

JOEL ELISEU GALLI

A ALIANÇA PUNITIVA DA MODERNIDADE: controle e extermínio
na estrutura operativa do sistema penal

Dissertação submetida ao
Programa de Pós-Graduação da
Universidade Federal de Santa
Catarina para obtenção do Grau de
Mestre em Direito. Orientadora
Professora Doutora Vera Regina
Pereira de Andrade.

Florianópolis (SC)
2017

Galli, Joel Eliseu

A ALIANÇA PUNITIVA DA MODERNIDADE : controle e extermínio na estrutura operativa do sistema penal / Joel Eliseu Galli ; orientador, Vera Regina Pereira de Andrade, 2017.

144 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2017.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Teoria dos sistemas. 3. Relegitimação do Sistema Penal . 4. Modernidade. I. Andrade, Vera Regina Pereira de. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

JOEL ELISEU GALLI

A ALIANÇA PUNITIVA DA MODERNIDADE: controle e extermínio
na estrutura operativa do sistema penal

Esta dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de
Mestre, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis (SC), 19 de abril de 2017.

Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior
Coordenador do Curso

Banca Examidora:

Profa. Dra. Vera Regina Pereira de Andrade(PPGD/UFSC)
Orientadora

Prof. Dr. Giovanni de Paula (UNISUL)

Profa. Dra. Carolina Medeiros Bahia (PPGD/UFSC)

Profa. Dra. Lenice Kelner (FURB)

AGRADECIMENTOS

Dedico esse trabalho a mim. A meu riso fácil e franco. À crença que alimento de que a vida sempre vence a morte. À descoberta de que um olhar pode ver, ainda que sob perspectiva diversa, o mesmo que o olhar do outro contempla. À poesia de minha existência abrupta, ansiosa para que o mundo seja meu, e somente meu, por alguns minutos. À arrogância de minha perspectiva de um mundo sem punições. À minha irreverência, tantas vezes assinalada pela *profeVera*, essa mulher de uma singeleza tamanha que nos arrebatava qualquer sentido prévio a respeito da devoção.

ProfeVera, para tornar possível meu agradecimento, seria necessário construir todo um novo vocabulário. As palavras que conhecemos, a senhora e eu, não podem ser pensadas ou ditas e, ainda que pudessem, nada nesse mundo me parece merecedor de conhece-las. Meu agradecimento é nosso segredo, cultivado na arte de sonhar e pensar um mundo sem dor. Baixinho, no entanto, ousou murmurar: muito obrigado.

Meu amigo J. Cristo...Não consigo entender nada do que você diz. Sou um néscio na experiência purificadora do amor que você representa. Fico feliz, contudo, em ser sabedor de sua insistência para que eu me torne, cada dia mais, um homem capaz de perdoar qualquer coisa.

Agradeço às pessoas que ficaram no meio do caminho, em qualquer lugar entre a introdução e as considerações finais. Esse texto fala muito sobre vocês. Não nas palavras, mas na ausência delas.

[...] preciso começar com uma análise exata de tudo o que os homens chamam de crime, começar por convencer-se que estes não passam de uma infração das suas leis e de seus costumes nacionais, que eles assim caracterizam; o que chamamos de crime na França, deixa de sê-lo a algumas léguas dali, que não existe nenhuma ação que seja realmente considerada como um crime universalmente em toda a terra, e que, em consequência, nada no fundo merece razoavelmente o nome de crime, que tudo é uma questão de opinião e de geografia. (Marques de Sade *in* Justine ou As Desgraças da Virtude).

RESUMO

A pesquisa objeto desse trabalho envolveu análise bibliográfica e, quando necessário, documental. A partir de um recorte da denominada Teoria dos Sistemas, sociologicamente padronizada por Niklas Luhmann, procurou-se alocar o sistema penal em suas principais categorias de análise, desvelando mecanismos de legitimação e relegitimação. Abriu-se, para essa finalidade, uma interlocução com a Criminologia Crítica, permeada por sua matriz latino-americana, evidenciando-se que as constantes relegitimações do sistema penal ocorrem por força da apropriação da crítica criminológica. Promoveu-se, assim, uma abertura de horizonte, dedicada a explorar modalidades, talvez inéditas, de interlocução entre a crítica ao moderno punitivismo e as reais possibilidades de sua retração e, quiçá, completa eliminação. A engrenagem afeta ao saber punitivo foi desvelada por intermédios da reestruturação de sua funcionalidade, demonstrando-se como seu aparato discursivo, real e subterrâneo opera na modernidade valendo-se da programação orientada pela dogmática do risco. Suas agências operativas (polícia, ministério público, magistratura, cárcere) aparecem ao longo do discurso. No entanto, dado que o Poder Judiciário parece ter assumido a função de operador do Sistema Penal, dedicou-se especial atenção a essa emergência. O moderno sistema penal é apresentado, portanto, a partir da nova funcionalidade assumida pela agência judiciária, explicando-se, em detalhes, como isso acontece e, além disso, como essa nova moderna estrutura punitiva sustenta sua legitimação no acoplamento com os demais espaços sistêmicos.

Palavras-chave: Teoria dos sistemas; Sistema Penal; Criminologia; Modernidade; Punição.

ABSTRACT

The research object of this work involved bibliographic analysis and, when necessary, documentary. From a clipping of the named systems theory, sociologically patterned by Niklas Luhmann, sought to allocate the penal system in its main categories of analysis, legitimization and re-legitimization mechanisms unveiling. Opened up, for this purpose, a dialogue with Critical Criminology, permeated by your Latin American array, showing the re-legitimizations constants of the penal system occur as a result of the appropriation of criminological criticism. Promoted as an opening of horizon dedicated to exploring modalities, perhaps unprecedented, interaction between the critique of modern punitivism and the real possibilities of your retraction and, perhaps, complete elimination. Gear affects to know punitive was unveiled by the restructuring of your intermediate functionality, demonstrating as discursive apparatus, real and your underground operates in modernity by dogmatic-oriented programming from scratch. Their operating agencies (police, prosecutors, judges, prison) appear throughout the speech. However, given that the Judiciary seems to have assumed the function of operator of the Penal System, devoted particular attention to this emergency. The modern penal system are, therefore, from the new functionality the judicial agency, explaining, in detail, how it happens and, furthermore, as this new modern structure supports your legitimacy in punitive coupling with other systemic spaces.

Key-words: Theory of systems; Penal System; Criminology; Modernity; Punishment

LISTA DE TABELAS

Tabela 1. Presos por tráfico são maioria no país	66
Tabela 2. As 10 principais causas de morte no mundo 2012	70

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	17
2	ESTRUTURAÇÃO E OPERATIVIDADE SISTÊMICA	22
2.1	Sistema e Meio	26
2.2	Sistemas biológicos, psíquicos e sociais.....	28
2.2.1	Sistemas biológicos	29
2.2.2	Sistemas Psíquicos	31
2.2.3	Sistemas Sociais	37
2.3	Autopoieses e acoplamento estrutural	39
3	Sistema de Controle Penal.....	44
3.1	O paradigma criminológico do sistema penal.....	46
3.2	O paradigma dogmático do sistema penal	49
3.3	A compreensão do risco na modernidade e a emergência do moderno paradigma punitivo	53
4	A OPERATIVIDADE DO SISTEMA DE CONTROLE PENAL E A GESTÃO DA SEGURANÇA DO MEIO SOCIAL.....	77
4.1	Por que criminalizar?.....	78
4.2	Por que acusar?.....	84
4.3	Por que processar?.....	89
4.3.1	Devido processo legal e modernidade.....	92
4.3.2	Processo penal sem sentença.....	99
4.4	Por que punir?.....	102
5	A LEGITIMAÇÃO DA ESTRATÉGIA BÉLICA DO MODELO DE SEGURANÇA PÚBLICA	110
5.1	A suspensão do discurso funcional-garantista: como o Poder Judiciário atua como operador da segurança pública.....	111
5.2	Controle penal, segurança pública e estado de exceção	116
5.3	A inserção da barbárie para superar a deslegitimação do punitivismo judicial.....	122
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	130

1 INTRODUÇÃO

Todo conhecimento é tributário de uma crença. Ao trabalhar sob uma ou múltiplas hipóteses, não espelhamos nada além de nossa subjetividade. Isso pode parecer estranho; porém, ao recordamos que a característica mais importante do conhecimento científico - e é ele que está em questão aqui - é sua possível superação, podemos começar a nos dar conta de nossa verdadeira pretensão.

As páginas a seguir apresentarão minhas crenças, recobertas por uma série de justificativas palatáveis ao momento em que foram escritas, lidas e apresentadas.

Essa habilidade de apresentarmos nossas crenças na forma de um conhecimento neutro e asséptico diz muito a respeito da espécie de indivíduos que nos tornamos. É uma fórmula de aceitação e sucesso, típica do claustro da modernidade, facultando-nos apontar, objetivamente, suas fendas e imperfeições e, ao mesmo tempo, garantir a manutenção do aproveitando dos benefícios destinados a conservar nossa docilização, aderência e obediência a um modo de vida excludente, cruel e iníquo.

As crenças que definiram a forma da abordagem da inquietação problematizada (a recorrente legitimação do sistema penal e sua moderna engrenagem punitiva) são, de certo modo, simples: a) acredito que é possível a construção de uma civilidade sem recurso à punição; b) acredito que o direito é uma ferramenta de opressão; c) acredito que ninguém escolhe ser oprimido; d) acredito em um modo de vida sem sistema penal; e) acredito que a abordagem criminológica crítica é responsável, em grande parte, pela conservação, expansionismo e relegitimação do sistema penal.

No entanto, reconheço, talvez com resignação, a impossibilidade de produção de um manifesto. Para contornar essa dificuldade, minhas crenças são apresentadas de maneira científica, em hipóteses orientadoras do discurso.

De qualquer sorte, acredito que a cobertura científica das hipóteses é, justamente, o fator responsável pela manutenção de minhas crenças. Sua possível refutabilidade tem o condão de garantir que minhas crenças permaneçam intangíveis.

Suponho, para tanto, o seguinte:

I - O exercício abusivo e indiscriminado da violência física como modelo estatal de segurança pública estaria relacionado à estruturação de um aparelho judicial punitivo;

II - O denominado estado de bem estar social permitiria ao Poder Judiciário abandonar sua função de bloqueio, essencialmente retrospectiva, e adotar, em substituição, um padrão de decisões voltadas para o futuro e com motivação eficientista. Na esfera criminal, no entanto, o aspecto eficientista da decisão judicial seria mensurado por condenações exemplares em detrimento da salvaguarda de direitos individuais clássicos (flexibilização e suspensão dos direitos e garantias individuais);

III - O discurso judicial na esfera criminal parece abandonar a função declarada afeta à dogmática jurídico penal, revelando, ao que parece, uma derivação do modelo punitivo a partir de um Estado no qual a governança por intermédio da excessão passaria a ser a regra.

IV - As motivações atinentes ao comportamento punitivo da magistratura podem ser explicadas para além do objetivo declarado do sistema penal, cuja referência permanece ligada ao fundamento legislativo, e, de forma problemática, a partir da identificação paradoxal entre funções declaradas e reais, resultando na indiferenciação sistêmica relativamente ao meio social e no completo rompimento da autonomia das agências operativas que compõem o sistema penal;

As hipóteses sugeridas implicaram, de início, no recurso a um modelo abstrato de análise: a teoria dos sistemas.

A partir de sua estruturação sociológica, a teoria dos sistemas foi alvo de interferências e apropriações dogmático-criminológicas.

Enquanto a dogmática promoveu sua utilização para relegitimar o saber punitivo, a criminologia crítica apontou as inadequações teóricas de seu uso dogmático, sem, contudo, dar atenção às possibilidades de análise nela contidas. É nesse vácuo criminológico que a teoria dos sistemas será utilizada para detalhar a moderna operatividade do sistema penal, esperando-se alcançar conclusões capazes de orientar uma prática abolicionista eficiente.

Oportuno destacar que não há qualquer incompatibilidade entre a teoria dos sistemas e a base teórica marxista sobre a qual se assenta a criminologia crítica. Ainda que haja divergência entre elas quanto ao significado da estrutura para o sistema penal, essa divergência não impede a análise do objeto em si, mesmo porque, como se verá, os acoplamentos estruturais entre os diversos sistemas sociais parciais ou entre eles e o sistema social geral permitem uma associação maior entre

a teoria dos sistemas e a base teórica da criminologia crítica que suas eventuais incompatibilidades.

Em momento algum se refuta a idéia de que o sistema penal serve como um instrumento de manutenção das estruturas sociais ou que não tenha uma emergência histórica. Se permitirmos uma breve abertura, veremos que o controle por ele exercido na modernidade é muito mais abrangente e legítima um sistema social de exclusão a partir de um sistema de produção de riqueza que secciona aptos e inaptos para pertencer ao mercado de consumo, determinado, de modo absoluto, a consciência dos envolvidos no jogo consumista.

Também é importante dizer que a teoria dos sistemas não exclui o protagonismo da vontade humana, da consciência e da ação individual para a compreensão do sistema penal. Os sistemas psíquicos relacionam-se com os demais sistemas, mantendo-se abertos entre eles canais de comunicação. O que a teoria não permite, pelo menos não nesse espaço, é o escrutínio ou a explicação do modo pelo qual se conforma a consciência a partir de um sistema de produção de riqueza material. De outro lado, a teoria dos sistemas deverá possibilitar um entendimento acerca da legitimação punitiva da engrenagem penal a partir do ambiente que circunda o sistema penal, formado por indivíduos conscientes.

Resumidamente, a teoria dos sistemas admite que o sistema é algo distinto do meio em que se encontra. Essa distinção é efetuada a partir do próprio sistema, operacionalmente fechado em relação ao ambiente circundante por intermédio de uma operação típica qualquer, variável em função do tipo de sistema. De forma ilustrativa, um sistema biológico diferencia-se dos demais sistemas por ser portador de uma operação típica: a vida. Desse modo, o sistema não reconhece como integrante de sua estrutura qualquer manifestação externa estranha a seu sinal operativo, conservando, assim, a demarcação de seus limites (fechamento operativo) e sua interação com o ambiente (acoplamento estrutural).

Presume-se, no que concerne ao sistema penal, que sua operação típica é a punição. Portanto, qualquer estrutura que o integre adota, necessariamente, esse sinal operativo, pois, se diferente fosse, não seria reconhecido pelo sistema como parte de sua estrutura.

A partir desse ponto, explica-se o motivo pelo qual o ruído externo ao sistema penal passa a integra-lo na forma de incremento da punição e jamais em sua diminuição.

É por isso que, a despeito das diversas medidas formais de contenção e retração penal dos últimos anos (penas restritivas de direito,

suspensão condicional do processo, transação penal, despenalização da posse de drogas para uso próprio, limitação das hipóteses de decretação da prisão cautelar, entre outras tantas), o número de pessoas encarcerados no Brasil aumentou de forma assustadora, saltando de 90.000 presos no ano de 1990 para 607.373 em 2014 (um incremento de 674,86%).

A admissão de que o sistema penal opera orientado pela punição leva-nos a questionar se o Poder Judiciário pertence ou não a suas estruturas.

Tradicionalmente, o pensamento criminológico crítico reconhece que o sistema penal é formado pela conjugação de diversas agências, inclusive o Poder Judiciário, atribuindo-lhe, contudo, funções reais e declaradas.

A moderna estrutura afeta ao sistema transforma essa funcionalidade, unindo-as sob o signo das funções reais e, em consequência, insere o Poder Judiciário na trama do sistema penal, atribuindo-lhe uma declarada e real função punitiva, identificando-o e articulando-o, de vez, com os órgãos de segurança pública que compõem o sistema penal.

O padrão civilizatório da modernidade não permite, todavia, que a integração do Poder Judiciário aos órgãos de segurança pública dispense o circuito contido entre a criminalização primária e secundária (acusação, processo, sentença, execução penal). Em outras palavras, a punição ainda reclama a existência de um processo judicial.

Para garantir a legitimidade de sua operação punitiva e a consequente renúncia à clássica função de bloqueio (freio contramajoritário), a agência judicial conta com a fixação de uma solidariedade social pelo medo, o que a torna uma prestadora estatal do serviço de segurança, implicando na assunção da tarefa de operador da segurança pública do sistema penal, isto é, cabe ao Poder Judiciário garantir a operatividade punitiva do sistema e assegurar sua legitimação.

Para alcançar essa finalidade e responder aos eventuais questionamentos quanto a sua funcionalidade punitiva sem comprometer a existência formal das garantias processuais civilizatórias, o Poder Judiciário promove a suspensão da operatividade dos demais sistemas sociais, instaurando, para isso, um permanente estado de exceção, identificado pelo reconhecimento da existência de regras legais em sentido genérico e a suspensão casuística de sua vigência.

2 ESTRUTURAÇÃO E OPERATIVIDADE SISTÊMICA

O objeto da abordagem proposta é sistêmico. Especificamente, um sistema de controle, denominado, genericamente, de sistema penal, consistente em delimitação estruturada na forma de órgãos de controle (polícia, mídia, ministério público, poder judiciário, prisão).

Não se trata, é bom que se diga, de submeter o sistema penal a uma análise por intermédio da teoria dos sistemas de forma a promover, como pretendem alguns teóricos, sua relegitimação.

Ao contrário disso, a teoria dos sistemas será utilizada como apoio na compreensão e descrição do sistema penal, na linha, aliás, reconhecida por Zaffaroni ao admitir que a fundamentação teórica proposta por Luhmann não se encontra radicada na legitimação, mas na constatação de algo, tornando desacreditada, ou, no mínimo, problemática a validade da sua transposição para o âmbito do discurso jurídico-penal na forma de resposta à deslegitimação decorrente dos ataques da teoria criminológica das décadas recentes¹.

A teoria dos sistemas nada mais é, portanto, que uma teoria da modernidade orientada por uma descrição do modelo, permitindo, em consequência, o desvelamento das condições atreladas à permanência e operatividade do sistema penal no interior de suas práticas.

Em síntese, a teoria dos sistemas é uma teoria do conhecimento e, enquanto tal, pretende a superação restrita da análise social levada a termo pelas teorias tradicionais da ação humana, radicadas na premissa de simultaneidade dos processos de socialização e dos mecanismos responsáveis por sua estratificação e possível evolução.

Superam-se, assim, os modelos explicativos da ação humana de acordo com uma consciência prévia do sujeito e direcionada a uma finalidade específica ou orientada por pressupostos inconscientes (luta pela existência, medo, aptidão biológica, imitação, etc).²

O reconhecimento do aspecto descritivo/explicativo da teoria dos sistemas não significa, de outro lado, que seu uso como teoria auxiliar do estudo do sistema de controle penal na modernidade poderá ser desenvolvido sem resistências, aporias ou eventuais contradições.

¹ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 88.

²LUHMANN, Niklas. *Op. Cit.* pp. 17-18.

²LUHMANN, Niklas. *Op. Cit.* pp. 17-18.

Afora seu alto grau de abstração, suficiente para dificultar a sintonização da teoria à deslegitimação de raiz marxista lançada sobre o sistema penal pela criminologia crítica, sua utilização importará, não poucas vezes, no aparente confronto com o ideário de teorias sociológicas diversas das quais tem se válido a crítica deslegitimante do sistema penal³.

Isso não quer dizer, no entanto, que a teoria dos sistemas seja inconciliável com a criminologia crítica ou importe em negação da doutrina marxista que lhe empresta fundamento.

Ao que tudo indica, a descrição operativa do sistema penal com referência na teoria dos sistemas redundará em relação de complementaridade com os postulados da criminologia crítica, contribuindo, também, para uma melhor compreensão do fenômeno punitivo, minimamente tematizado por Marx e, posteriormente, relegado a um plano secundário pelos autores marxistas, resultado, não se pode esquecer, da limitação dos elementos de análise em estrutura e superestrutura.

A teoria dos sistemas, nesse ponto, poderá contribuir para melhor compreensão das subdivisões funcionais e operativas da modernidade - muito diferente, de qualquer forma, da modernidade marxiana - melhor explicando o sistema penal nela alocado.

Não bastasse isso, a "modernidade à brasileira", comum aos demais países da América Latina, não permitirá, em absoluto, a explicação e descrição das operações do sistema penal pela lente da teoria dos sistemas, insuficiente para abarcar certas peculiaridades.

Ver-se-á, no entanto, que essa insuficiência não resulta dos limites teóricos no que toca a um objeto temporalmente deformado (sistema penal na modernidade à brasileira), mas da baixa teorização no que diz respeito aos distintos sistemas gerais (sistemas de sentido, biológicos e sociais) e na compreensão deficiente da perspectiva sociológica pressuposta pela teoria dos sistemas enquanto teoria auxiliar da compreensão da modernidade.

De qualquer forma, vale destacar que as singularidades do mundo periférico no qual, supostamente, encontramos inseridos enseja dificuldades analíticas e explicativas não apenas para a teoria dos sistemas. A propósito, até mesmo a análise operada pela criminologia

³BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp.23-25.

crítica sobre o sistema penal abstratamente considerado precisa passar por revisão de postulados antes de dizer algo sobre nossa realidade punitiva.⁴

Posta a questão nesses termos, a teoria sistêmica deverá nos permitir enfrentar uma aparente contradição derivada da deslegitimação dos sistema penal por meio das razões da criminologia crítica, entendida, aqui, como um saber que coloca em questão as razões do punitivismo na estrutura do moderno sistema penal.

A perda de legitimidade do sistema penal, mais especificamente, do cárcere como resposta estatal às condutas descritas como criminosas, redundou na adoção de um discurso jurídico-legislativo de limitação da pena privativa de liberdade, acompanhado, na esteira da Constituição Federal de 1988, por uma série de garantias processuais destinadas a evitar o uso indiscriminado da prisão processual.

No primeiro caso, acompanhamos o surgimento das penas restritivas de direito em substituição às penas privativas de liberdade (artigo 44 do Código Penal), a suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei 9.099/95), a conciliação em delitos de ação penal privada e pública condicionada e a transação penal entre Ministério Público e autor do fato em infrações penais sujeitas à ação penal pública incondicionada.

No segundo, a vedação de prisão processual em crimes cuja pena máxima não excede a quatro anos (artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal), a necessidade de submeter a prisão em flagrante ao juiz para que este decida se decreta ou não a prisão preventiva (artigos 306 e 310 do Código de Processo Penal), inclusive via realização de audiência de custódia, a possibilidade de substituição da prisão processual por medidas cautelares diversas da prisão (artigo 319 do Código de Processo Penal).

O conjunto dessas medidas traduz uma resposta de reconhecimento da crise de legitimidade do sistema penal em face do ataque criminológico e, ao mesmo tempo que promove uma recuperação de credibilidade social em suas promessas, parece evidenciar uma retração da violência punitiva. Mas apenas parece!

No período que margeia a implantação dessas medidas, o número de pessoas encarcerados no Brasil aumentou de forma assustadora,

⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, pp. 79-88.

saltando de 90.000 presos no ano de 1990 para 607.373 em 2014 (um incremento de 674,86%).⁵

Esse aspecto repressivo vem acompanhado de um extenso rol de homicídios praticados pelos agentes de segurança pública contra civis, quase sempre sob a justificativa de combate à criminalidade.

No ano de 2014, a polícia matou 3.009 pessoas. No mesmo período, teriam sido cometidos 2.061 latrocínios, ou seja, a ação homicida da polícia é 46,6% superior aos índices revelados da prática de uma das infrações penais com maior apenamento no Código Penal Brasileiro (20 a 30 anos de reclusão).

Segundo dados da Anistia Internacional, os vinte países que utilizam a pena de morte como sanção pela prática de um delito executaram, no ano de 2011, 676 pessoas. Comparados esses dados com o índice de mortes produzidas, no mesmo período, pelas forças policiais do Rio de Janeiro e São Paulo (961 mortes), vemos que, considerando apenas esses dois estados da federação, as ações policiais resultaram em “número 42,16% maior do que as vítimas da pena de morte em todos os países pesquisados e ainda superior ao da letalidade da última guerra em nosso continente”.⁶

A resposta do sistema penal a sua crise de legitimação produziu, como ficou claro, mais violência.

Por quê?

A esse problema básico, a teoria do sistemas, articulada com as categorias de análise de criminologia crítica, poderá fornecer, acredita-se, uma resposta que supere a deslegitimação do sistema penal e encaminhe, ao menos no viés teórico e em seus espaços de utopia, os atos preparatórios de sua retirada de cena.

Contudo, para chegarmos a esse ponto faz-se necessário, antes de tudo, destacar alguns aspectos essenciais da teoria.

Não se trata de uma mera recuperação de conceitos.

O alto grau de abstração afeto à teoria dos sistemas, agregado ao fato da prevalência de outras análises teóricas versando sobre o sistema

⁵Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública** 2015. Disponível em http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015.retificado_.pdf. pp. 60-82. Acesso em 30 de março de 2016.

⁶D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Indignos de Vida**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 21.

penal, força-nos a esclarecer seus componentes primários, mesmo por que, ao longo do texto, eles aparecerão com muita frequência.

Obviamente, não se pode esperar que a análise do sistema penal pretendida seja absorvida pelo leitor sem que, ao deparar-se com ela, conheça, de antemão, seu ponto de partida.

2.1 SISTEMA E MEIO

A diferença entre sistema e meio constitui o ponto de partida e referência da teoria dos sistemas⁷, ou seja, não se pode falar em teoria dos sistemas sem partir da distinção entre sistema e meio.

O sistema é algo distinto do meio em que se encontra. Essa distinção, todavia, não se realiza a partir do meio, mas do próprio sistema.

Em outras palavras, não é o meio que determina a fronteira do sistema, e sim o sistema, ao organizar suas relações internas e conformar suas estruturas concretas, entendidas como a particularização dos elementos e relações que o constituem, que determina o que é intra-sistêmico.⁸ Assim, aquilo que não pertence ao sistema, por que não faz parte de suas relações e estruturas, é meio.

A diferenciação relativamente ao meio é obtida pelo encerramento operativo do sistema, preceito traduzido na fixação de limites pelo próprio sistema, “mediante operações exclusivas”, as quais não podem ser utilizadas para contatar o meio, defendê-lo ou atacá-lo, afirmação que permanece válida ainda quando essas operações tratarem-se de observações, pois o sistema, mesmo quando observa o meio, faz isso a partir de operação sistêmica⁹.

O objetivo da demarcação entre sistema e meio não envolve qualquer admissão a respeito da exclusão deste por aquele por conta de sua impropriedade ou de algo ruim nele presente. Trata-se, apenas, de

⁷LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. 3a ed. Petrópolis - RJ: Vozes, 2011, p. 80.

⁸ MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2001, p. 54.

⁹ LUHMANN, Niklas. Op. Cit. pp. 102-103

tomar a complexidade desordenada do meio e torna-lá analiticamente menos complexa.

A operatividade sistêmica, por seu turno, somente se perfaz na medida em que as operações do sistema sejam repetidas no contínuo temporal, tornando possível verificar uma unidade de operação comum ao sistema, diferenciando-o do meio.

É na recursividade da operação, portanto, que se pode encontrar o limite de um dado sistema, valendo registrar que uma operação qualquer desprovida de contínuo temporal não conforma um sistema, ficando reduzida a um acontecimento isolado¹⁰.

A necessária diferenciação entre sistema e meio não exclui a possibilidade de um sistema ou vários sistemas dentro de um outro sistema, como é o caso, por exemplo, do sistema de controle penal ou do sistema político, ambos inseridos no mais amplo sistema social.

Essa informação, no entanto, não deve ser tomada no sentido de concluir que o sistema seja uma simples unidade. Paradoxalmente, o sistema apenas pode ser entendido como tal na medida em que realiza a diferença¹¹, sendo este, talvez, seu ponto de maior incompreensão teórica.

A delimitação sistêmica, mesmo em situações nas quais o sistema possa ser considerado como um subsistema (sistema parcial) em relação ao meio, entendido, na hipótese, como um sistema mais amplo, não importa na definição do sistema a partir de seu entorno.

Não se quer dizer, com isso, que o sistema desenvolva uma irrestrita indiferença em relação ao meio ou aos demais sistemas que possam representá-lo em relação a um sistema dado, ou, ainda, a eventuais outros subsistemas presentes no meio.

A teoria dos sistemas trabalha com o pressuposto da existência de sistemas operacionalmente fechados, mas de certo forma abertos ao meio, isto é, capazes de permitir uma “neguentropia”, expressão que marca uma diferença em relação a sistemas fechados (o universo, por exemplo), nos quais figura a regra da entropia (completa indiferença em relação ao meio).

O fechamento operativo objetiva barrar o ingresso da causalidade no sistema, situação que importaria na retomada da explicação sociológica com base na teoria dos fatores explicativos da ação humana a partir de causas inconscientes. Esse isolamento causal não permite

¹⁰LUHMANN, Niklas. *Op. Cit.* p. 89.

¹¹LUHMANN, Niklas. *Op. Cit.* p. 101.

aduzir, no entanto, o completo fechamento do sistema em relação ao meio subjacente, bem como aos demais sistemas parciais.

As operações do sistema, enquanto constituintes do próprio sistema, permitindo sua diferenciação quanto ao meio, é que se encontram protegidas, e não o próprio sistema em si. Em palavras diretas, o fechamento operacional precisa ser entendido como um enclausuramento destinado a garantir a recursividade das operações específicas do sistema a partir de operações anteriores que com ela guardem identidade.

