

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO - UFMA
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO - PPPG
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA

THALES DYEGO DE ANDRADE COELHO

O DIREITO SÓLIDO NA MODERNIDADE LÍQUIDA: a crise de efetividade do direito
criminal na contemporaneidade

São Luís

2017

THALES DYEGO DE ANDRADE COELHO

**O DIREITO SÓLIDO NA MODERNIDADE LÍQUIDA: a crise de efetividade do direito
criminal na contemporaneidade**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso
Matos

São Luís

2017

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Andrade Coelho, Thales Dyego de.

O Direito Sólido na Modernidade Líquida: a crise de efetividade do direito criminal na contemporaneidade / Thales Dyego de Andrade Coelho. - 2017.

170 f.

Orientador(a): Nelson Juliano Cardoso Matos.
Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito/CCSO, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. Direito Penal do Inimigo. 2. Expansionismo penal. 3. Globalização. 4. Modernidade líquida. I. Cardoso Matos, Nelson Juliano. II. Título.

THALES DYEGO DE ANDRADE COELHO

**O DIREITO SÓLIDO NA MODERNIDADE LÍQUIDA: a crise de efetividade do direito
criminal na contemporaneidade**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal.

Aprovado em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos (Orientador)
Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai
Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Fernando Alves Gomes
Universidade Federal do Maranhão

AGRADECIMENTOS

Solidariedade. Singela palavra que responde a toda e qualquer crise que se vive na atualidade. Não me dissocio do que escrevo. Aqui não há uma mera pesquisa, há minha pessoa. E minha pessoa só há pela solidariedade destes a quem manifesto gratidão. Por eles, sou.

De já, desculpo-me pelas delongas. Por vicissitudes da vida, é-me dificultoso, por vezes, exteriorizar certos afetos. Resignado da dissonância entre a limitação das palavras e o meu sentir, busco aqui mitigar esse déficit.

* * *

Devo a minha vida a três pessoas: ao meu avô-pai, à minha mãe e ao meu amor.

Durante esta jornada, a experiência inexorável de todos nós visitou o meu lar. O universo chamou o meu pai. Não de sangue, mas de amor. Na minha memória, o humilde motorista é rei. Aliás, rei não é. Tamanha pompa afrontaria a sua singeleza. É o que sempre foi: motorista. Guiou-me para mim. Para o que sou. A ele, tudo devo e tudo dedico.

À jovem de vinte e três anos, grávida solteira em pleno conservadorismo e machismo oitentistas, por sua condição demitida do emprego de professora em uma escola pública, mas mesmo diante de todas as assombrosas improbabilidades, sempre resiliente, jamais permitiu que seu filho se sentisse inferiorizado. À jovem que, sem condições econômicas privilegiadas, mas para manter o seu filho distante da dificultosa realidade, levava-o todas as sextas-feiras para lanchar na lanchonete que ele tanto gostava, ainda que, sem dinheiro para si, somente o observasse, afirmando que estava sem fome. Ah, mãe! Se eu soubesse... por ti e para ti, tudo, sempre!

Ao meu amor, minha Sâmia. No momento em que escrevo esta mensagem, nossa união já dura quinze anos. Por mais que, por orgulho, eu não assumo para ela, amei-a à primeira vista. Embora tenha jurado defender a justiça, não somente confesso, mas me deleito com fato de que é não só injusto, mas assustador, que a alguém tão banal como eu tenha sido concedida a dádiva de conhecer alguém tão sublime como o amor. Sim, o amor é alguém: ela. O meu amor. Resigno-me por não estar à altura de sua estirpe inumana, bem como por certamente não conseguir lhe fazer sentir o amor como ela me o faz. Não tenho

religião, mas a ela agradeço por me fazer compreender, sob o signo do amor, o que as pessoas costumam chamar de deus. Diante de todas as assustadoras incertezas e angústias, meu único e eterno sólido, a minha única certeza é você, Sâmia. Tu és a carne da palavra amor. Te amei, te amo e te amarei. Sempre. Incondicionalmente.

No viajar depressa da “nave de Cronos”, conviver com a própria mãe é uma dádiva. Nesse aspecto, a minha fortuna é indescritível: tive cinco mães.

À mãe de todas - minha duas vezes -, minha avó, agradeço pela demonstração, por atitudes, do que significa humanidade. À minha mãe Fátima, minha Tata, tia mais velha, agradeço por me ensinar, sempre por atos, o significado de altruísmo, antes mesmo de eu conhecer o significado desta palavra. Desejo, real e verdadeiramente, acreditar que, em algum lugar, estas palavras possam chegar a vocês. É infantil, eu sei, mas, como aos vossos olhos sempre fui um menino, desejarei assim.

