

INEZIL PENNA MARINHO JUNIOR

**MODERNIDADE, ESTADO DE DIREITO E POLÍTICA CRIMINAL:
A RACIONALIDADE JURÍDICO-ESTATAL ENTRE A TOTALIDADE E A
FRAGMENTAÇÃO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais.

Área de concentração: Sistema penal e violência

Orientadora: Profa. Dra. Ruth Maria Chittó Gauer

Porto Alegre
2007

Um especial agradecimento ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq (pesquisa vinculada ao projeto financiado pelo CNPq - Processo n.º 402747/2005-4) e à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, pelo financiamento essencial à realização desta pesquisa, na qualidade de bolsista do Programa de Bolsas de Mestrado e Doutorado da PUCRS – PROBOLSAS.

RESUMO

Vinculando-se à linha de pesquisa “Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos”, do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, a dissertação é uma reflexão a respeito das dificuldades que o Estado de Direito enfrenta, hoje, em sua tarefa de equacionar sem arbítrio os valores liberdade e segurança, em uma contemporaneidade caracterizada pela crise da razão prognóstica e pela fragmentação das “certezas” e das totalidades. Pensando a modernidade como o modo de civilização que estruturou as sociedades ocidentais e criou condições para a implantação de um saber científico capaz de controlar, o resgate de elementos históricos permite questionar a correspondência entre as bases teóricas fundantes dos sistemas de proteção dos direitos e garantias articulados pela racionalidade moderna e os fundamentos discursivos das práticas político-criminais contemporâneas. Reflete-se acerca da capacidade operativa de um ente político-institucional como o Estado, analisando sua possível exaustão teórica, o esgotamento de sua centralidade e o enfraquecimento de sua dimensão enquanto projeto moderno. Desvelando algumas das certezas que as ciências humanas, na modernidade, pressupunham como evidentes, a dissertação reflete sobre o Estado e seus instrumentos de controle da violência, em uma época caracterizada pela falência dos absolutos, na qual a razão cede espaço à força e à autoridade.

Palavras chave: Modernidade – Estado – Política Criminal – Totalidade - Fragmentação

RESUMEN

Vinculado a la línea de investigación “Sistemas Jurídico-Penales Contemporáneos”, del Programa de Posgrado en Ciencias Criminales de la Pontificia Universidad Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, la disertación es una reflexión respecto las dificultades que el Estado de Derecho se enfrenta, hoy, en su tarea de ministrar sin albedrío los valores libertad y seguridad, en una contemporaneidad caracterizada por la crisis de la razón pronóstica y fragmentación de las “certidumbres” y totalidades. Pensando la modernidad como el modo de civilización que estructuró las sociedades occidentales y creó condiciones para la implantación de un saber científico apto a controlar, el rescate de los elementos históricos permite cuestionar la correspondencia entre las bases teóricas fundantes de los sistemas de protección de los derechos y garantías articulados por la racionalidad moderna y los fundamentos discursivos de las prácticas político-criminales contemporáneas. Se refleja acerca de la capacidad operacional de un ente político-institucional como es el Estado, analizando su posible agotamiento teórico, la extenuación de su centralidad y el enfraquecimiento de su dimensión mientras proyecto moderno. Desvelando algunas de las certidumbres que las ciencias humanas, en la modernidad, suponían evidentes, la disertación refleja acerca de el Estado y sus instrumentos de control de la violencia, en una época caracterizada por la falencia de los absolutos, en que la razón cede espacio a la fuerza y autoridad.

Palabras llave: Modernidad – Estado – Política Criminal – Totalidad - Fragmentación

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
REFLEXÕES FINAIS.....	11
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	20

INTRODUÇÃO

A modernidade é, sobretudo, o tempo em que se reflete sobre a ordem. É possível dizer que a prática tipicamente moderna constituiu-se em um esforço para definir com precisão e suprimir ou eliminar tudo que não pudesse ser ou não fosse precisamente definido, de forma que podemos pensá-la como um modo de civilização que estruturou as sociedades ocidentais e criou condições para a implantação de um saber científico capaz de controlar. Inserido nesta cosmovisão, o Estado moderno, como um Estado de Direito, estruturou-se, desde o princípio, de maneira a trazer segurança à sociedade. Seja, em um primeiro momento, por meio de um poder absoluto, ou, posteriormente, por meio de um sistema de leis encabeçadas pelas Constituições modernas, seja ainda pela estruturação de mecanismos de segurança nas modernas cidades, a historicidade moderna foi acompanhada de atos de governo legitimados pela crença e assentimento da população em um Estado cuja teleologia é a garantia de uma vida segura. Organizadas em torno de uma infindável busca de proteção, as sociedades modernas, à medida que se desenvolveram, cercaram-se de sistemas de segurança cujos pressupostos embasaram-se

nos preceitos racionais totalizantes dos tempos modernos. Tais preceitos estruturaram-se na crença de que, por meio da razão e da técnica científica, seria possível ao homem controlar em sua completude os riscos sociais.