Essa particularidade atinente à influência exercida pelo meio no sistema será melhor desenvolvida ao tratarmos da *autopoieses* e do acoplamento estrutural. No entanto, convém assinalar, previamente, que o meio pode exercer a função de agente perturbador em relação ao sistema. Em todo caso, não será a perturbação o fator determinante do estado posterior do sistema, mas a forma pela qual suas estruturas determinarão ou não mudanças ou assimilações internas¹², ressalvada a hipótese, é claro, do meio cooptar o sistema destrutivamente.

2.2 SISTEMAS BIOLÓGICOS, PSÍQUICOS E SOCIAIS

O sistema é definido a partir da recursividade de sua operações. A depender do tipo de operações, portanto, ter-se-á distintos sistemas.

Cada um dos sistemas básicos ligados à generalidade biológica, psíquica ou social comporta a recursividade de operação específica, supondo-se que as realidades distintas “não percebam essa diferença em sua própria ordem.”¹³

Oportuno destacar que a operação capaz de circunscrever um sistema não deve ser confundida com causalidade, afirmação que não deve ser tomada, outrossim, como se a causalidade fosse ignorada pela teoria dos sistemas.

A secção entre causa e operação é indispensável em decorrência da última possibilitar a identificação precisa do sistema. A causalidade, por sua vez, não é decorrência de algo interno ao sistema, mas de uma explicação funcional seletiva atribuída “a um observador com determinados interesses.”¹⁴

¹²MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *Op. Cit.* p. 108.

¹³LUHMANN, Niklas. *Op. Cit.* p. 122.

¹⁴LUHMANN, Niklas. *Op. Cit.* p.105.

O entendimento dessa distinção é perpassado pela captura dos limites dos sistemas principais, tanto em relação a um entorno dito geral, como em relação ao meio que cada sistema representa para outro sistema.

Em outros termos, o sistema social é ambiente para o sistema biológico e, conseqüentemente, dele distinto. Do mesmo modo, o sistema biológico é ambiente para o sistema social.

Em meio a esses sistemas gerais, insere-se, identificado pela recursividade de uma operação específica, o sistema penal, objeto central da abordagem desenvolvida.

Embora operativamente fechados, cada um desses sistemas interage com os demais que integram seu entorno.

Quando se trata da interação entre o sistema penal e os demais sistemas ditos gerais, a compreensão de como isso acontece leva-nos a entender, primeiro, como funcionam os sistemas biológico, psíquico e social, identificando-se, no percurso e na qualidade de observador de segunda ordem, as possíveis causalidades originadas a partir deles e, de certo modo, determinantes da estruturação e, posteriormente, da constante relegitimação do sistema penal.

2.2.1 Sistemas biológicos

A operação capaz de definir sistemas biológicos é a vida. Independente do pensamento filosófico, religioso, evolutivo ou técnico-científico (reprodução assistida, clonagem) que se evoque, os sistemas vitais são produzidos a partir da recursividade da vida.

A vida, por conseguinte, é um tipo singular de operação, a qual, uma vez repetida continuamente, conforma sistemas vitais diversos e, obviamente, distintos do meio.

Não interessa à teoria dos sistemas, contudo, uma avaliação filosófica ou axiológica da vida enquanto operação determinante de qualquer sistema biológico. Seu objetivo restringe-se a produzir conhecimento a partir do reconhecimento de que a vida é operação adjudicada pelos sistemas biológicos, importando, conseqüentemente, na renúncia dessa operação por parte dos demais sistemas.

Esse fechamento operativo dos sistemas vitais não conforma uma indiferença dos demais sistemas com relação à vida ou sua exclusão/negação da dinâmica operativa, por exemplo, no raio dos sistemas sociais.

Resta claro, entretanto, que o encerramento operativo de qualquer sistema pode ser capturado, ideologicamente, e usado como justificativa

de proteção deficiente em contextos sociais práticos, excluindo-se a defesa da vida sob a justificativa de não se tratar de operação típica de dado sistema social, ou, o que seria mais nefasto, garantir a eliminação da vida de certos organismos sob o fundamento de que sua existência não constitui vida (determinados animais, alguns seres humanos, como o "bandido bom", o feto anencefálico, mendigos, negros, índios).

Isso não é uma peculiaridade da teoria dos sistemas. Valha a verdade, qualquer modelo de análise da modernidade é passível de apropriação ideológica. Todavia, isso não retira o mérito da abordagem no que concerne a seu uso como instrumento explicativo da realidade.

Aliás, o indicativo do uso ideológico do encerramento operativo dos sistemas vitais por parte do sistema penal (bandido bom é bandido morto) aponta para a importância teórica do seu estudo por meio da teoria dos sistemas, devendo ficar cada vez mais claro, à medida que se avança, que esse é um problema de menor importância.

Isso por que a baixa compreensão sobre a operacionalidade sistêmica permite que as frequentes deslegitimações apresentadas ao sistema penal sejam facilmente por ele digeridas em razão, justamente, da proteção ideológica da própria crítica, circularmente refém do uso ideológico-intencional do sistema penal por parte do observador. Ataca-se, por conseguinte, menos as operações do sistema e mais a ideologia seletiva do observador.

Adiantando-se um pouco a discussão, ao mesmo tempo em que se retomam alguns pontos de extrema importância para compreensão da abordagem aqui proposta, para que um sistema seja capaz de determinar, em função de sua operação característica, a secção relativamente a seu entorno, deve ser dotado da capacidade de auto-observação, de maneira a "perceber aquilo que se ajusta, ou não, a ele." Não faria mesmo sentido, em face dos postulados da teoria em tela, sustentar o entendimento de que o sistema é separado do meio em decorrência da adjudicação de uma exclusiva operação que determina a fronteira do próprio sistema sem que, para tanto, disponha de capacidade de auto-observação voltada ao controle daquilo que pode ou não ser aceito como operação típica do sistema.

A possibilidade de auto-observação atrelada ao fechamento operativo do sistema permite, a despeito da consequente exclusão do entorno, que os eventos desordenados e de alta complexidade ali

presentes adquiram significado para o sistema a partir do momento em que esses acontecimentos possam ser conectados à sua operação típica.¹⁵

Em vista disso, a negação da operatividade sistêmica carrega consigo a potencialidade de permitir a um sistema qualquer, seja ele biológico, psíquico ou social, comportar-se com indiferença ao ruído produzido pelo meio, senão pela impossibilidade de redução do sentido à operação sistêmica, certamente por conta da blindagem oriunda da insistência do meio, numa espécie de esquizofrenia às avessas, em não reconhecer a existência do sistema.

Um dos principais motivos que tem permitido ao sistema penal responder com re-legitimação (manutenção do *status quo* via encerramento operativo) sua apontada crise de legitimidade é justamente esse.

O sistema penal é reconhecido como sistema somente por “consagração técnica do termo”, pois, na realidade, tratar-se-ia de uma simples “soma dos exercícios de poder de todas as agências que operam independentemente e, de modo algum, aquilo que a palavra sistema quer assinalar no terreno da biologia”.¹⁶

Além de permitir a manutenção do encerramento operativo do sistema penal, apontamentos dessa espécie, cuja relevância é indiscutível, favorecem, sobretudo, a emergência de outras observações seletivas a partir do meio, as quais, negando ou afirmando o caráter sistêmico do “sistema” penal, ora legitimam, ora deslegitimam os efeitos percebidos como funções da coordenação de agências punitivas sem que isso cause qualquer abalo na operação do sistema.

Em dogmática rasteira, a intenção é matar Caio, mas se dispara contra Tício.

2.2.2 Sistemas Psíquicos

A distinção entre sistemas psíquicos e sociais remonta a um dilema clássico na sociologia e, igualmente, na teoria política moderna, reforçado, ao infinito, em função da idéia de autonomia de vontade concebida a partir do pensamento contratualista de Hobbes, tributário,

¹⁵LUHMANN, Niklas. *Op. Cit.* p.92.

¹⁶ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. Cit.* p. 144.

por sua vez, de uma antiga controvérsia filosófico-cristã inaugurada por Agostinho e Pelágio¹⁷.

A idéia de autonomia de vontade carrega consigo, inicialmente, um potencial constitutivo do meio social a partir da racionalidade atinente à consciência humana.

Essa particularidade afeta à consciência explica, por exemplo, a transição do modelo de Direito Divino ou Natural para um Direito produzido a partir de um procedimento racional alicerçado na vontade humana.

A prevalência da vontade como pressuposto do contrato social permite a Hobbes traçar as linhas do Estado Moderno e, por conseguinte, do Direito a ele relacionado, a partir de quatro princípios básicos: o humanismo jurídico (o poder político é construído pelo homem, inexistindo, sob seu ponto de vista, qualquer predisposição antecedente à vida social ou política), o igualitarismo (todos os homens são naturalmente iguais, podendo fazer tudo o que interessa para salvar a sua vida) e o individualismo (independência das vontades) da existência pública e o racionalismo estrito (a formação do poder político é resultado de um utilitarismo ditado por um cálculo racional de interesses).¹⁸

Observe-se, a título de contextualização temática, que, entre essas quatro diretrizes, a vontade humana e sua independência são os fatores relevantes para justificar o surgimento do atual modelo jurídico(constitucionalismo) que acompanha o Estado Democrático, ocupando o centro da discussão da antiga controvérsia sobre a validade do Direito enquanto estatuto vinculante das condutas humanas.

Portanto, com Hobbes, a vontade individual independente e racionalmente orientada retoma a posição de protagonista no palco político, especialmente no que toca à validação do Direito, mantendo-se, no essencial, como autoridade certificadora da validade do Direito nos Estados Contemporâneos, sendo possível identificar, no entanto, algumas regressões teóricas em razão do modelo constitucional amplamente adotado, o qual, a depender da espécie de estrutura sócio-jurídica em que se assente a constituição, poderá significar, no nível dogmático-discursivo, a validação do sistema jurídico *a priori* a partir

¹⁷TODOROV, Tzvetan. **Os Inimigos Intimos da Democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 31.

¹⁸GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 75-88.

de elementos estranhos à vontade individual, ou, no caso específico do sistema penal, sua legitimação alheia a qualquer fundamentação ético-antropológica.

De modo específico, essa arranjo singular esteve presente na constituição brasileira de 1824, estruturada em base liberal ao mesmo tempo em que sufragava o modelo de produção escravocrata¹⁹, e, ainda hoje, encontra-se vazado na maioria das constituições latino-americanas, implicando que, sob um constitucionalismo garantista formal sobreponha-se uma ditadura real²⁰.

É justamente a leitura dos espaços ocupados por essa peculiaridade que importa introduzir aqui por meio do desenho sistêmico do fenômeno.

A teoria dos sistemas não descarta, em absoluto, a preponderância da vontade individual. Isso não quer dizer, no entanto, que haja um reconhecimento teórico de sua funcionalidade na conformação de um dado sistema social, pois, se assim fosse, o pressuposto básico da teoria (a operação do sistema define o limite do sistema) restaria irremediavelmente comprometida.

Em decorrência disso, a conformação de qualquer sistema social, inclusive os sistemas parciais jurídico e político, não pode ser entendida como o resultante de um utilitarismo ditado por um cálculo racional de interesses individuais ou, até mesmo, grupais.

Perceba-se que não se está afirmando a exclusão da vontade, da autonomia a ela relacionada ou da racionalidade por parte da teoria sistêmica. Essas categorias permanecem presentes, mas são realocadas no circuito da explicação causal. Em outros termos, vontade autônoma e racionalidade não são consideradas causas explicativas dos sistemas sociais, assim como estes, logicamente, não são tidos como efeitos daquelas.

De modo claro, é preciso dizer que, no contexto geral da teoria dos sistemas, o indivíduo não é, de forma alguma, um sistema parcial ou subsistema em relação aos sistemas sociais. O indivíduo faz parte de um sistema distinto, separado, autônomo, não se confundindo com a sociedade e isso, afinal, é lugar comum na maior parte das vertentes teóricas modernas.

¹⁹MENEGAT, Marildo. **Estudos sobre ruínas**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, pp.13-14.

²⁰ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. p. 41.

A secção entre sistemas sociais e sistemas psíquicos importa no correlato reconhecimento de que a sociedade é meio para o indivíduo, separado dela operativamente, assim como o indivíduo é entorno de qualquer sistema social, delimitado pela recursividade de suas operações.

Afirmar que o indivíduo é meio em relação a um dado sistema social não significa que os sistemas operem a partir de uma indiferença a seu respeito. Evidentemente, a sociedade e o indivíduo são pressupostos recíprocos. Historicamente, pode-se, inclusive, reconstruir a formação de um e outro a partir da arqueologia de determinadas estruturas, como fez, por exemplo, Michel Foucault²¹.

Ver-se-á, no entanto, que a explicação dos processos de individualização a partir de uma dada estrutura social não compromete a análise sistêmica, seja por que individualização e estrutura não são sinônimos, respectivamente, de sistema psíquico e sistema social, seja em virtude das potencialidades afetas à teoria dos sistemas que permitem, se bem compreendidas e utilizadas, desnudar a multiplicidade interpretativa a partir do observador humano não idealizado ou sacralizado (você, eu, nossos colegas e vizinhos), conferindo-lhe um *status* real incomum na razão direta da negação da assepsia e neutralidade do conhecimento que sua existência comporta.

Num primeiro momento, essa forma de explicar e descrever o fenômeno pode ensejar desconforto e perturbações consideráveis. Estamos acostumados, pelos vícios da academia, a observar a sociedade e suas ditas estruturas como objeto de um saber subjetivamente produzido ou, ao contrário, explicar o indivíduo a partir de seu entorno. Sem que percebamos, essa tendência implica, *mutatis mutandis*, na explicação da velocidade a partir do velocímetro, perdendo-se, quando se trata de enfrentar a desfuncionalidade seletiva de um sistema social, o grau de abstração explicativa recomendado para um ataque eficiente.

Feitas essas ponderações, vejamos qual operação recursiva identifica o sistema psíquico.

A recursividade de uma determinada operação determina o limite do sistema e, mais do que isso, diferencia-o de outros sistemas. A operação que define um sistema psíquico é a consciência. Não uma consciência concreta ou uma boa ou má consciência. A consciência na forma de uma operação exclusiva e autorreferenciada, de sorte que

²¹FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da violência nas prisões**. 22 ed. Petrópolis - RJ: Vozes, 2000.

minha consciência não pode ser transferida para as estruturas mentais de outro indivíduo, pois não há ponto de sustentação material para o ato de reflexão decorrente da anterior captação sensorial.

A consciência opera a partir de uma conexão entre os fenômenos externos a ela, isto é, que estão acontecendo no mundo do qual ela se ocupa, e a reflexividade. Sem essa conjugação operativa, a consciência perder-se-ia no meio, gerando uma incapacidade de retornar para si, ou ocupar-se-ia apenas de si.²²

Essa pequena explicação já deve ser suficiente para deixar claro que o fechamento operativo dos sistemas psíquicos a partir da consciência não importa em alheamento cognitivo ou formatação da consciência pelo entorno.

De outro vértice, a demarcação superficial dos sistemas psíquicos, afora não excluir a relação da consciência com a fenomenologia, não autoriza - como talvez se possa supor - o descarte das explicações sociológicas orientadas por um modelo que considera a consciência como um dado supra-individual derivada de um modelo sócio-econômico específico.

A teoria dos sistemas permite - e até mesmo trabalha com essa idéia - a articulação entre sistemas psíquicos e sociais (acoplamento estrutural), deixando aberto o caminho para um diálogo fecundo com o individualismo e o holismo metodológico. Para isso, entretanto, o paradigma de abstração demanda alguns pequenos ajustes.

Um sistema qualquer deve ser dotado da capacidade de auto-observação de primeira ordem, pois, de outro modo, seria incapaz de determinar, a partir de suas próprias operações, os limites do sistema em relação ao meio. É por esse motivo que uma sociedade pode, no transcurso do tempo, denominar-se socialista, capitalista, escravocrata, subdesenvolvida, punitiva, excludente, etc. A capacidade de observação própria do sistema determina sua identificação por meio do reconhecimento da identidade operativa.

Também é possível observar sistemas sociais externamente; porém, essa observação não se realiza a partir de elementos de escrutínio sociológico. Em outros termos, "não podemos nos ocupar da sociedade, na qualidade de sociólogos, como se esta pudesse ser observada externamente."²³

²²Ibidem, p. 95.

²³LUHMANN, Niklas. Op. Cit. p.99.

A observação externa (de segunda ordem) de um sistema social não é de reconhecimento operativo, mas explicativo-causal, referenciada em sistema psíquico e orientada, por conseguinte, pela posição do observador. A depender de quem seja o observador externo e de qual seja sua posição em relação ao sistema, os efeitos por ele percebidos tendo como causa o sistema podem variar substancialmente, permitindo a emergência de vastos modelos explicativos dotados de validade. Todavia, sob viés sociológico, essa é uma operação estranha ao sistema e, logicamente, não faz parte dele.

Descritivamente, um modo de produção qualquer ou um sistema penal de matriz carcerária não passam a existir a partir do instante em que são tematizados. Sua conformação é real e não discursiva. Se o sistema é real, sua funcionalidade também é real, podendo, contudo, ser apropriada pela explicação causal orientada pela posição do observador externo, circunstância reveladora da própria existência de sistemas psíquicos.

De modo ainda mais detalhado, o fechamento operativo dos sistemas sociais certifica sua existência; todavia, o conhecimento a respeito de sua funcionalidade - adequada ou não - advem da absorção seletiva por parte dos sistemas psíquicos, os quais podem, obviamente, observar como adequado um sistema social inadequado (a escravidão) ou vice-versa.

Nesse cenário, o embotamento dos sistemas psíquicos em razão da baixa sensibilidade da consciência em relação aos problemas gerados por sistemas sociais pode provocar uma indiferença quanto a uma situação fática qualquer, que somente passa a ser tematizada pelos sistemas psíquicos e, na sequência, dirigida ao sistema social na forma de uma irritação que possa ser percebida por sua operação típica, quando aqueles passam a perceber o fenômeno como algo pertencente ao mundo de que se ocupam.

Essa percepção do fenômeno por parte dos sistemas psíquicos não constitui uma garantia de que o sistema social irritado passará a operar de forma distinta. Desse modo, se um sistema penal produz muitos mortos entre a parcela empobrecida da população, o reconhecimento dessa realidade em função das mortes por ele geradas entre a população mais abastada não será traduzido na forma de uma demanda por contenção da violência punitiva, mas sim na exigência de políticas repressivas mais severas.

Por quê?

A resposta é simples.

A interferência do meio em relação ao sistema limita-se a sua completa destruição ou à irritação. No segundo caso, o sistema apenas reconhecerá a irritação se esta fizer parte de sua operação típica.

Retornando-se ao sistema penal, demandas de contenção da violência não serão reconhecidas pelo sistema como irritação e, portanto, serão ignoradas. Diversamente, demandas de incremento da resposta punitiva serão sentidas como irritação pelo sistema (reconhecimento da identidade operativa) e, uma vez absorvidas...

2.2.3 Sistemas Sociais

O sistema diferencia-se do meio pela recursividade de sua operação típica. Vida no caso dos sistemas biológicos; consciência nos sistemas psíquicos.

A manutenção dos limites sistêmicos ressent-se da conectividade de operações do mesmo tipo, excluindo-se as restantes.

Em razão desse pressuposto, a caracterização de um sistema social reclama a anterior identificação da operatividade que cumpra com os seguintes requisitos: “operação que deva ser única, a mesma, e que tenha a capacidade de articular as operações anteriores com as subsequentes.”²⁴

Esses requisitos, de acordo com a teoria dos sistemas, são atendidos pela comunicação, concluindo-se que “um sistema social surge quando a comunicação desenvolve mais comunicação, a partir da própria comunicação”.²⁵

O reconhecimento de que a comunicação constitui a operação que identifica sistemas sociais relaciona-se a uma incipiente complexidade social, isto é, a comunicação identifica sistemas sociais equivalentes à sociedade como um todo, conformada a partir de um processo histórico de socialização, uma vez que pressupõe a presença de "pelo menos dois sistemas de consciência; trazendo implícita a tese de que, nessa operação elementar da comunicação, já está inserida, como parte constitutiva, a sociabilidade."²⁶

²⁴LUHMANN, Niklas. Op. Cit. p. 90.

²⁵Ibidem. p. 90.

²⁶Ibidem, p. 292.

À medida que sociedade simples evoluem em direção a uma maior complexidade, verifica-se a emergência de sistemas parciais, desenvolvidos a partir de operações típicas.

A formação de sistemas parciais não deve ser entendida como uma mera divisão do sistema geral da sociedade, mas como uma diferenciação derivada do resultado da operação do sistema total, que passa a constituir uma diferença entre o entorno e o sistema parcial.²⁷

Nesse processo, podem emergir sistemas políticos, econômicos, jurídicos, educacionais, religiosos, punitivos, etc. Cada um desses sistemas parciais encontra-se delimitado pela recursividade de uma operação que, regra geral, é estranha aos demais.

Tomando-se como referência um sistema religioso informado pela ascese, os limites sistêmicos são demarcados a partir de operação binária sagrado-profano, estando o sagrado na posição de operador do sistema, dotado, por seu turno, da capacidade de observação de primeira ordem apta a circunscrever o que é sagrado e, via de consequência, o que é e o que não é sistema.

Sistemas jurídicos formais estão, de um modo geral, demarcados por um limite fixado pela licitude, estabelecido pela capacidade de auto-observação afeta ao sistema. Em outras palavras, o direito apenas pode produzir direito a partir de si mesmo e, conseqüentemente, somente o padrão legalista pode reconhecer uma dada regra como direito ou não-direito. Mesmo em face de um vasto sistema de regras (éticas, regimentais, morais, costumes), o reconhecimento de que seu conteúdo traduz uma premissa jurídico-legal depende, única e exclusivamente, do sistema jurídico.

A diferenciação dos sistemas sociais não pode ser entendida, em vista disso, como carregando consigo uma relação de subordinação entre o sistema geral da sociedade e os sistemas parciais dela emergentes. O caso especial dos sistema jurídico revela isso com clareza.

A operação que o define é identificada como tal pelo próprio sistema e não por seu entorno. O sistema amplo da sociedade encontra-se impossibilitado de determinar se algo é ou não lícito, pois essa operação é exclusiva do sistema jurídico.

Embora operativamente fechados, os sistema parciais não estão desconectados do meio. Ao efetuarem as operações que os singularizam,

²⁷LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Editorial Herder, 2006, pp. 473-474.

podem provocar reações operativas por parte de outros sistemas parciais presentes em seu entorno, circunstancia que empresta ao conflito uma nova expressão.

A maior autonomia de um sistema parcial em relação ao entorno composto por outros sistemas parciais somente é alcançada na medida em que a adjudicação operativa corresponda a um elevado grau de especialização, tornando-se completamente indiferente, enquanto operação limitadora, aos demais sistemas.

Se o sistema não logra proteger-se pelo estabelecimento dessa barreira, a fluidez de seu fechamento operativo pode permitir uma indefinição quanto a seus limites²⁸, franqueando, a título de exemplo, que um sistema jurídico passe a operar de acordo com uma perigosa recursividade moral ou religiosa, pressagiando a destruição do sistema colonizado, ou que o sistema social geral (a sociedade) passe a operar a partir de um código jurídico com o potencial de atenuar a comunicação, oportunizando o aparecimento de algo muito semelhante à denominada “judicialização da vida” ou “judicialização das relações sociais”.

O entendimento desse viés do conflito na teoria dos sistemas permite compreender que a estabilização do sistema parcial a partir do fortalecimento de seus limites não é uma ferramenta de disciplina ou controle desconectada dos aspectos humanos. Justamente o oposto. Quanto mais operativamente definido um sistema social parcial, maior será o espaço de liberdade reservado ao indivíduo e aos demais sistemas do entorno.

2.3 AUTOPOIESES E ACOPLAMENTO ESTRUTURAL

O encerramento operativo permite ao sistema depender de sua organização específica, formatando e garantindo autonomia em relação ao meio pela construção e transformação de estruturas

[...] unicamente mediante operações que surgem nele mesmo; por exemplo, a linguagem pode ser transformada somente mediante comunicações, e não imediatamente, como fogo e fresas, ou com radiações espaciais, ou em virtude de

²⁸Ibidem. p. 476.

desempenhos perceptivos da consciência do indivíduo.²⁹

Por mais paradoxal que possa parecer, a estabilidade operativa fabricada a partir da diferenciação relativamente ao meio é que permite ao sistema relacionar-se como ele.

A relação entre sistema e meio não ocorre, porém, no sentido de determinação causal do estado posterior do sistema, ressalvadas as situações de destruição.

A capacidade do sistema determinar seu estado presente por meio da construção de estruturas próprias (auto-organização) vem acompanhada da capacidade de “determinação do estado posterior do sistema, a partir da limitação anterior a qual a operação chegou” (autopoiesis).

A autopoiesis, enquanto princípio teórico, não permite, contudo, explicar todos os desenvolvimentos de um sistema dado ou prognosticar suas bases estruturais para daqui cem ou duzentos anos, dado que, quanto maior a autonomia de um sistema, maior suas possibilidades de relação com o meio.

Quanto mais o sistema esteja garantido em sua recursividade, menor poder explicativo terá a autopoiesis para dar conta dos diversos desenvolvimentos sistêmicos, reclamando “apoios decisivos, como o do conceito de acoplamento estrutural”³⁰, decorrência da simultaneidade, em sistemas complexos, de autonomia e dependência relativamente ao meio.³¹

O acoplamento estrutural explica a relação entre o sistema e o meio, permitindo a observação das relações causais entre eles. Essa possível relação entre sistema e meio não deve ser entendida como uma espécie de ajustamento completo. Trata-se de acoplamento seletivamente condicionado, de modo que apenas um recorte do meio encontra-se acoplado ao sistema.

Essa seleção de acontecimentos pela via do acoplamento estrutural determina, de um lado, a manutenção da autopoiesis e, de outro, constitui condição funcional do sistema. Em outras palavras, a redução da complexidade do meio propiciada pelo acoplamento estrutural permite ao sistema aumentar a complexidade de suas

²⁹LUHMANN, Niklas. Op. Cit. 111.

³¹LUHMANN, Niklas. Op. Cit. pp. 125-127.

operações, ou, ainda, “a um espectro reduzido para fora corresponde uma enorme capacidade de criação para dentro” em decorrência direta da seleção da irritabilidade.³²

É justamente nesse ponto que as categorias utilizadas pela criminologia crítica devem passar pela primeira revisão, não quanto ao conteúdo do conceito operacional, mas em sua posição na base teórica.

O sistema penal encontra-se cindido, enquanto objeto de análise, em dimensão funcional (polícia, judiciário, ministério público, prisão) e dimensão programadora (dogmática). Teoricamente, a dimensão funcional do sistema agiria de forma manifesta, orientado por funções declaradas (proteção de bens jurídicos) e, também, de uma forma oculta, na qual prevaleceria finalidade seletiva, direcionada a criminalizar determinada parcela estereotipada da população (negros, índios, mestiços, pobres, favelados), aliada, em nosso contexto social, a um agir subterrâneo direcionado ao extermínio da população estereotipada como criminosa.³³

Por conta dessa cisão entre funções reais e declaradas, a dimensão funcional do sistema penal ressent-se de legitimação discursiva, fornecida pela dogmática jurídico-penal, inicialmente para justificar a operação declarada do sistema e, a seguir, para colmatar o hiato entre operacionalidade declarada e oculta e, também, entre o sistema penal formal e o subterrâneo.

Sob a ótica da teoria dos sistemas, atualizada, como teremos a oportunidade de ver a seguir, em face do moderno paradigma punitivo, a dogmática não aparece mais no interior do sistema penal, servindo, no entanto, como acoplamento estrutural entre sistema e meio, explicando por que as irritabilidades percebidas pelo sistema penal não incluem, via de regra, as ressonâncias da criminologia crítica, ou seja, por que à denúncia a respeito a existência de uma operacionalidade oculta não corresponde uma redução dos efeitos criminalizantes e sim uma crescente expansão punitiva, dogmaticamente legitimada, em alguns momentos - cada vez mais frequentes -, inclusive em sua funcionalidade oculta ou subterrânea (reconhecimento de que a operacionalidade do sistema penal reside no extermínio do inimigo interno, identificado pelo

³²Ibidem. pp. 129-133.

³³ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, pp. 106-107.

estereótipo do criminoso, correspondente a indivíduo perigoso em função da impossibilidade de socialização).

3 SISTEMA DE CONTROLE PENAL

O sistema penal é uma típica ferramenta de controle estatal. O mais complicado nessa afirmação encontra-se nas resistências ao estabelecimento de um marco preciso quanto sua gênese, limites e manutenção.

Teoricamente ou no nível declarado, discursivo, o sistema penal faz parte de um monopólio estatal, sendo exclusividade do Estado a prática dos atos de violência que o singularizaram.

Obviamente que essa disputa não se refere a sua função programadora, havendo consenso que apenas o Estado pode editar ou revogar leis. O dilema se faz sentir com força em suas funções operativas, as quais, mesmo sendo distintas, realizam-se com o objetivo de implementar a punição de pessoas a quem se imputa a prática de uma infração penal descrita como delito pelas ferramentas da dimensão programadora.

Se, oficialmente, o sistema penal age por intermédio de agências oficiais de identificação, combate e repressão ao fenômeno da criminalidade (mídia, polícia, ministério público, magistratura, cárcere)³⁴, extra-oficialmente ou em um nível subterrâneo em relação à camada oficial, o sistema penal opera de uma forma certamente mais cruel e, tomados os próprios critérios de avaliação, talvez mais eficaz.