À minha mãe Beth, tia de sangue, agradeço por me ensinar o significado do que é família, por ser a força-motriz da minha família, por me mostrar, com toda a sabedoria que emana de sua simplicidade, a nossa função neste mundo: a solidariedade; ajudar-nos uns aos outros, incondicionalmente; e, acima de tudo, por cuidar de todos nós.

À minha mãe Regina, também tia de sangue, agradeço por demonstrar que gestos, atitudes e ações valem muito mais do que palavras e que o amor, o companheirismo e a lealdade, quando verdadeiros, são tão fortes, intensos e altruístas que, por vezes, nos torturam e fazem com que prefiramos que um mal paire sobre nós que sobre aqueles que amamos. Agradeço por me demonstrar, com a sua perene alegria, que a vida pode e deve ser encarada de forma mais leve.

Ao meu tio Gregório, por ser a minha figura paterna, pela serenidade, sensatez e por me fazer perseguir sempre a razão. Por ele, tornei-me um criminalista; Por ele, busco o justo; Por ele, acredito que, não importa onde ou como estivermos, com força, determinação e muito amor, sempre podemos nos humanizar.

Ao meu tio Marçal, meu herói de infância, obrigado por me servir de modelo e me inspirar a querer sempre ser igual ao senhor, obrigado pelo companheirismo, por ser meu pai sempre que precisei de um, por ter moldado a minha personalidade para, mesmo nos momentos mais difíceis, sempre enxergar o lado bom das coisas. Dar-me-ei por satisfeito se algum dia eu inspirar alguém ao menos uma fração do que o senhor serviu para mim.

Ao meu Professor, mestre e, acima de tudo, amigo, Cássius Chai. Sabendo que qualquer agradecimento somente mostra como as palavras são insuficientes, agradeço-o não somente por ser inesgotável fonte de saber, nem por ser inspiração constante com a sua história de vida, ou por servir de modelo para a minha jornada enquanto jurista e professor, mas por contribuir para a evolução da minha própria identidade enquanto ser humano demonstrando que, para navegar nesse mundo de individualismos, egoísmos e incertezas, as nossas únicas bússolas são a honradez, solidariedade, gratidão e justiça.

“A parte menos planejada da jornada é a jornada em si mesma”: Aos meus companheiros de jornada, que com sua simplicidade, alegria e companheirismo perenes, deram a essa jornada aquilo que buscamos a vida inteira, a felicidade. Aos meus irmãos para a vida toda e companheiros da linha de política da IV Turma: Rogério, Denisson e Fábio. Ao meu irmão Jorge, companheiro desde os pré-vestibulares e cuja reconciliação foi o ponto alto dessa jornada. Aos meus irmãos Heron, Lilah e Kennya, amigos para a vida toda. A todos os companheiros do grupo “Rivotril”, por aplacarem minhas angústias com doses diárias de irreverência.

Ao meu orientador, Professor Nelson Juliano Cardoso Matos, por aceitar ser o meu condutor e guia nessa jornada, sistematizando, estruturando e dando forma de trabalho a todo o caos reinante em minhas não poucas angústias intelectuais. Agradeço-o, sobretudo, pela extrema educação e tranquilidade que faziam de nossos encontros momentos nos quais eu me reencontrava. Mais ainda, agradeço também por me demonstrar por suas atitudes o verdadeiro papel de um professor na orientação de um aluno.

Ao meu amigo, acredito que já posso chamá-lo assim, Professor Fernando Alves Gomes, por aceitar participar dessa jornada mesmo com todos os percalços ora enfrentados. Agradeço ainda por servir de inspiração por sua erudição que não somente encanta, mas direciona a jornada que quero seguir.

Agradeço ainda à professora Ana Maria Marques, minha amada coordenadora, ao permitir que toda essa jornada fosse possível ao ter não somente me concedido a oportunidade ímpar de lecionar no Instituto Florence, mas por ter me acolhido, apoiado e também me inspirado todos os dias desta jornada.

A todos que, de uma maneira ou de outra, torceram pelo meu sucesso. Esse trabalho é de vocês.

