seus princípios, nem da moral no direito. O que Luhmann sustenta é que há referência

Direito retira sua validade do próprio Direito, da sua autorreferencialidade; ele não é determinado “nem por autoridades terrestres, nem pela autoridade dos textos, nem tampouco pelo direito natural ou revelação divina: o direito determina-se a ele mesmo por sua autorreferência, baseando-se na sua própria positividade⁷⁴⁴”. Há uma transição de toda a fundamentação ontológica e natural do Direito para sua característica moderna: positivação, permitindo-se a clausura operativa do Direito, que, de resto, vem sendo experimentada pela sociedade.

E isso representa um completo fechamento/isolamento do Direito frente a sua práxis social? O que importa para o sistema do Direito é simplesmente manter as expectativas contrafáticas a qualquer custo? Luhmann responde dita crítica que lhe é direcionada de forma amiúde, notando que a visão de um sistema fechado é unilateral, observando que não é isso que sua teoria propõe, uma vez que não se nega a importância do entorno, sem o qual o sistema não existiria. Também que não se pensa numa sociedade sem homens, mas, sim, unicamente, que o sistema se relaciona com a sociedade a partir de impulsos que lhes são próprios e de suas próprias operações, que, ao fim, são fornecidas pela clausura. Ou seja, a abertura para o entorno pressupõe o fechamento do sistema quando da sua operação. Nas suas palavras, “[...] se pode determinar que o direito opera normativamente clausurado e ao mesmo tempo, cognitivamente aberto⁷⁴⁵”.

Com efeito, pode-se afirmar que, com a clausura operativa do Direito, se nega a possibilidade de a moral possuir validade direta no sistema do Direito, até porque Luhmann rechaça essa ideia de fundamentação/legitimidade externa ao Direito, não havendo que se falar, sistemicamente, é claro, em justiça e equidade. E por que isso? A resposta de Luhmann vai no sentido de que a moral não forma consensos, é plural, não contribuindo para a consistência das decisões e da segurança jurídica.

Todavia, ele não nega a possibilidade de uma crítica moral ao Direito, nem a adoção de sua programação⁷⁴⁶ (bem/mal) quando da asserção dos valores aos

direta de ditos códigos no sistema do Direito, mas que pode ser indireta, dizendo que ditas representações só têm sentido como descrições do sistema dentro do sistema, o que, de certa forma, implica a adoção do entendimento de que a Constituição e seus princípios já se encontram descritos no sistema do Direito, até como forma de fechamento do sistema.

⁷⁴⁴ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 02.

⁷⁴⁵ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 2 ed. México: Universidade Iberoamericana, 2006. p. 133.

⁷⁴⁶ Conforme CORSI, Giancarlo et al. *Glosário sobre la teoria social de Niklas Lyhmann*. Tradução de Mihuel Romro Pérez e Carlos Villalobos. Barcelona: Anthropos, 1996. p. 131, “os programas se definem em geral como conjuntos de condições para a correção. Com referência aos códigos (veja-se código), os programas são aqueles que estabelecem os critérios para a correta atribuição de valores de tais códigos, de tal maneira

programas que orientarão os códigos. Dito de outro modo, são os programas que estabelecem/atribuem valor positivo ao código ou às “condições da verdade”, compensando a rigidez do código, visto que a programação cuida dos valores que a codificação deverá observar. Disso resulta que o código é imutável, sendo que a parte sensível a mutações, mormente no que concerne à atribuição de valores; pertence à programação. Dessa forma, na codificação, que deve ser igual para todos, o Direito não pode sobreviver frente às inconstâncias da moral, devendo adotar um outro padrão, ou seja, critérios próprios⁷⁴⁷. Não se exclui ou se bane a moral, mas, sim, determina-se que ela não atue diretamente na codificação binária Direito/não Direito (pois, como já observado, a moral é plural e incapaz de formar consensos). Os valores ou critérios de correção da codificação são recebidos, pois, na programação.

E Luhmann assim procede pelo fato de que sua preocupação central, no que diz com a função que o Direito deve assumir na sociedade moderna do risco de reduzir a crescente complexidade, está intimamente ligada à consistência das decisões e à segurança jurídica. Daí o porquê da sua contrariedade à presença direta da moral corretiva no Direito, e, portanto, às teorias principiológicas, bem como à teoria do agir comunicativo habermasiana, uma vez que não vislumbra a moral com capacidade de forjar consensos.