Isso não significa - ou talvez signifique e não queiramos admitir para preservar nossa ilusão romântica acerca daquilo que esperamos ver realizado a partir do atuação punitiva - que toda a ferramenta de controle faça parte do sistema penal. O que se pretende identificar a partir do reconhecimento da existência de um nível subterrâneo em relação ao sistema penal visível e, portanto, legalmente legitimado, são as possíveis formas de violência social exercidas em nome ou em razão do sistema penal.

O sistema penal subterrâneo opera sob orientação programadora que leva em consideração um suposto *deficit* de eficiência do controle formal, produzindo - segundo se supõe - uma espécie de violência qualitativamente mais adequada ao padrão da resposta punitiva. Enquanto o sistema oficial, por exemplo, não admite a pena de morte, o

³⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl et all. **Direito Penal Brasileiro - I**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 60.

sistema extra-oficial não só a executa rotineiramente, mas a promove discursivamente (“bandido bom é bandido morto”).

Estranhamente (nesse momento, ainda é estranho, mas não permanecerá assim), essa desconfiança discursiva do sistema penal subterrâneo em relação ao sistema penal oficial termina por ocasionar reiteradas crises de legitimação interna e externa no conjunto do sistema, ensejando um movimento pendular entre uma maior e uma menor intervenção punitiva, ambas re-apropriadas, ao final, pela “mania” de controle afeta ao sistema penal, orientado por um sinal operativo tendente a reproduzir a resposta punitiva como sintoma exclusivo e permanente de sua identidade.

Em linhas gerais, mesmo quando o sistema penal apresenta uma tendência à retração, sua lógica interna conduzirá ao uso punitivo dessa retração, aumentando, sobremodo, a violência e controle que o caracterizam, ou seja, “a um espectro reduzido para fora corresponde uma enorme capacidade de criação para dentro”.³⁵

Parece que um e outro se encontram imbricados de tal forma que não há como se descrever o sistema penal oficial sem observar a influência e as tendências do sistema penal subterrâneo, podendo-se sustentar a gênese e a manutenção de ambos na síntese do controle pela violência, ora legitimada pelo discurso da legalidade, ora deslegitimada por meio do uso desse discurso e re-legitimada pela maior eficiência atribuída ao sistema penal subterrâneo.

Se é possível afirmar que o sistema penal oficial e o sistema penal subterrâneo fazem parte de um mesmo conjunto, guardando identidade nos aspectos substancias de sua operatividade e legitimação, isso não quer dizer que nos livramos da posição incômoda decorrente desse constrangedor reconhecimento.

Dogmaticamente, o sistema penal oficial reverbera uma espécie de controle dúbio, exercido tanto sob as cifras de criminalidade aparente, como sob a própria violência dos órgãos operativos do sistema penal.

A disposição contida no artigo 1º do Código Penal ilustra bem esse controle: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, reprisa esse dispositivo, acentuando o pretenso controle de legalidade sobre a violência típica do sistema penal oficial ao

³⁵LUHMANN, Niklas. Op. Cit. p. 125.

preconizar, por exemplo, que não haverá pena de morte (salvo em caso de guerra declarada), de banimento, cruéis, de caráter perpétuo (artigo 5º, inciso XLVII).

A indicação da existência de um sistema penal subterrâneo em simbiose com um sistema penal oficial que declara, por sua vez, um rompimento com as premissas punitivas que orientam a violência daquele e, de forma concomitante, renova sua legitimação a partir do reconhecimento das potencialidades dessa violência (“pune-se para evitar a justiça privada”), sem, contudo, expor ou negar o espaço dessa violência, suscita indagações, sob um viés crítico, quanto a abordagem utilizada para justificar a permanência do sistema penal oficial e os procedimentos criminalizantes subjacentes.

Trata-se de saber, ao fim e ao cabo, as razões que amparam um sistema penal oficial identificado por meio da administração legalizada da violência em face de um sistema penal extra-oficial que se auto-proclama mais adequado ao cumprimento dessa tarefa.

3.1 O PARADIGMA CRIMINOLÓGICO DO SISTEMA PENAL

A base científica daquilo que se entendeu denominar como pensamento criminológico funda-se, de início, na explicação etiológica do crime³⁶, implementando-a, inclusive, por meio de reiterados anacronismos.

Uma vez alcançadas as causas dos fenômenos criminais observados em uma dada escala de tempo recente, essa compreensão projeta-se para o passado, integrando o entendimento acerca do crime em período de tempo distinto.

Assim, se uma escola criminológica logra fazer prevalecer sua explicação para as causas do crime, esse mesma explicação passará a fazer parte da explicação de fatos análogos acontecidos em épocas passadas.

De forma exemplificativa, se a explicação lombrosiana para a prática de um crime sobrepuja as demais explicações criminológicas, o atavismo nela presente servirá para explicar a prática de fatos semelhantes em gerações passadas, próximas ou remotas.

³⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: Do controle da violência à violência do controle penal**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 45-70.

Em outras palavras, se o pensamento criminológico dominante assenta-se na premissa segunda a qual a causa do crime reside no ser humano, ou, mais especificamente, em dada característica que lhe falta ou lhe sobra, isso valerá para o tempo do discurso e para o tempo que lhe precede.

Por óbvio, essa hipótese aplica-se em face da vigência de uma Criminologia de base etiológica, voltada a explicar o crime a partir de suas causas, sem qualquer incidência, de outro lado, sobre o prevenicionismo gerado a partir de sua cultura, ou seja, se a Escola Clássica explica o crime recorrendo a certas causas, imputando-lhes, inclusive, a eventos criminais passados (um homicídio, por exemplo), as formas de prevenção desse fato incriminado vigoram para o futuro, não existindo, logicamente, um meio de prevenir algo já acontecido ou de especular, sob base pretensamente científica, que tal meio (aperfeiçoar a educação, como defende Beccaria³⁷) teria potencial suficiente, caso conhecido e aplicado na ocasião, para evitar a prática de dadas infrações penais correspondentes, outrara, às atuais.

A partir de Michel Foucault (Vigiar e Punir) e da revisão criminológica levada a termo pelos teóricos do *labeling approach* (teoria do etiquetamento), a explicação etiológica da conduta incriminada é substituída por um pensamento criminológico que entende o fenômeno criminal sem o recurso ao apontamento de suas possíveis causas. Não mais interessa buscar as causas para um comportamento desviante em relação a uma dada lei penal, importando, antes, descobrir e revelar a forma que o interesse por essa conduta assume no conjunto das razões de estado utilizadas para justificar a repressão.³⁸

É possível afirmar que esse deslocamento indica a consolidação da autonomia jurídica, tornando definitiva, de outro vértice, a distinção entre pecado e crime, circunstância que acaba por permitir ao Estado o uso de um poder disciplinar ideologicamente indispensável a sua estabilidade e permanência.

O crime é algo que pertence ao Estado e, de modo declarado, é o inimigo da ordem por ele estabelecida e conservada.

³⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 13 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999, p. 132.

³⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013, pp. 85-87.

A investigação das possíveis causas do crime e sua relevância para o entendimento científico do fenômeno é, em decorrência, substituída pelo escrutínio do poder disciplinar inserto no conjunto de práticas sócio-estatais delimitadas no espaço-tempo, de forma que os fatores identificados sirvam para explicar os motivos da punição da conduta penalmente relevante e não as eventuais causas dessa conduta abstratamente considerada.

A pergunta “por que se cometem crimes?” é gradualmente substituída pelo questionamento acerca das razões que legitimam e ensinam a punição legalmente autorizada (por que e quem punir?).

A tematização recorrente desse poder contribuiu para a emergência de um pensamento criminológico crítico, concentrado, agora, na especificidade dos processos de criminalização e em seus resultados práticos supostamente seletivos.³⁹

Assume-se, em definitivo, que a criminalização é uma espécie de “propriedade estatal”, orientada para a proteção de interesses de uma classe de proprietários contra os ataques de classe de pessoas excluídas ou marginalizadas, ou seja, a sanção penal seria uma espécie de benefício às avessas, distribuído ou não de acordo com as características referentes a seu público alvo (pobres, pretos, prostitutas, feios, fedidos, favelados, ou, como vem defendendo Bauman, os inaptos para pertencer ao mercado de consumo, por ele denominados de consumidores falhos⁴⁰).

A explicação do crime, nesse cenário, limita-se ao espaço e ao tempo de sua ocorrência contínua (algo como a definição de fato social de Durkheim), não se prestando a seu entendimento pretérito ou em meio a outras condições sócio-políticas ou sócio-culturais. Importa, antes, construir um saber revelador a respeito das razões punitivas contemporâneas ao evento objeto dos processos criminalizantes e, a par disso, das condições capazes de, a despeito da subsunção concreta de um fato à regra penal incriminadora, inocular determinados indivíduos à ação repressiva estatal.

³⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013, pp. 159-170.

⁴⁰ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 57.

Parece evidente que as revelações da Criminologia de viés crítico possuem aptidão para deslegitimar o discurso de legalidade e igualdade comum ao Direito Penal dos estados constitucionais modernos.

Ora, se o Direito Penal possui uma funcionalidade real direcionada a punir de forma seletiva e orientada por critérios extralegais (estigma de criminoso), sua funcionalidade declarada (punir infrações penais igualmente e de acordo com leis prévias) deve ser posta sob suspeita, afastando-se, em consequência, a resposta penal singular derivada de sua incidência por conta da ausência da base de legitimação reclamada pelos princípios orientadores de sua dogmática.

Contudo e ainda que o Estado e os operadores do Direito Penal (agências policiais, Ministério Público, magistratura, imprensa, faculdades de Direito) reconheçam tais crises de legitimidade, contribuindo para retrações de seu raio de incidência, as suspensões e intervalos punitivos costumam vir acompanhados de reações punitivas severas.

Como isso é possível?

3.2 O PARADIGMA DOGMÁTICO DO SISTEMA PENAL

De acordo com os postulados da Criminologia Crítica, o Direito Penal conforma apenas a esfera discursiva de um sistema amplo de distribuição de punições, composto, por sua vez, de um nível visível e, especificamente entre nós, outro subterrâneo.

Em seu nível visível, o sistema penal opera por meio de agências responsáveis pelos processos de criminalização secundária (seleção das pessoas que devem compor a clientela penal).

Essas agências (polícia, ministério público, juízes, cárcere) cumprem funções programadas pela legislação penal e processual penal, consubstanciadas, segundo se supõe e declara, em garantias do indivíduo em face do Estado. Além disso, o programa legislado pressupõe uma incidência igualitária da repressão penal.

Ocorre que, na prática, verifica-se um hiato entre a promessa da legislação e a efetiva persecução penal, ensejando a punição de uma clientela específica e previamente estereotipada e, ao mesmo tempo, a blindagem daqueles indivíduos que não se enquadram no estereótipo de

criminoso elaborado pelas agências responsáveis pela operação da programação penal.⁴¹

A revelação dessa operatividade ilusória por parte da Criminologia Crítica reclama uma reação por parte do sistema penal, direcionada a conservar os traços de sua legitimidade, cabendo à dogmática penal essa tarefa.

Para fazer frente a necessidade de aliar discurso legislado e operação prática, a dogmática penal vale-se da conformação de um arcabouço conceitual e interpretativo, permitindo aos operadores do sistema justificar suas decisões com referência em preceitos teóricos genéricos.⁴²

Conceitualmente, a dogmática é

autoconcebida pelos penalistas que protagonizam e compartilham seu paradigma (autoimagem transnacionalizada) como uma ciência do “dever-ser” e - tendo por objeto o Direito penal positivo vigente em dado tempo e espaço, e por tarefa metódica (técnico-jurídica de natureza lógico-abstrata ou lógico-formal) imanente à “construção” de um “sistema” de conceitos elaborados a partir da “interpretação” do material normativo, segundo procedimentos intelectuais de coerência interna - objetiva ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito.⁴³

Se a legislação não fornece uma resposta adequada ao desvio entre o objetivo declarado e a funcionalidade real do sistema penal, cabe aos operadores do sistema, valendo-se do discurso dogmático, produzir a ilusão de correspondência entre discurso e prática, fazendo uso, para tal mister, de preceitos como teoria do tipo, proteção ao bem jurídico, direito penal como *ultima ratio*, etc.

⁴¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. Cit. pp. 235-283.

⁴² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática Jurídica: Escorço de sua conformação e identidade**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 18.

⁴³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 201.

No mais das vezes, o recurso à dogmática penal é efetivo ao fazer frente à discrepância entre as funções declaradas e reais afetas ao sistema penal, assegurando sua manutenção e legitimidade.

No entanto, a resposta torna-se ineficaz para contornar a deslegitimação decorrente do resultado visível da operação, objetificado na violência seletiva da criminalização secundária no processamento e encarceramento dos apontados como criminosos e nos numerosos homicídios praticados pela Polícia Militar.

Nesse caso, o sistema político que engendra a legislação penal entra em cena para produzir alterações no próprio discurso criminalizante, realizando modificações de cunho liberal-garantidor, ou seja, medidas tendentes a abrandar o rigor punitivo, tornando seus resultados práticos menos visíveis e, portanto, tematizáveis em menor grau.

Essas contra-medidas, orientadas por um potencial de recuperação da legitimidade do sistema penal, bem como de seu programa, aparecem na forma de suspensão eventual do cárcere como consequência do reconhecimento da prática de infrações penais, do alargamento de garantias processuais e, em situações extremas, da descriminalização de certas condutas e, até mesmo, na eventual redução de homicídios atribuídos às forças policiais⁴⁴.

A expectativa declarada orienta-se, por seu turno, no sentido da diminuição da resposta penal e, logicamente, no aumento dos espaços de liberdade individual.

Em outros termos, a relegitimação do sistema penal, quando a dogmática não mais alcança assegurar sua legitimidade pela via do discurso, passa a ser perseguida por uma política criminal orientada pela retração punitiva, seja na forma de despenalização e desencarceramento, seja na forma do incremento de garantias processuais e diminuição das mortes provocadas pela ação policial, facilitando, assim, a aceitação pública da punição.

De modo geral, espera-se que um processo penal com observância a um maior número de garantias individuais em face do poder punitivo não apenas dificulte as punições a seu final, mas restabeleça a confiança na efetividade igualitária do sistema penal, pois, se um processo garantista foi observado adequadamente e, a seu término, uma sentença condenatória foi proferida, as possibilidades de

⁴⁴D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. Op. Cit. p. 40.

questionamento quanta à legitimidade repressiva são praticamente anuladas.

É de suma importância destacar, todavia, que as respostas à perda de legitimidade do sistema penal não implicam, ao contrário do declarado, em qualquer diminuição nos níveis da reação penal clássica, importando, valha a verdade, em considerável aumento de seletividade e punição da parcela populacional estereotipada como criminosa.

Para ilustrar o argumento e com escusas pela repetição, veja-se que, a partir da Constituição Federal de 1988, acompanhamos o surgimento das penas restritivas de direito em substituição às penas privativas de liberdade (artigo 44 do Código Penal), a suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei 9.099/95), a conciliação em delitos de ação penal privada e pública condicionada e a transação penal entre Ministério Público e autor do fato em infrações penais sujeitas à ação penal pública incondicionada, a vedação de prisão processual em crimes cuja pena máxima não excede a quatro anos (313, inciso I, do Código de Processo Penal), a necessidade de submeter a prisão em flagrante ao juiz para que este decida se decreta ou não a prisão preventiva (artigos 306 e 310 do Código de Processo Penal), inclusive via realização de audiência de custódia, a possibilidade de substituição da prisão processual por medidas cautelares diversas da prisão (artigo 319 do Código de Processo Penal).

O conjunto dessas medidas traduz uma resposta de reconhecimento da crise de legitimidade do sistema penal em face do ataque criminológico e, ao mesmo tempo que promove uma recuperação de credibilidade social em suas promessas, parece evidenciar uma retração da violência punitiva. Mas, como já se disse, apenas parece!

No período que margeia a implantação dessas medidas, o número de pessoas encarcerados no Brasil aumentou de forma assustadora, saltando de 90.000 presos no ano de 1990 para 607.373 em 2014 (um incremento de 674,86%)⁴⁵.

Esses números traduzem um retrato parcial da intervenção punitiva. São dados estratificados no tempo e que mensuram apenas a quantidade de pessoas encarcerados num determinado momento, no caso, o ano de 2014.

⁴⁵Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2015**. Disponível em http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015.retificado_.pdf. pp. 60-82. Acesso em 30 de janeiro de 2017.

Se levarmos em conta que, no período compreendido entre os anos de 1990 e 2014, ocorreu uma constante renovação da população carcerária, a quantidade de pessoas presas no período ultrapassará, em muito, 1.000.000 (um milhão) de presos.

Somadas a isso as pessoas submetidas a penas alternativas à prisão, *sursis*, livramento condicional, regime prisional aberto na modalidade domiciliar e transação penal, será intuitivo concluir que, a despeito de medidas anunciadas de retração, a incidência do controle punitivo continua avançando.

Esse aspecto repressivo vem acompanhado de um extenso rol de homicídios praticados pelos agentes de segurança pública contra civis, quase sempre sob a justificativa de combate à criminalidade.

No ano de 2014, a polícia matou 3.009 pessoas. No mesmo período, teriam sido cometidos 2.061 latrocínios, ou seja, a ação homicida da polícia é 46,6% superior aos índices revelados da prática de uma das infrações penais com maior apenamento no Código Penal Brasileiro (20 a 30 anos de reclusão).

A resposta do sistema penal a sua crise de legitimação produziu, como ficou claro, mais violência.

Por quê?

3.3 A COMPREENSÃO DO RISCO NA MODERNIDADE E A EMERGÊNCIA DO MODERNO PARADIGMA PUNITIVO

A partir da análise realizada por Ulrich Beck, os riscos sociais passam a ser desconectados de uma explicação causal absoluta. Sob seu ponto de vista, a emergência do risco social compõe um carácter da modernidade, permitindo que os fenômenos antes compreendidos a partir de uma causa passível de identificação sejam deslocados para o interior de uma dinâmica sistêmica, cujos operadores são, de certo modo, inacessíveis ao observador externo individualizado, podendo, quanto muito, tomar parte de uma consciência científicizada.⁴⁶

Assim,

[...] a altamente diferenciada divisão do trabalho implica uma cumplicidade geral e esta, por sua

⁴⁶BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 33.

vez, uma irresponsabilidade generalizada. Todos são causa e efeito, e portanto uma não causa. As causas esfacelaram-se numa vicissitude generalizada de atores e condições, reações e contrarreações. Isso confere evidência social e popularidade à idéia sistêmica.⁴⁷

[...]

No que concerne à existência ou não, o grau, a extensão e as formas de manifestação da ameaça sob a qual se encontra, ele é por princípio dependente do conhecimento alheio. Situações de ameaça geram, desse modo, dependências que situações de classe não reconhecem: os afetados tornam-se incompetentes nas questões que se referem à sua suscetibilidade. Eles perdem uma parcela decisiva da soberania cognitiva. O nocivo, ameaçador e hostil espreita por toda parte e, seja maléfico ou benigno, escapa à faculdade de juízo do indivíduo, continua abandonado às suposições, métodos e controvérsias de terceiros produtores do conhecimento.⁴⁸

A análise do risco realizada por Beck pode parecer, a princípio, aparentemente inconciliável com a teoria dos sistemas.

No entanto, devemos lembrar que o sistema é um lugar de ordem programada. Nesse viés, a modernidade tematizada por Beck por intermédio da constatação da emergência de uma sociedade de risco termina por colocar qualquer sistema em questão, justamente por que o risco ameaça, sobretudo, a integridade, a operatividade e os limites do sistema em relação a seu ambiente, permitindo que os extensos processos de individualização decorrentes da interpretação do riscos convertam problemas sistêmicos em fracassos pessoais que se decompõem politicamente.⁴⁹

No que concerne ao sistema penal, o entendimento do fenômeno do risco afeto à modernidade segue um padrão específico,

⁴⁷ Ibidem. p. 39.

⁴⁸ Ibidem. p. 64.

⁴⁹ Ibidem, p. 109.

diferenciando, pode-se até mesmo dizer, em relação ao que acontece nos demais sistemas sociais parciais.

Hipoteticamente, a funcionalidade programadora do sistema penal, orientada pela produção legislativa estrita (não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal) é formalmente mantida. Entretanto, a magnitude do acoplamento estrutural moderno entre meio (a sociedade geral) e o sistema penal (um sistema parcial no interior do sistema geral da sociedade) é realizada, agora, por uma dogmática operada pelo risco.

Dessa forma, a função programadora do sistema penal não mais ocorre a partir de uma estrutura interna (a legislação penal e sua interpretação dogmática a partir do próprio sistema), mas de uma dogmática orientada externamente por outro sistema e, nesse caso, fundada no risco.

Não mais se trata, como sustentado por Luhmann, de prover um “instrumental conceitual adequado e necessário para converter as decisões programáticas do legislador nas decisões programadas do juiz.”⁵⁰

O lugar intra-sistêmico anteriormente ocupado, responsável por mediar “o tráfego jurídico entre programação (“dever-ser”) e operacionalidade (“ser”)”⁵¹ é redistribuído e, embora funcionalmente correlato, situa-se, na moderna mecânica punitiva, fora dos limites do moderno sistema penal.

Esse fenômeno pode ser observado, entre outras formas, pela substituição de uma teoria da tipicidade ancorada no desvalor do resultado decorrente de uma conduta, pelo desvalor da própria conduta, supostamente provocadora de um risco não permitido pelo direito (teoria da imputação objetiva do resultado).

Recuperando os postulados traçados pela teoria da imputação objetiva, Daniela Portugal assinala, com precisão, que, a partir de Jakobs, desenvolve-se

[...] uma nova teoria do “risco” para o direito penal, pautada na quebra da confiança de expectativas sociais de conduta. Nesse sentido, a quebra de confiança, seja ela intencional (dolo) ou

⁵⁰Apud ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 202.

⁵¹Ibidem, p. 202.

decorra da inobservância de um dever de cuidado (culpa) justificaria a incidência da pena com o fim de prevenção geral positiva.

[...]

Jakobs analisa os comportamentos uniformes em massa a partir da compreensão de que a sociedade complexa, que precisa saber administrar “comportamentos de massa distintos mas também uniformes dos cidadãos”. A administração dos riscos está relacionada, entre outros fatores, a um tratamento rigoroso dos indivíduos chamados “não alinhados”, conceituados como sendo aqueles que, não de maneira incidental, utilizam-se do crime como elemento comportamental ou como atividade habitual - sujeitos que abandonaram o direito e, por tal razão, ameaçam a segurança social.

Deste modo, em que pese o risco seja inerente à vida em sociedade, cabe ao Estado o gerenciamento dos riscos permitidos e dos riscos proibidos por intermédio da atuação do sistema penal.⁵²

O reconhecimento da emergência de um dado risco a partir da atribuição de uma conduta a um agente determinado no espaço-tempo é, como acima observado, algo estranho à teoria do risco.

Poder-se-ia, de outro vértice, sustentar que essa imputação objetiva de resultado por intermédio do reconhecimento da criação de um risco juridicamente proibido apenas confirma a existência do observador de segunda ordem em relação ao sistema penal. Isso poderia ser verdade se essa nova maneira de atribuição de responsabilidade penal operasse somente a partir de alguém situado no exterior do sistema. Contudo, não é isso que acontece.

Conforme anteriormente detalhado, o que vem se percebendo é uma espécie de colonização sistêmica pela via do acoplamento estrutural entre sistema penal e meio, estando esse acoplamento orientado por uma dogmática penal com a capacidade de programar a punição a partir de

⁵²PORTUGAL, Daniela. A autopoiese no direito e o funcionalismo sistêmico de Gunter Jakobs na aplicação da lei penal. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Volume VIII, número 2, p. 18, 2013.

fora, isto é, a função programadora do sistema penal (legislação) tende a desaparecer, substituída, aos poucos, pela interpretação socialmente determinada pelo risco.

Atente-se que essa inédita conformação sistêmica não significa uma diminuição da produção legislativa. As leis continuam sendo produzidas pelo parlamento - em escala nunca vista - e a exclusividade de editá-las ainda pertence ao Estado. A mudança se dá na função programadora do sistema penal, realizada não mais pelo legislador, mas pela interpretação dogmática do risco que unifica sistema social e sistema penal.

Sob o aspecto político, essa nova condição faz lembrar o estado de exceção tematizado por Agamben, no qual a um mínimo de vigência formal da norma corresponde um máximo de aplicação real e vice-versa, ou seja, é justamente a existência e validade da norma que permitem sua ineficácia diante do risco associado a determinados fatos, permitindo que sua interpretação conserve a validade da norma, excetuando sua aplicação em situações ditas de risco.⁵³

Esse fato objeto da interpretação não reside no passado, mas sim no futuro.

Enquanto o sistema penal tradicional operava a partir de uma conduta e resultados pretéritos (julga-se um homicídio depois da morte de alguém atribuída a outrem), a identificação de um risco por parte do sistema penal esteia-se em seu prognóstico.

Não por outro motivo, Beck reconhece que

Na sociedade de risco, o passado deixa de ser força determinante em relação ao presente. Em seu lugar, entra o futuro, algo todavia inexistente, construído e fictício como “causa” da vivência e da atuação presente. Tornamo-nos ativos hoje para evitar e mitigar problemas ou crises do amanhã ou do depois de amanhã, para tomar precauções em relação a eles - ou então justamente não.⁵⁴

⁵³ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Excepción**. Valencia: Pre-Textos, 2010, p. 57.

⁵⁴ BECK, Ulrich. Op. Cit. p. 40.

Essa transição acarreta mudanças na solidariedade social, passando-se do paradigma de uma sociedade desigual para o modelo de uma sociedade insegura.

Consequentemente, diferencia-se também a instituição social básica na qual as pessoas se situam, se associam, que as move e distancia, ou congrega. A força motriz da sociedade de classes pode ser resumida na frase: tenho fome! O movimento desencadeado com a emergência da sociedade de risco, ao contrário, é expresso pela afirmação: tenho medo! A solidariedade da carência é substituída pela solidariedade do medo. O modelo da sociedade de risco marca, nesse sentido, uma época social na qual a solidariedade por medo emerge e torna-se uma força política.⁵⁵

No que toca, especificamente, ao sistema penal, a lógica do risco permite, também, o completo esvaziamento das teorias criminológicas⁵⁶, tornando irresistível a idéia de gerenciamento do processo penal por meio da “simplificação vinculada ao uso de prognósticos de risco para fundamentar decisões”.⁵⁷

De Giorgi identifica, nesse novo gerenciamento por meio do risco, o limite entre as antigas e novas estratégias afetas ao agir repressivo:

Poder-se-ia, em suma, pensar que o grande internamento contemporâneo não é algo muito diferente do que Foucault descreveu, e que, no fundo, o projeto disciplinar não tenha sido nem de longe extinto e que, ainda uma vez, o objetivo dos dispositivos de controle seja o disciplinamento da força de trabalho desqualificada.

O caráter ilusória dessa impressão aparece claramente, porém, se observarmos a nova racionalidade do controle que parece inspirar o experimento carcerário em andamento. O conceito

⁵⁵Ibidem. pp. 59-60.

⁵⁶DIETER, Mauricio Stegemann. **Política Criminal Atuarial: A criminologia do fim da história**. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 195.

⁵⁷Ibidem. p. 196.

qualificante dessa racionalidade é o de risco. As novas estratégias penais se caracterizam cada vez mais como dispositivos de gestão do risco e de repressão preventiva das populações consideradas portadoras desse risco. Não se trata de encarcerar criminosos perigosos individuais, isto é, de neutralizar fatores de risco individual, mas sim de gerir, ao nível de populações inteiras, uma carga de risco que não se pode (e, de resto, não se está interessado em) reduzir.⁵⁸

Tudo o que foi dito até aqui não significa, de modo algum, que o sistema penal abrandou sua operatividade seletiva e estigmatizante.

As modificações constatadas em sua estrutura dizem respeito aos processos de criminalização primária, mantendo-se intacta, de outra banda, as estruturas encarregadas da criminalização secundária (vide o incremento nos índices de encarceramento acima referidos).

Por certo, essas estruturas passam a operar com base em uma nova programação, mais extensiva e abrangente, permitindo uma quase correspondência entre o sistema social geral (a sociedade) e o sistema penal.

Pode-se verificar a plausibilidade dessa afirmação nos discursos judiciais que decretam prisão preventiva para satisfazer anseios sociais ou na postura do Ministério Público, apresentado-se, no mais das vezes, como guardião da sociedade e tutor maior de seus interesses.

Sob o aspecto prático, esse viés operativo é passível de verificação, por exemplo, nos discursos recorrentes atrelados à denominada “Operação Lavo-Jato”. Tanto o juiz Moro como os integrantes do Ministério Público e da corporação policial reverberam, com frequência, que sua atuação dirige-se a liberar a sociedade de indivíduos desfuncionais e, portanto, socialmente danosos.

É tentador pensar - e isso demandaria um estudo mais aprofundado, em uma tese, talvez - que a programação tematizada não passe de uma nova resposta do sistema penal a suas recorrentes crises de legitimação. Em outras palavras, ao atingir um público tradicionalmente blindado a sua atuação, o sistema penal recuperaria sua promessa de igualdade de todos perante a lei.

Apesar de ser um argumento válido, não parece ser esse o caso.

⁵⁸DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 97.

O sistema penal não somente se expande (expansão, aqui, tem o sentido de integração ao sistema social geral). Ele opera sob nova programação, ditada a partir de seu exterior. Não são mais suas estruturas que determinam o estado posterior do sistema, mas as estruturas de uma sistema externo a ele acoplado pela via da dogmática penal da risco.

Uma pequeno recorte das disposições penais da Lei 9.613/98, utilizada como fundamento decisório em diversas sentenças proferidas em decorrência da “Operação Lava-Jato”, valida essa posição.