A Época Moderna é também aquela na qual os grandes relatos legitimam as estruturas de saber e poder, na qual se pretende neutralizar as diferenças, por isso também conhecida como a época da totalidade. É tida como o período cultural no qual a história é percebida com um sentido progressivo, perspectiva desde a qual sempre se está em busca do novo, do melhor, da superação das incoerências e das inseguranças de estar vivo, suprimindo-se tudo aquilo que pareça fugir à ordem. A realização deste ideal é buscada por meio da concreção dos projetos racionalistas plasmados nos grandes metarrelatos emancipatórios, os quais, na modernidade, assumem caráter de verdades. O exemplo mais emblemático deste projeto é o Estado; e o direito moderno seguiu a mesma estrutura, construindo verdades e expurgando do mundo jurídico tudo aquilo que fugisse à racionalidade jurídico-estatal. Pode-se dizer que o ideário moderno depositou neste projeto os pilares estruturantes das mudanças sociais. É dizer, o projeto de garantias que passou a diferenciar o Estado de Direito depositou (e deposita) seu grande poder de ação na força normativa do direito e nos instrumentos estatais. Mantendo fidelidade à razão jurídica moderna, isto significou sua característica fundamental de pretender “transformar a realidade” por meio do direito e do Estado. Desde uma perspectiva racionalista totalizante, uma visão idealizada da sociabilidade humana colocou a violência e a hostilidade como fenômenos arcaicos a serem eliminados pelo progresso e pelo estabelecimento da sociedade por meio de um contrato social.

Transitando entre a totalidade moderna e a fragmentação que caracteriza as sociedades contemporâneas, a grande questão que nos impulsiona, constituindo a situação problemática a ser investigada, é assim delimitada: frente à complexidade das necessidades contemporâneas em uma época caracterizada pela falência dos absolutos, pode, por si só, a racionalidade jurídico-estatal resolver os problemas a que, teleologicamente, se propôs, equacionando sem arbítrio os valores liberdade e segurança e erradicando a dimensão conflitual da vida social? Refletimos, pois, acerca da

capacidade operativa de uma entidade político- institucional como o Estado, analisando sua possível exaustão teórica, o esgotamento de sua centralidade e a perda de sua dimensão enquanto projeto moderno, em uma contemporaneidade caracterizada pela crise da razão prognóstica, pela fragmentação das “certezas” e pelo desfazimento das totalidades.

Para tanto, partimos da hipótese de que as articulações jurídico-constitucionais dos finais do século XX, que caracterizam o Estado Democrático de Direito reproduzem, com tênues modificações de interpretação da teoria da norma, um pensamento desenvolvido nos séculos anteriores. Segundo este pensamento, a máxima competência soberana deve ser conferida tão somente à ordem normativa, de forma que a análise jurídica do Estado precisaria de algo puramente jurídico, e de nada além da ordem jurídica como unidade, na qual o próprio Estado, enfim, equivaleria à ordem jurídica. Isto se reproduz nas articulações do moderno constitucionalismo, quando se remete ao plano da norma a tarefa de suprimir do mundo dos fatos todo e qualquer arbítrio no exercício dos poderes, mantendo-se a sociedade como o espelho de um ordenamento dotado de pureza, de unidade.

Nossa hipótese de trabalho segue no sentido de que os problemas que surgem ao nível da operacionalidade de um sistema de garantias que pretende ao mesmo tempo trazer a máxima proteção social primando pelo respeito dos direitos individuais de todos dificilmente serão solvidos tão somente pela racionalidade jurídico-estatal, em uma lógica circular que vai da norma constitucional à norma infraconstitucional e desta à outra, sem que se procure no âmbito do social as dificuldades de efetivação de tal sistema. Pensamos que a crença na possibilidade de um consenso racional universal capaz de erradicar a dimensão conflitual da vida social colocou o pensamento democrático em um caminho equivocado, e o reconhecimento da impossibilidade de fazê-lo é condição necessária para compreender o desafio com o qual se depara a política criminal contemporânea.

Buscamos analisar as práticas político-criminais exercidas pelo Estado, enquanto ente soberano de proteção social, conflitando os preceitos racionalistas

totalizantes nos quais a estatalidade se sedimenta, com a complexidade de um mundo caracterizado pela fragmentação das “certezas”. Com o cuidado para não incorrerem em uma peregrinação por conceitos, problemas e teorias apressadamente conexiadas, por meio de aproximações genealógicas procuraremos identificar as forças que culminaram nas práticas punitivas atuais, identificando as condições históricas e sociais das quais elas dependeram, desvelando os processos históricos dos quais nossas atuais estruturas emergiram, utilizando a história para repensar o presente.

Desde um resgate histórico, procuraremos identificar que a estruturação dos Estados modernos como sociedades securitárias, voltadas para a ordem, proteção e controle da vida humana em sua completude, fez com que a preocupação com a segurança jamais se descolasse do próprio sentido de uma vida moderna. Tendo o Estado historicamente se apresentado como protetor, a segurança total parece algo que as sociedades modernas estão naturalmente impelidas a buscar, desde a fundação do Estado moderno e da estruturação do direito natural de viés racionalista.