Dessarte, considerando que a moral não possui validade direta no Direito, Luhmann observa que “o sistema jurídico deve garantir uma consistência suficiente de suas decisões, quer dizer, deve desempenhar-se, neste caso como unidade”⁷⁴⁸. Sua preocupação, portanto, está na consistência das decisões, tanto é que a justiça é definida por Luhmann, a partir do princípio aristotélico de igualdade, como fórmula de contingência, e, não, como uma questão moral. Dito de outro modo, para Luhmann, a justiça deve ser encontrada na consistência das decisões do tribunal⁷⁴⁹.

Assim, a justiça não é vista como virtude, princípio, ou valor, mas, sim, como norma que representa a unidade do sistema, no próprio sistema. A justiça, para a teoria sistêmica luhmanniana, não é nenhuma afirmação em torno de essência ou de natureza do Direito, não tendo necessidade de fundamentação externa, nem a

que um sistema que se oriente até eles (veja-se diferenciação da sociedade) pode alcançar complexidade estruturada e controlar o que ele próprio procedera.

⁷⁴⁷ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 2 ed. México: Universidade Iberoamericana, 2006. p. 134-135.

⁷⁴⁸ Ibid., p. 134.

⁷⁴⁹ Ver, nesse particular, capítulo 5 da obra de LUHMANN, Ibid., p. 275-299

necessidade da busca de um princípio de validade jurídica: ela corresponde ao princípio da igualdade, não como um esquema de busca de fundamentos, senão como forma de programas que orientam a aplicação dos códigos⁷⁵⁰. Em suma, a justiça está para uma complexidade adequada, que requer a tomada de decisões consistentes, que, ao fim e ao cabo, reduzam a complexidade.

Convém ressaltar que o que importa por demais ao Direito na ótica sistêmica é lidar com as expectativas normativas e cognitivas, mormente pelo fato de que é sabido que o que compõe a sociedade não são os homens, mas a comunicação. Disso resulta que, para o Direito, no seu operar clausurado, só interessa manter as expectativas normativas, que devem ser preservadas, mesmo ante o desapontamento, que se impõe pelo apoio social e, por fim, que sejam capazes de apreender, ou seja, de modificar-se conforme a evolução social.

Logo, a clausura do Direito remete a uma observação contínua do sistema, que, para limitar-se frente ao entorno, se utiliza do esquema de uma codificação binária: legal/ilegal, que é o que vai selecionar ou distinguir o que pertence ou não ao sistema do Direito. É o código que faculta o enlace do sistema com o entorno, não permitindo que o sistema se feche. E o que é inalienável ao sistema do Direito é que só ele pode estabelecer expectativas normativas, que são a base do processamento das comunicações jurídicas, e que remetem à questão acerca da função do Direito⁷⁵¹.

4.7 A função do Direito no esquema luhmanniano

Quando trata da questão da função do Direito na sociedade, Luhmann renova sua convicção de que a sociedade, como um sistema total e uniabarcador, é composta por comunicações. E é dessa forma que o sistema se relaciona com a sociedade: comunicando-se. Disso resulta que, para a teoria autopoietica luhmanniana, a linguagem e a comunicação possuem um papel de grande relevo⁷⁵².

⁷⁵⁰ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 2 ed. México: Universidade Iberoamericana, 2006. p. 285.

⁷⁵¹ *Ibid.*, p. 149.

⁷⁵² Ver, no trato da comunicação, LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 293-315. No pensamento luhmanniano, “a teoria dos sistemas exige que se indique exatamente a operação realizada pela autopoiesis do sistema, delimitando, assim, o sistema em relação ao restante. No caso dos sistemas sociais, isso acontece mediante a comunicação... A

Os seres humanos estão fora da sociedade, uma vez que Luhmann, nesse particular, refere que os homens se manifestam como indivíduos, sendo sumamente difícil controlar afirmações gerais sobre o homem como a consciência e a pessoa. Nesse passo, ao contrário, é a sociedade, como um sistema unitário, que pode ser observada empiricamente e que se apresenta, de forma concreta, através de suas comunicações habituais. Dessarte, se o que importa para a sociedade são as comunicações que ela gera, a função do Direito está sumamente ligada à questão das expectativas, ou seja, da possibilidade de comunicar expectativas e de levá-las ao reconhecimento na comunicação⁷⁵³.