A denominada Lei de Lavagem de Capitais incrimina condutas direcionadas, basicamente, à ocultação de patrimônio obtido com práticas ilícitas anteriores, identificadas nos incisos de I a VIII de seu artigo 1º.

O pressuposto relativo para incriminação passa, por conseguinte, pela prática de um delito antecedente, ainda que dispensado, para efeito de processamento ou punição, que o crime antecedente tenha sido objeto de um processo penal ou de eventual condenação, sendo suficiente a existência de indícios a respeito de sua materialidade (artigo 2º, inciso II).

Calha pontuar que a autoria do infração penal antecedente pode recair, inclusive, sob o sujeito a quem se imputa a prática da lavagem⁵⁹. Dessarte, se alguém dedica-se ao tráfico ilícito de entorpecentes (artigo 1º, inciso I), a decorrente dissimulação do patrimônio obtido com essa prática (artigo 1º, *caput*) ou sua conversão em ativos lícitos (artigo 1º, parágrafo 1º) implicará em dupla incriminação, submetendo o autor da conduta a acusações por tráfico de drogas e, de modo genérico, lavagem de capitais.

Embora as figuras típicas sejam imprescindíveis aos processos posteriores de criminalização secundária, a programação do sistema penal não decorre da tipicidade vazada nos preceitos primários da Lei 9.613/98.

Ora, se não há necessidade de comprovação fática absoluta (bastam indícios da materialidade do ilícito antecedente, mesmo que desconhecido ou não identificado seu autor), a criminalização opera sem qualquer base concreta, bastando que os órgãos operativos do sistema penal suspeitem que, em dada situação, ocorreu lavagem de capitais.

O que se está incriminando então?

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5a ed. São Paulo: RT, p. 869.

É já senso comum que ninguém pratica uma conduta tipificada na legislação como crime esperando ser descoberto. Quem, ilustrativamente, trafica drogas, faz isso de forma deliberadamente oculta, dissimulada, o mesmo se podendo dizer sobre tráfico de armas, terrorismo, extorsão mediante sequestro, delitos contra administração pública e contra o sistema financeiro, seja na forma de autoria individual ou associação criminosa. Isso vale, também, para qualquer outra conduta incriminada.

Consequentemente, e isso é óbvio por demais, espera-se que o patrimônio obtido com tais atividade seja ocultado, dissimulado ou convertido em ativos lícitos. Se sou traficante de drogas, não irei, ao final do ano fiscal, declarar aos órgãos fazendários o auferimento de ganhos a partir do tráfico de drogas.

Ao que tudo indica, a incriminação materializada na Lei de Lavagem de Capitais recai sobre o exaurimento de uma fato-crime anterior e, como se sabe, o exaurimento de um delito compõe a tipicidade a ele correspondente. Se fosse de outro modo, o acusado de furto, ao destruir, subsequentemente à consumação, o objeto material subtraído, deveria ser acusado de dano, na forma prevista pelo artigo 163 do Código Penal.

Seja como for, as disposições penais contidas na Lei de Lavagem de Capitais nem mesmo se dirigem à punição do exaurimento de crime anterior, uma vez que, conforme já dito, a imposição de suas sanções não se encontra na dependência do prévio processamento e apenamento do delito antecedente. Sua pretensão, claramente, acoberta a atividade interpretativa que orientou a formulação de seus preceitos.⁶⁰

⁶⁰Mesmo que diferente fosse, ou seja, ainda que a incidência das sanções penais da Lei de Lavagem de Capitais se encontrasse na dependência da prova de um fato-crime antecedente processado e punido, o baixo risco da punição pelo crime de lavagem torna suas disposições inócuas. De acordo com Moises Naim (**Ílícito: o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006, p.133), “A avaliação mais compreensiva e rigorosa do regime da lavagem de dinheiro em vigor nos Estados Unidos conclui, em 2004, que “a probabilidade de alguém dedicado à lavagem de dinheiro ser condenado é de apenas 5%. Os dados de outras nações industrializadas indicam índices ainda menores de condenação”. Se o risco de condenação pelo crime de lavagem de capitais conta com índices pífios, a persecução penal relacionada a essas espécies de conduta insere-se na dinâmica do circuito tradicional do sistema penal, subtraindo das disposições legislativas a explicação necessária para sua existência.

Uma análise muito semelhante pode ser realizada, a título de reforço do argumento, a respeito das disposições penais de Lei 11.343/06 (Lei de Drogas).

Inicialmente e no que diz respeito à capitalização dos operadores do tráfico, Zaffaroni, com precisão, anota que

Toda a proibição que reduz a oferta e deixa em pé uma demanda rígida faz com que a porcaria proibida adquiria uma mais-valia que a converte em ouro e desencadeia a concorrência por sua produção e distribuição no mercado ilícito.⁶¹

Também a propósito, Foucault assinala que

É essencialmente, claro, o problema da droga que, sendo ela própria uma fenômeno de mercado, é do âmbito de uma análise econômica, de uma economia da criminalidade, muito mais acessível, muito mais imediata. A droga se apresenta portanto como um mercado, e digamos que, até a década de 1970 mais ou menos, a política de enforceda lei em relação à droga visava essencialmente reduzir a oferta de droga. Reduzir a oferta de droga, a oferta do crime de droga, de delinqüência de droga - reduzir essa oferta queria dizer o quê? Queria dizer, é claro, reduzir a quantidade de droga posta no mercado, e reduzir a quantidade de droga posta no mercado queria dizer o quê? Controlar e desmantelar as redes de refino, controlar e desmantelar também as redes de distribuição. Ora, essa política dos anos 1960, sabemos muito bem a que resultado levou. Desmantelamento, nunca exaustivamente, é claro - por razões que podemos discutir, não é -, desmantelando parcialmente as redes de refino e de distribuição, o que aconteceu? Primeiro, isso aumentou o preço unitário da droga. Segundo, beneficiou e fortaleceu a situação de monopólio ou de oligopólio de certo número de grandes vendedores, de grandes traficantes e de grandes

⁶¹ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Questão Criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p.114.

redes de refino e distribuição de droga acarretando, como efeito do monopólio ou efeito oligopolístico, um aumento dos preços, na medida em que não se respeitam as leis de mercado e da concorrência. E, por fim, terceiro, outro fenômeno mais importante no nível da criminalidade propriamente dita: o consumo da droga, pelo menos no caso dos intoxicados graves e de certo número de drogas, essa demanda é absolutamente inelástica, ou seja, qualquer que seja o preço, o drogado vai querer encontrar sua mercadoria e estará disposto a pagar qualquer preço por ela. E é essa inelasticidade de toda uma camada de demanda de droga que vai fazer a criminalidade aumentar - claramente falando, vai-se assaltar alguém na rua para lhe tomar dez solares, para comprar a droga de que se necessita. De modo que, desse ponto de vista, a legislação, o estilo de legislação, ou antes, o estilo de enforço da lei que havia sido desenvolvido no decorrer dos anos 1960 revelou-se um fracasso sensacional.⁶²

Isso não quer dizer que se esteja dando razão ao sentido etiológico da explicação do crime.

Pretende-se, ao contrário, ressaltar a invalidade do aparato discursivo de combate à droga e, conseqüentemente, a seus usuários e fornecedores, revelando-se, por outro lado, os efeitos verificáveis dessa forma de repressão no conjunto da pressão do risco.

Em linhas gerais, demanda inelástica é aquela na qual os consumidores estão sempre dispostos a consumir o produto oferecido (no caso, a droga), independente do preço dado.

Tendo-se em conta que a receita do tráfico, assim como de qualquer atividade econômica, advém da multiplicação da quantidade vendida pelo preço ($R = Q \times P$), se for ofertada a quantidade de 100 quilos de maconha a um preço, por exemplo, de R\$ 10,00 ao quilo, a receita oriunda da venda da droga será de R\$ 1.000,00. Caso efetuada a apreensão pela polícia de 20 quilos da droga, os 80 quilos restantes terão

⁶² FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 351-352.

seu preço final inflacionado. De R\$ 10,00 ao quilo, o preço será alterado, hipoteticamente, para R\$ 15,00 ao quilo.

Se a receita é formada pela multiplicação da quantidade pelo preço, a ação repressiva, ao invés de contribuir para repressão do tráfico, redundará em sua capitalização, pois os 80 quilos restantes, vendidos a R\$ 15,00 ao quilo, gerarão uma receita bruta de R\$ 1.200,00, portanto, 20% maior do que a receita anterior à intervenção das agências repressoras.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Mankiw afirma que

Embora o objetivo de combate às drogas seja reduzir o uso, seu impacto direto atinge mais os vendedores do que os compradores. Quando o governo impede a entrada de drogas no país e prende alguns traficantes, aumenta o preço da venda de droga e, em consequência, reduz a quantidade oferecida a qualquer preço dado. A demanda por drogas – a quantidade que os compradores desejam a qualquer preço dado – permanece inalterada.

[...]

Como poucos usuários abandonarão seu hábito destrutivo em resposta ao aumento do preço, é provável que a demanda por drogas seja inelástica [...]. Se a demanda é inelástica, então o aumento do preço aumenta a receita total do mercado de drogas. Isto é, com o combate às drogas aumenta o preço da droga proporcionalmente mais do que a redução de seu uso, aumenta o montante total que os usuários despendem em drogas. Viciados que já tinham que roubar para sustentar o vício precisarão mais ainda de dinheiro rápido. Portanto, o combate às drogas poderia aumentar a incidência de crimes relacionados às drogas.⁶³

Levando-se em conta que o Fundo Monetário Internacional estima que as atividades relacionadas ao narcotráfico movimentam,

⁶³ MANKIW, Gregory. **Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia**. Rio de Janeiro: Campus, 1999. pp.111-112.

anualmente, a estratosférica quantia de 500 bilhões de dólares⁶⁴, fácil constatar que fração substancial desse montante é gerada a partir da intervenção das agências repressivas, redundando, como explicitado, em capitalização do primeiro escalão do tráfico.

Alicerçando a assertiva, Zaffaroni, citado por Orlando Zaccone, explica que a intervenção repressiva estatal sobre o comércio de drogas ilícitas tem o condão de excluir do mercado as empresas mais débeis (aviões, mulas, esticas),

convertendo o sistema penal num fator de concentração econômica, que não importa na exclusão das atividades ilegais do mercado, senão somente sua concentração junto às atividades legais. Assim, o atual modelo repressivo acaba por realizar uma função de intervenção no mercado. Os varejistas são retirados da competitividade do comércio ilegal, aumenta-se a corrupção na periferia e concentram-se os lucros do negócio ilícito junto às atividades legais, responsáveis pela lavagem do dinheiro obtido com o comércio das drogas proibidas.⁶⁵

Não bastasse isso, o modelo beligerante de tratamento com relação às drogas atraí sérias conseqüências de ordem política, importando em crescente dispêndio do orçamento estatal para dar suporte a criminalização dos operadores visíveis do tráfico.

Quadro estatístico construído a partir de dados coletados do Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN em 2014⁶⁶ revela que a entrada em vigor da Lei 11.343/06 redundou em crescente escalada nos índices de encarceramento por tráfico de drogas, conforme ilustrado a seguir:

⁶⁴ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: Quem são os traficantes de droga**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.11.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 24-25.

⁶⁶ Disponível em <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/com-lei-de-drogas-presos-por-trafico-passam-de-31-mil-para-138-mil-no-pais.html>. Acesso em 01 de agosto de 2015.

Presos por tráfico são maioria no país

Nº de processos cresceu após Lei de Drogas de 2006



dez.2005 | jun.2013

Tráfico Internacional de Entorpecentes	1.360	7.431
Tráfico de Entorpecentes	31.520	138.366
Roubo Qualificado	51.883	95.806
Roubo Simples	19.013	51.817
Furto Simples	16.444	39.579
Furto Qualificado	13.101	38.747
Homicídio Qualificado	16.926	37.214
Homicídio Simples	9.321	28.540

G1.com.br

Infográfico elaborado em: 17/6/2015

Uma população carcerária composta por 138.366 pessoas demanda um substancial investimento por parte do Estado, seja na criação de vagas em presídios, seja na manutenção do apenado durante a longa custódia, regra geral, nunca inferior a cinco anos de reclusão (o artigo 33 da Lei de Drogas impõe pena de 05 a 15 anos de reclusão), dos quais, por se tratar de delito equiparado a hediondo, dois quintos deverão ser resgatados em regime prisional fechado.

De acordo com Rosa, desconsiderados os custos afetos ao processo judicial e ao inquérito policial que normalmente o antecede,

Segundo dados do Tribunal de Contas de Santa Catarina, em 2012, cada preso custava ao mês,

para o contribuinte, no regime de autogestão, R\$ 1.649,03, enquanto no regime de cogestão, R\$ 3.010,92. Assim é que a manutenção de uma pessoa presa em Santa Catarina, por ano, não sairá por menos de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Além da existência de diversos problemas, dentre eles a superlotação, violações de Direitos, o que resta apontar é que uma simples condenação por tráfico, muitas vezes do “mula”, por cinco anos, custará R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

O Ministro do STF, Ricardo Lewandowski, em artigo publicado na Folha de São Paulo (aqui), afirma que cada preso não sairá por menos de R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) ao mês. Assim, um ano de prisão custará R\$30.000,00 (trinta mil reais).⁶⁷

Tomando-se por referencia a estimativa média (R\$ 2.500,00), cada preso custa ao Brasil, por ano, o montante de trinta mil reais. Um preso por tráfico deverá permanecer confinado, em regime fechado, por aproximadamente dois anos, ou seja, a um custo de sessenta mil reais. Um cálculo simples revela que a manutenção dos 138.366 custodiados por tráfico exige o dispêndio, por ano, de R\$ 4.150.980.000,00 (quatro bilhões, cento e cinquenta milhões e novecentos e oitenta mil reais), quantia que devera ser multiplicada, no mínimo, por dois, considerado o período inicial de cárcere.

Esse extraordinário gasto público não é simplesmente suportado pelo Estado, sendo, a bem da verdade, uma imposição extra-oficial. Ocorre que o grande traficante, que não se confunde com o varejista do morro ou da favela, é um operador do mercado de drogas, detendo, por conseguinte, o conhecimento acerca dos benefícios da eliminação da concorrência sobre os preços da droga. Convém a ele, ao que tudo indica, a permanência da repressão estatal, o que irá provocar, como dito acima, o incremento de suas receitas.

⁶⁷ ROSA, Alexandre de Moraes da. **Precisamos conversar sobre gastar, no mínimo, 20 mil reais com cada preso. Vale a pena?** Disponível em <http://emporiododireito.com.br/precisamos-conversar-sobre-gastar-no-minimo-20-mil-reais-com-cada-presos-vale-a-pena-por-alexandre-morais-da-rosa/>.

Acesso em 01 de agosto de 2015.

Nesse contexto, parece inegável que as ideologias que fomentam a aplicação da política aparelhada na Lei de Drogas implicam em fracasso estatal e, ao mesmo tempo, em sucesso dos grandes operadores do narcotráfico.

No que concerne ao ponto declarado como objetivo pela Lei de Drogas, consistente na tutela do bem jurídico saúde pública, a situação ganha contornos dramáticos.

A suposta proteção ao bem jurídico saúde pública parte do princípio segundo o qual o uso de drogas teria a capacidade abstrata (crime de perigo abstrato) de prejudicar ou destruir a saúde física e mental de seus usuários, levando-os à doença ou a morte.

A tipificação da mercância ilegal de entorpecentes, em qualquer das modalidades verbalizadas pelo preceito primário vazado no artigo 33 da Lei 11.343, traria consigo um perigo à saúde pública verificável a partir da conduta abstratamente considerada. É quase como criminalizar o pensamento.

Em vista disso, alguém que mantenha em depósito uma grande quantidade de droga será, *muito provavelmente*, classificado pelo sistema penal como traficante, mesmo que, concretamente, a droga por ele armazenada seja incapaz de causar qualquer dano específico, a curto ou a longo prazo, à saúde de seus eventuais usuários.

A classificação do denominado, de forma geral, tráfico de drogas como sendo de perigo abstrato permite, de outro lado, a sustentação de um sistema criminalizante seletivo.

Em outras palavras, a criminalização do agente a quem se imputa a infração penal passa a depender de seu estereótipo e não de sua conduta, reforçando, outrossim, a seletividade quantitativa que imuniza os reais operadores e beneficiados pelo tráfico de entorpecentes.

Vera Regina, após se referir à seletividade quantitativa do sistema penal, relacionada à “defasagem entre programação penal e recursos disponíveis para sua operacionalização”⁶⁸, destaca, com propriedade, que

[...] se a conduta criminal é majoritária e ubíqua, e a clientela do sistema penal é composta regularmente em todos os lugares do mundo por

⁶⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica: Do controle da violência à violência do controle penal**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 266.

pessoas pertencentes aos baixos estratos sociais, isto indica que há um processo de seleção de pessoas às quais se qualifica como delinquentes e não, como se pretende, um mero processo de seleção de condutas qualificadas como tais. O sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas, mais que contra certas ações legalmente definidas como crime.

Desta forma, a “minoría criminal” a que se refere a explicação etiológica (e a ideologia da defesa social a ela conecta) é o resultado de um processo de criminalização altamente seletivo e desigual de “pessoas” dentro da população total, enquanto a conduta criminal não é, por si só, condição suficiente deste processo.⁶⁹

A probabilidade, portanto, do reconhecimento do perigo abstrato e, via de consequência, da traficância a partir da quantidade da droga, seja ela mínima (algumas pedras de *crack* para consumo próprio) ou significativa (algumas quilogramas de cocaína), encontra-se na estrita dependência do grau de imunização do agente, podendo o detentor de pequena quantidade droga, caso negro, pobre, analfabeto ou favelado, ser tabulado como traficante, ainda que detenha o entorpecente para uso recreativo, enquanto o detentor de grande quantidade de drogas, caso sustente as características de pertencente ao rol de consumidores aptos, detém as condições de ser equiparado ao usuário pelo sistema penal.

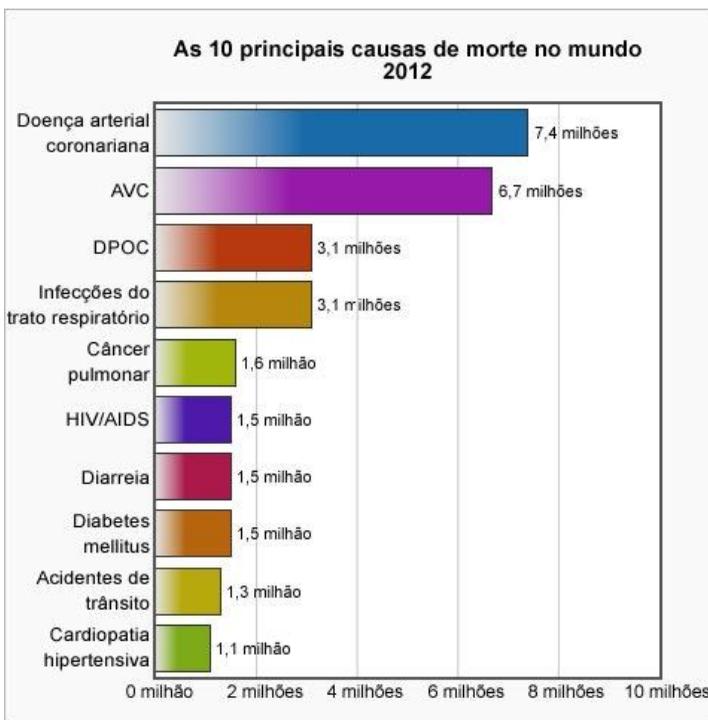
Importa sublinhar, também, que, à parte da manifesta seletividade derivada da classificação dogmático-penal do tráfico de drogas ou do consenso a respeito de necessidade do combate a esse grande mal, o bem jurídico declaradamente protegido não é posto em perigo algum - ou pelo menos não em perigo proporcional à extensão e aos efeitos deletérios da tutela repressiva - pelo uso de drogas ilícitas ou pelas ações relacionadas a seu comércio e circulação, como observa, acidamente, uma vez mais, Vera Regina

Os objetivos declarados da criminalização, a “proteção” da saúde pública por meio do combate à produção, distribuição e consumo de “algumas” drogas, seletiva e politicamente definidas como

⁶⁹Ibidem, p. 267.

crimes (notadamente as integrantes das culturas latino-americanas, poupadas as produzidas pela indústria far macêutica e fumagista, por exemplo), não resistem ao mais leve toque teórico e empírico, no atual estágio da teoria criminológica e da deslegitimação do paradigma punitivo e prisional [...].⁷⁰

De fato, o quadro a seguir, elaborado pela Organização Mundial de Saúde, identifica as principais causas de óbito no mundo no ano de 2012⁷¹, parece confirmar essa conclusão:



⁷⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 371.

⁷¹ Disponível a partir de <http://www.who.int/eportuguese/publications/pt/>. Acesso em 05 de agosto de 2015.

Constata-se, facilmente, que uso de drogas não está arrolado entre as principais causas de morte e, mesmo que estivesse, seria superado pelo diabetes, pela diarreia e pelos acidentes de trânsito. Mesmo assim, ninguém sugere a criminalização do uso de automóveis ou da venda de refrigerantes.

No mesmo ano (2012), morreram no Brasil, de acordo com os dados do Datasus, 1.181.166 pessoas, sendo as causas principais, salvo variações quanto à posição no *ranking*, semelhantes às apontadas pela OMS.

Os anos anteriores possuem dados similares e, por isso, não são de relevância para a abordagem que se pretende realizar.

Entre os anos de 2006 e 2010, do total geral de óbitos no Brasil, superior a quatro milhões de pessoas, levantamento feito pela Confederação Nacional dos Municípios, tendo como suporte as informações do Datasus para o período, demonstrou que foram contabilizados 40.600 óbitos causados por substâncias psicoativas, sendo que 85% (34.500) deles provocados pela ingestão de uma droga lícita: o álcool, e outros 4.600 (11%) em decorrência direta do cigarro.

A cocaína teria sido responsável por 354 mortes, sendo os 480 restantes causados por substâncias psicoativas diversas, algumas delas vendidas em farmácia.⁷²

Sem que seja necessário discutir acerca do inquestionável valor da vida humana, nada na proteção ao bem jurídico saúde pública parece justificar o crescente encarceramento de mercadores do tráfico (138.366) em nome de algumas pessoas que irão morrer por conta da utilização da substância proscrita (354), mesmo porque ninguém cogita em criminalizar o uso de álcool - pelo menos não até agora - por conta do número de mortes 100 vezes maior do que aquele provocado pela cocaína.

Ademais, a proibição e a repressão que lhe segue não garantem, em absoluto, a proscrição da droga ou o abandono de sua utilização.

O relatório executivo sobre drogas elaborado pelo Escritório das Nações Unidas para Prevenção à Droga e ao Crime - UNODC revela que

Se estima que un total de 246 millones de personas, o una de cada 20 personas de edades

⁷²Disponível a partir de <http://www.cnm.org.br/biblioteca/lista/todas>. Acesso em 05 de agosto de 2015.

comprendidas entre los 15 y 64 años, consumieron drogas ilícitas en 2013. Si bien ello representa un aumento de tres millones de personas con respecto al año anterior, debido al crecimiento de la población mundial, en realidad el consumo de drogas ilícitas se ha mantenido estable.

La magnitud del problema mundial de las drogas se hace más evidente si se tiene en cuenta que más de 1 de cada 10 consumidores de drogas es un consumidor problemático que sufre trastornos ocasionados por el consumo de drogas o drogodependencia. Es decir, unos 27 millones de personas, o casi la totalidad de la población de un país del tamaño de Malasia, son consumidores problemáticos de drogas. Prácticamente la mitad de esos consumidores problemáticos (12,19 millones) consumen drogas inyectables, y se estima que 1,65 millones de ellos estaban afectados por el VIH en 2013.

Ello supone una pesada carga para los sistemas de salud pública en lo que respecta a la prevención, el tratamiento y la atención de los trastornos relacionados con el consumo de drogas y sus consecuencias para la salud. Únicamente 1 de cada 6 consumidores de drogas problemáticos en el mundo tiene acceso a tratamiento, dado que en muchos países hay un déficit considerable en la prestación de servicios. El número anual de muertes relacionadas con el consumo de drogas (estimadas en 187.100 en el año 2013) casi no ha variado. Un número inaceptable de consumidores de drogas sigue perdiendo la vida de forma prematura, a menudo a consecuencia de una sobredosis, pese a que la muerte por sobredosis puede evitarse.⁷³

A tutela postposta, como fica claro, fracassa em ambos os postulados básicos que orientam a legislação repressiva sobre o assunto, prestando-se, quanto muito, para estratificar a seletividade penal que

⁷³ Disponível em https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_drugs/Publicacoes/LIBRO_PBC.pdf. Acesso em 05 de agosto de 2015.

recai sobre a população estereotipada, permitindo, reflexamente, maior controle sobre os indesejáveis e maior perseguição à criminalidade circunvizinha, explicada pelo sistema penal pelo resgate etiológico, isto é, homicídios, roubos, furtos, sequestros são atribuídos, indiscriminadamente, à epidemia de drogadição, abandonando-se as reais motivações presentes nas condutas, a explicação decorrente da seletividade inerente ao sistema penal e olvidando-se a crise instalada nos mecanismos estatais de segurança pública pela mecânica da administração do risco.

Fica fácil perceber, a partir do escrutínio dessas duas leis (Lei de Lavagem de Capitais e Lei de Drogas), que o fato não é o objeto da punição.

Sua orientação é voltada para o futuro, punindo, assim, um risco socialmente identificado com a insegurança e, numa sociedade solidarizada pelo medo, qualquer insegurança carrega consigo o potencial da anomia.

A anomia, é importante que se esclareça, ao contrário do propalado por discursos superficiais, não significa ausência de norma. Anomia quer dizer, no conjunto do pensamento de Durkheim, o rompimento do vínculo social que sustenta os processos de paz social em uma dada sociedade.⁷⁴

O risco de que determinados bens possam ter sido obtidos de maneira ilícita e, posteriormente, transformados em capital lícito, denuncia a frequência de infrações penais aterrorizantes e ameaçadoras (tráfico de drogas, armas, terrorismo) sendo consumadas no interior de uma sociedade insegura.

O combate direto a essas infrações não pode ser atingido pela operacionalidade clássica do sistema penal, especificamente em virtude de sua reconhecida incapacidade. O sistema penal é incapaz de identificar e punir todos os possíveis autores de crimes. Isso faz que se conforme umas substancial cifra de criminalidade oculta, nunca identificada.

Dessa forma, como esclarece Dieter,

se a criminalidade não pode ser eliminada, mas apenas controlada, a concentração da repressão penal a partir da lógica atuarial não é outra coisa que a única opção racional diante da

⁷⁴DURKHEIM, Émile. **II Suicídio**. Milão: Bur Rizzol, 2014, pp. 320-360.

impossibilidade de descobrir, processar, julgar e executar pena para todos os autores e partícipes de crime.⁷⁵

Se o sistema penal é incapaz de garantir a segurança que sustenta a sociabilidade pelo medo, o fato objeto da persecução penal perde importância, sendo mais eficaz, para os anseios sociais acoplados pela dogmática do risco, sua substituição pelo prognóstico perigosista (lógica atuarial).

Punir o risco que assola as zonas de segurança cidadã é a forma pela qual o sistema penal alcança as expectativas sociais nele introduzidas dogmaticamente.

Se alguém deve ser punido para expiar a paz social ameaçada pela ocorrência de infrações penais ocultas pela inoperatividade, formular diagnósticos de risco é, de fato, extremamente eficaz.

Ao final, é isso que as disposições penais modernas buscam garantir: a punição ancorado em prognóstico de risco.

Essa não é uma peculiaridade das leis em questão. Inúmeras outras vem pela mesma senda, consolidando um punitivismo estranho à dogmática penal clássica, alicerçada, ao menos de forma declarada, em garantias como a presunção de não culpabilidade.

Agora, ninguém mais é inocente, bastando que a criação de um risco não admitido juridicamente pela lei penal autorize a persecução, ainda quando não existam provas de um fato anterior relevante para o agir repressivo ou, se houver, uma simples análise contrafactual revela a completa inexistência de ofensa ao bem jurídico declaradamente tutelado.

Isso termina por corroborar o até aqui afirmado: o moderno paradigma punitivo não se encontra dirigido à punição de condutas penalmente relevantes. Isso não significa que possua outro objetivo específico. Sua finalidade é contextual. Engloba uma nova operatividade sistêmica direcionada à prevenção do risco ensejador da insegurança social e nada mais.

É preciso reconhecer que a abordagem do paradigma punitivo moderno contém muitos elementos hipotéticos.

Quase nada do que foi dito a seu respeito pode ser provado empiricamente. Todavia, isso não retira da análise sua capacidade elucidativa.

⁷⁵ DIETER, Mauricio Stegemann. Op. Cit. p. 211.

Como em toda abstração, o modelo construído a partir dela é imperfeito. Entretanto, imperfeição não é sinônimo de especulação.

O moderno paradigma punitivo é algo real, perceptível. Sua percepção, contudo, é duvidosa em decorrência da baixa intensidade de sua abrangência.

Como essa nova lógica ainda não se encontra operando com exclusividade (permanece algo tradicional na operação do sistema penal, isto é, ele ainda não foi completamente colonizado pelo sistema externo), insinua-se uma dificuldade em reconhecê-lo.

O moderno paradigma punitivo ajusta-se e explora esse espaço. Entre a visão romântica de um direito penal garantidor e o reconhecimento de sua seletividade criminalizante, aflora um sistema que, a despeito de conservar suas estruturas operativas, age com base em uma nova programação.