Entendemos que, uma vez estruturadas enquanto sociedades cuja teleologia precípua é o controle social e a segurança dos indivíduos, ao passo que aumenta a complexidade dos problemas sociais, a sensação de insegurança, e ao mesmo tempo em que, em âmbito mundial, os Estados se enfraquecem enquanto instituições políticas soberanas em que se exerce um efetivo debate político, a estrutura racional do Estado de Direito cede espaço a uma lógica na qual o moderno *Rule of Law* sucumbe a práticas de controle social que primam pela efetividade e respondem a um punitivismo social pouco reflexivo. Sem que bem se saiba de fato o que é ser protegido em um Estado de Direito, uma ideologia protetora (herança moderna potencializada frente aos riscos contemporâneos) tende a avançar sobre os espaços de liberdade que historicamente cabe ao Estado garantir, canalizando a reivindicação do constitucional direito à segurança para uma demanda por autoridade e força.

Entre a totalidade e a fragmentação, vendo ruir os pressupostos modernos sobre os quais assentava um projeto emancipatório rumo a uma sociedade “mais feliz” e segura, os agentes governamentais se vêem demandados a agir de alguma forma no afã de

assegurar a “vida politizada”, promessa moderna e ímpeto que subjaz toda organização política. Neste intuito, a opção mais utilizada tem sido a de um controle total, no qual é difícil distinguir com clareza os limites da proteção jurídico-estatal legítima de uma ilimitada violência. Nesta trilha, o Estado de Direito parece aproximar-se constantemente de um estado de exceção, mas não propriamente daquele estado de exceção na forma declaratória prevista nas constituições. Não como uma medida excepcional extrema e temporalmente delimitada, mas como uma generalização sem precedentes do paradigma da segurança como técnica normal de governo. Desvelando algumas das certezas que as ciências humanas, na modernidade, pressupunham como evidentes, a dissertação reflete sobre o Estado e seus instrumentos de controle da violência frente à complexidade das necessidades contemporâneas, em uma época caracterizada pela falência dos absolutos.

REFLEXÕES FINAIS

Os clássicos nos ensinam que o Estado de Direito surge com o intuito de enquadrar o Poder pelo Direito, limitando-o e laicizando-o. Em uma moldura firmada pela liberdade e igualdade de natureza entre os indivíduos, nos ensinam que a Lei sobrepôs-se à administração, o que passaria a eliminar o arbítrio no exercício dos poderes públicos, com a conseqüente garantia dos indivíduos frente a eles. Diante destes axiomas modernos, iniciamos esta pesquisa questionando se, frente à complexidade das necessidades contemporâneas, em uma época caracterizada pela falência dos absolutos, pode, por si só, a racionalidade jurídico-estatal resolver os problemas a que se propôs, equacionando sem arbítrio os valores liberdade e segurança e erradicando a dimensão conflitual da vida social.

Objetivando questionar as bases teóricas fundantes dos sistemas de proteção dos direitos e garantias, a pesquisa analisou a racionalidade jurídico-estatal, enquanto estrutura soberana de proteção social, conflitando os preceitos racionalistas totalizantes nos quais esta se sedimenta, com os fundamentos discursivos da política criminal contemporânea, em um mundo caracterizado pela complexidade e pela fragmentação das “certezas”. As dificuldades que o Estado de Direito enfrenta, hoje, em sua tarefa de equacionar sem arbítrio os valores liberdade e segurança, em uma contemporaneidade caracterizada pela crise da razão prognóstica, pela fragmentação das “certezas” e pelo desfazimento das totalidades guiaram nossas reflexões.

O resgate de elementos históricos e o referencial teórico trazido, ao contrário de representarem um reducionista olhar dos problemas contemporâneos com os olhos voltados ao passado, nos permitiu, com mais solidez, identificar como os sistemas de segurança montados pelo Estado se impuseram progressivamente, até que passaram a ser tidos como “estruturas naturais” às sociedades modernas que, ao demandarem uma crescente proteção estatal, passaram a ver-se como sociedades voltadas à segurança.

A pesquisa permitiu identificar, primeiramente, que a modernidade pode ser pensada como um modo de civilização que estruturou as sociedades ocidentais e criou condições para a implantação de um saber científico capaz de controlar. Tal conclusão foi obtida revisitando a cosmovisão dos séculos XVII a XIX, de onde pudemos compreender que o poder de controlar os indivíduos, na época moderna, surge como ínsito a um poder soberano, um poder articulado racionalmente para o controle e que, para tanto, necessita de uma complexa estrutura burocrática que conforma o corpo estatal moderno e que trabalha com os indivíduos ao nível da crença, ao ponto de fazê-los vincular sua própria identidade e consciência a um poder de controle externo, operado por esta nova forma de organizar a sociedade, o Estado moderno. Identificamos ainda que, à medida em que se estruturaram os modernos Estados-Nação, a soberania deixou de apresentar-se como um poder evidente e absoluto na pessoa do Rei, e a máxima competência deixou de ser conferida a uma pessoa ou a um complexo de poder sociopsicológico, passando a ser confiada somente à própria ordem soberana na unidade do sistema normativo. Foi assim que o direito natural moderno, fundado na igualdade natural e embasado na razão, propiciou a consolidação do indivíduo impessoal e atomizado como valor, e, em consequência, as grandes codificações. E é da clássica noção do contrato político, fundada nos ideais individualistas, que emergiu a moderna vida em sociedade, de forma que Direito e Estado passaram a ser vistos como produto da razão, como forma de conciliar as necessidades negativas (maus instintos individuais) e necessidades positivas (instinto de conservação) dos homens.