Aqui cumpre, de logo, que se estabeleça um destaque à teoria sistêmica, em oposição à sociologia antiga, que preconiza que a função do Direito não tem a ver com o controle social ou a integração, pondo em dúvida a função integradora (ou promocional) do Direito. Para Luhmann, “o significado social do direito o reconhecemos quando há conseqüências sociais precisamente a que pode estabilizar as expectativas temporais⁷⁵⁴”.

E o ponto de partida luhmanniano está no fato de que são as normas que reduzem a contingência da limitação da contingência, fixando o limite, inclusive, para o estabelecimento arbitrário dos signos, o que se dá pela repetição e condensação das comunicações. Portanto, se a pedra de toque do Direito repousa nas expectativas comunicacionais hauridas da sociedade e considerando, ainda, que as normas reduzem a contingência (limitando o campo decisional) e, pois, a complexidade, a forma do Direito “encontra a combinação de duas distinções: expectativas normativas/expectativas cognitivas e a distinção do código Direito/não Direito⁷⁵⁵”.

A função concreta do Direito, para Luhmann, é a de estabilização das expectativas normativas, e isso ocorre pela regulação geral temporal, objetiva e social. É o Direito que estabelece quais as expectativas que possuem respeitabilidade social e

comunicação tem todas as propriedades necessárias para se constituir no princípio da autopoiesis dos sistemas sociais: ela é uma operação genuinamente social (e a única, enquanto tal), porque pressupõe o concurso de grande número de sistemas da consciência, embora, precisamente por isso, enquanto unidade, ela não possa ser imputada a nenhuma consciência isolada”. Mais adiante, Luhmann refere que a comunicação é uma realidade emergente, que se obtém mediante uma síntese de três diferentes seleções: a) a seleção da informação; b) a seleção do ato de comunicar; e c) a seleção realizada no ato de entender (ou não entender) a informação e o ato de comunicar. Dessarte, a comunicação, para Luhmann, não ocorre com a mera transmissão, somente ocorrendo quando as três referidas sínteses se efetuam. *Ibid.*, p. 297.

⁷⁵³ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 2. ed. México: Universidade Iberoamericana, 2006. p. 183.

⁷⁵⁴ *Ibid.*, p. 183.

⁷⁵⁵ *Ibid.*, p. 189.

que, portanto, devem ser mantidas e quais não. Segundo Luhmann, “existindo esta seguridade que conferem as expectativas, um pode enfrentar os desenganos da vida cotidiana; ou pelo menos pode estar seguro de não ver-se desacreditado com relação a suas expectativas”⁷⁵⁶. O problema da sociedade moderna é manter níveis de confiança, sendo que para tanto já não servem mecanismos pessoais ou de interação. O Direito, dessa forma, possui só a função de estabilizar expectativas normativas uma vez que a pluralidade de funções, no entendimento de Luhmann, levaria a problemas de interseção social e de ambiguidade na delimitação do Direito⁷⁵⁷.

E o conceito de norma, dessarte, como não poderia ser diferente, está ligado à questão das expectativas. Com efeito, Luhmann, nesse passo, não define norma com socorro a características fundamentais ou a critérios de fundamentação. Do contrário, a norma está relacionada com uma distinção que ocorre na hipótese de desengano da expectativa. Dito de outra maneira, se renuncia à expectativa, cuida-se de expectativa cognitiva; agora, se mantém a expectativa, não obstante o desengano, trata-se de expectativa normativa. A norma relaciona-se, na mesma forma, em duas distinções, conforme as expectativas sejam normativas ou cognitivas. Cuida-se de uma forma que tem dois lados e que fornece um conceito funcional de norma, “entendida como expectativa de conduta que se estabiliza inclusive contra os fatos (contrafaticamente), não há uma tomada de decisão prévia em torno das motivações pelas quais alguém cumpre (ou não) com as normas. Ao contrário: a isso é precisamente ao que há que se renunciar se a norma há de cumprir sua função. A norma ou se cumpre, ou por desconhecida não se cumpre”⁷⁵⁸.