Mas então foi José Arcádio Buendía quem tomou a iniciativa e tentou quebrantar a fé do sacerdote com artimanhas racionalistas. Certa ocasião em que o Padre Nicanor levou ao castanheiro um tabuleiro e uma caixa de pedras para convidá-lo a jogar damas, José Arcádio Buendía não aceitou, segundo disse, porque nunca pôde entender o sentido de uma contenda entre dois adversários que estavam de acordo nos princípios. O Padre Nicanor, que nunca tinha encarado desse modo o jogo de damas, não pôde voltar a jogar. Cada vez mais assombrado com a lucidez de José Arcádio Buendía, perguntou-lhe como era possível que o mantivessem amarrado numa árvore.

— *Hoc est simplicissimum*: — respondeu ele — porque estou louco.

(GARCIA MÁRQUEZ, Gabriel. **Cem anos de solidão**)

RESUMO

O sociólogo polonês Zygmunt Bauman definiu que o atual momento da sociedade contemporânea é o da modernidade líquida, assim compreendida como a fase da modernidade na qual nada é feito para durar, sendo uma era marcada pela incerteza e fluidez em todos os aspectos da vida social. Nesse contexto, o Direito como um todo e, especialmente o Direito Criminal, não passam incólumes. Assim, o presente trabalho parte da compreensão do alcance de fenômenos característicos da modernidade líquida, como o divórcio entre o poder e a política, o combate entre o indivíduo e o cidadão, bem como a mudança da ética na pós-modernidade, para que se possa compreender qual função que vem sendo realmente ocupada pelo Direito Penal na sociedade e que o levou a um estado de crise de efetividade. Examinar-se-á, portanto, o contexto de crise na atualidade do Direito Criminal como um todo, compreendendo não somente o Direito Penal e sua epistemologia, mas a própria Política Criminal e a Criminologia, crise esta representada pelo fenômeno chamado de expansionismo penal e que teria culminado na legitimação discursiva de tratamento penal diferenciado a determinados indivíduos, o chamado Direito Penal do Inimigo delineado por Günther Jakobs. É somente a partir da compreensão do problema por diferentes pontos de vista que se poderá traçar um esboço de uma ciência penal efetiva e que capte em sua racionalidade as diferentes nuances do fenômeno social que busca regular, exercendo uma função de Direito Sólido, que possa servir de porto seguro e de escudo para o cidadão diante do dificultoso contexto de incertezas da modernidade líquida.

Palavras-chave: Modernidade líquida. Globalização. Expansionismo penal. Direito Penal do Inimigo.

ABSTRACT

The Polish sociologist Zygmunt Bauman defined the present moment of contemporary society as that of liquid modernity, understood as the phase of modernity in which nothing is done to last, an era marked by uncertainty and fluidity in all aspects of social life. In this context, the Law and especially Criminal Law, do not pass unharmed. Thus, the present work starts from the understanding of the phenomena characteristic of liquid modernity, such as the divorce between power and politics, the struggle between the individual and the citizen, as well as the change of ethics in postmodernity, in order to understand what function has actually been occupied by Criminal Law in society and that has led to a state of crisis of effectiveness. Therefore it will be examined the current crisis context of Criminal Law as a whole, including not only Criminal Law and its epistemology, but Criminal Policy itself and Criminology, which is represented by the phenomenon called Criminal Law expansionism and which would have culminated in the discursive legitimization of different criminal treatment of certain individuals, the Criminal Law of the Enemy outlined by Günther Jakobs. It is only from the understanding of the problem from different points of view that a sketch of an effective criminal science can be drawn and that captures in its rationality the different nuances of the social phenomenon that it seeks to regulate, exercising a function of Solid Law that can serve as safe harbor and shield for the citizen facing the difficult context of uncertainties of liquid modernity.

Keywords: Liquid modernity. Globalization. Criminal Law expansionismo. Enemy Criminal Law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	A MODERNIDADE LÍQUIDA E OS SEUS REFLEXOS SOBRE O DIREITO	15
2.1	A insuficiência da razão: a crítica dos pós-modernos	15
2.2	A utopia moderna da emancipação da ordem social	27
2.3	A sociedade líquida, a Globalização e o Direito	48
2.3.1	A ética na sociedade líquida	51
2.3.2	A transformação do cidadão em indivíduo	56
2.3.3	O divórcio entre o poder e a política	64
3	AS LIMITAÇÕES DO DIREITO PENAL “CLÁSSICO” E O EXPANSIONISMO PENAL	76
3.1	Globalização e direito penal	76
3.1.1	O desenvolvimento de uma criminalidade internacional	76
3.1.2	A questão criminal: a criminalidade do poder.....	80
3.1.3	A questão penal	91
3.2	O Direito Penal “clássico”, o Direito Penal moderno e o expansionismo	95
3.3	Fatores potencializadores da hipertrofia	102
4	OS PARADOXOS DO DIREITO PENAL LÍQUIDO: a institucionalização dos inimigos e o futuro do direito penal	117
4.1	O Direito Penal do inimigo na acepção de Günther Jakobs	117
4.2	A doutrina e o direito penal do inimigo	127
4.2.1	Diferentes percepções e diferentes faces: afinal, quem é o inimigo?	127
4.2.2	Reações ao Direito Penal do Inimigo	134
4.3	O estado em descrédito: o direito penal líquido e o futuro do direito penal	140
4.3.1	O Direito Penal do inimigo enquanto Direito Penal “líquido”	140
4.3.2	O Direito Penal do Inimigo na realidade brasileira	145
4.3.2.1	<i>Direito Penal do Inimigo na legislação penal brasileira</i>	146
4.3.2.2	<i>Direito Penal do Inimigo e a atuação do Poder Executivo no Brasil</i>	149
4.3.3	O futuro: esboço de um modelo de Direito Penal “sólido”	152