Vimos que o desenvolvimento teórico-estatal do século XIX, ao eliminar concepções teístas e transcendentais (aquele em que o rei é o Deus na terra), deixa de lado o conceito tradicional que se tinha até então de legitimidade do poder e forma um novo conceito de legitimidade, baseado, sobretudo, no princípio de identidade, em que o povo, a nação, a sociedade representada pelo direito, são imediatamente soberanos. Para além destes aspectos, identificamos que, sob o domínio do princípio de identidade e o advento das democracias, não mais o Estado era o soberano, mas o próprio direito, ao qual nada deveria escapar. Em um período em que o racionalismo baseado em preceitos

totalizantes repudiava o caso excepcional, o espaço da exceção passa a ser colocado fora do direito, isto é, somente a suspensão da norma jurídica daria lugar à exceção. O regime democrático, com seu complexo equilíbrio de poderes, é concebido para manter a estabilidade de situações consideradas “normais”, em que se pretende um ordenamento dotado de pureza, de unidade, sem espaço para fissuras.

Demonstramos que, dando completude ao projeto ordenador moderno, a metamorfose territorial do século XIX veio acompanhada da instituição de novos instrumentos de controle social, chamados mecanismos de segurança, agregando-se aos sistemas de legalidade e disciplina já existentes. Com isto, identificamos que a organização estatal passou a ser projetada para controlar à distância, para intervir eficazmente no “meio”, que passou a ser o âmbito no qual ocorreriam os efeitos massivos e sobre o qual os dispositivos de segurança deveriam trabalhar, organizar e acondicionar. Se o controle exercido pelo poder soberano clássico se caracterizava por mecanismos disciplinares que intervinham sobre corpos suscetíveis a um poder disciplinar, com os fenômenos de massa o “meio” apareceu como um campo de intervenção onde o governo passou a atuar sobre a população e os espaços públicos passaram a ser projetados para o controle.

Por meio deste percurso histórico, foi possível concluir que, nas articulações entre Estado e controle social tecidas na modernidade, era assente a crença de que o controle do crime era uma tarefa a ser desenvolvida pelo Estado enquanto instituição, de forma que somente o governo poderia lidar com ele de forma efetiva. Destacamos a confiança que este projeto de justiça criminal tecido pelo pensamento moderno tinha na capacidade do Estado em lidar com os conflitos: confiança nos especialistas, estudiosos do crime, bem como no ideal cientificista moderno e na ordem jurídico-estatal, o que fez com que o controle social se aproximasse cada vez mais do tecnicismo e da racionalidade totalizante. E se o projeto de controle social da modernidade era marcado pela crença nos ideais modernos, confiança nas estruturas jurídico-estatais e baseados em estudos de *experts*, vimos que as características e os fundamentos discursivos do controle da criminalidade nos finais do século XX não parecem ser produto de programas de

reformadores ou de idéias criminológicas, mas sim resultado da característica dos problemas, percepções sociais da ordem e novas concepções de justiça que passaram a se apresentar em um mundo marcado pela fragmentação das totalidades.

Assim foi possível identificar que a busca por segurança é uma meta que encabeça a pauta de reivindicações sociais. Porém, a sensação de que o Estado possa garanti-la já não é a mesma. Não obstante a institucionalização da modernidade para a segurança (dentro de uma perspectiva de totalidade), identificamos que, na contemporaneidade, as sociedades possuem como um de seus traços característicos a exacerbação de um sentimento coletivo de insegurança, que decorre não só do incremento da criminalidade (o que entendemos ser um fato) como também das transformações pelas quais passam essas sociedades. De fato, pode-se dizer que desde as décadas finais do século XX estamos vivendo uma nova problemática da insegurança, que se caracteriza por uma complexidade específica.

O século XX marcou a desarticulação das estruturas clássicas de soberania do Estado-Nação e das certezas que o conformaram. Destacamos esta desarticulação, sobretudo, em três aspectos, enfocando o individualismo moderno e a fragmentação das subjetividades no mundo contemporâneo, a ansiedade social e o punitivismo que dela aflora e a decadência da concepção clássica de política acompanhada da exasperação da força pública. Sobre esta base, concluímos que a estrutura política fundada no individualismo moderno acaba por moldar uma sociedade em que as preocupações individuais, historicamente, tendem a sobrepor-se às preocupações com uma genuína questão pública e que a reivindicação do direito à segurança tende a transmutar-se em uma demanda por autoridade e força.

Buscamos demonstrar que a “questão pública” é tecida por concepções individuais, e esta estrutura individualista que embasa a democracia, em verdade, dificulta um real debate político em torno das questões sociais, ao primar historicamente por perspectivas individuais e não levar em conta efetivamente “o público”. Identificamos que disto decorre um enfraquecimento da política enquanto arena de deliberação democrática e um enfraquecimento do próprio Estado enquanto ente capaz de

“educar” os homens em conformidade ao projeto moderno. Vale dizer, se a Constituição surge, na modernidade, com sua força dirigente e como instrumento de concretização de utopias, muitos dos preceitos nela contidos permanecem, na prática, utopias e não contam com o assentimento de grandes parcelas da sociedade, quando prescrevem em sentido contrário aos interesses privados de determinadas pessoas ou grupos.