A norma possui a função de proteger aquele que tem uma expectativa/comportamento conforme a norma, não se constituindo a partir das motivações que levam ao seu cumprimento, uma vez que aí entrariam as questões da causalidade e outros equivalentes funcionais, estranhos ao trato funcional da norma.

E a função do Direito como instrumento de estabilização das expectativas das normas confere ao Direito uma função mais modesta e que implica uma revisão/ou diminuição na sua potência de regulador dos conflitos, revendo a questão da função promocional do Direito, já que o Direito desenvolve seu instrumental específico, trazendo o conflito para dentro do sistema do Direito. Mais, Luhmann, nesse

⁷⁵⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 2. ed. México: Universidade Iberoamericana, 2006. p. 189.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, p. 190.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 191.

contexto, bem adverte que o Direito não só resolve conflitos, senão que também os produz. Disso decorre que, “ao remeter conflitos a seu âmbito, o direito rebaixa as exigências desmedidas e se opõe às pressões sociais”⁷⁵⁹.

É a clausura operativa e a autopoiesis que permitem ao Direito, como sistema parcial da sociedade, garantir a sua função, distinguindo-se do entorno, agora pela diferenciação das expectativas, podendo, assim, realizar suas próprias operações internamente. O Sistema do Direito funcionalmente deve manter uma certa indiferença em face de fatores externos, que Teubner define como “processos extrajurídicos”, os quais se configuram como estímulos ou irritações atinentes a mudanças intrassistêmicas. Como refere Teubner, “os conflitos sociais apenas estimulam os processos sistêmicos internos de formulação jurídica dos conflitos de expectativas, sendo estes processos os responsáveis últimos pela inovação no Direito [...]. Os conflitos sociais não são simplesmente ‘traduzidos’ para a linguagem jurídica, mas antes reconstruídos autonomamente como conflitos jurídicos dentro do próprio sistema jurídico [...]”⁷⁶⁰.

Com efeito, as normas sociais não podem ser transplantadas diretamente para o sistema do Direito, devendo haver, para tanto, um ato de seleção, que é operacionalizado pelo código Direito/não Direito, conforme se trata de expectativas normativas ou cognitivas. E as expectativas válidas e inseridas na comunicação jurídica serão precisamente aquelas selecionadas pelos atos jurídicos e cujos pressupostos são definidos pelo próprio sistema jurídico^{761 762}.

Cabe, portanto, ao próprio sistema do Direito determinar o que é Direito, e isso ocorre quando converte, como seu objeto, as expectativas normativas. Como diz Luhmann, “o direito é mais direito quando se pode esperar que a expectativa normativa se aguarde normativamente”⁷⁶³. O Direito se vê estruturado

⁷⁵⁹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 2. ed. México: Universidade Iberoamericana, 2006. p. 196.

⁷⁶⁰ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 117.

⁷⁶¹ *Ibid.*, p. 119.

⁷⁶² *Ibid.*, p. 140, define o sistema jurídico como um sistema autopoietico de segundo grau, uma vez que a sociedade é que seria o sistema de primeiro grau. Teubner, nesse particular, afirma sobre o sistema jurídico: “trata-se de um sistema constituído por atos de comunicação particulares, gravitando em torno da distinção ‘legal/ilegal’, que se reproduzem como atos jurídicos a partir de atos jurídicos. Tais atos comunicativos são regulados por expectativas jurídicas especializadas (que coordenam os processos sistêmicos internos de reprodução daqueles) e definem graças a sua especialização ‘normativa’, as fronteiras do próprio sistema jurídico. Nas suas operações, o sistema jurídico constrói um meio envolvente próprio, a ‘realidade jurídica’, que aqui deve ser entendida no sentido sistêmico estrito de modelo interno do mundo exterior sendo nisso que reside a chamada abertura cognitiva ou informativa do sistema jurídico operativamente fechado”.

⁷⁶³ LUHMANN, op. cit., p. 201.

heterarquicamente num entramado de comunicações e em rede, e, não, como um sistema hierárquico^{764 765}.