O manejo do risco e a solidariedade pelo medo garantem essa funcionalidade.

Não se trata, outrossim, da recuperação de uma idéia que explica o sistema penal a partir de uma dada estrutura social. No seio dessa matriz teórica, o sistema penal pode, de fato, ser explicado pelo recurso a categorias econômicas e de produção. Nele, a exclusão social é garantida pela disciplina do cárcere.

Já o sistema penal emergente não se interessa por disciplina, mas por controle e segurança, valendo, aqui, o alerta de Foucault na voz de Zaccone, no sentido de que não se trata de técnicas excludentes ou sucessivas, “uma vez que a segurança é uma certa maneira de acrescentar, fazer funcionar, além dos mecanismos propriamente de segurança, as velhas estruturas da lei e da soberania.”⁷⁶

Tal qual sua programação, os verdugos e carcereiros desse sistema não estão em seu interior, não fazem parte de sua estrutura, o que torna ainda mais problemática sua tematização.

O medo que nos assola, derivado da impossibilidade da ordem instalada garantir o progresso prometido, faz de nós os reais operadores desse novo paradigma punitivo. A diferença essencial é que, em breve, o carcereiro será o encarcerado; o verdugo, a vítima.

⁷⁶D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone. Op. Cit. p. 57.

4 A OPERATIVIDADE DO SISTEMA DE CONTROLE PENAL E A GESTÃO DA SEGURANÇA DO MEIO SOCIAL

A operatividade do sistema penal envolve uma feixe de atribuições programadas pelo objetivo de distinguir, separar, ditar um critério como base de inclusão padronizada que permita identificar, com a suficiente certeza prometida pelo discurso legislativo, quando se pode criminalizar, processar e punir alguém a quem se atribua a prática de uma infração penal.

A organização do sistema penal secciona-o em relação ao meio social e, supõe-se, até mesmo em relação ao sistema político responsável pela produção do discurso criminalizante traduzido pela lei penal.

Esse isolamento operativo determina, em última análise, quando podemos atribuir a uma dada operação o signo afeto ao sistema penal, variável, como se verá a seguir, em razão da tônica do discurso ideológico precedente a suas operações.

Apesar desse isolamento operativo em relação ao meio social, não permitindo, como se sabe, reações repressivas isoladas ou coletivas em face da identificação de uma prática descrita como crime pela legislação penal, o resultado das operações do sistema deve significar algo para o meio social a ele relacionado, ou seja, o observador externo ao sistema deve conseguir interpreta-lo de acordo com sua dimensão programadora, admitindo-se, nesse momento, que essa dimensão pertença à esfera oficial do sistema penal.

Mesmo partindo da idéia segundo a qual o sistema penal opera de modo fechado, sendo o responsável pela produção de suas próprias estruturas e, de igual modo, pela determinação de seu estado posterior a partir de um dado estado anterior, seu isolamento apenas fará sentido se for possível distingui-lo do ambiente, e isso ocorre na medida de sua interação com meio.

Essa necessidade sustenta, por um pouco mais, a imprescindibilidade de suas categorias tradicionais, conservando-se a diferenciação sistêmica.

Entretanto, os elementos discursivos afetos à programação do sistema organizam-se sob o influxo de uma nova lógica, ou seja, passam a trabalhar na dinâmica interativa da dogmática do risco.

Diverso, porém, da organização do sistema penal antecedente, rompe-se a diferenciação entre funcionalidade real e declarada, isto é, a esfera oficial do sistema penal passa a funcionar de acordo com a lógica do sistema penal subterrâneo, fazendo isso de forma declarada, assumida e sem pudores.

Em vista disso, a par de explicar como o moderno sistema penal encontra-se organizado, é preciso entender quais são suas modernas respostas às questões destinadas a fornecer o estofamento de sua legitimação.

Não se pode avançar sem antes entender a permanência das categorias do sistema penal clássico no interior do moderno sistema penal e, ao mesmo tempo, como o conteúdo das indagações e respectivas respostas desse saber-poder são ressignificadas pelo risco.

4.1 POR QUE CRIMINALIZAR?

A criminalização primária de certas condutas é uma opção estritamente política e, apenas de forma reflexa, uma escolha decorrente de imposição jurídica ditada pelo próprio ordenamento positivado.⁷⁷

Em vista disso, a criminalização estampada nos estatutos repressivos extrai sua lógica declarada de uma ordem sancionadora, explicada a partir da necessidade de proteção a bens jurídicos cuja tutela seria indispensável à manutenção do tecido socio-estatal.

Obviamente, a declaração protetiva que orienta a criminalização primária isola e neutraliza qualquer discussão a respeito do sujeito criminalizado, revestindo a lei penal, em função da objetividade relacionada ao bem jurídico tutelado, de um caráter dito geral e abstrato.

De modo aparente, portanto, a criminalização primária não possui público alvo específico, devendo recair sobre a totalidade das pessoas imputáveis localizadas no território sujeito a sua aplicação.

Entretanto, a despeito da natureza política neutra da declaração sancionadora, a eleição dos bens jurídicos merecedores de tutela encontra-se axiologicamente comprometida.

Dito de outro modo, os bens jurídicos supostamente protegidos pela lei penal fazem parte de um conjunto delimitado pelo compromisso

⁷⁷ A criminalização pode ser entendida como um duplo processo de seleção, no qual o primeiro momento (criminalização primária) implica na descrição da conduta na lei penal, acompanhada de resposta sancionadora destinada à proteção de certo bem jurídico; o segundo momento (criminalização secundária) importa na “seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos aqueles que praticam tais comportamento” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de Andrade. **A ilusão da Segurança Jurídica: Do controle da violência à violência do controle penal.** 2a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 218.)

decorrente de um pacto prévio, ainda que implícito e tácito, celebrado entre os sujeitos capazes de decisões políticas vinculantes.

Assim, a posterior criminalização primária, ao ser propagada como neutra, geral e abstrata, termina por ocultar a estratégia anterior de proteção de bens jurídicos de interesse específico e, no mais da vezes, uma proteção tendente a blindar os bens e valores da classe dos possuidores contra as possíveis pretensões de inclusão da classe dos despossuídos.

Porém, diverso do que possa parecer, essa estratégia não é o resultante de um simples processo conscientemente dirigido por uma camada social opressora, ou seja, a condução política do processo de constituição de bens jurídicos repousa em marco estrutural que sedimenta, inclusive, a própria definição de bens e valores a serem tutelados.

Isso não significa, no entanto, que a ação individual ou coletiva materializada no transcurso do processo político não seja racionalmente orientada. O discurso - e não poderia ser diferente - que traduz a opção política e antecede o padrão criminalizante encontra-se inserido em matriz racional garantidora de sua compreensão, aceitação e aderência, mas sua gestação é ideológica, em sentido negativo, e essa ideologia é marcada por padrões estruturais alheios e, portanto, amorais, aos bens e valores protegidos pela via do processo político de decisão e, a seguir, sancionados pela lei penal.

Veja-se que isso não quer dizer que o discurso criminalizante, em nível primário, faça parte de um mero arcabouço institucional ou cultural. Apesar de possível, a mera explicação institucional ou cultural das razões punitivas primárias não alcança, e até mesmo oculta, o ideal constitutivo dos processos anteriores e concomitantes à criminalização primária de determinadas condutas.

Ao que parece, a criminalização primária extrai seus fundamentos de um processo político radicado, de modo singular, nas condições propiciadas pela modernidade, expondo seus principais vetores: “a divisão do trabalho, a burocracia moderna, o espírito nacional, a eficiência, a mentalidade científica e, particularmente, o fato de se relegar os valores de importantes setores da sociedade.”⁷⁸

Não se pode esquecer, de outro lado, que, a par desses vetores, a modernidade carrega consigo uma inédita pretensão de igualdade formal

⁷⁸CHRISTIE, Nils. **A Indústria do Controle do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 172.

entre os sujeitos, decorrência de sua submissão a um mesmo estatuto jurídico. Ocorre que a outorga de um *status* jurídico igualitário obscurece a própria divisão social derivada da escolha criminalizante, não mais permitindo que o sujeito estranho ao valor tutelado pela regra sancionadora seja identificado *a priori*.

Nesse contexto, a criminalização primária é, necessariamente, reforçada pela criminalização secundária. Enquanto a primeira opera em suposto patamar neutro, geral e abstrato, a segunda tende a materializar os sujeitos a quem a programação penal é dirigida. Importante destacar que tanto uma como a outra possuem os mesmos destinatários, representados por um estereotipo humano relacionado a valores divergentes na criminalização primária, e por sujeitos ligados a esses valores na criminalização secundária.

Para ser mais explícito, a criminalização primária opera na esteira de um direito penal do fato. Já a criminalização secundária, ao identificar os sujeitos criminalizáveis, ocultando que essa identificação é seletiva por conta da maneira de escolha dos valores a serem elevados a condição de bens jurídicos, constitui um direito penal do autor.⁷⁹

A criminalização secundária, dessa feita, opera orientada por padrões heterofóbicos, cuja construção permite retraçar os limites rompidos pela igualdade jurídica, identificando e marcando os estranhos e indesejáveis no interior do grupo social formalmente homogêneo.

Assim, o sujeito criminalizado passa a ser representado como alguém

de má vontade ou “objetivamente” como perigoso -em ambos os casos, uma ameaça ao bem-estar do grupo ressentido. Por exemplo, a categoria repelida pode ser pintada como conspirando com as forças do mal na forma construída pela religião do grupo ressentido ou retratada como um concorrente econômico inescrupuloso: a escolha

⁷⁹ Ainda que haja uma insistência academico-doutrinária a respeito, formulada no sentido da existência de uma divisão teórica entre direito penal do fato e direito penal do autor, a manifesta seletividade penal identificada nos processos de criminalização secundária, funcionalmente normal em face da seletividade oculta pelo processo político que antecede a escolha de bens jurídicos que aparelham a criminalização primária, termina por revelar sua coexistência no processo mais amplo, no qual aquela não é um mero desdobramento desta, mas sua extensão prática.

do campo semântico em que se teoriza a “periculosidade” do Outro repellido é presumivelmente ditada pelo enfoque de momento na relevância, conflitos e divisões sociais.

[...]

O forasteiro, neste caso, ameaça penetrar o grupo nativo e fundir-se com ele - se medidas preventivas não forem tomadas e rigorosamente observadas. O elemento estranho, portanto, ameaça a unidade e a identidade do grupo nativo, não tanto por confundir o seu controle sobre um território ou sua liberdade de ação pelos padrões conhecidos, mas borrar a fronteira do próprio território e apagar a diferença entre o modo de vida familiar (certo) e o modo de vida estranho(errado).⁸⁰

Embora o discurso afeto à criminalização secundária permaneça atrelado a uma promessa de igualdade jurídica, as agências criminalizantes (polícia, ministério público, judiciário, imprensa) atuam de forma seletivamente orientada por força, justamente, da obrigação de resgate de modo de vida ditado pela modernidade.

Esse processo de seleção da clientela criminalizada, por conseguinte, toma o fato imputado ao sujeito apenas de empréstimo para justificar a sujeição concreta à lei penal daqueles cujo modo de vida não corresponde ao padrão implícito no regramento positivado.

No cenário moderno, isso implica, no mais das vezes, em seleção da clientela penal de acordo com as possibilidades de inclusão no mercado de consumo, uma vez que a diferenciação social dela decorrente “borrou”, por completo, os limites da tradicionalmente denominada classe social.

Mas o que isso quer dizer?

O primeiro significado desse rompimento pode ser traduzido na fixação de uma solidariedade pelo medo, permitindo que o antagonismo existente entre as classes ou estratos sociais seja reconciliado pela via da identificação de um inimigo comum e portador da insegurança: o criminoso por inaptidão para o consumo.

⁸⁰BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000, pp. 58-59.

O segundo significado, um pouco mais abrangente, decorre dos processos de individualização inaugurados pela modernidade, permitindo que problemas sistêmicos sejam interpretados como fracassos individuais a despeito da manutenção da desigualdade social⁸¹.

A individualização não contradiz, pelo contrário, explica a peculiaridade desse nova pobreza. Sob as condições da individualização, as pessoas são sobrecarregadas com o desemprego em massa como se fosse um destino pessoal. Os que são afetados já não o são de modo socialmente visível e coletivo, mas de uma forma específica de acordo com as fases. Os afetados tem de arcar por conta própria com algo para o que a experiência da pobreza e os contextos de vida definidos pela classe ofereciam e manejavam contrainterpretações de consolo e formas de defesa e apoio. Nas situações de vida individualizadas e carentes de vínculos de classe, o destino coletivo converteu-se, mais e mais, em destino pessoal, em destino individual, com um caráter social perceptível apenas estatisticamente, mas não mais vivenciável, e para escapar a essa fragmentação no âmbito pessoal, teria de ser restaurado como destino coletivo. A unidade referencial atingida pelo raio do desemprego e da pobreza já não é o grupo, classe ou camada social, mas o indivíduo de mercado em suas circunstâncias específicas.⁸²

A divisão social realizada pela modernidade, portanto, não mais classifica os sujeitos em grupos característicos marcados pela estratificação. Ao contrário, a secção é feita tendo em conta possibilidades de intercâmbio entre as partes a partir da aptidão ou inaptidão para o consumo, reservando-se a estes (consumidores falhos) a diferenciação por intermédio da criminalização secundária.

A criminalização, via de consequencia, é um produto necessário e, pode-se dizer, até indispensável à modernidade e à divisão social por ela inaugurada.

⁸¹BECK, Ulrick. Op. Cit. pp. 107-111.

⁸²Ibidem. p. 134.

Bauman esclarece que

A crescente magnitude do comportamento classificado como criminoso não é um obstáculo no caminho para a sociedade consumista plenamente desenvolvida e universal. Ao contrário, é seu natural acompanhamento e pré-requisito. É assim, reconhecidamente, devido a várias razões, mas eu proponho que a principal razão, dentre elas, é o fato de que os “excluídos do jogo” (os consumidores falhos” - os consumidores insatisfatórios, aqueles cujos meios não estão à altura dos desejos, e aqueles que recusaram a oportunidade de vencer enquanto participavam do jogo de acordo com as regras oficiais) são exatamente a encarnação dos “demônios interiores” peculiares à vida do consumidor. Seu isolamento em guetos e sua incriminação, a severidade dos padecimentos que lhes são aplicados, a crueldade do destino que lhes é imposto, são - metaforicamente falando - todas as maneiras de exorcizar tais demônios interiores e queimá-los em efígie. As margens incriminadas servem de esgotos para onde os eflúvios inevitáveis, mas excessivos e venenosos, da sedução consumista são canalizados, de modo que as pessoas que conseguem permanecer no jogo do consumismo não se preocupem com o estado da própria saúde.⁸³

O padecimento vicário do sujeito criminalizado não significa, é bom que se diga, uma espécie de reconhecimento da normalidade social do crime, ou, para seguir Durkheim em sua classificação do crime como fato social normal, um modo de fazer “susceptível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior: ou então, que é geral no âmbito de uma dada sociedade tendo, ao mesmo tempo, uma existência própria, independente de suas manifestações individuais.”⁸⁴

⁸³BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 57.

⁸⁴DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 40.

A conduta humana criminalizada pela lei penal não possui imanência normal ou patológica. Condutas humanas não emergem acompanhadas de um etiquetamento moral gestado de forma concomitante à conduta. O crime também não é uma realidade ontológica, mas o resultado direto da submissão da conduta “a um processo altamente especializado de atribuição de sentido.”⁸⁵

Se o crime, como afirma Christie, não existe, sendo somente uma “das inúmeras formas de classificar atos deploráveis”⁸⁶, qualquer julgamento a respeito de sua normalidade ou patogênese não faz qualquer sentido. Todavia, a atribuição de sentido a determinadas condutas e sua classificação como ato deplorável legalmente previsto e sancionado com punição pode, por certo, constituir objeto de julgamento sobre sua (a)normalidade em dado contexto socio-estatal.

A modernidade não fabrica o crime, mas cria a criminalização. Essa criatura moderna não é apenas um produto de uma época ou o resultado de uma definição voltada a garantir a pessoa em face dos poderes da potestade estatal (não há crime sem lei anterior que o defina). Mais do que isso, a criminalização que acontece na esteira da modernidade é, ao mesmo tempo, condição e produto necessário de sua emergência, assim como a divisão do trabalho, a burocracia, a eficiência, a mentalidade científica e a completa displicência em relação aos valores da população descartável.

4.2 POR QUE ACUSAR?

A legitimidade da criminalização primária encontra-se alicerçada na promessa de um estatuto jurídico orientado pela neutralidade, abstração e generalidade.

Por conta disso, a submissão universal ao regramento assenta-se na crença de uma dominação racional-burocrática cuja conservação, ao entrar em cena a criminalização secundária, deve ser preservada a todo custo.

A acusação formal do sujeito criminalizado representa, nessa cenário, uma espécie de reafirmação dos compromissos atinentes à criminalização primária, descrevendo fatos ao mesmo tempo que

⁸⁵ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 24.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 25.

encobre, em meio à narrativa, os aspectos ideológico-seletivos que orientarão, a partir dela, o fluxo processual subsequente.

Mas essa não é a funcionalidade principal da acusação na modernidade.

Historicamente, essa relevância da acusação fazia parte do cotidiano processual romano. Honesko destaca que, de acordo com Agamben,

[...]um processo criminal, no direito romano, tinha início com a realização da *delatio nominis*, isto é, a inscrição do nome do denunciado na lista dos acusados. O nome, desse modo, era chamado em causa (*ad causare*). Acontecia, portanto, a implicação de algo no direito, a captura de uma “coisa” pela esfera do processo, pelo domínio jurídico. O autor lembra que a causa e a coisa (*res*) estão, no direito, relacionadas de modo íntimo, pois sempre dizem respeito a uma questão processual. E indica que, nas línguas neolatinas, causa é substituída de modo progressivo por *res* e, após ter designado, na terminologia algébrica, a incógnita (assim como *res*, em francês, apenas sobrevive na forma *rien*, “nada”), dá lugar ao termo “coisa” (*chose* em francês). Na realidade, essa palavra tão neutra e genérica, a “coisa”, nomeia “aquilo que está em causa”, aquilo que acontece no direito (e na linguagem). Torna-se então possível inferir, com base em tal constatação, que a culpa e a pena são menos definitivas para o processo do que a acusação, que assume assim o primeiro plano. “A acusação é”, nas palavras de Agamben, “talvez, a categoria jurídica por excelência (categoria, em grego, significa precisamente acusação), sem a qual todo o edifício do direito ruiria: a chamada em causa do ser no direito. Isto é, o direito é, em sua essência, acusação, categoria.”⁸⁷

⁸⁷HONESKO, Vinícius Nicastro. **Apresentação - Sobre a impossibilidade de julgar** in AGAMBEN, Giorgio. **Pilatos e Jesus**. São Paulo: Boitempo; Florianópolis: Editora da UFSC, 2014, pp. 14-15.

O ato de acusar permite, dogmaticamente, a imputação de um fato certo, determinado e incriminado primariamente a um sujeito concreto e identificável, destacando-o dos demais e atribuindo-lhe responsabilidade individual por sua conduta. A acusação marca, identifica, torna visível o sujeito a quem se atribui a prática de uma infração penal.

A narrativa da acusação impõe ao sujeito criminalizado o peso da individualização realizada pela modernidade, promovendo o desencaixe entre os aspectos marcadamente seletivos da criminalização secundária e a pressuposta liberdade de escolha de que seria portador o acusado. Em outras palavras, a acusação permite que a criminalização do sujeito seja explicada a partir de sua inaptidão para viver de forma “correta e ordeira”, ou seja, a descrição fática objeto da acusação nega a seletividade penal das agências criminalizantes e sustenta que a imputação de conduta nela contida nada mais é que o reconhecimento da liberdade individual para vencer ou perder.

Resumidamente, a “individualização” consiste em transformar a “identidade” humana de um “dado” em uma “tarefa” e encarregar os atores da responsabilidade de realizar essa tarefa e das consequências (assim como dos efeitos colaterais) de sua realização. Em outras palavras, consiste no estabelecimento de uma autonomia *de jure* (independentemente de a autonomia *de facto* também ter sido estabelecida).⁸⁸

De outro vértice, o processo de individualização fomentado pelo ato de acusar, ao pressupor, juridicamente, a liberdade de escolha para delinquir, impede a coletivização de interesses por parte dos sujeitos criminalizados, singularizando-os a ponto de não mais permitir qualquer identificação entre os selecionados para fazer parte da clientela penal, facilitando, sobretudo, a permanência da criminalização secundária direcionada aos considerados inaptos para pertencer ao jogo de consumo.

Paradoxalmente, enquanto a solidariedade é obstada entre os criminalizados em função do forçado reconhecimento que a acusação acarreta no que diz respeito a suas responsabilidades individuais quanto

⁸⁸BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 40.

ao próprio destino, a visibilidade do sujeito incriminado promovida pelo ato acusatório permite seu reforço entre os virtuais sujeitos vitimizados, canalizando, na forma de interesse geral, as demandas por mais segurança (a vitimização não poderia ser individualmente superada), as quais, uma vez incorporadas pelo sistema político, são atendidas pelo fortalecimento quantitativo e qualitativo na criminalização primária (novas leis ou mais rigor na sanção cominada nas leis penais existentes).

Não se pense, contudo, que a singularização do sujeito acusado tenha por função real o incremento de suas garantias processuais em face do órgão acusador. A despeito de sua declaração formal (tornar certa a acusação permitiria o contraditório e o exercício defensivo amplo), as garantias processuais do acusado são o mero fausto de sua individualização. Seu objetivo não se restringe a marcar o acusado com o signo da responsabilidade por suas escolhas inaptas, ou, quiçá, românticamente, promover o resgate de sua cidadania corrompida pelo crime por meio da blindagem garantista.

O ato de acusar carrega consigo - e não poderia ser diferente - a circularidade da individualização, ora imputando a responsabilidade pela tarefa não cumprida adequadamente, ora objetificando o sujeito individualizado, seja por que sua apresentação na forma de “coisa” implica na renúncia direta ao julgamento ético a seu respeito, seja por que, contraditoriamente, a individualização espelhada pelo ato acusatório contrapõe o acusado ao cidadão, revelando a este, de forma ameaçadora aos detentores do poder político e à ordem por eles defendida, o sentido de liberdade em relação ao controle sócio-estatal ditado pela modernidade.

Nas palavras esclarecedoras de Bauman,

[...] como Tocqueville há muito suspeitava, libertar as pessoas pode torná-las indiferentes. O indivíduo é o pior inimigo do cidadão, sugeriu ele. O “cidadão” é uma pessoa que tende a buscar seu próprio bem-estar através do bem-estar da cidade - enquanto o indivíduo tende a ser morno, cético ou prudente em relação à “causa comum”, ao “bem comum”, à “boa sociedade” ou à “sociedade justa”. Qual é o sentido de “interesses comuns” senão permitir que cada indivíduo satisfaça seus próprios interesses!!! O que quer que os indivíduos façam quando se unem, e por mais benefícios que seu trabalho conjunto possa trazer, eles o perceberão como limitação à sua liberdade

de buscar o que quer que lhes pareça adequado separadamente, e não ajudarão. As únicas duas coisas úteis que se espera e se deseja do “poder público” são que ele observe os “direitos humanos”, isto é, que permita que cada um siga seu próprio caminho, e que permita que todos o façam “em paz” protegendo a segurança de seus corpos e posses, trancando criminosos reais ou potenciais nas prisões e mantendo as ruas livres de assaltantes, pervertidos, pedintes e todo tipo de estranhos constrangedores e maus.

[...]

Em suma: o outro lado da individualização parece ser a corrosão e a lenta desintegração da cidadania.⁸⁹

Se o indivíduo é a antítese do cidadão e, mais do que isso, se a individualização preenche o espaço com a promessa de liberdade negativa com relação ao aparelho estatal (não intervenção), o ato acusatório, ao promover a singularização do sujeito, torna-o potencialmente perigoso à estrutura de submissão normativa a que está atrelado o cidadão (legitimidade da obediência pela via da dominação legal-burocrática).

A higidez ideológica da estrutura de dominação da modernidade é ameaçada pela individualização potencializada pelo ato acusatório, exigindo contramedidas tendentes a anular seus efeitos. O acusado deve ser despedido de seu *status* humano, conservando, por mais absurdo que possa parecer, as garantias jurídicas do cidadão.

Nesse ponto, o processo de dominação burocrática da modernidade assume o protagonismo, encarregando-se de transformar o sujeito individualizado pela acusação em objeto, esvaziando-o de qualquer significado que possa ser interpretado como liberdade, inclusive como liberdade de não participar do jogo de consumo.

Reduzidos, como todos os outros objetos de gerenciamento burocrático, a meros números desprovidos de qualidade, os objetos humanos perdem sua identidade. Eles são sempre desumanizados - no sentido de que a língua em que são narradas as coisas que acontecem a eles (o

⁸⁹Ibidem, pp. 45-46.

que são feitas a eles) preserva seus referenciais de qualquer avaliação ética.

[...]

Uma vez efetivamente desumanizados e portanto cancelados como sujeitos potenciais de demandas morais, os objetos humanos da execução de tarefas burocráticas são vistos com indiferença ética, que logo vira desaprovação e censura quando sua resistência ou falta de cooperação torna mais lento o fluxo macio da rotina burocrática. Objetos desumanizados não podem possivelmente ter uma “causa”, muito menos uma justa “causa”; eles não tem interesses a serem considerados, com efeito nenhuma reivindicação à subjetividade. Objetos humanos tornam-se portanto um fator incômodo. Sua rebeldia reforça ainda mais a autoestima e os laços de camaradagem que unem funcionários. Estes veem-se então como companheiros numa luta difícil, que pede coragem, autossacrifício e dedicação desinteressada à causa. Não são os objetos da ação burocrática, mas seus sujeitos que sofrem e merecem compaixão e exaltação moral.⁹⁰

Acusar, na sistemática do moderno paradigma penal, é trazer o indivíduo à causa, é despi-lo da inocência, transforma-lo em coisa, em objeto da lide⁹¹ e, como tal, descartável, salientando seu fracasso em dar conta da tarefa a ele atribuída no jogo consumista.

4.3 POR QUE PROCESSAR?

A acusação dá corpo ao processo de criminalização secundária, marcando e singularizando o acusado com o estigma seletivo do controle penal. Se não a deflagra, uma vez que antecedida, via de regra, pelo filtro policial, torna certa e determinada a imputação de um fracasso social ao sujeito objeto de sua narrativa.

⁹⁰BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000, pp. 87-88.

⁹¹AGAMBEN, Giorgio. **Nudità**. 5 ed. Roma: Nottetempo, 2015, p. 37.

Ora, se o ato acusatório constrói um liame entre fato e sujeito, não parece existir motivo para retardar as consequências. Dito de outro modo, uma vez determinados o conteúdo da imputação e o sujeito responsável, sua penalização deveria ser imediatamente realizada.

O processo de dominação legal-burocrático que marca a modernidade ressent-se, todavia, de um prolongamento destinado a seu auto-reforço. Com esse propósito, a acusação demarca o início de um espaço no qual o simbolismo concernente aos direitos do cidadão sobrepõe-se à individualização, obscurecendo ao público a objetificação do sujeito criminalizado e fortalecendo o discurso de igualdade jurídica.

Discursivamente, o prolongamento da criminalização secundária é apresentado sob uma roupagem dogmático-garantista identificada, na tradição jurídica liberal clássica, com o devido processo legal, cujo ápice seria a prolação, por parte de um juiz previamente investido na atividade jurisdicional, de uma sentença, racionalmente elaborada, de procedência ou rejeição da acusação.

A decisão tomada ao final do devido processo legal materializa, caso condenatória, um ato de entrega asséptica do acusado à punição, plenamente justificada pela simples observância do procedimento, fornecendo, reflexamente, um atestado de idoneidade aos denominados operadores processuais, certificando sua desvinculação pessoal com o destino do acusado.

O processo, por conseguinte, é dotado de uma dupla faceta, servindo como fundamento justificante da punição (se o juiz condenou, então é culpado) e certificado da impessoalidade de seus operadores, permitindo, neste caso, a romantização de seus aspectos marcadamente burocráticos.

Suspeito que o Dicionário do Diabo possa explica-lo melhor. Segundo ele, processo é

Uma investigação formal, que tem o objetivo de comprovar e fazer constar o caráter imaculado de juízes, advogados, jurados. Para isso é necessário que uma pessoa sirva de contraste, sob forma do chamado acusado, prisioneiro ou incriminado. Para tornar esse contraste suficientemente evidente, essa pessoa precisa sofrer, de modo que seja concedido àqueles virtuosos senhores um sentimento agradável não apenas para seu valor, mas também para sua imunidade. Nos dias de hoje, o acusado geralmente é uma pessoa ou um socialista, mas na Idade Média instauravam-se

processos também contra animais, peixes, reptéis e insetos. Um animal que tivesse matado uma pessoa, ou que fosse levado à bruxaria, era legalmente aprisionado, acusado e, de acordo com o julgamento, executado pelo carrasco. Insetos que infestassem trigais, pomares ou vinhedos eram intimados a se fazer representar por um advogado diante de um tribunal civil, e, se ainda persistissem *in contumaciam* após o levantamento das provas, a deliberação e o julgamento, o fato era levado a um supremo tribunal religioso, onde eram solenemente excomungados e amaldiçoados.⁹²

O devido processo legal constitui, na modernidade, a ferramenta eficaz da expiação dos consumidores aptos, garantindo a legitimidade de sua posição mediante o contraste do fracasso dos inaptos e assegurando que a vindoura punição do sujeito fracassado não decorre da vontade pessoal de qualquer dos autodenominados sujeitos processuais, mas da estrita observância de um procedimento ditado pela lei, no bojo do qual foi constatada sua culpa pela ilicitude objeto de prévia acusação.