Demonstramos que a estrutura individualista moderna também é responsável por moldar indivíduos auto-centrados, em que a vida privada se torna o centro de interesse da vida pública. Constatamos, porém, que nossa época é caracterizada por um auto-centramento do sujeito em formas inéditas, se comparadas à tradição do individualismo iniciada no século XVII. Se esta última, construída racionalmente nos primórdios da modernidade e desenvolvida em meio aos últimos séculos, tinha seus eixos constitutivos nas noções de interioridade e reflexão do indivíduo sobre si mesmo, o que agora está em pauta é uma leitura da subjetividade em que o auto-centramento se conjuga de maneira paradoxal com o valor da exterioridade, de forma que a subjetividade assume uma configuração na qual os indivíduos estão preocupados com o engrandecimento de sua auto-imagem e onde as individualidades tendem a tornar-se objetos descartáveis, pendendo ao apagamento da alteridade. Concluímos assim que esta auto-exaltação individualidade, em meio a uma sociedade que prima pelo espetáculo da vida pública, acaba por esfacelar os laços de solidariedade que sustentam o tecido social. O resultado é uma sociedade intolerante e egoísta, onde a violência explode em meio às formas de socialização.

Desde outro enfoque, demonstramos que o Estado, enquanto estrutura moderna e ente soberano a quem cabe a definição das práticas político-criminais, sofreu forte abalo nas últimas décadas, fissurando mais uma certeza das ciências humanas. Destacamos que a estruturação dos Estados modernos como sociedades securitárias, voltadas para a ordem, proteção e controle da vida humana em sua completude, fez com que a preocupação com a segurança jamais se descolasse do próprio sentido de uma vida moderna. O diferencial é que hoje, frente à complexidade dos novos problemas, as proteções modernas se fragilizam de uma maneira aparentemente irreversível,

denunciando a insuficiência e o caráter obsoleto dos dispositivos clássicos de proteção e controle social dos Estados.

Foi possível concluir que ações unificadas, que primam pela coesão e solidariedade social, capazes de diminuir um sentimento coletivo de incertezas dentro de uma perspectiva que leve em conta a alteridade e os valores assumidos pelas ordens jurídicas constitucionais, são cada vez mais substituídas pelo clamor por ações que primam pela força, como uma espécie de válvula de escape das tensões sociais. Demonstramos assim que a decadência do político traduz-se na exasperação da força pública e que, na contemporaneidade, as sociedades ocidentais têm experimentado uma crescente perda de legitimidade das instituições democráticas, tanto no que se refere à confiança da sociedade nas instituições políticas quanto no que se refere a sua operacionalidade na forma em que racionalizada.

Vendo ruir os pressupostos modernos sobre os quais assentava um projeto emancipatório rumo a uma sociedade segura, os agentes governamentais se vêem demandados a agir de alguma forma no intuito de assegurar a promessa moderna de uma vida sem riscos. Identificamos que a opção mais utilizada na contemporaneidade tem sido a força pública. Um controle no qual é difícil distinguir com clareza os limites da proteção jurídico-estatal legítima de uma ilimitada violência. Nesta trilha, o Estado de Direito parece aproximar-se constantemente de um estado de exceção, mas não propriamente daquele estado de exceção na forma declaratória prevista nas constituições. Não como uma medida excepcional extrema e temporalmente delimitada, mas como uma generalização sem precedentes do paradigma da segurança como técnica normal de governo, na qual os direitos e garantias que o Estado moderno pretende assegurar aos cidadãos perdem espaço frente à necessidade da total segurança da vida dentro do âmbito estatal. Tal qual em um estado de exceção clássico, no qual as normas são suspensas mas seguem vigendo destituídas de força, no estado de exceção permanente em que vivemos, os direitos e garantias se esvaziam de sentido, e seguem vigendo sem muita preocupação com as práticas efetivas.

Podemos concluir assim que mesmo com a complexa estrutura racional que pretende afastar a validade de normas que estejam em desacordo com a constituição (e este é um dos sentidos atribuídos ao Estado Democrático de direito), as práticas político-criminais escapam a tal estrutura racional face à necessidade “maior” de garantir o “bem estar” da sociedade, “eliminando-se o mal e o risco”, ainda que, para tanto, a Constituição que é, por sua natureza jurídica, em todos os casos vinculante, deva deixar de vincular em relação a determinadas práticas. A proteção estatal parece transitar em uma imaginária zona em que o próprio direito e fato, totalidade e fragmentação, confundem-se.

A pesquisa também permitiu identificar que, ainda que produto de inúmeros aprendizados históricos, que fizeram com que os projetos políticos absorvessem novos conteúdos e se modificassem no transcorrer da história, a racionalização jurídica dos Estados Democráticos carrega consigo fortes heranças da tradição positivista moderna desenvolvida nos séculos XVIII e XIX, que via no Direito um instrumento de total politização da vida do homem e de emancipação de irracionalidades. A racionalização destes modelos organizacionais ocorreu sedimentada na vontade de superar as irracionalidades e arbítrios nos governos e de reconstruir a sociedade por meio do Direito, através das metanarrativas constitucionais, que passaram a se revestir de um caráter emancipatório, traço típico da ideologia moderna. Identificamos assim que Estado de Direito e Constituição são construções intelectuais tipicamente modernas que não correspondem a descrições fiéis da realidade. Ao descrever e pretender estender à totalidade dos indivíduos “um mundo”, estas racionalidades desconhecem “outros mundos” que os circundam.