O Direito é constituído, dessarte, por um processo de reprodução circular e recursivo de decisões jurídicas, desenvolvendo, pois, formas de reflexividade⁷⁶⁶, até porque é a decisão que seleciona os fatos jurídicos, pois a ordem é criada pelo próprio sistema jurídico. Com isso, cumpre que se abandone a ideia de causalidade linear, “segundo a qual as normas jurídicas produziriam diretamente mudanças sociais, em favor de uma idéia de causalidade circular interna, sujeita a influências modeladoras e a choques exógenos”⁷⁶⁷. Isso implica a superação da visão do processo legislativo (concebido como esquema de *input-ouput*) como emissor direto de informação aos sistemas sociais, uma vez que a ordem é criada no interior dos próprios subsistemas⁷⁶⁸.

No dizer de Teubner, há uma resistência dos subsistemas sociais, e aqui notadamente do Direito, a tentativas de regulamentação externa, o que vem da sua clausura operativa, da conseqüente indiferença ao meio envolvente e de uma certa imunidade às medidas político-regulatórias introduzidas, o que se observa, de forma amiúde, numa certa resistência de uma autonomia social frente ao legislativo. Dito de outro modo, os subsistemas, que são dotados de autonomia, são inacessíveis à intervenção, inclusive jurídica, sendo que o que é possível são intervenções indiretas⁷⁶⁹. E essa discussão propicia um caro debate sobre a teoria luhmanniana, que tem conseqüência direta no trato da função do Direito, que é a diferenciação entre Direito e política.

Tratando do tema política e Direito, Luhmann já alertava para o fato de que a dependência mútua entre esses sistemas, que é evidente, dificulta o reconhecimento da diferenciação funcional, uma vez que, para sua aplicação, o Direito é dependente da política. Todavia, para a teoria sistêmica, trata-se de diferentes subsistemas do sistema da sociedade, não obstante note que a maioria nega tal possibilidade,

⁷⁶⁴ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 2. ed. México: Universidade Iberoamericana, 2006. p. 202.

⁷⁶⁵ Conforme GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho penal: culpabilidad y pena em uma teoría constructivista del derecho penal*. Granada: Comares, 2005. p. 409, o que garante a unidade do sistema jurídico é a vigência da norma, pois, “la vigencia representa la unidad del sistema en tanto que el Derecho puede cambiar y sigue siendo Derecho siempre que sea vigente. La vigencia se convierte en un símbolo que acompaña a todas operaciones del sistema [...]”.

⁷⁶⁶ LUHMANN, op. cit., p. 203.

⁷⁶⁷ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 150.

⁷⁶⁸ Ibid., p. 150-151.

⁷⁶⁹ Ibid., p. 154-155.

devido aos estreitos nexos entre a política e o Direito. Entretanto, o sistema jurídico, por operar clausurado e de forma autopoietica, se distingue dos demais sistemas funcionais da sociedade⁷⁷⁰ Nesse particular, Luhmann diz que a posituação do Direito e a democratização da política levadas a cabo pelo Estado de Direito impregnaram fortemente o que se tem como sistema político e sistema jurídico, impossibilitando-se a diferenciação, que, de resto, foi “ocultada” na fórmula Estado de Direito e, com isso, se continua acessar o Direito natural como critério de legitimação do sistema político, num recurso à teoria das fontes do Direito.⁷⁷¹

Todavia, Luhmann observa que não se trata de um único sistema sob a designação do Estado, mas, sim, de sistemas diversos, que se mantêm clausurados quando de suas operações. Insiste, nesse passo, estabelecendo que o sistema político deixa o paradoxo de seu código culminar na fórmula soberania e na soberania do povo, não se podendo imaginar a política, por exemplo, como uma interpretação ordinária de uma Constituição fixada juridicamente. De outro lado, não se pode conceber o sistema jurídico para resolução de questões políticas, notadamente pelo fato de que está vocacionado para resolver tão só casos e controvérsias. No pensamento luhmanniano, o Direito não serve para cálculos de verdade ou para decisão inteligente dos problemas⁷⁷².