5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	158
	REFERÊNCIAS	163

1 INTRODUÇÃO

“O Direito Penal sempre justificou e legitimou – com maior ou menor amplitude e prudência (ou imprudência) – o tratamento de algumas pessoas como *inimigos*” (ZAFFARONI, 2014, p. 189). Nas entrelinhas da constatação de Zaffaroni (2014), identifica-se o paradoxo inerente à natureza do Direito Penal: a cada tentativa de proteção, isto é, a cada classificação, uma exclusão.

No chamado iluminismo penal, advindo em conjunto com o humanismo jurídico do século das luzes, o Direito Penal foi concebido como um instrumento de proteção do cidadão diante das arbitrariedades do Estado (BECCARIA, 2013). Emergiu, assim, em conjunto com as próprias liberdades negativas, a fim de, a elas, proporcionar solidez. Era também uma reação ao absolutismo e à arbitrariedade no exercício do poder de punir.

É nessa perspectiva que, desde o seu nascedouro, foi concebido como um direito sólido, isto é, um refúgio de segurança, certeza e previsibilidade no sentido de que, aquele que eventualmente violasse determinadas prescrições sociais, seria julgado de forma justa, isonômica e receberia uma punição que não atentasse contra a sua condição de sujeito de direitos.

É essa, aliás, a perspectiva de direito sólido: um direito que, independente de clamores sociais e paixões momentâneas, sempre teria como norte a aplicação da norma em fiel observância aos direitos fundamentais dos cidadãos, respeitando a natureza contramajoritária de tais direitos.

Por conta dessa necessidade de respeito e manutenção da higidez dos direitos fundamentais é que o Direito Penal, cuja sanção principal – a pena – implica, em maior ou menor grau, na restrição ao direito fundamental de liberdade, desde o seu modelo clássico, com Beccaria (2013), sempre se norteou pela noção de intervenção mínima.

É dizer, o Direito Penal, ainda que observando todas as demandas constitucionais, por conta de inexoravelmente discriminar os indivíduos que violam as suas prescrições ao colocar sobre eles a pejorativa marca de criminosos, bem como de limitar as suas liberdades, surgiu como instrumento de *ultima ratio*, isto é, o derradeiro mecanismo de contenção de comportamentos reputados como indesejáveis e causadores de desequilíbrio na ordem pública.

Assim, como Direito de *ultima ratio*, o Direito Penal “clássico”¹ sempre foi marcado pela sua subsidiariedade, isto é, o Direito Penal somente emergiria com a pena se, e somente se, os demais ramos do Direito se mostrassem insuficientes para a repressão da ilicitude eventualmente praticada pelo indivíduo no caso concreto.

Todavia, com o passar do tempo e o avanço natural da sociedade, desde a evolução tecnológica às questões econômicas, rodeadas pelo fenômeno da globalização, que trouxe à dinâmica de exercício do poder político do Estado um caractere de complexidade e heterogeneidade diferente do início da modernidade, parece ter havido uma modificação na forma de atuar do Direito Penal.

De um lado, o Direito Penal, na acepção de Beccaria (2013), como direito de intervenção mínima e subsidiária, parece se mostrar insuficiente para as novas demandas, complexas e incertas, trazidas pela sociedade contemporânea. De outro lado, parece que, na atualidade, o Direito Penal não se mostra mais como instrumento de *ultima ratio*, mas com um espectro de aplicação mais expandido e não mais subsidiário.