É nesse ponto que o processo penal recebe contornos de entrega asseptica do acusado/processado à punição.

Já foi dito que a dominação legal-burocrática da modernidade não admite que um acusado seja submetido à punição sem antes aproveitar-se dessa circunstância para autoproclamar as garantias do cidadão. Dogmaticamente, portanto, o processo penal nada mais seria do que um instrumento destinado a fortalecer as garantias do sujeito sobre o qual recai a atribuição de conduta descrita em preceito incriminador (instrumentalidade garantista⁹³).

Em vista disso, a sentença, como elemento essencial do processo, espelha a clássica garantia liberal de conservação patrimonial e ambulatoria (ninguém deve ser privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal). No entanto, essa reprodução garantista no que toca à sentença é meramente conceitual.

⁹² KOHLER, Peter; SCHAEFER, Thomas. **O Direito pelo Averso: Uma antologia jurídica alternativa**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 10.

⁹³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Volume I. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.07.

Ocorre que a modernidade reconfigurou a funcionalidade dos poderes estatais, conferindo à decisão judicial objetivos estranhos ao desdobramento regular previsto na cláusula do devido processo legal, podendo-se afirmar que a sentença, a partir de então, não mais representa um julgamento com lastro nos critérios de legitimidade da dominação, mas um ato de suspensão excepcional das garantias traduzidas no fluxo procedimental que a antecedeu.

4.3.1 Devido processo legal e modernidade

Sob o prisma essencialmente político, a garantia do devido processo legal resulta de organização estatal específica, alicerçada na tripartição de poderes. Desse modo, por exemplo, a um Poder Executivo funcionalmente opressor corresponderia um Poder Judiciário dotado de função de bloqueio.

Em tal conjuntura, o Poder Judiciário é classificado como politicamente neutro, cabendo-lhe as funções de materializar o conteúdo legislativo com o objetivo de obstar o abuso do poder e garantir aos indivíduos a fruição da liberdade, então categorizada sob o aspecto negativo da não intervenção.

Teoricamente, a neutralidade liberal/garantista do Poder Judiciário engendra

[...] uma relação entre direito e força ou violência física no sistema político. Ela permite que o Legislativo seja despido de seu uso e que o Executivo dela faça uso sob controle do Judiciário, o que, enfim, realiza o postulado da concentração da força nas mãos do Estado e da proibição do uso privado da força.⁹⁴

A justiça assim administrada é de natureza meramente retributiva, acionada com a finalidade de impedir que a liberdade dos indivíduos seja atingida pela ação estatal patrocinada, via de regra, pelo Poder Executivo, para além dos limites definidos pelo Poder Legislativo (função de bloqueio).

⁹⁴FERRAZ JR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, mar/abr/mai/1994, p. 16.

A função clássica dos tribunais restringe-se, fácil perceber, às litigiosidades intersubjetivas, fator mais que suficiente para engessar sua ação política, não lhe sendo permitido interferir nas grandes controvérsias que atravessam o cotidiano sócio-estatal, seja em razão do próprio limite de atuação, seja por conta de aspectos ligados, ilustrativamente, à ilegitimidade decorrente da ausência de mandato popular de seus agentes nos sistemas políticos em que o poder emana do povo.

A gradual substituição, a partir do final da Primeira Grande Guerra, do liberalismo político, caracterizado pela liberdade como decorrência da inação estatal (liberdade negativa), pela doutrina do Estado de Bem Estar Social implicou na substancial alteração do paradigma político do ente público, passando-se a exigir dele não apenas a garantia da liberdade individual pela inação, mas uma efetiva ação política voltada à promoção dos indivíduos.

Nesse contexto, a funcionalidade do Poder Judiciário também é modificada, fato que é percebido pela atuação jurisdicional ativa e, conseqüentemente, na migração da administração da justiça de um modelo retributivo para um modelo distributivo.

No Estado Providência (realizado ou não), o Poder Judiciário passa a ser um ator político que assume a função de garantir a implantação das políticas públicas programadas pelo concomitante constitucionalismo, agindo em prol da materialização do bem estar da comunidade pela via da prestação assistencial a que se encontra obrigado o Estado em razão da promessa constituinte.

Desse modo,

[...] a passagem do Estado liberal para o Estado social revelará, constantemente, os limites da “ideologia da fidelidade à lei”. A “complicada convivência” do estado de direito com o chamado estado de bem-estar social fica evidenciada pelo necessário recurso a novas categorias cognitivas da parte do interprete. Caminha-se, assim, da hermenêutica de bloqueio para a hermenêutica de “legitimação de aspirações sociais”.⁹⁵

⁹⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Judiciário e a Democracia no Brasil. **Revista USP**, São Paulo, mar/abr/mai/1994, p. 124.

Independente da realização plena do Estado Providência em países considerados geopoliticamente periféricos (caso do Brasil), o fato é que esse modelo de Estado entra em declínio a partir dos anos oitenta do século passado, atingido por um vigoroso discurso de desregulamentação induzido por tendências denominadas neoliberais, que não permite pensar o Estado em “em termos de direito, legitimidade, contrato...e sim avaliar a lei do ponto de vista de sua utilidade ou inutilidade.”⁹⁶

Esse declínio do *Welfare State* vem acompanhado por uma extensa crise da representação política, valendo pontuar que esta “tem muitas dimensões, mas uma delas confronta diretamente os tribunais em sua função de controle social”⁹⁷, pois envolve o aumento da corrupção política em função do entrecruzamento do poder político com o poder econômico, situação potencializada pelo afrouxamento dos mecanismos de fiscalização estatal e pela baixa intensidade da participação política por parte dos cidadãos, resultado direto da individualização moderna.

A soma dessas especiais circunstancias abre um canal inédito de intercomunicações entre o público e o Poder Jurisdicional em que as demandas represadas do cidadão por conta da desconfiança nas esferas políticas típicas da ação dos outros poderes estatais são canalizadas ao Judiciário, e este, por sua vez, com base nos fatores alhures mencionados e a despeito dos limites inerentes à manifestação judicial (nem tudo o que um juiz entende como justo é possível de ser realizado), dá “garida às pretensões dos que buscam os tribunais.”⁹⁸

Todavia, essa nova operatividade dos atores judiciais padece de limitações estruturais decorrentes do fato de a magistratura não possuir poder político, isto é, além da imunidade pessoal do juízes por erros e equívocos na aplicação da lei, implicando na completa ausência de responsabilização do agente por engano, escusável ou não, na sentença por ele proferida, o Poder Judiciário não dispõe de forças armadas sob seu comando de modo a obrigar pela coerção o cumprimento de suas decisões.

⁹⁶ LAGASNERIE, Geoffroy de. **A última lição de Michel Foucault: Sobre o neoliberalismo, a teoria e a política**. São Paulo: Três Estrelas, 2013.

⁹⁷ SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporaneas**. Oficina do CES – Centro de Estudos, Coimbra, n. 65, nov/1995 p. 15.

⁹⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Judiciário e a Democracia no Brasil. **Revista USP**, São Paulo, mar/abr/mai/1994, p. 121.

Vale dizer, para que as decisões emanadas do Poder Judiciário vinculem e obriguem seus destinatários, mister que o Poder Executivo empreste a elas sua anuência, franqueando, inclusive, a utilização de seu aparato policial para dar cumprimento aos comandos nelas contidos.

Mas de que forma, então, o Poder Judiciário logra atingir os objetivos traçados por essa funcionalidade emergente se, a despeito de considerar-se um ator político estatal, não detem poder político, sem a colaboração do Poder Executivo, para fazer valer pela força suas decisões?

Para melhor elucidar a questão e reforçando o que acima foi apenas introduzido, importante assinalar que o poder político pode ser definido pela

[...] exclusividade do uso da força em relação a todos os grupos que agem em um determinado contexto social, exclusividade que é o resultado de um processo que se desenvolve, em toda sociedade organizada, na direção da monopolização da posse e do uso dos meios com os quais é possível exercer a coação física.⁹⁹

Essa definição do poder político como monopólio do uso da força, entendida como meio de alcance da finalidade proposta por seu exercente,

Es esencial a toda asociación política el recurso a la pura violencia de los medios coercitivos no sólo frente al exterior, sino también en el interior. Es más: ello es lo que en nuestra terminología la constituye en asociación política. El 'Estado' es aquella asociación que reclama para sí el monopolio del uso de la violencia legítima, y no puede definirse de otro modo.¹⁰⁰

⁹⁹BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p.164.

¹⁰⁰WEBER, Max. **Ensayos sobre Sociología da la Religión**. 2a ed. Madri: Taurus, 2001, p. 537.

Em síntese, pode-se afirmar que o Estado é o detentor exclusivo do poder político, cabendo ao Poder Executivo o monopólio de seu exercício, sendo-lhe permitido, em razão disso, exercer funções básicas identificadas com

[...] a aplicação da lei (função legislativa); a segurança pessoal e da ordem pública (polícia); a proteção dos direitos adquirido (administração da justiça); o cultivo de interesses da saúde pública, educacionais, sociais, culturais e outros (os diversos ramos da administração); e, por fim, mas não menos importante, a proteção armada organizada contra os ataques externos (administração militar).¹⁰¹

No entanto, calha ponderar que, na modernidade, o poder político, apesar de ainda concentrado nas mãos do ente estatal, parece encontrar sua base de sustentação para além do monopólio do uso da força, ou, poder-se-ia dizer, aquém dela.

Nessa linha, Bauman defende a idéia segundo a qual a (pós)modernidade carrega consigo uma nova mentalidade acerca do poder político e sua forma de exercício, identificado cada vez mais com o saber que singulariza o poder ideológico.

Dessa maneira,

Os detentores do poder devem saber o que é bem comum (do gênero humano, da sociedade como um todo, ou da seção incumbida de seu governo) e que padrão de conduta melhor se ajusta a ele. Têm de saber como induzir a conduta e como garantir sua permanência. Para adquirir ambas as capacidades, eles devem se apropriar de certo saber que outras pessoas não possuem. O poder necessita do saber; o saber empresta legitimidade e eficácia (não necessariamente desconectadas) ao poder. Possuir saber é poder.¹⁰²

¹⁰¹WEBER, Max. **O Direito na Economia e na Sociedade**. São Paulo: Icone, 2011, p. 318.

¹⁰²BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e Interpretes**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 75.

Contudo, “esta não é uma tarefa qualquer. Necessita de muito mais que a mera aplicação da força bruta. Precisa de um ator armado de *know-how* e capacidades especializados, um engenheiro do comportamento humano.”¹⁰³

Essa nova função de modelagem ideológica encampada pelo poder político parece indicar um avanço na forma de seu exercício, na medida em que a força física torna-se menos necessária à submissão de seus destinatários (os governados), adquirindo, cada vez mais, um mero aspecto simbólico; porém, essa forma de dominação pelo saber especializado termina por retirar do agente investido na posse do poder político a base que legitima a dominação decorrente desse poder, ou seja, um poder dessa ordem recoloca, em outros termos, a questão da validade do poder político e a legitimidade em seu exercício no que concerne à obediência dos governados.

A derrocada dos critérios de validade no exercício do poder político e a decorrente substituição daquele que o exerce com invocação de um critério de legitimidade por um corpo de *experts* aptos a dominar sem que essa atividade seja percebida ou sem base de legitimação levanta um extenso problema de justificação teórica acerca dos atuais contornos da esfera de domínio estatal, mas, também, resgata uma advertência weberiana a propósito da burocratização nas modernas democracias, nas quais

[...] tem-se de lidar com a “necessidade de treinamento especializado durante muitos anos, uma especialização cada vez maior e a direção por um corpo de funcionários especializados assim treinados.” Tal burocratização não significa, porém, que esse corpo treinado de funcionários, por mais indispensável que seja, deve também gozar da liderança política.¹⁰⁴

De qualquer sorte, essa alteração no fundamento legitimador do exercício da autoridade estatal não o tornou, ao que tudo indica, mais fraco, mas “apenas” traduziu a substituição, na esfera de detenção e exercício do poder político, do grupo tradicional dos metaforicamente

¹⁰³ BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e Interpretes**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 74.

¹⁰⁴ SCHLUCHTER, Wolfgang. **Paradoxos da Modernidade: cultura e conduta na teoria de Max Weber**. São Paulo: Unesp, 2011, p. 50.

denominados legisladores (encarregados de “gerar e promover valores que o Estado e seus súditos devem implementar e observar”¹⁰⁵) pelo grupo dos intérpretes, situação bem espelhada nas palavras do juiz Hughes, ex-presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América: “Estamos regidos por uma Constituição, mas esta Constituição é o que os juízes decidem o que é”, ou, de modo mais dramático, pelo Ministro Eros Grau do Supremo Tribunal Federal: “não existe a Constituição de 1988. O que realmente há, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, ela é interpretada /aplicada por esta Corte”, postura que parece pressupor a prevalência do direito sobre o poder político¹⁰⁶ e infiltrar um ardid à limitação do poder estatal, uma vez que a tripartição dos poderes é cláusula constitucional (artigo 2º da Constituição Federal de 1988) e, sendo assim, o Tribunal Constitucional bem pode considera-la o que quiser.

Essa mudança permite ao Poder Judiciário firmar-se como ator político estatal sem a necessidade de ser detentor de qualquer porção de poder político na forma tradicional acima esboçada, conservando, contudo, a irresponsabilidade dos juízes em razão de decisões inconsequentes, equivocadas ou resultantes de uma aplicação do texto legal moralmente orientada.

A partir do momento em que a prestação jurisdicional é resignificada e abandona o simples exercício lógico de redução do fato à regra jurídica, o Poder Judiciário deixa de lado a função retrospectiva tendente a corrigir comportamentos sócio-estatais desviantes, função para a qual o uso da força ou, pelo menos, a possibilidade de sua utilização legítima, era indispensável.

Em outras palavras, a função tradicional do Poder Judiciário implica em avaliação do ato humano ou estatal que está no passado e, portanto, seu julgamento sancionador ressent-se de regular exercício de poder político emprestado pelo Poder Executivo, autorizando a conclusão de que o Poder Judiciário da clássica divisão de poderes do Estado Liberal é disciplinador.

A função disciplinadora dos tribunais tende a ser suplantada na modernidade, uma vez que os julgamentos judiciais não mais são

¹⁰⁵BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e Interpretes**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 173.

¹⁰⁶Supremo Tribunal Federal. **ADIn 3.367**. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em 13 de abril de 2005. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 13 de junho de 2016.

puramente retrospectivos, ou seja, não se encontram voltados ao escrutínio de um ato passado, mas se dirigem a avaliar a eficácia de atos futuros, denotando um objetivo determinado por uma função política de controle, pressupondo tarefas que vão além da divisão funcional de poderes.

Essa função de controle exercida pelo Poder Judiciário abandona, sem, entretanto, renunciar a idéia constituinte do sujeito de direitos, a representação liberal de que o indivíduo encontra-se no centro do palco da ação política.

Nessa nova versão, a ação judicial desenrola-se sobre fatores externos (economia, legislação, política, etc) ao homem lendário de Iluminismo, motivo pelo qual a legitimidade que antes fundamentava o exercício do poder político torna-se despicienda, podendo-se afirmar, talvez com exagero e num ponto extremo de completa dissolução da política no direito declarado pelos Tribunais, que a “legitimidade da política contemporânea já reside no direito.”¹⁰⁷

4.3.2 Processo penal sem sentença

A divisão clássica de poderes, a despeito de sua permanência formal, sucumbe, como se viu acima, à modernidade.

No processo penal, a função de bloqueio então exercida pelo Poder Judiciário é transformada em ato procedimental de entrega legitimada pelos atos processuais que a antecederam.

Estranhamente, o temor da Escola Clássica realizou-se às avessas. O devido processo é inserido no desdobramento da criminalização secundária com o objetivo de evitar punição sem sentença (ninguém será considerado culpado até decisão judicial definitiva). A modernidade, de outro vértice, permitiu o surgimento de um processo penal sem sentença.

Afirmar que o processo penal na modernidade desenvolve-se sem que nele seja proferida uma sentença não quer dizer que a ato decisório tenha sido suprimido do fluxo processual.

O encadeamento dos atos do processo permanece vinculado ao fornecimento de subsídios destinados à decisão do magistrado. No

¹⁰⁷LOPES, Julio Aurélio Vianna. **A Invasão do Direito: A expansão jurídica sobre o estado, o mercado e a moral.** Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 69.

entanto, a sentença não mais traduz um julgamento a respeito do objeto da acusação, ou seja, a sentença deixou de ser a aplicação da lei a um fato (tarefa clássica da jurisdição), conservando, contudo, seu delineamento seletivo-criminalizante.

A ressignificação funcional do ato decisório no processo penal da modernidade, ao retirar dele a carga decisória, sem, contudo, obstar as consequências, transformou a sentença condenatória em ato de entrega do acusado à punição. Para tanto, o juízo pretérito a respeito do ato atribuído ao sujeito criminalizado igualmente precisa ser removido, surgindo em seu lugar um prognóstico “perigosista” tendente a justificar a pena imposta com base na virtualidade da prática de infrações penais futuras ou na insegurança social fomentada por sua presença, mesmo que nenhum ato hostil seja praticado, pensado ou insinuado.

Evidente que uma sentença proferida sem carga decisória não pode, no nível discursivo dos significados, reproduzir qualquer conteúdo legal-garantista. Entretanto, o abandono da letra da lei limita-se ao sentido da decisão, não podendo, sob pena de fracasso dogmático do autoreforço da criminalização secundária perseguido pelo devido processo legal, ser evidenciado no nível dos significantes.

A sentença permanece referenciada na lei; porém, o conteúdo declarado no ato decisório abandona a tradicional modelagem de submissão do fato à regra legal, dando lugar a uma decisão na qual o fato passa a determinar seu alcance, abrangência e conteúdo, ou seja, o fato é transformado em regra.

Essa peculiaridade da sentença no processo penal da modernidade revela o que Agamben denonima estado de exceção, caracterizado, em suas palavras, pela transformação da situação excepcional em regra, implicando na abolição provisória da distinção republicana entre poderes legislativo, executivo e judiciário e indicando uma tendência à sua transformação em prática permanente de governo de forma a permitir sua inclusão na ordem jurídica pela via da indistinção e coincidência entre fato e direito.

Não se trata, é bom advertir, de uma ditadura ou de uma simples confusão no exercício regular dos poderes estatais, mas de um isolamento da autoridade supostamente derivada da lei em relação à própria lei. Se define, assim, um estado de lei no qual, de um lado, a norma está vigente mas não se aplica (não tem força) e, de outro, há atos que não tem valor de lei mas que adquirem a força que lhe é própria.

O estado de exceção não é, por conseguinte, uma ditadura, qualquer que seja sua forma, mas um espaço vazio de direito, uma zona

de anomia em que todas as determinações jurídicas - e, sobre tudo, a distinção entre público e privado - são desativadas ¹⁰⁸.

Na esfera do poder punitivo, o Estado de exceção manifesta-se pela presença formal de garantias, suspensas pelo fato revestido pela autoridade do julgamento.

De modo ilustrativo, a presunção constitucional de não culpabilidade permanece válida. Também permanece válida a regra dela derivada a respeito da divisão do ônus probatório. No entanto, essas garantias são conservadas em sua esfera de validade formal, mas seu conteúdo efetivo e substancial é suspenso em homenagem a particularidades do caso concreto.

É justamente a configuração dessa técnica de governo que permite instauração de um processo penal sem sentença. Isso não quer dizer, contudo, que não haverá punição. Ao contrário! Haverá punição, mas punição sem decisão substancial a respeito do direito aplicado ao fato.

Agamben descreve bem essa moderna forma do ato decisório a partir da análise do julgamento de Jesus por Pilatos:

Não tendo encontrado culpa no acusado, Pilatos deveria ter emitido um veredito de inocência (a fórmula prevista no processo romano era *absolvo* - eu o *absolvo* - ou *videtur non fecisse* - parece não ter feito nada), ou suspenso o processo e pedido uma complementação do inquérito (a fórmula prevista era *non liquet* - não é evidente - ou *amplius est cognoscendum* - deve-se conhecer mais profundamente). Ele pensa, ao contrário, em resolver o caso servindo-se da anistia pascal. Durante todo o processo - é um fato sobre o qual é necessário refletir -, Pilatos procura insistentemente evitar proferir um veredito. Mesmo no fim, quando cede à tumultuosa insistência dos judeus, o prefeito não profere, como veremos, uma sentença, limitando-se a “entregar (*paredoken*)” o acusado aos hebreus.¹⁰⁹

¹⁰⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Excepción: Homo sacer II**. Valencia: Pre-textos, 2010, pp. 09-49.

¹⁰⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Pilatos e Jesus**. São Paulo: Boitempo; Florianópolis: Editora da UFSC, 2014, pp. 39-40.

Processo sem sentença é um espaço no qual vigora a indecidibilidade por conta da suspensão do direito aplicado, isto é, além de permitir que o fato transforme-se em direito, o estado de exceção permite que o direito estatal seja suspenso e anulado no fato.

Atualizando Foucault, pode-se afirmar que essa nova forma de poder punitivo excepcional permite tornar público o processo para mascarar ou ocultar a crueldade das punições levadas a cabo no espaço deixado pelo vazio da ausência de decisão.

4.4 POR QUE PUNIR?

O lugar comum da Escola Clássica identifica punição com prevencionismo penal. Pune-se para impedir que o infrator volte a delinquir (resgate do indivíduo “caído” do pacto social) ou pune-se para enviar uma mensagem aos “não-infratores”, advertindo-os acerca da punição inevitável que os aguarda em caso de eventual prática de conduta descrita pela lei como crime.¹¹⁰ Pune-se por uma questão de utilidade.

Saliente-se, no entanto, que o utilitarismo punitivo não é, a despeito de sua permanência nos estatutos repressivos modernos, uma declaração absoluta de objetivos no que diz respeito à punição.

Seu surgimento como matriz de orientação punitiva se dá em função da mudança histórica do objeto da pena decorrente de uma infração descrita pela lei penal.

O espetáculo das punições públicas (suplícios) cede lugar a um regime de punição suavizado, não mais tendente a alcançar o corpo do condenado, mas a subjugar e disciplinar sua alma.¹¹¹

Não se trata, porém, de punir apenas para “converter uma alma”.¹¹²

O aspecto disciplinar da punição ressent-se, por óbvio, da submissão a julgamento de algo além de narrativas fáticas representativas de condutas humanas, de modo a fazer operar, ao final

¹¹⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 13 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999, pp. 77-82.

¹¹¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da violência nas prisões**. 23 ed. Petrópolis: Vozes, 2000, pp.11-18.

¹¹² *Ibidem*, p. 19.

do processo de criminalização secundária, a maquinaria mascarada pelas declarações neutras, gerais e abstratas da lei penal (criminalização primária).

Nas palavras de Foucault,

A relativa estabilidade da lei penal obrigou um jogo de substituições sutis e rápidas. Sob o nome de crimes e delitos, são sempre julgados corretamente os objetos jurídicos definidos pelo Código. Porém, julgam-se também as paixões, os instintos, as anomalias, as enfermidades, as inaptações, os efeitos do meio ambiente ou da hereditariedade. Punem-se as agressões, mas, por meio delas, as agressividades, as violações e, ao mesmo tempo, as perversões, os assassinatos que são, também, impulsos e desejos. Dir-se-ia que são eles que são julgados; se são invocados, é para explicar os fatos a serem julgados e determinar até que ponto a vontade do réu estava envolvida no crime.

[...]

A alma do criminoso não é invocada no tribunal somente para explicar o crime e introduzi-la como um elemento na atribuição jurídica das responsabilidades; se ela é invocada com tanta ênfase, com tanto cuidado da compreensão e tão grande aplicação “científica”, é para julga-la, ao mesmo tempo que o crime, e fazê-la participar da punição. Em todo o ritual penal, desde a informação até a sentença e as últimas consequências da pena, se permitiu a penetração de um campo de objetos que vêm duplicar, mas também dissociar os objetos juridicamente definidos e codificados. O laudo psiquiátrico, mas de maneira mais geral a antropologia criminal e o discurso repisante da criminologia encontram aí uma de suas funções precisas: introduzindo solenemente as infrações no campo dos objetos susceptíveis de um conhecimento científico, dar aos mecanismos de punição legal um poder justificável não mais simplesmente sobre as infrações, mas sobre os indivíduos; não mais

sobre o que eles fizeram, mas sobre aquilo que eles são, serão ou possam ser.¹¹³

Esse escrutínio do poder punitivo eleva à superfície a sutileza de seus caracteres, evidenciando-o “como técnicas que têm sua especificidade no campo mais geral dos outros processos de poder.”¹¹⁴

O molde da punição não é, dessa feita, o processo jurídico ditado pelo direito, mas a re-entrada no processo penal das opções políticas que orientaram, de forma não declarada, a criminalização primária.

Claro que esse reaparecimento da política na esfera do direito não significa uma confissão a respeito das funções reais afetas à criminalização primária e secundária. O discurso político apresenta-se, como destacou Foucault, re-significado pelo discurso científico, do qual também extrai sua legitimidade aparente e justificadora da punição.

A propósito, Zaffaroni recorda que esse reconhecimento de que a punição possui fundamentos essencialmente políticos já se encontrava presente, em 1886, no escólio de Tobias Barreto:

Esse divertido e genial violinista, fundador da escola de Direito do Recife, escrevia: *Envolto com o sacrifício, que constitui o primeiro momento histórico da pena, mais além da expiação, que lhe dá um caráter religioso, já se encontra o sentimento de vingança, que os deuses de então tem em comum com os homens e os homens com os deuses. Contudo, à medida que vai decrescendo o lado religioso da expiação, aumenta o lado social e político da vindicta, que permanece, ainda hoje, como predicado indispensável para uma definição de pena.*

Mais adiante, acrescenta essas palavras inescutíveis: *O conceito de pena não é um conceito jurídico, mas sim um conceito político. Este ponto é capital. O defeito das teorias correntes em tal matéria consiste justamente no erro de considerar a pena como uma consequência de direito logicamente fundada. E alguns parágrafos mais à frente, conclui: Quem procurar o fundamento jurídico da pena deve*

¹¹³Ibidem, pp. 19-20.

¹¹⁴Ibidem, p. 24.

*também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra.*¹¹⁵

Concordar que a pena possui fundamentos essencialmente políticos traduzidos em discurso científico implica, de outro lado, em admissão de que o completo desaparecimento do direito não resultaria, na atual estrutura sócio-estatal conformada pela modernidade, no correlato desaparecimento da punição.

Foucault faz-nos recordar que a substituição do objeto da pena (do corpo à alma do criminoso) não quer dizer que

[...] subitamente, se começou a punir outros crimes. Sem a dúvida, a definição das infrações, sua hierarquia de gravidade, as margens de indulgência, o que era tolerado de fato e o que era permitido de direito- tudo isso modificou-se amplamente nos últimos duzentos anos. Muitos crimes perderam tal conotação, uma vez que estavam ligados a um exercício de autoridade religiosa ou a um tipo de vida econômica; a blasfêmia deixou de constituir um crime; o contrabando e o furto doméstico perderam parte de sua gravidade. Mas tais transformações não são, por certo, o mais importante: a divisão do permitido e proibido manteve, entre um e outro século, certa constância. Em compensação, o objeto “crime”, aquilo a que se refere a prática penal, foi profundamente modificado: a qualidade, a natureza, a substância, de algum modo, de que se constitui o elemento punível, mais do que a própria definição formal.¹¹⁶

Esse processo de fluidez, potencialmente capaz de ultrapassar a definição formal da conduta incriminada pela lei, é típico da modernidade¹¹⁷. Um direito penal fluído ou, mais especificamente,

¹¹⁵ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Questão Criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 192.

¹¹⁶FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da violência nas prisões**. 23 ed. Petrópolis: Vozes, 2000, pp.11-18.

¹¹⁷BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

processos fluídos de criminalização primária reafirmam um sistema penal em que a função protetiva de bens jurídicos de interesse geral é meramente residual (função declarada) e sem qualquer relação, ainda que mínima, com valores sociais compartilhados de modo universal e pre-existentes ao próprio direito penal, negando, conseqüentemente, seu caráter declaradamente sancionador ao passo que revela sua artificialidade constitutiva dos bens e valores objeto de sua tutela.

Pavarini registra que essa tendência é inerente ao sistema de direito penal moderno. Em decorrência,

[...] no es posible oponerse a ellas negándolas, porque no son consecuencia de elecciones convencionales y, por tanto, no pueden dejar de existir sólo porque se lo desee, aun cuando sea - en un sistema democrático - a través de un consenso mayoritario. Es decir, se podría también promulgar um código mínimo, blindar-lo con el sigilo de una reserva absoluta del código y despenalizar todas las contravenciones, pero todo esto no evitará nunca la reproducción - de todas formas y por otros medios - de los mismos fenómenos que se ha deseado negar.¹¹⁸

Mas em que consiste a natureza política da punição?

Punir para revelar a violência subjetiva como ameaçadora aos valores e interesses do grupo dos consumidores incluídos, permitindo que a insegurança que ameaça suas zonas de consumo estruture uma inédita solidariedade social pelo medo.