Com efeito, o sistema político trabalha com a codificação democrática do poder: esquema governo/oposição. E é “no sistema político que surgem, tão pronto o sistema se observa a si mesmo com relação às decisões coletivamente vinculantes, idéias sobre as alternativas da decisão”⁷⁷³. Pode-se afirmar, dessarte, que, para Luhmann, a função da política é estabelecer e impor decisões vinculantes para a comunidade em geral e que se transformam em decisões realizáveis, ou seja, expectativas normativas, a cujo cumprimento se pode obrigar. Nesse ponto, a função específica do Direito é a de que se possa confiar em determinadas expectativas como expectativas, ou seja, que se mantêm, apesar do desengano, e nisso resulta a função do Direito. Nesse quadrante, resultam como ‘perda de função’ os propósitos de ver o Direito como forma de controle social, integração social ou de formação de consenso acerca de valores, que, só em abstrações em unidades

⁷⁷⁰ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 2. ed. México: Universidade Iberoamericana, 2006. p. 473.

⁷⁷¹ Ibid., p. 483-484.

⁷⁷² Ibid., p. 484-486.

⁷⁷³ Ibid., p. 487.

elementares, poderiam ser integrados em redes conceituais mais complexas⁷⁷⁴.

De acordo com essa proposta, a função do Direito é, de certa forma, manter um autocontrole, o que se dá pela clausura. Seu desiderato está ligado à manutenção das expectativas normativas, orientando a comunicação jurídica. Nesse norte, não é dotado de funcionalidade para realizar prestações ou para controle ou regulamentação de outros sistemas sociais, não podendo funcionar exogenamente no meio envolvente, sendo que os pontos fronteiros entre os sistemas são tratados pela interpenetração, que é o que possibilita o contato direto e recíproco entre os sistemas, indo além da mera observação⁷⁷⁵, até porque Luhmann refere que a separação entre os sistemas não exclui, por óbvio, as intensas relações entre ambos.

Sob esse aspecto, Luhmann entende que a conquista civilizatória do Estado de Direito, que destaca a universal relevância social do Direito, pressupõe, justamente, a sua autonomia ou diferenciação. Ele define a fórmula Estado de Direito como uma relação parasitária entre a política e o Direito, estabelecendo que “o sistema político se beneficia com o fato de que, em outra parte (no Direito) se encontra codificada e administrada a diferença conforme o Direito/ e o discrepante. Ao inverso, o sistema jurídico se beneficia com o fato de que paz – a separação de poderes claramente estabelecida e o fato de as decisões se podem estabelecer por força está assegurada em outra parte: no sistema político”⁷⁷⁶.

Numa pequena síntese, o sistema político é o local de operações dentro do esquema governo/oposição, que cuida do amplo espaço na negociação, das declarações públicas, da opinião pública etc. e que distribui o poder na distinção governantes e governados. Já o sistema jurídico repousa numa distinção diversa: o conforme o Direito/não conforme o Direito, sendo que, quando se refere ao sistema jurídico, o símbolo é Direito vigente e, quando se trata do sistema político, as questões são denominadas como de Estado.⁷⁷⁷

No modelo sistêmico, o Direito possui autonomia funcional, reproduzindo-se a partir do seu próprio código (lícito/ilícito) e de seus programas, como a Constituição e a legislação, diferenciando-se do sistema político. Assim, a fórmula

⁷⁷⁴ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 2. ed. México: Universidade Iberoamericana, 2006. p. 192.

⁷⁷⁵ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 166-173.

⁷⁷⁶ LUHMANN, op. cit., p. 492.

⁷⁷⁷ *Ibid.*, p. 503.

do Estado Democrático de Direito pressupõe a autopoiesis dos dois sistemas, uma vez que cumpre ao sistema político estabelecer a tomada de decisões coletivamente vinculantes. Dessarte, “o sistema político reproduz-se, primariamente, de acordo com um código de preferência generalizado ‘poder superior/inferior’ (convertido contemporaneamente na diferença entre governo e oposição) e os respectivos programas estabelecidos por procedimentos eleitorais, parlamentares, burocráticos etc.”⁷⁷⁸. E, com essa autopoiese, a política não é diretamente determinada por particularismos e outros fatores externos e alheios à vontade popular.

Com isso, neutraliza-se a influência de outros sistemas no político, tais como a economia, os códigos de relação amorosa (amor/desamor), da amizade (amigo/inimigo), o que é levado a cabo pelos procedimentos eleitorais, parlamentares e burocráticos, produzindo-se decisões vinculantes, cumprindo ao público escolher programas políticos e eleger dirigentes. Assim, o sistema político constitui-se como uma esfera autorreferente fechada de comunicações, selecionando e filtrando as expectativas, valores e interesses presentes no público, os quais são plurais e contraditórios⁷⁷⁹.