Por conta dessas duas, por assim dizer, novas faces do Direito Penal na conjuntura contemporânea é que parece pertinente analisar-se, primeiramente, os reflexos das conjunturas sociais sobre o Direito e sobre o Direito Penal para, posteriormente, compreender-se como essa nova dinâmica social contribui para a eventual expansão do Direito Penal e para o seu eventual esvaziamento enquanto direito de *ultima ratio*, bem como o risco de sua perversão em um Direito que, ao arrepio de suas funções originais, poderia servir como instrumento de exercício arbitrário do poder, ao invés de instrumento de contenção desse arbítrio. Por fim, após a análise contextualizada de tais faces, mostra-se pertinente também se analisar eventuais novas propostas para uma realocação do Direito Penal nessa nova conjuntura social, a fim de que as suas pretensões iniciais sejam efetivamente concretizadas.

Os sintomas representados pelo expansionismo penal e pela adoção de dinâmicas excessivamente punitivistas e de *prima* ou *sola ratio*, potencializados pela conjuntura social pós-moderna, apontam para uma crise de efetividade, não

¹ Doravante é feita a diferenciação entre os conceitos de Direito Penal “clássico” e Direito Penal moderno. Registrando-se, desde já, que o Direito Penal chamado de “clássico” é o Direito Penal do Iluminismo Penal, de Cesare Beccaria, com as características de Direito Penal liberal.

somente do Direito Penal, composto pelo conjunto formado pela legislação penal efetivamente positivada e pela epistemologia jurídica dessa seara, mas para uma crise de efetividade do Direito Criminal como um todo, na medida em que a Política Criminal e a Criminologia parecem, até certo ponto, menos influentes no que diz respeito à produção de normas jurídicas e à ação política dos Estados.

Por conta desse panorama heterogêneo e complexo, faz-se necessário que a análise da situação se inicie para além do sistema jurídico, sendo importante a contextualização de tais fenômenos no contexto global. Para tanto, a primeira parte do trabalho objetiva examinar as influências do contexto social atual no Direito e, mais especificamente no Direito Penal.

Para tal desiderato, utilizar-se-á a obra do sociólogo polonês Zygmunt Bauman, que identifica o presente momento como sendo o da modernidade líquida, caracterizada por inúmeras questões que, direta ou indiretamente, parecem influir na dinâmica jurídico-criminal.

Assim, fenômenos que o autor considera inerentes à modernidade líquida, como uma nova forma de compreensão da ética na atualidade, o eventual enfraquecimento da noção de cidadania em prol de um reforço do individualismo e o chamado divórcio entre o poder e a política, assim designado pelo autor como sendo o enfraquecimento da capacidade política de agir do Estado, diante do poderio de atores globais (BAUMAN, 2001; 2003; 2007), serão estudados a fim de que se identifique o seu reflexo ou não na ciência jurídica.

Ressalte-se que a escolha pela obra do autor polonês se justifica, como doravante se tenta demonstrar, por se tratar de obra que dialoga com as diferentes correntes de pensamento que buscam estudar a atualidade na sociologia. Utiliza-se, portanto, do método da análise de conteúdo com pesquisa bibliográfica, a fim de que se compreenda e dimensione, através da análise de pontos da obra do referido autor, junto à obra de autores relacionados ao Direito Criminal, como Günther Jakobs, Winfried Hassemer e Luigi Ferrajoli, dentre outros, toda a complexidade do problema analisado.

Após a contextualização social da questão, no bojo da modernidade líquida, na segunda parte do trabalho passa-se à análise do chamado expansionismo penal, fenômeno considerado como característico do Direito Criminal nas últimas décadas e que parece estar relacionado à suposta crise enfrentada por tal ramo do direito nas últimas décadas. Crise esta compreendida não somente pela

sua aparente fraqueza no que diz respeito à proteção de bens jurídicos reputados como mais importantes, mas também pela aparente incapacidade de cumprimento da sua chamada função preventiva.

Na terceira parte do trabalho, analisa-se como o fenômeno expansionista desaguou no chamado Direito Penal do Inimigo, que legitimaria o tratamento diferenciado a determinados indivíduos ou grupos de indivíduos que seriam considerados como não-pessoas pelo ordenamento jurídico e que, por isso, receberiam um tratamento mais rigoroso que os demais indivíduos – considerados pessoas. Assim, tenta-se mostrar que a dinâmica do inimigo parece emergir como tendência no chamado Direito Penal moderno e que tal situação pode representar um risco ao próprio sistema jurídico, na medida em que se teria a legitimação, pelo Direito Penal, da ação arbitrária e até mesmo discriminatória do Estado com relação a certas pessoas.