É possível vislumbrar, pois, que sem uma base social sólida, estruturada em fundamentos extra-jurídicos, a tensão entre o teórico e o empírico continuará a mostrar que, na complexidade da vida, os pressupostos baseados em uma racionalidade totalizante se mostram uma mera vigência sem significado, ora por não contar com o assentimento de uma população que não se identifica com a totalidade dos pressupostos ali contidos, ora por pretender regular relações entre indivíduos não educados para relacionar-se com a diferença do outro (e seguem sem sê-lo), ora por não garantir efetiva

proteção a todo aquele que “não merecer” ostentar o rótulo de “merecedor de direitos humanos”. Ou ainda pelo simples fato de as metanarrativas constitucionais conformadoras dos governos democráticos mostrarem-se de inviável aplicabilidade prática em sua completude e seguirem, caso mantidas tão somente na lógica jurídica, “vigendo sem nada significar”.

Deixamos claro que com tais constatações não pretendemos desconsiderar as conquistas no campo jurídico-constitucional e tampouco nos aproximarmos de perspectivas nihilistas ou de relativismos, mas sim pretendemos destacar que a ciência das limitações das estruturas jurídico-políticas modernas é o primeiro passo para reduzir as aporias que surgem no tênue limiar entre proteção e exposição total à autoridade. Sem desconsiderar os notáveis avanços organizacionais obtidos pela racionalidade jurídico-constitucional, sobretudo em países com elevados níveis de desigualdades, como o Brasil, despertamos para o fato de que a racionalidade positivista, baseada em preceitos totalizadores da tradição moderna, não pode, por si só, resolver os problemas a que se propôs, por sonegar a complexidade do “real”. Concluimos que crer em uma maior produção legislativa no âmbito penal, ou trazer, para o âmbito do direito, medidas de combate, como forma de efetivação de direitos, é crer em um projeto baseado em uma metanarrativa emancipatória que a complexidade do real já demonstrou ser falha. Pelo mesmo caminho segue quem crê na auto-suficiência do direito como garantia de eliminação do arbítrio, tentando impô-la tão somente pela via normativa, ao passo que os laços sociais seguem esfacelados e muitas vezes sem assentir com as disposições constitucionais.

As respostas que tentamos trazer na presente pesquisa abrem em leque uma série de novas problemáticas a serem investigadas, as quais, por ora, transcendem os limites aqui impostos, restando ainda sem respostas definitivas. Fomentando investigações futuras, entendemos que ao Estado e ao constitucionalismo ainda é resguardado um relevante papel no exercício do controle social, não obstante enfraquecidos em suas estruturas clássicas construídas pela modernidade. Compactuamos, pois, da idéia de que o enfoque mais ponderado não deve centrar-se na

superação da idéia de Estado (rumo a uma suposta “pós-estatalidade”), evitando assim repetir a seqüencialidade evolutiva e linearidade que pretendem superar (algo em termos como ontem o tempo, hoje o espaço; ontem a história, hoje o pós-histórico; ontem o Estado, hoje o pós-estatal) estruturas supostamente obsoletas. De forma que não devemos pensar as mudanças em termos de superação, pois, como delineado, o Estado é uma estrutura cuja temporalidade é a continuidade.

Entendemos que as normas (regras, princípios e a cadeia lógica jus-analítica que os estrutura) são de fato a base da organização social. Por isso procuramos destacar que o complexo sistema normativo constitui terreno que os aplicadores do direito devem conhecer a fundo para procurar a tutela dos interesses sociais de uma forma adequada, de maneira que os debates neste campo devem ser fundamentados no sentido de identificar suas eventuais ineficiências e incoerências frente à complexidade do “real”, para que possamos de alguma forma transcendê-las (sem que queiramos defender aqui uma nova racionalidade emancipatória fadada ao descrédito). Destacamos assim que a consciência da metanarratividade dos Estados de Direito e do constitucionalismo moderno não os esvazia de sentido. Pelo contrário, ao percebermos suas insuficiências frente a um mundo complexo que se abre, podemos nos municiar para um processo de auto-questionamento acerca do ponto em que o positivo desejo de fazer da nossa uma sociedade melhor (o que influi diretamente na reestruturação dos laços relacionais sociais) se transmuta em uma míope crença em pressupostos que não tem o condão de fazê-lo por si só. E isto defendemos não no intuito de flexibilizar o sistema de garantias e de segurança jurídica (que, em todos os casos, deve ser claro e não dar margens a dúvidas), nem no intuito de trazer incertezas à vida em sociedade, mas justamente no intuito de trazer algo que nos possibilite aproximar “ser” e “dever ser”, na certeza de que “viver é atritar o real”¹!