Essa estratégia punitiva, direcionada a dar visibilidade à violência individual, permite, de outra banda, manter anônima a violência real da modernidade, que já não pode ser imputada a sujeitos concretos e determinados e a suas condutas ilícitas ou “malvadas”, mas é puramente sistêmica e objetiva.¹¹⁹

A violência predadora do capitalismo, a violência decorrente da razão de estado, a degradação e exploração indiscriminada do meio-

¹¹⁸ PAVARINI, Massimo. **Castigar el enemigo: Criminalidad, exclusión e inseguridad**. Quito (Equador): Flacso, 2009, pp. 207-208.

¹¹⁹ ZIZEK, Slavoj. **Sobre la violencia: Seis reflexiones marginales**. Barcelona: Paidós, 2008, p. 23.

ambiente, a fome, miséria, indigência de milhões de refugiados, as guerras propulsionadas por critérios de mercado, tudo isso termina sepultado sob o signo da violência individual objeto da punição.

A punição garante visibilidade à violência subjetiva narrada na acusação. Contudo, essa visibilidade não mais a demonstra como fato individual e concreto, mas sim como ameaça cotidiana, difusa e generalizada. Como diria Lacan, não como realidade, mas como real. Enquanto a realidade pode ser traduzida como a “realidad social de las personas concretas implicadas en la interacción y en los procesos productivos”, o real deve ser entendido como a “lógica espectral, inexorable y abstracta del capital que determina lo que ocurre en la realidad social.”¹²⁰

Inobstante o aspecto disciplinar da punição acima destacado, sua inserção nos mecanismos da modernidade transforma-a em ferramenta política de pastoreio, governo, controle das multidões indesejadas (consumidores inaptos). Dito de outro modo, a punição desloca-se do indivíduo para o grupo.

Ainda que o cotejo entre as práticas puramente disciplinares concernentes à punição, que tinham a alma do indivíduo como objeto, e a sua generalização na forma de controle das multidões revelem alguns traços de identidade,

O caráter ilusório dessa impressão aparece claramente, porém, ao observar-se a nova racionalidade do controle que parece inspirar o experimento carcerário em andamento. O conceito qualificante desta racionalidade é o de risco. As novas estratégias penais se caracterizam cada vez mais como dispositivos de gestão do risco e de repressão preventiva das populações consideradas portadoras desse risco. Não se trata de aprisionar criminosos perigosos individuais, isto é, de neutralizar fatores de risco individual, mas sim de gerir, ao nível de populações inteiras, uma carga de risco que não se pode (e, de resto, não se está interessado em) reduzir. A racionalidade que estamos descrevendo não é disciplinar, e sim *atuarial*.

¹²⁰ Ibidem, pp. 23-24.

O recrutamento da população carcerária ocorre com base na identificação (mas melhor seria dizer “invenção”) das classes de sujeitos consideradas produtoras de risco, potencialmente desviantes e perigosas para a ordem constituída. Assim, não são mais tanto as características individuais dos sujeitos que constituem o pressuposto (e ao mesmo tempo o objeto) das estratégias de controle, mas sim aqueles indícios e probabilidades que permitem reconduzir determinados sujeitos a classes perigosas específicas. Isso significa, concretamente, que categorias inteiras de indivíduos deixam virtualmente de *cometer* crimes para se *tornarem*, elas mesmo, crime.¹²¹

A estratégia punitiva da modernidade ou, para ser mais preciso, a resposta que a modernidade oferece à questão do "por que punir?" reproduz a discurso politizado da agência judicial, pautado, como visto anteriormente, na tomada de decisões direcionadas a atingir e modelar a incerteza do futuro que, no caso da insegurança construída a partir da divulgação massiva de determinadas práticas descritas como crime, é identificada com o risco produzido por grupos sociais diversos, mas portadores de uma nota incomum: são perdedores no jogo de consumo.

¹²¹DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006, pp. 97-98.

5 A LEGITIMAÇÃO DA ESTRATÉGIA BÉLICA DO MODELO DE SEGURANÇA PÚBLICA

A gestão desse modelo punitivo moderno exige um reagrupamento funcional por parte das agências responsáveis, de forma direta, pela operação do sistema penal.

Enquanto na visão clássica tomada de empréstimo do paradigma criminológico crítico, os operadores do sistema penal funcionavam sem uma interconexão entre Polícia, Judiciário e Ministério Público, a nova estrutura punitiva opera com metas comuns, direcionadas a enfrentar a criminalidade por ela designada pela via de uma estratégia bélica, na qual o Poder Judiciário exerce protagonismo, uma vez que cabe a ele a tarefa de legitimar, em amplo espectro, o exercício punitivo das demais agências.

Isso não significa dizer que, anteriormente, o Judiciário não contribuisse para a operatividade punitiva, ou se contribuisse, que não fizesse isso de forma seletiva.

Tradicionalmente, o Poder Judiciário tem sido responsável pela legitimação das punições na seara penal. Todavia, ao exercer sua tarefa, ainda que seletivamente, fazia isso com uma cobertura dogmática, alinhando seu discurso com garantias processuais e comportando-se, declaradamente, como guardião da legalidade e dos direitos correspondentes.

Em linhas gerais, mantinha-se uma delimitação específica no que concerne a operatividade de cada agência, ou seja, mesmo quando se tratava das funções reais afetas ao sistema penal, Polícia, Ministério Público e Judiciário distinguiam-se funcionalmente.

No moderno paradigma punitivo, essa distinção funcional é abandonada e mais: quando se trata de fazer frente ao fenômeno identificado como crime, as agências operam com o desiderato declarado de combater a criminalidade dentro de uma estratégia de segurança pública pautada pela guerra ao rotulado como infrator da lei penal. Não qualquer infrator, mas aquele relacionado a um modelo humano perigoso, associado ao consumidor inapto.

O Judiciário transforma-se em órgão operador da segurança pública. Seus juízes comportam-se como policiais (“a caveira de toga”). Seu discurso, sustenta a punição como necessária e indispensável à manutenção da ordem moderna.

Vejamos como isso ocorre.

5.1 A SUSPENSÃO DO DISCURSO FUNCIONAL-GARANTISTA: COMO O PODER JUDICIÁRIO ATUA COMO OPERADOR DA SEGURANÇA PÚBLICA

A mudança de um paradigma de disciplina para outro de controle abordada no capítulo anterior explica uma parte da questão. Permite visualizar, superficialmente, os lances dessa mutação ainda em curso.

Necessário, agora, tentar entender a forma por meio da qual essa nova operação pode ser percebida.

Embora se possa conservar a impressão de que o Judiciário permanece operando com base no texto legislado e, de fato, invoque-o em suas decisões, a tendência que se acentua aponta para uma suspensão do discurso garantista em prol de critérios orientados pela lógica da segurança pública que, em razão do novo paradigma punitivo, passa a vincular os juízes.

Por conta disso, a defesa dos clássicos direitos e garantias individuais é suspensa e seu lugar no discurso judicial é ocupado pela defesa declarada e real de direitos de índole sociais (no caso, a segurança pública) cuja tutela deficiente decorre, segundo se supõe, da inabilidade política dos demais poderes do Estado.

É justamente nesse ponto, aliás, que se pode melhor contemplar a diferença da moderna função do Poder Judiciário em relação a suas anteriores funções, reais ou declaradas.

Essa diferença é marcada pela unificação discursiva. Não importa mais ao Poder Judiciário ocultar suas funções veladas. Importa é torná-las públicas, explícitas, manifestas e identificadas com a funcionalidade punitiva.

Para dar conta dessa tarefa, o Poder Judiciário articula dois dispositivos: a divulgação midiática de suas decisões punitivas e a suspensão das garantias individuais, especialmente aquelas voltadas à proteção do indivíduo submetido a um processo penal.

A primeira delas pode ser percebida em uma simples visita a qualquer sítio de Tribunal de Justiça hospedado na rede mundial de computadores ou em consulta aos endereços eletrônicos do Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

As chamadas de notícia dão conta de uma atuação ativa do Judiciário no combate ao fenômeno criminal, aliando-o às forças policiais e ao Ministério Público na formulação de uma resposta apaziguadora endereçada ao sistema social, ou seja, a atuação judicial na esfera penal é anunciada como um serviço prestado ao “cidadão” com o

objetivo de garantir sua segurança, ao mesmo tempo que o assegura quanto à credibilidade que deve ser depositada nessa atuação.

A divulgação massiva da atuação judiciária concretiza a moderna divisão do poder político anteriormente abordada, revelando uma tutela penal que não é repressiva, preventiva ou simbólica, mas pretensamente garantidora da efetividade da segurança contra o risco da modernidade.

Para garantir a efetividade dessa atuação, a estratégia é precedida pela suspensão das garantias penais e processuais penais via inserção do intérprete no lugar do legislador.

É como se a norma formadora do caso penal contivesse uma “fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção”. Para a acomodação do punitivismo, estabelecem-se contínuas exceções, numa forma de suspensão da aplicação da proteção penal com a manutenção teórica do vigor dos textos penais de teor garantista.¹²²

Uma idéia mais precisa do que isso significa pode ser extraída do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do *Habeas Corpus* 126.292/SP.

Discutia-se, ali, a possibilidade de imposição da pena imediatamente após o julgamento do recurso de apelação que mantivesse a sentença condenatória ou impusesse condenação como resultado do provimento de recurso acusatório.

Por maioria de votos, a Corte decidiu que prisão de alguém condenado em segunda instância, mesmo que pendente o julgamento de eventual recurso endereçado ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal, não ofende a garantia constitucional da presunção de não culpabilidade.

Em síntese, o acórdão do julgamento fixou o seguinte entendimento:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º,

¹²²BIZZOTO, Alexandre. **A mão invisível do medo e o pensamento criminal libertário**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 135.

LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. Habeas corpus denegado.

[...]

O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal.

[...]

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

Nessa trilha, aliás, há o exemplo recente da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que, em seu art. 1º, I, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado. É dizer, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado,

o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado.

[...]

Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.¹²³

Como se sabe, a Constituição Federal de 1988 estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da decisão penal condenatória (artigo 5º, inciso LVII).

A categoria trânsito em julgado referida no texto constitucional é definida a partir da legislação infraconstitucional e significa a estratificação da decisão por conta do esgotamento da instância recursal, seja por não cabimento de novos recursos ou por inércia da parte interessada.

Parece evidente, tomada a literalidade do texto, que enquanto houver a possibilidade da interposição de qualquer recurso por parte daquele a quem se imputa a prática de um fato crime, a reprimenda porventura imposta nas instâncias judiciais originárias encontra-se suspensa.

¹²³Supremo Tribunal Federal. Plenário. **HC 126.292, de São Paulo**. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17/02/2016. Publicado em 17/05/2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>. Acesso em 05 de março de 2017.

A Constituição Federal, por sua vez, possui caráter normativo, ou seja, é uma regra jurídica. Não se trata de uma carta de princípios, de intenções ou de um mero texto político. É a verdadeira tradução de um conteúdo legislado de garantias mínimas, sob qual nem o Estado, nem a sociedade civil pode avançar.

Veja-se, nesse ponto, que sua força legal é tamanha que impossibilita ao povo, titular do poder soberano, de acordo com o próprio texto constitucional (artigo 1º, parágrafo único), emenda-la por meio de iniciativa popular.

No que diz respeito a seus aspectos garantistas, a blindagem constitucional não pode ser ameaçada em seu rigor (não será objeto de análise emenda destinada a reduzir direitos e garantias individuais – artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV), estando suas previsões a salvo de modificações legislativas.

No mais, a vinculação decorrente de seu conteúdo garantista, afora ser autoaplicável (artigo 5º, parágrafo 1º), não comporta estratégias argumentativas que invoquem a soberania de outros Estados com o objetivo de limitar o alcance mínimo de suas previsões.

Em vista disso, quando a Constituição Federal declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da decisão condenatória, está dizendo, literalmente, isso mesmo.

A rigor, portanto, existe uma garantia que impede o início do cumprimento de qualquer sanção penal enquanto possível manejo de recursos, sejam eles ordinários (apelação, recurso em sentido estrito, embargos infringentes), sejam eles extraordinários (recurso especial, recurso extraordinário, agravo, embargos de divergência).

Como é possível, então, que o Poder Judiciário afaste o alcance da garantia e, ao mesmo tempo, mantenha infenso o texto constitucional que a vocaliza?

No caso, como é possível que o Poder Judiciário reconheça a presunção de inocência como uma garantia processual mínima e, ao mesmo tempo, permita que a execução da pena imposta tenha início antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória?

A estratégia ancora-se na nova funcionalidade punitiva afeta ao exercício jurisdicional, permitindo aos juízes atuarem como operadores das agências de segurança pública que integram o sistema penal.

Não se trata de um mero auxílio ou de uma colaboração, mas da coordenação normativa a ser adota pelo sistema penal.

Essa coordenação não segue o mero padrão legislado. A figura do legislador, como já se disse, cede lugar à figura do interprete, dotado do domínio de um conhecimento específico e legitimador.

No contexto do moderno sistema penal, o Poder Judiciário responde a essa demanda por meio de canalização do discurso dogmático que acopla sistema penal e sociedade, suspendendo o conteúdo declarado relativo a sua funcionalidade e substituindo-o por uma operação punitiva externa (anseio social por segurança).

5.2 CONTROLE PENAL, SEGURANÇA PÚBLICA E ESTADO DE EXCEÇÃO

Certamente, a descrição da funcionalidade punitiva identificada na configuração e exercício da função jurisdicional moderna ressamte-se da revisão de alguns pressupostos.

O primeiro deles diz respeito ao caráter “sistêmico” do sistema penal.

Não há como reconhecer que o Poder Judiciário passou a exercer uma função atrelada ao sinal operativo do sistema penal sem que se reconheça sua articulação com as demais agências. Inviável, logicamente, o reconhecimento de sua integração e, ao mesmo tempo, a admissão de que opera sob um sinal distinto do sistema em que se encontra inserido.

Em outras palavras, a função de qualquer agência do sistema penal não pode ser isoladamente explicada e somente pode ser compreendida na relação do conjunto das funções das demais agências.

Tendo-se em conta a capacidade de observação de primeira ordem afeta aos sistemas (é o próprio sistema que traça a distinção entre sistema e meio, determinando aquilo que faz parte de seus limites de operação), caso o Poder Judiciário mantivesse um sinal operativo diverso da punição, não seria reconhecido como integrante do sistema penal e, muito menos, poderia lograr exercer a relevante função de coordenador do discurso de segurança pública vocalizado pelo ambiente externo e acoplado ao sistema penal por intermédio da dogmática do risco.

De qualquer forma, essa identificação permanece problemática, seja por conta de ruídos teóricos decorrentes de outras abordagens de envergadura, seja por conta, ilustrativamente, de ressentimentos policiais provocados por situações em que “a polícia prende o bandido, e o Judiciário solta”.

O segundo pressuposto relaciona-se às funções declaradas e reais do sistema penal¹²⁴.

No paradigma punitivo da modernidade, às questões relativas ao porquê criminalizar, acusar, processar e punir servem apenas como protocolo de registro para controle de constitucionalidade da prática ou do argumento, permitindo ao observador de segunda ordem (sistemas psíquicos ou outros sistemas sociais) interpretar o sistema penal no contexto dos demais sistemas parciais (econômico, político, religioso, moral, educacional).

O conjunto desses sistemas parciais testemunha sobre o grau de civilização alcançado pelos sistemas psíquicos e sociais.

O sistema penal contribui para esse testemunho transformando sua autoimagem em projeção social.

Não importa que os demais sistemas observem o sistema penal a partir dessa projeção. Importa, tão somente, que o testemunho civilizatório seja preservado pela conservação de seu ideal.

O limite civilizatório não permite ao sistema penal atravessar o caminho entre criminalização primária e secundária sem a passagem pelas garantias constitucionais da legalidade estrita, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da inércia e da reserva da jurisdição e da presunção de não culpabilidade.

Em outros termos, entre a seleção do público alvo e a punição do sujeito estereotipado como criminoso, o processo civilizatório reclama a interseção da acusação, do processo e da sentença. Esse é o testemunho de que permanecemos civilizados e de que os atores encarregados de produzir o processo penal o fazem de acordo com a lei e não orientados por sua subjetividade, restando certificado, assim, seu caráter idôneo e imaculado.

Não se trata, contudo, de declarar uma função (garantia de bens jurídicos e punição igualitária) e realizar outra (seletividade penal).

Ambas as funções são diluídas pelo moderno paradigma punitivo, que se reconhece e se declara como responsável por operar a punição, ou seja, a funcionalidade real do sistema penal não mais se oculta em sua funcionalidade declarada e, mais do que isso, a funcionalidade real passa a corresponder à funcionalidade declarada.

¹²⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 136.

Em entrevista concedida por ocasião de sua posse como ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes cuidou de deixar isso explícito:

“É com muita felicidade, com muita honra, com muita responsabilidade que assumo este cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal”, disse Moraes. Ele afirmou que seu trabalho auxiliará a Corte “na defesa dos direitos fundamentais, no equilíbrio entre os poderes, no combate à corrupção e no combate à criminalidade, que também é função do poder Judiciário”.

O ministro propôs que o STF assuma papel mais ativo na questão da segurança pública, participando da costura de um “pacto republicano” sobre o tema. “O STF tem uma função importantíssima nisso, não só em questão à jurisprudência, em relação à interpretação, mas também em relação à possibilidade, junto com os demais poderes, de estipular algumas metas.”¹²⁵

Para dar conta dessa articulação sem comprometer o ideal civilizatório da modernidade, o Poder Judiciário adota um discurso específico de tutela da segurança pública com aptidão para suspender o sinal operativo dos demais sistemas parciais, indiferenciando-os em relação ao entorno: o estado de exceção.

O conceito de estado de exceção tem origem jurídica precisa e aponta para um fenômeno social muito específico: a suspensão do Estado de Direito através do direito. A ideia geral da exceção é que é preciso suspender a constituição em momentos de crise e que, portanto, tal suspensão deve ser legal, apesar de inconstitucional (o que, obviamente, é um contrassenso – mais um entre muitos dos que são necessários para o funcionamento dessa máquina de moer gente que é o capitalismo). Em bom português, pode-se falar de estado de exceção naqueles casos em que a legislação prevê que o

¹²⁵ Disponível em <http://agenciabrasil.etc.com.br/politica/noticia/2017-03/moraes-afirma-que-ajudara-stf-combater-corrupcao-mas-evita-comentar-lava>. Acesso em 02 de abril de 2017.

indivíduo não pode contar com a legislação para se defender. Historicamente, as constituições burguesas incluem normalmente esse recurso: no caso de “ameaça à ordem pública”, “à nação”, “ao povo” etc., o direito é suspenso para que o Executivo possa agir com “presteza”, “prontidão”, “energicamente” etc. Às vezes é chamado de estado de sítio, de emergência, de urgência, mas não importa: nos Estados contemporâneos, muitas vezes o estado de exceção é decretado sem ser chamado por qualquer nome e, nesse sentido, podemos falar de medidas de exceção.¹²⁶

O estado de exceção, como já dito alhures, não é uma espécie de anomalia legislativa. Sua presença nos ordenamentos constitucionais contemporâneos encontra-se registrada, inclusive, na Constituição da República Federativa do Brasil.

De acordo com a disposição vazada em seu artigo 136, cabe ao Presidente da República, ouvidos seus órgãos de conselho, decretar o estado de defesa para preservar ou restabelecer “a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza”, restringindo-se, durante esse período, os direitos de reunião, sigilo de correspondência e comunicações telefônicas.

De modo semelhante, o Presidente da República pode decretar o estado de sítio, suspendendo, durante sua vigência, garantias e direitos fundamentais arrolados no artigo 139, incisos I a VII, da Constituição Federal.

No entanto, as possibilidades constitucionais de decretação do estado de exceção, afora temporárias (as medidas não podem ser permanentes) e limitadas (os direitos e garantias que podem ser suspensos são específicos), não contam com a participação do Poder Judiciário. Trata-se de um ato do Poder Executivo, sujeito, a depender do caso, à anuência ou ao referendo do Poder Legislativo.

O estado de exceção relacionado ao moderno poder punitivo não se encontra submetido a esses limites. Além de sua permanência indefinida, o responsável por sua decretação e manutenção é o Poder

¹²⁶ CHACON, Clarice. **Estado de exceção: o que é e para que serve**. Disponível em <https://blogdaboitempo.com.br/2013/12/20/estado-de-excecao-o-que-e-e-para-que-serve/>. Acesso em 02 de abril de 2017.

Judiciário. Não o Poder Judiciário tradicional, encarregado da função de bloqueio, mas o Poder Judiciário integrado ao sinal operativo do moderno sistema penal.

Essa façanha, no fim das contas, empresta ao judiciário uma roupagem de agência policial e, como tal, encarregada de tutelar a segurança pública e sustentar a legitimidade do poder estatal por intermédio do exercício da violência, ou seja, assume a função declarada de força policial.

Rubens Casara, de um modo um tanto distinto, também observou essa nova funcionalidade:

Há uma característica comum sempre presente em regimes autoritários, ainda que se apresentem travestidos de Estados de Direito: a de transformar o processo penal em um instrumento de segurança pública “pacificação social”. Esse modelo faz com que o processo penal passe a ser visto como mero meio de atingir indivíduos apontados como autores de crime ou que se mostrem disfuncionais ao projeto autoritário e, em consequência, os atores jurídicos (juízes, promotores, policiais, defensores, advogados, etc.) atuem preocupados com critérios de eficiência tão ao gosto de visões economicistas, isto é, passem a acreditar que as formas (meios) processuais só se justificam e devem ser respeitadas se necessárias à eficiência punitiva e ao controle/eliminação de pessoas indesejadas.

Tem-se, então, uma visão de mundo que compreende o processo penal como mero instrumento de repressão e controle social, enquanto o juiz criminal passa a figurar como órgão de segurança pública ao lado das instituições policiais e do Ministério Público. Há, assim, uma tendência à administrativização do juízo criminal, que passa a atuar de maneira parcial no combate aos “criminosos” (o juiz como “inimigo” da pessoa apontada como criminosa). Ao mesmo tempo, essa perspectiva gera uma epistemologia autoritária, avessa a imposição de limites ao poder de punir, bem como o enfraquecimento das garantias processuais, que passam a ser vistas como entrave à eficiência repressiva (registre-se, por oportuno, que a crença

na utilidade do processo penal na pacificação social não encontra suporte em pesquisas empíricas acerca dos efeitos da persecução penal no acusado/punido e na coletividade.¹²⁷

É importante destacar que a aderência do Poder Judiciário aos órgãos de segurança pública não traduz uma manifestação simbólica. Os juízes não passam a usar fardas ou portar armas de forma ostensiva. A modificação, como já se disse, acontece em sua funcionalidade por meio de seu ingresso no sistema penal via utilização do sinal operativo respectivo.

De outro vértice, não se trata de sustentar uma forma de governo autoritária ou da permanência do estado policial em meio ao Estado Democrático de Direito, na forma tematizada por Zaffaroni.¹²⁸

A ordem externa ao sistema penal não é alterada pelo ingresso do judiciário em seu interior. O moderno sistema penal não coloniza o meio, mas suspende as operações típicas dos demais sistemas parciais, tornando-os indistintos em relação ao ambiente, valendo-se do estado de exceção e, por seu intermédio, abolindo a clássica separação de poderes estatais, o que indica uma tendência em sua transformação em prática de governo duradoura, permitindo “incluir a exceção na ordem jurídica, criando uma zona de indistinção na qual fato e direito coincidem”.

Define-se, desse modo, uma situação na qual os atos com força de lei não se aplicam, ainda que vigentes, e atos normativos, sem existência legislativa, adquirem vigência destinada a tutela de situações declaradas como excepcionais.¹²⁹

¹²⁷ CASARA, Rubens. **Os bons juízes: processo penal e segurança pública**. Disponível em <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/08/01/os-bons-juizes-processo-penal-e-seguranca-publica/>. Acesso em 05 de abril de 2017.

¹²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

¹²⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Excepción: Homo sacer II**. Valencia: Pre-textos, 2010, pp. 09-49.

5.3 A INSERÇÃO DA BARBÁRIE PARA SUPERAR A DESLEGITIMAÇÃO DO PUNITIVISMO JUDICIAL

Em momento anterior, mencionei que o sistema social geral (a denominada “sociedade”) possui como sinal operativo a comunicação. Essa operação específica permite ao sistema identificar suas estruturas e determinar seus limites em relação aos demais sistemas.

Em razão disso, a conservação do sistema social geral reclama que comunicação mantenha-se contínua.

Não faz sentido, em tal cenário, que o sistema social estruture mecanismo s encarregados de interromper a comunicação, uma vez que, logicamente, isso levaria à desintegração do sistema.

Estranhamente, a modernidade revogou essa impossibilidade, transformando-a em operação punitiva do sistema social.

Qualquer meio de comunicação social que possamos utilizar carrega consigo, obrigatoriamente, essa possibilidade de interromper, de forma punitiva, a comunicação entre seus usuários.

Nosso telefone celular, nossos endereços eletrônicos, a rede social *facebook* ou o *whatsapp*, todos eles contem uma ferramenta destinada a bloquear algum contato indesejável.

Esse bloqueio, no mais das vezes, não é utilizado apenas para interromper a comunicação. Bloqueamos com a intenção de demonstrar nossa insatisfação, impondo, assim, uma privação punitiva ao contato indesejável.

Alguém pode objetar que não se trata de punição e isso me faz lembrar de uma história contada por Montesquieu.

Em Esparta, a punição mais severa a um indivíduo rotulado como criminoso consistia na obrigação de ficar enclausurado em casa, na companhia de mulhres virgens e na impossibilidade concomitante de emprestar sua mulher ao vizinho ou de tomar a dele por empréstimo.¹³⁰

Não acredito que nossa mentalidade sexista e machista seja capaz de entender essas medidas como punição. O próprio Montesquieu questionava seu caráter punitivo, destacando, porém, que punição é aquilo que somos capazes de entender como punição.

Nossos contatos bloqueados entenderão, não tenho dúvidas, que a medida de bloqueio destina-se a puni-los e, de fato, é essa nossa intenção.

¹³⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 94.

O enraizamento do punitivismo nas relações sociais faz parte da estratégia de legitimação do punitivismo judicial, padronizando nossas condutas de forma a fazê-las corresponder ao sinal operativo do moderno sistema penal.

Aqui, novamente, alguém poderá entender que estou forçando uma correspondência. É possível, reconheço. Essa eventual possibilidade, contudo, não invalida a hipótese.

Essa estratégia de inserir a punição, de maneira ampla e geral, nas interações sociais compõe a outra face da moderna engrenagem do sistema penal. Ocorre que a legitimação do moderno sistema penal exige mais que a simples suspensão do sinal operativo dos demais sistemas sociais por meio da decretação permanente do estado de exceção.

Os indivíduos encontram-se mais ou menos conscientes a respeito da realidade circundante e suspender a operação de suas consciências não é possível nesse momento histórico.

Os sistemas psíquicos constituem, em relação ao sistema penal, uma classe de observadores de segunda ordem. Nessa condição, são capazes de fornecer ou resgatar uma explicação causal para os eventos e operações observadas.

Ao se depararem com uma estrutura judiciária com operação punitiva, os sistemas psíquicos, na condição de observadores de segunda ordem, podem declarar sua insatisfação e direcioná-la à destruição do sistema ou, no caso, a sua deslegitimação.

Essa possibilidade, entretanto, encontra-se bloqueada pelo processo civilizatório. Assim como os demais sistemas sociais, os sistemas psíquicos compreendem que a estrutura de um aparelho judiciário encarregado de administrar conflitos de forma impessoal constitui a garantia de nossa civilidade.

Sua destruição, segundo se supõe, implicaria no retorno ao momento anterior à celebração do contrato social, no qual imperava um estado de natureza alicerçado na lei do mais do mais forte.

No nível teórico-discursivo, a deslegitimação do sistema penal moderno esbarra, por conseguinte, na crença a respeito de sua imprescindibilidade por parte dos indivíduos conscientes acerca de sua operação.

Na precisa lição de Menegat,

Diante das mudanças históricas das formas de punição, que acompanham transformações mais profundas da estrutura social, a única permanência foi a impressão cuidadosamente cultivada pelos

diversos regimes de regulação social de que a punição é necessária e indiscutível. Essa ideia não se restringe ao campo da política criminal, mas se relaciona à ideia disseminada de uma suposta impossibilidade de se superarem as estruturas sociais que as requerem por ser a punição a resposta de qualquer sociedade a um componente inexorável da natureza humana.¹³¹

De outro lado e mesmo que indivíduos isolados logrem romper esse obstáculo, o modelo moderno de interação social encontra-se orientado pela punição do outro indesejável, conformando relações sociais essencialmente punitivas sob a cobertura de uma civilidade aparente.

Significa dizer que a temida barbárie, descrita como a ameaça a nossas conquistas civilizatórias, não está tão distante como imaginávamos. Mais do que isso, encontra-se presente e integra nossa moderna civilidade na sobreposição das saídas punitivas ao sinal operativo do sistema social geral (comunicação).

A barbárie constitui, via de consequência, o elemento definidor da impossibilidade de deslegitimação externa do sistema penal por conta da correspondência, ainda incompleta, de seu sinal operativo (punição) com o padrão alocado em nossas interações sociais.

Há uma implicação criminológica aqui.

A criminologia crítica, a partir da revelação da existência das cifras ocultas da criminalidade¹³² e da demonstração do agir seletivo do sistema penal por ela tematizado¹³³, conseguiu demonstrar que somos todos criminosos¹³⁴ - e criminosos contumazes -, inaugurando uma aguda crise de deslegitimação do sistema penal.