Identifica-se, assim, o Direito Penal do Inimigo como sendo o Direito Penal Líquido, que seria caracterizado pela insegurança, incerteza e pela rotulação de certos indivíduos como não sendo dignos de tratamento como pessoas, em contraposição ao Direito Penal “clássico”, ou Direito Penal Sólido, marcado por servir de instrumento de proteção do cidadão frente aos eventuais arbítrios do soberano.

Diante de toda essa conjuntura, faz-se, sempre com base em dados estatísticos, referência à atual realidade brasileira, na qual o Direito Penal do Inimigo parece se fazer presente das mais variadas formas e que aqueles indivíduos que possuem uma condição econômica menos privilegiada terminam sendo tratados não como sujeitos de direitos, mas como verdadeiros inimigos do Estado.

Por derradeiro, almeja-se um esboço de um novo Direito Penal Sólido, que possa ao mesmo tempo se adequar às exigências da heterogênea e complexa estrutura da chamada sociedade líquida, caracterizada pelo fenômeno da globalização e pelo surgimento de novos riscos, bem como à chamada função garantista do Direito Penal enquanto instrumento de proteção do indivíduo diante da ação do Estado.

2 A MODERNIDADE LÍQUIDA E OS SEUS REFLEXOS SOBRE O DIREITO

2.1 A insuficiência da razão: a crítica dos pós-modernos

Anseio pela ordem. Essa, talvez, seja a expressão que marca a era costumeiramente chamada de modernidade. Charles Baudelaire, considerado o fundador da tradição moderna no que diz respeito à poesia (CARLOS, 1989), já externava esse desejo na sua famosa frase: “Tudo quanto é belo e nobre é o resultado da razão e do cálculo” (BAUDELAIRE, 1996, p. 56).

Apesar de caracterizada por sua ânsia ordenadora e racionalizadora, não deixa de ser um paradoxo o fato de que a datação da era moderna seja bastante difícil e a própria expressão modernidade, ambígua. “Quanto tempo tem a modernidade é uma questão discutível. Não há acordo sobre datas, nem consenso sobre o que deve ser datado” (BAUMAN, 1999a, p. 11).

Geralmente, toma-se por modernidade o período que se iniciou na Europa a partir do século XVII, notadamente após a mudança de pensamento operada por René Descartes (1999) em sua obra-prima “Discurso sobre o método”, na qual propôs um modelo de pensamento humano inspirado na matemática, caracterizado pela autonomia da razão e tendo por característica ser um método universal, que buscava distanciar-se da metafísica tomista, base do pensamento escolástico vigente. Tinha-se a chamada racionalização do método, consistente no ceticismo metodológico, pelo qual a sistematização da dúvida era o único meio para o descobrimento da verdade.

A revolução metodológica operada por René Descartes encontrou eco em inúmeros outros autores, como foram os casos de Francis Bacon, John Locke (2003) e Isaac Newton, todos defendendo a chamada autonomia da razão. Influenciado, principalmente, pela obra dos quatro supracitados autores, o movimento do iluminismo avançou na Europa no século XVIII – chamado de século das luzes –, gerando inúmeras transformações sociais, culturais e intelectuais, que culminaram, notadamente após as revoluções francesa e inglesa, com o desenvolvimento da chamada sociedade industrial, que trouxe consigo os projetos ideológicos do capitalismo e do comunismo.

Embora tenham brotado do Iluminismo inúmeras ideias e pensamentos que viriam a moldar a ordem jurídica até os dias atuais, como as noções de

humanismo jurídico e constitucionalismo, por exemplo, não se pode deixar de perceber que, em algum momento, o ideal de emancipação não se concretizou de forma perfeita, levando inúmeros autores, como é o caso dos denominados pós-modernos, como Gilles Lipovetsky (2004), Michel Maffesoli (2014a), Edgar Morin (1996), dentre outros, a afirmarem que, pelo fato de a razão não levar inexoravelmente ao progresso, a modernidade se encontra em estado de crise na atualidade.

Para Abbagnano (2007, p. 222), crise é um termo que tem origem na medicina de Hipócrates e era por este utilizado para indicar aquela transformação decisiva que ocorria quando uma doença atingia o seu ápice. A partir dessa transformação, poder-se-ia compreender se o curso da doença era favorável ou não.

Trazendo-se tal acepção para a vida social, pode-se afirmar que ocorre uma crise quando se está num momento de transformações decisivas no rumo de determinada sociedade. Essa noção se mostra particularmente imperiosa quando se observa que a história humana é marcada por inúmeras descontinuidades.