¹ SOUZA, Ricardo Timm de. **Sobre a construção do sentido: o pensar e o agir entre a vida e filosofia**. 1. ed. São Paulo: Perspectiva, p. 27.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

_____. *Means without end: notes on politics*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2000.

ARENDDT, Hannah. *Qué es la política?*. 1ª ed. Buenos Aires: Paidós, 2007.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Visões da Sociedade Punitiva: Elementos para uma sociologia do controle penal**. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

BALKE, Friedrich. *From a biopolitical point of view: Nietzsche's philosophy of crime*. **Cardozo Law Review**, nº 24:2.

BARRACLOUGH, Geoffrey. **Introdução à História Contemporânea**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1966.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

_____. **Modernidade e Ambivalência**. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BAUMER, Franklin Le Van. **O Pensamento Europeu Moderno: volume I – séculos XVII e XVIII**. Lisboa: Edições 70, 1977.

_____. **O Pensamento Europeu Moderno. volume II - séculos XIX e XX**. Lisboa: Edições 70, 1977.

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. In: **Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura**. 7.ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BERCOVICI, Gilberto. **As possibilidades de uma teoria do Estado**. Revista de História das Idéias, Vol. 26, 2005.

BIRMAN, Joel. **O Mal-Estar na atualidade:** a psicanálise e as novas formas de subjetivação. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo.** Trad. Sérgio Bath. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da democracia.** 8.ed. ver.ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 6.ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOSOER, Fabián; LEIRAS, Santiago. *Posguerra fría, “neodecisionismo” y nueva fase del capitalismo: el alegato del Príncipe-gobernante en el escenario global de los '90.* In: BORON, Atílio A.; GAMBINA, Julio C.; MINSBURG, Naúm. (Compiladores). **Tiempos violentos.** 1.ed. Buenos Aires: CLACSO, 2004.

BRANCO, Rui Miguel C.. Contar (com) as pessoas: o recenseamento geral da população de 1864, in: Revista de História das Idéias, Vol 26, 2005.

BRICEÑO-LEÓN, Roberto. *La nueva violencia urbana de América Latina.* In: BRICEÑO-LEÓN, Roberto (Compilador). **Violencia, sociedad y justicia en América Latina.** Buenos Aires: CLACSO, 2002.

BRITO, Wladimir. **Do Estado da construção à desconstrução do conceito de Estado-Nação,** in Revista de Historia das Idéias, Vol.26.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Bases críticas de un nuevo derecho penal.** Bogotá: Editorial Themis, 1982.

CAMPOAMOR, Alfonso Fernández-Miranda. El Estado Social. Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid, año 23, nº 69.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade:** Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Estado de Direito.** Cadernos Democráticos – Coleção Fundação Mário Soares. Lisboa: Edição Gradiva, 1999.

CARVALHO, Salo de. A Ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). In: GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). **A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Criminologia e Transdisciplinaridade. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

CASTEL, Robert. **Insegurança Social: O que é ser protegido?** Pretópolis: Vozes, 2005.

CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares: secularização, laicidade e religião civil**. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **Nação, Mito e Rito: Religião Civil e Comemoracionismo (EUA, França e Portugal)**. NUDOC-UFC: Museu do Ceará, Secretaria da Cultura do Ceará, 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à Teoria Geral do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. O Inimigo no Direito Penal Contemporâneo: Algumas Reflexões sobre o Contributo Crítico de um Direito Penal de Base Onto-Antropológica. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DE LA CUEVA, Mario. **La idea del Estado**. 5.ed. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1996.

DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua Criminologia**. Rio de Janeiro: REVAN, 2004.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

DUMONT, Louis. **O Individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna**. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

FARIA COSTA, José de. **Poder e Direito Penal (Atribuições em torno da liberdade e da segurança)**. In: REFLEXÕES: Revista Científica da Universidade Lusófona do Porto.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. 2.ed. Madrid: Trotta, 1997.

_____. *Teoria Assiomatizzata del Diritto. Parte Generale*. Milano: Giuffrè Editore, 1970.

FERRARI, Sônia Campaner Miguel. Walter Benjamin e Carl Schmitt: Estado de Exceção, Soberania e Teologia Política. **Fragmentos de Cultura**. V. 13 especial, Goiânia, outubro 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Constituição Brasileira: modelo de Estado, Estado Democrático de Direito, objetivos e limites jurídicos. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas Constitucionais Nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. 3v.

FERRI, Enrico. *Principios de Derecho Criminal*. Trad. Jose A. Rodriguez Muñoz. Madrid: Editorial Reus, 1933.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 33**.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3.ed. 1ª reimpressão. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

_____. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Seguridad, territorio, población: Curso en el Collège de France (1977-1978)**. 1ª ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.

FRANCO DE SÁ, Alexandre. **Metamorfose do Poder: Prolegómenos Schmittianos a toda a Sociedade Futura**. Coimbra: Ariadne Editora, 2004.

GARAPON, Antoine. **Bem Julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**. Lisboa: Piaget, 1999.

GARCIA-PABLOS, Antonio. *Derecho Penal: introducción*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1995.