Todavia, cumpre ressaltar que isso não implica uma indiferenciação do político frente ao jurídico. Ao contrário, isso significa que todas as decisões do político estão diretamente subordinadas ao Direito, já que o código lícito/ilícito é transposto do sistema jurídico para o político, e as disjunções lícito/ilícito e poder /não poder referem-se reciprocamente.⁷⁸⁰

Disso decorre uma interpenetração entre o sistema jurídico e o sistema político, visto que há prestações recíprocas entre os sistemas. E isso ocorre, na lição de Neves, quando informa que o Direito normatiza o procedimento eleitoral, regulando as eleições democráticas, estabelecendo competências e responsabilidades jurídicas aos agentes políticos. Enfim, “o direito põe sua complexidade à disposição da construção do sistema político e vice-versa”⁷⁸¹. Há, verdadeiramente, conflitos sistêmicos, sendo de notar que, nessa relação entre direito e política, a legislação, em princípio, é orientada por fins, estabelecendo as

⁷⁷⁸ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 86.

⁷⁷⁹ *Ibid.*, p. 87-88.

⁷⁸⁰ *Ibid.*, p. 89. Também LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução. de Javier Torres Nafarrate. 2 ed. México: Universidade Iberoamericana, 2006. p. 490-492.

⁷⁸¹ NEVES, op. cit., p. 92.

condições de mudança e, pois, de aprendizado ao Direito⁷⁸², uma vez que este deve ser sensível às mutações sociais e que, por vezes, pode influenciar na mudança das normas.

Sobreleva notar que a clausura normativa e a diferenciação entre as funções entre o político e jurídico e, de resto, entre os demais subsistemas sociais é ponto importante para o modelo sistêmico. Revela-se, numa discussão atual, importante para a sociologia do Direito, notadamente pelo fato de que é inegável que se presencie uma crescente judicialização da política ou do ativismo judicial⁷⁸³, em muito, incentivada pela teoria de neoconstitucionalismo. Tal debate traz o tema suscitado por Luhmann do estado de corrupção sistêmica, que ocorre quando o sistema jurídico é exposto, de forma amiúde, a intromissões de outros sistemas.

Luhmann diz que o sistema jurídico, “reconhece por meio de suas normas, que não pode resistir à pressão política. O sistema se mantém simulando legalidade, ainda que renuncia à normatividade em geral”⁷⁸⁴. Enfim, num estado de corrupção sistêmica, o sistema jurídico funciona na ilegalidade, apartando-se da sua codificação lícito/ilícito.

O estado de corrupção sistêmica do Direito, que ocorre quando não mais funciona sob o código lícito/ilícito, leva o Direito a “fingir” que atua como sistema, quando, na verdade, atua como mero instrumento de poder, subordinando-se à imposição oportunista das elites, capazes de impor sua vontade, com interesses populistas e eleitoreiros. Como lembra Luhmann, a clausura operativa e o fechamento normativo do Direito importam na hora de suportar ou regular as pressões⁷⁸⁵.

E outro destaque que cumpre ser dado à questão de corrupção sistêmica na relação Direito e política diz com o recorrente recurso ao aparato punitivo do Estado, que impede que os países de modernidade periférica e tardia ordenem sua complexidade e tenham a possibilidade de ter a Constituição realizando o acoplamento estrutural entre a política e o Direito⁷⁸⁶, especialmente considerando a

⁷⁸² NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 93-94.

⁷⁸³ Para uma compreensão do tema judicialização da política, ver VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 337-380.

⁷⁸⁴ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 2. ed. México: Universidade Iberoamericana, 2006. p. 137.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, p. 138-139.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, p. 538-552. Para Luhmann, a Constituição estabelece os limites de contato entre a política e o Direito, num ambiente de intenso incremento de recíproca irritabilidade, funcionando como forma de limitar o político. Ou seja, a Constituição remete o observador para dentro do Direito, e, não, para fora do sistema jurídico para outras cosmovisões como a moral e o Direito natural. Entretanto, Luhmann tem a Constituição como parte integrante do