Reitera-se o que já se afirmou no tocante à dificuldade de se conceituar a modernidade, e essa ambiguidade do termo é destacada por Giddens (1991, p. 11) logo no primeiro parágrafo de sua obra “As consequências da modernidade”, conforme o excerto abaixo citado:

O que é modernidade? Como uma primeira aproximação, digamos simplesmente o seguinte: ‘modernidade’ refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que posteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência. Isto associa a modernidade a um período de tempo e a uma localização geográfica inicial, mas por enquanto deixa suas características principais guardadas em segurança numa caixa preta.

A ideia de Giddens (1991) serve de primeiro passo para que se compreenda adequadamente – ou ao menos se aclare um pouco mais as obscuridades – o porquê de a modernidade supostamente estar em crise. Levando-se em conta que a modernidade teve como principal característica o total rompimento com os valores tradicionais de ordem social, não se pode perder de vista que a história não é uniforme, não segue padrões exatos, e a modernidade, por suas características intrínsecas, potencializou essa desconformidade que já é inerente ao evolucionismo social.

Dentre as principais características que potencializaram a descontinuidade entre as instituições sociais modernas e as ordens sociais tradicionais, Giddens (1991, p. 16) identifica, primeiramente, o “ritmo da mudança”, eis que na modernidade a rapidez das mudanças é extrema; em segundo plano, percebe a descontinuidade no que diz respeito ao “escopo da mudança”, pois, dada a interconexão global, as ondas de transformação social também são globais, muito maiores que as transformações de outrora, que inicialmente eram locais e, paulatinamente, expandiam-se; por fim, identifica ainda o autor a “natureza intrínseca das instituições modernas”, pugnando que na era moderna existem inúmeras formas sociais que não encontram precedentes históricos, exemplificando o Estado-nação, a transformação em mercadoria do trabalho assalariado, dentre outras.

Embora não se possa situar Giddens (1991) como sendo um pós-moderno, de suas colocações extrai-se que, na atualidade se vive num momento de transição. Vive-se as consequências da modernidade e o início da era pós-moderna, havendo autores (BITTAR, 2009, p. 96-97) que chegam a afirmar que a realidade atual mostra um conjunto de fracassos e mentiras encontrando-se e, por conta disso, a pós-modernidade foi se produzindo na consciência coletiva ao longo de todo o século XX, mas que não possui data exata de início.

Naturalmente, exsurtem inúmeras dúvidas acerca do sucesso ou insucesso do programa moderno. A modernidade consubstanciava somente um processo de rompimento com a tradição? Ou, na verdade, tratava-se de uma nova forma de pensar o mundo que, para se estabelecer, necessitava de um estágio representado por esse processo de rompimento com a tradição? Em outras linhas, o projeto moderno acabou ou não? Se acabou, obteve sucesso ou terminou por fracassar? O que é a pós-modernidade? Quando a modernidade acabou e quando se iniciou a pós-modernidade?

Os referidos questionamentos se fazem necessários a fim de que se possa compreender de forma mais contextualizada como o Direito e, mais precisamente, o Direito Penal, reagiram a todo esse conjunto de mudanças que ocorreram na forma de vida social. Para tanto, há que se compreender inicialmente a crítica dos chamados pós-modernos para, posteriormente, analisar-se uma diferente perspectiva, de autores que compreendem que a modernidade ainda não terminou.

Nesse intento, há inúmeras respostas às diferentes perguntas. A bem da verdade, o próprio debate acerca da pós-modernidade já é, por si só, pós-moderno, ou seja, há divergências e contradições quando se discute acerca do início da era pós-moderna, se a era pós-moderna já se iniciou de fato ou se o atual momento seria somente um novo desdobramento da modernidade. Independentemente da nomenclatura que se adote, se há um denominador comum é o relativismo. Destarte, as respostas às perguntas supra podem seguir diferentes perspectivas.

Quanto ao sentido do termo, talvez só haja concordância em afirmar que o “pós-modernismo” representa alguma espécie de reação ao “modernismo” ou de afastamento dele. Como o sentido de modernismo também é muito confuso, a reação ou afastamento conhecido como “pós-modernismo” o é duplamente (HARVEY, 2008, p. 19).

Apesar da ambiguidade terminológica, quando se fala no termo pós-modernidade, deve-se partir da obra do filósofo francês Jean-François Lyotard (1984), cujo objeto de estudo foi a condição do saber nas sociedades mais desenvolvidas, tendo o autor utilizado o termo “pós-moderno” para se referir a esta condição, condição esta que representaria o estado da cultura ocidental após inúmeras transformações ocorridas desde o século XIX, transformações estas, por sua vez, analisadas pelo autor no contexto da crise das narrativas. Da mesma maneira, não se deve perder de vista o contexto histórico que influenciou a obra de Lyotard, qual seja, o maio de 1968² na França³.