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

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

_____. A Ilusão Totalizadora e a Violência da Fragmentação. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coordenadora). **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **A modernidade portuguesa e a reforma pombalina de 1772**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

_____. Modernidade, Direito Penal e Conservadorismo Judicial. In: Andrei Zenkner Schimidt. (Org.). **Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo: Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GIACÓIA Jr., Oswaldo. **Nietzsche**. São Paulo: Publifolha, 2000.

GIL, Fernando; MARTINS, Rui Cunha. **Modos de Verdade**. Revista de História das Idéias, Volume 23, 2002.

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. Tradução, apresentação e notas: Renato Janine Ribeiro. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Leviatan: o la materia, forma y poder de una republica, eclesiastica y civil*. Traducción y prefacio Manuel Sánchez Sarto. Pánuco: Fondo de Cultura Económica, 1940.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Poder Judicial e Democracia Política: Lições de um Século. **Revista de Estudos Criminais**. Sapucaia do Sul, n. 06, 2002.

JAKOBS, Günther; CANCIO-MELIÁ, Manuel. **Derecho Penal del Inimigo**. Madrid: Civitas, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KLOSSOWSKI, Pierre. **Nietzsche e o Círculo Vicioso**. Rio de Janeiro: Pazulin, 2000.

LASCH, Christopher. **O Mínimo Eu: sobrevivência psíquica em tempos difíceis**. 5. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1990.

LEGENDRE, Pierre. **O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática**. Rio de Janeiro: Forense Univesitária: Colégio Freudiano, 1983.

LÖWY, Michael. **Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses ‘Sobre o conceito de história**. São Paulo: Boitempo, 2005.

LYOTARD, Jean-François. **A Condição Pós-Moderna**. 7. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002.

MACHADO, Roberto. Por uma genealogia do poder. In: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 19 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2004.

MACPHERSON, C.B.. **A Teoria Política do Individualismo Possessivo de Hobbes até Locke**. Tradução de Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MAHON, Michael. *Foucault's Nietzschean Genealogy: Truth, Power and the Subject*. New York: State University of New York Press, 1992.

MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales**: Teoria General. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, 1995.

MARTINS, Rui Cunha. **Estado, Tempo e Limite**. Revista de História das Idéias Vol. 26 (2005).

_____. **Localismo Independentista e Historicidade: nostalgia do limite, utopia regressiva e “restauração” do futuro**. In: Forum sobre Municipalismo (Canas de Senhorim, Março/ 2002).

_____. **Soberania política e condição de assentimento**. In: GIL, Fernando; LIVET, Pierre. *The process of belief* o processo da crença. Lisboa: Gradiva, 2003.

MARTON, Scarlett. **Friedrich Nietzsche**. 4. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986.

MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. *On the Genealogy of Modernity: Foucault's Social Philosophy*. New York: Nova Science Publishers, Inc., 2003.

ORTEGA Y GASSET, José. **A Rebelião das Massas**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6.ed. Madrid: Tecnos, 1999.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais n° 47**, 2004.

RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

RENAUT, Alain. **O indivíduo**: Reflexão acerca da filosofia do sujeito. Trad. Elena Gaidano. Rio de Janeiro, DIFEL, 1998.

RIBEIRO, Renato Janine. **A Marca do Leviatã**: Linguagem e Poder em Hobbes. São Paulo: Ateliê Editorial, 2003.

RIVERA RAMOS, Efrén. *Reflexiones bajo el influjo de una violencia extrema*. In: GARZÓN VALDEZ, Antonio (*et alli.*). **Violencia y Derecho: Seminario en Latioamérica de Teoría Constitucional y Política**. 1. Ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Emílio ou Da Educação**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **O Contrato Social**: Princípios do Direito Político. Tradução: Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SAAVEDRA, Modesto. *Estado Constitucional y Derecho Alternativo*. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 71, Nov. 1997.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Elementos de Derecho Constitucional**. 3. ed. atual. ampl. Buenos Aires: Astrea, 1999. 4. v.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Constituição e proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 12, n. 47, março-abril de 2004, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SIMMEL, Georg. **On individuality and social forms**. Chicago: The University of Chicago Press, 1971.

SINGER, Helena. **Direitos Humanos e Volúpia Punitiva: O Caso do Brasil**. Seminário apresentado ao Centro de Estudos Sociais: Coimbra, Portugal, 19 de maio de 1998.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Razões Plurais: Itinerários da racionalidade ética no século XX.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

_____. **Sobre a construção do sentido: o pensar e o agir entre a vida e filosofia.** 1. ed. São Paulo: Perspectiva.

_____. **Totalidade e Desagregação: sobre as fronteiras do pensamento e suas alternativas.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade.** 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

VALADÉS, Diego. *Peter Häberle: un jurista para El siglo XXI. Estudio introductorio.* In: HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

VATTIMO, Gianni. **A Sociedade Transparente.** Lisboa: Relógio D'Água, 1992.

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

VON LISZT, Franz. **Tratado de Derecho Penal.** Tomo III. Trad. Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1929.

WEBER, Max. **O Político e o Cientista.** 3ª ed. Lisboa: Editorial Presença.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I.** 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZIZEK, Slavoj. **Bem-Vindo ao Deserto do Real!: Cinco ensaios sobre o 11 de setembro e datas relacionadas.** São Paulo: Boitempo, 2003.