A essa crise, o sistema penal respondeu com a abrangência de seu raio de punição. Admitiu que somos todos criminosos, mas garantiu seu relegitimação ao tornar-nos todos punitivistas.

¹³¹ MENEGAT, Marido. **Estudos sobre ruínas**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, pp. 94-95.

¹³² ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica: Do controle da violência à violência do controle penal**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 261-263.

¹³³ Ibidem, pp. 253-255.

¹³⁴ ANDRADE, Lédio Rosa de. **Direito Penal Diferenciado**. Tubarão: Studium, 2002, pp. 93-94.

Pode parecer um pouco paradoxal, mas a inserção da barbárie para relegitimar o sistema penal culmina em sua retroalimentação, ou, para manter a linguagem sistêmica, o estado posterior do moderno sistema penal deixa de ser determinado apenas por sua operação típica realizada a partir de suas estruturas internas e passa a ser determinado a partir do ambiente externo, rompendo-se o limite entre sistema e meio.

Isso significa, em última análise, que o estado posterior do sistema deixa de ser determinado pelo estado anterior de suas estruturas. Tecnicamente, o sistema deixa de ser autopoietico e passa a operar de modo heteropoietico.

Dito de modo específico, a operatividade subsequente de qualquer sistema fechado depende da programação de suas estruturas. No caso do sistema penal, seu estado posterior estaria condicionado por uma programação dogmática interna, observada, externamente, como ensejadora de uma funcionalidade real e outra declarada.

A gradual substituição da funcionalidade programadora afeta à dogmática por uma atribuição de acoplamento entre sistema penal e sistema social geral permite uma crescente identificação entre ambos, potencializada, justamente, pela comunhão do mesmo sinal operativo.

Não se está afirmando que essa identidade, consubstanciada no rompimento dos limites entre sistema e ambiente, decorra da simples existência da punição no contexto do sistema social geral. O que se está a dizer é que a programação do sistema penal oficial é determinada, na modernidade, por um sistema penal subterrâneo (externo ao sistema penal oficial), orientado por um punitivismo relacionado à adesão à barbárie por parte dos indivíduos que integram uma dada sociedade.

Em resumo, performa-se uma nova subjetividade, externamente definidora e integrada ao sistema penal por intermédio do discurso dogmático do risco.

Se lembrarmos aquilo que já foi dito a propósito do assunto em linhas anteriores, veremos que a individualização operada pela modernidade encarrega o indivíduo pela sorte de seu destino.

Nesse panorama, o que se evidencia é um certo resgate do estado pré-civilizatório, fazendo emergir um sentido de responsabilidade quanto à própria segurança e suas potenciais ameaças.

O indivíduo transforma-se, num jogo de palavras, em responsável mediato pela segurança e, especificamente, pela segurança pública, reverberando, aliás, o ditame constitucional que afirma ser esta dever do Estado e direito responsabilidade de todos (artigo 144 da Constituição Federal de 1988).

Se o indivíduo é o *locus* de sua segurança, suas práticas, pensamentos e atuações, em fim, sua subjetividade, deve ser ressignificada e, não precisamos ir longe para dizer, se o sistema penal, oficialmente o operador da segurança pública, é punitivo, qualquer indivíduo que por ele se responsabilize, desenvolverá uma subjetividade punitiva.

Essa lógica traduz, como já disse, um incremento considerável na operatividade interna (oficial) do sistema penal, perceptível no aumento de número de pessoas processadas, presas preventivamente e condenadas.

Externamente, o compartilhamento do punitivismo pelo sistema social geral pela via da adesão à barbárie permite a emergência de um modelo de punição sem qualquer observância ao circuito inserido, no raio do sistema penal oficial, entre criminalização primária e secundária (acusação, processo, sentença, encarceramento) e, logicamente, a desconsideração de qualquer limite idealizado por sua programação interna (vedação de pena de morte, por exemplo).

A título de ilustração do argumento e para nos aproximarmos da realidade punitiva brasileira, valho-me de uma experiência recolhida em sala de aula.

Durante uma aula de direito penal ministrada a um grupo de pessoas que se preparava para prestar concurso para o cargo de agente da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina, foi destinado um espaço à solução de questões de provas aplicadas em concurso públicos anteriores.

Uma das questões era introduzida por um caso-problema no qual um motociclista, em razão de estar sem capacete e com a carteira de habilitação vencida, "furou" um bloqueio policial, sendo, na sequência, alvejado pelas costas e morto pelos milicianos que estavam no local.

Com base nessa situação, o candidato deveria responder se: a) os policiais agiram em legítima defesa; b) os policiais agiram no estrito cumprimento do dever legal; c) a ação dos policiais apenas seria lícita se praticada em região conhecida pelos elevados índices de criminalidade; e) os policiais praticaram homicídio doloso.

Após resolução do exercício, que implicou na prévia necessidade de conter os grupos exaltados em torno de duas alternativas (os policiais praticaram homicídio doloso e os policiais agiram no estrito cumprimento do dever legal), uma das estudantes, pertencente ao grupo que defendia como resposta correta o estrito cumprimento do dever legal, formulou a seguinte pergunta: "Professor, mas quando então a polícia pode matar?"

Oficialmente, nunca; extraoficialmente, porém, sempre que se apresentar a ocasião.

De acordo com o Anuário Brasileiro da Segurança Pública de 2015, 50% (cinquenta por cento) dos entrevistados declararam acreditar que “bandido bom é bandido morto”.¹³⁵ Em 2016, esse índice saltou para 57% (cinquenta e sete por cento).¹³⁶

Essa crença espelha a enorme quantidade de homicídios praticados pelas forças policiais. Entre 2009 e 2015, a polícia brasileira matou 17.688 pessoas. Apenas em 2015, 3.320 foram mortas em decorrência da intervenção policial.¹³⁷

Nem precisaria ser dito, mas todas as mortes foram justificadas – ou, pelo menos, houve tentativa nesse sentido – pela suposta posição de “bandido” do executado.

De outro vértice, essa sociabilidade violenta não fica circunscrita à relação punitiva entre polícia e bandido.

A punição é, com cada vez mais frequência, a solução socialmente escolhida no trato de nossos conflitos cotidianos.

Em face da aderência à idéia segundo a qual “bandido bom é bandido morto” e a conseqüente compreensão de que a eliminação física é a forma, por excelência, da operação da engrenagem social punitiva, a morte ingressa no circuito das possibilidades abertas pelo hiato deixado pelo sinal operativo anterior do sistema social geral (a comunicação).

O Brasil registrou, entre os anos de 2011 e 2015, mais mortes violentas intencionais (homicídios) do que a Guerra da Síria no mesmo período. Aqui, 279.567; lá, 256.134.¹³⁸

O desenho dessa realidade perturbadora revela-nos, além do rompimento da diferenciação entre sistema e ambiente, a emergência de um problema que pode ser analisado pelo modelo abstrato proposto, mas não mais pode ser explicado por seu intermédio.

¹³⁵ Fórum Brasileiro da Segurança Pública. **Anuário Brasileiro da Segurança Pública 2015**. Disponível em http://www.forumseguranca.org.br/storage/9_anuario_2015.retificado.pdf. p. 07. Acesso em 15 de abril de 2017.

¹³⁶ Fórum Brasileiro da Segurança Pública. **Anuário Brasileiro da Segurança Pública 2016**. Disponível em http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/01/Anuario_Site_27-01-2017-RETIFICADO.pdf. p. 06. Acesso em 15 de abril de 2017.

¹³⁷ Ibidem, p. 06.

¹³⁸ Ibidem, p. 06.

Outrossim, a aposta na crítica criminológica, afora contribuir para a manutenção do sinal operativo do que restou do sistema penal oficial, é incapaz de dar conta de uma realidade punitiva sobreposta ou, minimamente, postular a redução de seus efeitos.

Nessa esteira, ao que me parece, o abolicionismo irrestrito seria uma solução viável.

Tendo-se em conta o estatuto da modernidade, a saída abolicionista, para ser eficaz, não poderia ficar restrita ao sistema penal oficial. Esse momento foi perdido na crítica criminológica, responsável, segundo reputo, pela manutenção do punitivismo oficial e pelo incremento de seus índices.

Do mesmo modo, qualquer alternativa negociada será ineficaz para conter um punitivismo subjetivamente alojado. Um novo modelo, mesmo que inicialmente eficiente, seria colonizado, na sequencia, pelas práticas sociais punitivas da modernidade, alastrando, ainda mais, o punitivismo.

Se isso faz diferença ou importa para algumas pessoas engajadas na diminuição ou retração dos danos da punição sócio-estatal, são nossas práticas individuais que precisam ser ressignificadas.

Devemos renunciar à punição, seja ela simbólica, virtual, real ou estatizada.

Não estou discorrendo acerca da recuperação de uma ética religiosa (se alguém de bater na face direita, oferece também a esquerda).

Ao que tudo indica, a realocação da engrenagem punitiva e, posteriormente, a eliminação de sua funcionalidade, seja ela real ou aparente, ressentem-se, nesse momento histórica, da abolição de nossas pequenas e grandes estratégias punitivas.

Isso atravessa, por óbvio, a crítica do modelo consumista, responsável pela secção entre aptos e inaptos para pertencer ao mercado de consumo, sacrificando estes à punição.

Enquanto permanecermos reféns da idéia de que nosso carro, nosso celular ou nossos eletrodomésticos valem mais do que um dia, um mês, um ou vários anos da vida ou da liberdade de outro ser humano, as engrenagens punitivas funcionarão cada vez melhor e de modo mais abrangente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Insisto, contra a vontade de ficar estirado no sofá, em dizer algo que faça sentido para vocês que irão ler essas linhas, afinal, sou um partidário da percepção de que um texto, após escrito, pertence, unicamente, a seus leitores.

O autor é somente um sintoma de que as letras foram articuladas em um dado momento que não pertence mais a ele.

Afirmar, com paixão, tantas coisas ao longo desse discurso.

Sustentei, talvez para desgosto de alguns, teorias analíticas e explicativas da modernidade em descompasso com o saber criminológico estabelecido.

Percorri caminhos extremos e defendi que o expansionismo do sistema penal decorre de sua crítica certa, mas ineficaz.

Deixei pendente no cabide de meus pensamentos uma idéia diáfana, disforme, intangível.

De qualquer forma, desenhei, em traço grosso, a operatividade de um sistema punitivo que nos abarca e, de certa forma, condensa-nos.

Nossa subjetividade, decorrente dos processos de individualização da modernidade, reclama que sejamos responsáveis por nossos destinos. Isso faz com que sejamos, essencialmente, punitivos. Mas esse é o final de uma história trágica e não o seu começo.

O sistema penal não surgiu por autogênese.

Na forma já descrita pela teoria marxista, um sistema qualquer surge a partir da reiteração de certas práticas. Não há, por exemplo, sistema capitalista a partir de um único ato de exploração de uma classe por outra¹³⁹, assim como não há sistema penal a partir da punição isolada. Um sistema conforma-se por meio da reiteração de suas operações específicas.

Os sistemas tem uma história, elaborada a partir de determinadas condições, sejam elas de existência ou subsistência.

O sistema penal, por isso, não se conformou no momento em que alguém considerou necessário e suficiente punir outro alguém pela prática de um ato catalogado como danoso ou ameaçador. Foi a reiteração da punição como resposta de certos atos, e não os atos em si, que determinou a solução punitiva.

¹³⁹ ARON, Raymond. **Le tappe del pensiero sociológico**. Milão: Arnoldo Mondadori Editore, 2011, p. 185.

É no centro dessa progressão que nos encontramos e é dela que precisamos dar conta.

Sabemos, a partir do exposto ao longo dessas linhas, que o sistema penal permanece atrelado às justificações básicas de sua matriz liberal garantista. Dar resposta a perguntas relativas à criminalização, ao processo penal, à sentença e à punição permanecem no centro de seu discurso declarado.

As perguntas permanecem as mesmas; porém, as respostas foram ressignificadas a partir de uma mudança sutil nos processos de seleção e admissão da clientela penal.

Esse ponto é de crucial entendimento para aceitar e teorizar o argumento apresentado, no início, na forma de problema, a saber: a contribuição da criminologia crítica para o expacionismo do moderno sistema penal.

Na crítica feita ao programa do partido social-democrata alemão, Marx resgata a diferença existente entre comunismo, o regime que, segundo ele, deveria substituir o capitalismo, e o socialismo vulgar.

Ao passo que aquele estaria estruturado a partir da substituição do regime capitalista, marcado pela distribuição desigual da riqueza, da propriedade dos meios de produção concentrada em uma classe e a exploração dos operários pela classe proprietária, por um regime de propriedade comum, o socialismo vulgar e, também, a própria democracia, trata “a distribuição como algo independente do modo de produção”, expondo “o socialismo como uma doutrina que gira principalmente em torno da distribuição”.¹⁴⁰

Em outros termos, a perspectiva social-democrata criticada por Marx encontra-se orientada pelas possibilidades de consumo por parte de uma dada população, deixando de lado o embate de classes.

É de conhecimento geral que a perspectiva social-democrata, ao menos no nível declarado, assumiu a preponderância da matriz socio-econômica no sistema mundo.

De forma pontual, a Constituição Federal de 1988 considera como um de seus fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV), ou seja, preconiza um sistema sócio-econômico fundado no socialismo vulgar e, por conseguinte, condicionado por propriedade concentrada e consumo socializado.

¹⁴⁰MARX, Karl Heinrich. **Crítica ao programa de Gotcha**. Edição eletrônica disponível em www.jahr.org. p. 27.

O padrão de igualdade é fixado pelo consumo e, obviamente, a desigualdade decorre da diferença entre inclusão e exclusão do mercado de consumo, mantendo, contudo, a separação entre ambos relativamente àqueles que mantêm o controle absoluto da propriedade privada dos meios de produção.

A moderna criminalização do sistema penal opera sob essa orientação, processando, condenando e punindo os inaptos para o consumo.

A clientela penal tornou-se mais abrangente e, de certo modo, difusa, facultando que sua escolha decorra de critérios abstratos. Não é como punir um pobre ou um favelado. Nesses casos, há um dado concreto, ainda que não revelado, pendente sob os processos de criminalização.

Já a criminalização de alguém catalogado como consumidor falho opera sem uma estigmatização prévia. O consumidor falho não é um dado *a priori*. O reconhecimento de sua existência advem do risco de sua presença.

Em consequência, o sistema penal demanda uma nova programação dogmática, externa às agências executivas (polícia, ministério público, magistratura, cárcere).

A dogmática do risco integra-se, assim, ao moderno sistema penal, liberando sua estrutura interna para operar, em base otimizada, orientada pela punição, comprometendo, na outra ponta, a eficácia da crítica criminológica radicada na teoria marxista tradicional, sutilmente capturada por um modelo sócio-estatal em que suas categoria principal (a luta de classes) foi substituída pela emergência de um agrupamento solidarizado pelo medo.

Se o sistema penal adota, aberta e declaradamente, a punição como definidora de seus limites em relação ao ambiente, superando, dessarte, os devaneios da escola criminológica clássica a propósito de um direito penal garantidor, qualquer agência que o integre, inclusive o Judiciário, deve atuar orientada pela punição. Em decorrência, o Poder Judiciário renuncia a sua tradicional função de bloqueio ou freio contramajoritário, integrando-se ao sinal operativo do moderno sistema penal: a punição.

Não se trata, a bem da verdade, de uma inovação deslocada. O esboço dessa funcionalidade não passou despercebido pela análise criminológica, como bem assinalou Vera Regina.¹⁴¹

No mais, essa funcionalidade encontra-se, desde há muito, espalhada na programação legislativa atinente ao processo penal, servindo como exemplo a não concordância judicial com o pedido de arquivamento de inquérito policial formulado pelo Ministério Público (artigo 28 do Código de Processo Penal), a possibilidade de romper a dinâmica da distribuição do ônus probatório (a prova da alegação incumbirá a quem a fizer), determinando, de ofício e mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas e a realização de qualquer diligência (artigo 156, incisos I e II, do Código de Processo Penal), ou, ainda, na faculdade de decretar, também de ofício, a prisão preventiva (artigos 310 e 311 do Código de Processo Penal).

Claro que essa nova posição provoca reflexos externos e consequências internas.

O Judiciário conserva uma autoimagem e, também, uma imagem compartilhada pelos demais sistemas sociais e psíquicos, de operar orientado por uma lógica de julgamentos neutros, legalistas e impessoais. A legislação, portanto, continua sendo o fundamento de suas decisões.

A aderência à punição por parte da agência judicial ressent-se de uma conciliação entre sua autoimagem e a imagem projetada pelos demais sistemas.

Internamente, isto é, como integrante do moderno sistema penal, encampa a funcionalidade securitária afeta ao respectivo sinal operativo (“a caveira de toga”, como diz Zaccone¹⁴²). Para si e externamente, entretanto, reafirma seu apego à legalidade, valendo-se, para tanto, de uma técnica moderna denominada estado de exceção, declarado e sustentado pela dogmática do risco, derivada, por sua vez, de uma solidariedade externa fundada no medo.

A decretação judicial de um constante estado de exceção, materializado no afastamento circunstancial da lei para atender peculiaridades de casos concretos, permite ao Judiciário realizar uma

¹⁴¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão da segurança jurídica: Do controle da violência à violência do controle penal**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 260-261.

¹⁴² D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Indignos de Vida**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 41.

engenharia sistêmica capaz de tornar compatível sua imagem e autoimagem com a expectativa dos demais sistemas e isso por que todos encontram-se solidarizados pelo medo.

Interessante assinalar que, a partir de Montesquieu, temos conhecimento que a solidariedade fundada no medo é princípio dos governos despóticos e não degovernos republicanos.¹⁴³

Ora, se o moderno sistema penal funda-se, de modo primário, na solidariedade pelo medo, e, se o principal encarregado de sua operação atua por intermédio da decretação de um permanente estado de exceção, não precisamos de muita sagacidade para concluir que nos encontramos sob a égide de um governo abertamente despótico, caracterizado pela imposição, sem regras ou leis, de “tudo por força de sua vontade e de seus caprichos”.¹⁴⁴

Para romper um pouco a abstração e por mais curial que essa afirmação possa parecer, gostaria de lembrar que escrevo esse texto ancorado na realidade brasileira. O local da fala, portanto, encontra-se radicado em nossa realidade, não obstante ser possível fazer incidir o discurso sobre a estrutura punitiva de qualquer outro sistema penal estrangeiro.

As peculiaridades da estruturação do sistema penal brasileiro colocam, no entanto, questões um tanto diversas, seja em virtude da correlata existência de um sistema penal subterrâneo, seja por que nosso sistema penal não logrou alcançar funcionalidade autônoma em relação ao ambiente, circunstancia que termina por acelerar os processos de rompimento em curso na modernidade.

Em linguagem sistêmica, pode-se afirmar que o sistema penal brasileiro não opera de modo autopoiético, mas alopoiético, ou seja, “as sobreposições particularistas dos códigos político e econômico às questões jurídicas impossibilitam a construção da identidade do sistema jurídico”,¹⁴⁵, o que conduz a uma operatividade desfocada em relação a sua função tradicional declarada.

Em síntese, mesmo que sua funcionalidade inversa não fosse objeto de identificação e abordagem por parte da criminologia crítica, isto é, mesmo que o sistema penal fosse capaz de operar orientado com

¹⁴³MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 38.

¹⁴⁴Ibidem, p. 19.

¹⁴⁵NEVES, Marcelo. **Entre Themis e Leviatã: uma relação difícil**. Rio de Janeiro: Martins Fontes, p.99.

base em sua funcionalidade declarada, o sistema penal brasileiro operaria, de qualquer forma, orientado por uma funcionalidade invertida, explicada pela ausência de autonomia decorrente da modernidade à brasileira.

Nesse momento, pressuponho, isolado da crítica quanto ao acerto ou desacerto de minhas ponderações, que sejamos capazes de concordar, em nível teórico mínimo, que a força dos apontamentos da criminologia crítica dirigidas ao sistema penal falha em razão de dois motivos básicos: a) sua base teórica marxista foi capturada pela implosão dos estratos ou classes sociais; b) o sistema penal moderno, em sua diferenciação relativamente ao entorno, opera com base em sinal punitivo, implicando em dizer que o sistema apenas absorve do ambiente as relações baseadas na punição.

Esse reconhecimento não deve nos conduzir a um desalento ou ao engessamento da crítica criminológica.

Acredito que uma correção de curso possa nos colocar de volta no jogo de forma eficiente, devolvendo-nos a capacidade de atacar o sistema penal sem que ele capture esse ataque e devolva-o na forma de incremento da punição.

A relação entre sistema e ambiente acontece em dois níveis; integrativo e destrutivo.

No primeiro deles, o sistema absorve a informação do ambiente por conta da identificação do sinal operativo; no segundo, o ambiente age para destruir o sistema.

A crítica criminológica, como já sabemos, representou uma espécie de integração ao sistema penal. Nesse sentido, mais crítica será traduzida em mais punição.

Assim, se nos interessa conter o avanço do moderno sistema penal, precisamos agir de modo destrutivo. Não é suficiente destacar sua ilegitimidade ou desvendar suas funções reais. O sistema penal deve ser destruído.

Defender a destruição do sistema penal é algo radical, reconheço. Utópico, para alguns.

Estamos tão condicionados a pensar o mundo em termos de punição que, de fato, seu desaparecimento desperta indagações básicas a respeito de nossa própria existência.

Nossa subjetividade encontra-se conformada pela punição e, desaparecendo esta, supõe-se, mesmo sem querer, que nossa subjetividade moderna será, igualmente, destruída.

Seremos confrontados, não tenho dúvidas, com a necessidade de re-elaborar nossa subjetividade se estivermos interessados na destruição do sistema penal, mas, por enquanto, deixemos esse assunto em silêncio.

O sistema penal - sustentei isso logo acima - não surge por autogênese. Sua emergência encontra-se delimitada espaço-temporalmente. Não é algo natural e, logicamente, não é indispensável à manutenção de nossa sociabilidade.

Independente da abordagem utilizada para explicar, entender e avaliar seu funcionamento e operatividade, o sistema penal envolve a punição de um fato descrito como crime.

O sistema penal não se interessa por condutas, mas por descrição de condutas.

A categorização de condutas é que distingue sua matriz religiosa de sua elaboração sócio-estatal.

Ao passo que o sistema religioso de punição contenta-se com uma afirmação para dar conta dos processos de criminalização (não furtará, por exemplo), o sistema penal reclama uma programação descritiva dessa mesma conduta.

Furtar não é crime. Crime é subtrair o patrimônio alheio móvel (artigo 155 do Código Penal). Estuprar não é crime. Crime é constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça à conjunção carnal ou ato diverso da conjunção carnal (artigo 213 do Código Penal). Traficar drogas não é crime. Crime é fazer isso sem autorização estatal (artigo 33 da Lei 11.343/2006).

Não é outro o significado da primeira parte do artigo 1º do Código Penal: “não há crime sem lei anterior que o defina”. Também não é por outra razão que a denúncia, peça que inaugura o ciclo judicial do processo penal, deve, sob pena de inépcia, descrever fatos e condutas, não sendo suficiente afirmar que o imputado deve ser condenado por que furtou, estuprou ou traficou drogas.

O crime não é, por conseguinte, uma realidade ontológica. É, antes, uma realidade normativa criada a partir de uma definição legal de conduta.

Nas palavras do Marques de Sade, é uma questão de “opinião e geografia.”¹⁴⁶

Diversas dessas condutas foram descritas como crime em um dado contexto histórico e deixaram de sê-lo em outro.¹⁴⁷ Afora isso e

¹⁴⁶ FRANÇOIS, Donatien Alphonse. **Justine ou as desgraças da virtude**. Entrelivros Cultural, p. 103.

resgatando que o sistema penal é estruturalmente incapaz de identificar e punir todas as infrações penais, sendo a impunidade a regra (cifras ocultas da criminalidade)¹⁴⁷, não se afigura tão absurdo sugerir a possibilidade de tratar os conflitos sociais de uma maneira não punitiva.

O ponto crucial reside em nossa capacidade de evoluirmos para além da resposta punitiva.

A sugestão não vem acompanhada de uma resposta.

Comparativamente, sei que a aspirina não é adequada para tratar o câncer. Apesar do reconhecimento da inadequação medicamentosa, acredito que ninguém, em sã consciência, defenderia que, em face da ineficácia da aspirina, o ideal é desistir de procurar um tratamento que funcione, mesmo que, no momento, esteja indisponível.

Não saberemos se não tentarmos. Convido-os, assim, a pensar comigo e tantos outros um mundo sem sistema penal. Mas como? Se você é capaz de formular essa pergunta, o primeiro passo já foi dado. Segure minha mão e vamos caminhar juntos em direção ao novo, renunciando e abolindo punições, sejam elas estatais, sociais, familiares ou individuais.

¹⁴⁷KARAM, Maria Lucia. **Pela abolição do sistema penal**. In PASSETI, Edson (org.) Curso livre de abolicionismo penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, pp. 72-75.

¹⁴⁸HULSMAN, Louk. **Alternativas à justiça criminal**. In PASSETI, Edson (org.) Curso livre de abolicionismo penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, pp. 48-52.

REFERÊNCIAS

1. AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Excepción: Homo sacer II**. Valencia: Pre-textos, 2010.
2. _____, Giorgio. **Pilatos e Jesus**. São Paulo: Boitempo; Florianópolis: Editora da UFSC, 2014.
3. _____, Giorgio. **Nudità**. 5 ed. Roma: Nottetempo, 2015.
4. ANDRADE, Lédio Rosa de. **Direito Penal Diferenciado**. Tubarão: Studium, 2002.
5. ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica: Do controle da violência à violência do controle penal**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
6. _____, Vera Regina Pereira de. **Dogmática Jurídica: Escorço de sua conformação e identidade**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
7. _____, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
8. ARON, Raymond. **Le tappe del pensiero sociológico**. Milão: Arnoldo Mondadori Editore, 2011.
9. BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
10. BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
11. _____ Zygmunt. **Legisladores e Interpretes**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

- 12._____, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.
- 13._____, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- 13.BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 13 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.
- 14.BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010.
- 15.BIZZOTO, Alexandre. **A mão invisível do medo e o pensamento criminal libertário**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- 17.BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- 18.CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Judiciário e a Democracia no Brasil. Revista USP, São Paulo, mar/abr/mai/1994.
- 19.CHRISTIE, Nils. **A Indústria do Controle do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- 20._____, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- 21.DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- 22.D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: Quem são os traficantes de droga**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- 23._____, Orlando Zaccone. **Indignos de Vida**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- 24.DIETER, Mauricio Stegemann. **Política Criminal Atuarial: A criminologia do fim da história**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

- 25.DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- 26._____, Émile. **Il Suicidio**. Milão: Bur Rizzol, 2014.
- 27.FERRAZ JR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, mar/abr/mai/1994.
- 28.FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da violência nas prisões**. 23 ed. Petrópolis: Vozes, 2000.
- 29._____, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. Sao Paulo: Martins Fontes, 2008.
- 30.FRANÇOIS, Donatien Alphonse. **Justine ou as desgraças da virtude**. Entrelivros Cultural.
- 31.GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- 32.KOHLER, Peter; SCHAEFER, Thomas. **O Direito pelo Averso: Uma antologia jurídica alternativa**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- 33.LAGASNERIE, Geoffroy de. **A última lição de Michel Foucault: Sobre o neoliberalismo, a teoria e a política**. São Paulo: Três Estrelas, 2013.
- 34.LOPES, Julio Aurélio Vianna. **A Invasão do Direito: A expansão jurídica sobre o estado, o mercado e a moral**. Rio de Janeiro: FGV, 2015.
- 35.LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Volume I. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- 36.LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Editorial Herder, 2006.

- 37._____, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas.** 3a ed. Petrópolis - RJ: Vozes, 2011.
- 38.MANKIOW, Gregory. **Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia.** Rio de Janeiro: Campus, 1999.
- 39.MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana.**São Paulo: Palas Athena, 2001.
- 40.MENEGAT, Marido. **Estudos sobre ruínas.** Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- 41.MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O Espírito das Leis.** São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- 42.NEVES, Marcelo. **Entre Themis e Leviatã: uma relação difícil.** Rio de Janeiro: Martins Fontes.
- 43.NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** 5a ed. São Paulo: RT.
- 44.PASSETI, Edson (org.) **Curso livre de abolicionismo penal.** 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012
- 45.PAVARINI, Massimo. **Castigar el enemigo: Criminalidad, exclusión e inseguridad.** Quito (Equador): Flacso, 2009.
- 46.PORTUGAL, Daniela. A autopoiese no direito e o funcionalismo sistêmico de Gunter Jakobs na aplicação da lei penal. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul,** Volume VIII, número 2, 2013.
- 47.SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. **Oficina do CES – Centro de Estudos,** Coimbra, n. 65, nov/1995.

- 48.SCHLUCHTER, Wolfgang. **Paradoxos da Modernidade: cultura e conduta na teoria de Max Weber**. São Paulo: Unesp, 2011.
- 49.TODOROV, Tzvetan. **Os Inimigos Intimos da Democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- 50.ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- 51._____, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- 52._____, Eugenio Raúl. **A Questão Criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- 53._____, Eugenio Raúl et all. **Direito Penal Brasileiro - I**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- 54.ZIZEK, Slavoj. Sobre la violencia: Seis reflexiones marginales. Barcelona: Paidós, 2008.
- 55.WEBER, Max. **O Direito na Economia e na Sociedade**. São Paulo: Icone, 2011.
- 56.WEBER, Max. **Ensayos sobre Sociología da la Religión**. 2a ed. Madri: Taurus, 2001.