² Em maio de 1968, ocorreu uma grande onda de protestos na França. O movimento se iniciou com demandas estudantis, objetivando uma reforma no setor educacional, terminando por evoluir para uma greve geral de trabalhadores. O propósito original do movimento foi um protesto de caráter geral contra o *establishment*, marcado por gritos anti-capitalismo, consumismo e contrários às instituições tradicionais. O movimento foi marcado por ocupações em fábricas e universidades, envolvendo, no seu ápice, aproximadamente onze milhões de pessoas. À época, a França era governada por Charles De Gaulle, que teve uma reação enfática aos protestos, tentando contê-los por meio de ação policial, sendo famosas as imagens de confrontos entre a polícia francesa e os “revolucionários” no *Quartier Latin* em Paris. O movimento durou pouco tempo, aproximadamente duas semanas, e, conquanto naquele momento tenha culminado com a dissolução da *Assemblée Nationale* por De Gaulle e a convocação de novas eleições em junho, que terminaram por fortalecer o gaullismo, seu legado permanece vivo até hoje, notadamente por simbolizar uma grande fratura na concepção até então vigente de inúmeras questões sociais, notadamente questões relacionadas à ciência, que, a partir de então, passaria a ser compreendida de forma menos ideal e mais real (THIOLENT, 1998).

³ O maio de 1968 na França é, acima de tudo, o símbolo de uma nova forma de se encarar a sociedade em todos os seus níveis, desde padrões de comportamento a questões artísticas. O ano de 1968 simboliza, para a sociologia, o surgimento de uma nova crítica e, embora os fatos ocorridos na França sejam os mais conhecidos, não se pode olvidar que, na mesma época, inúmeras situações marcantes ocorreram no mundo inteiro, sendo exemplos – sem pretensão de esgotamento, o surgimento do tropicalismo em meio à ditadura, no Brasil, e, nos Estados Unidos, o movimento *hippie*, representando toda uma nova forma de se ver o mundo, bem como o próprio

Projetos de caráter emancipatório, metodologia de pesquisa participativa e outros objetivos ou métodos voltados para a conscientização popular ganharam espaço depois de 1968, dentro de um ideal de ciência compromissada com os atores da realidade e seus problemas. Isso não deve ser confundido com a velha atitude “iluminista”. Nas ciências sociais, esse momento representou uma profunda ruptura no plano da metodologia e da concepção de ciência. [...] As reformas planejadas de cima para baixo são lentas e ineficazes. Além do objetivo de tomada de poder, em sentido convencional, criou-se um espaço para uma ação cultural nas instituições, contra diversas formas de autoritarismo (THIOLENT, 1998, p. 91-92).

É analisando essa conjuntura histórica que, uma década depois, a obra de Jean-François Lyotard inova e torna-se referência no estudo da pós-modernidade na medida em que é a primeira que busca responder à questão acerca do que efetivamente seria esta pós-modernidade, questionamento ao qual o autor responde, ainda que de forma simplificada, já nas primeiras páginas de sua obra: “Simplificando ao extremo, eu defino pós-moderno como a incredulidade relacionada às metanarrativas” (LYOTARD, 1984, p. xxiv, tradução livre)⁴.

Considerando que o saber científico é também uma espécie de discurso, Lyotard (1984) defende que a ideia de verdade, como construída pelos modernos, efetivamente fracassou. A ideia moderna de que a razão conduziria à emancipação do homem em relação ao saber transcendente e de que a ciência levaria inexoravelmente ao progresso e à evolução social, seria somente uma hipótese – hipótese esta que teria se mostrado fracassada com a derrocada das metanarrativas no século XX, que culminaram em regimes totalitários. De um lado, a compreensão de sociedade como um todo funcional culminou no regime nazista, de outro, a corrente marxista culminou no regime comunista: ambos conduzido a humanidade a um estado de barbárie, e não de progresso ou evolução.

A própria lógica interna da ciência teria levado a modernidade a colapso, afinal de contas, o conceito de verdade científica funciona segundo uma dinâmica autofágica, isto é: “[...] o que eu falo é verdadeiro porque eu provo que é – mas que prova existe de que a minha prova é verdadeira?” (LYOTARD, 1984, p. 24, tradução livre)⁵. No caso, o raciocínio científico somente se sustenta se partir de algo que não pode ser duvidado. Em razão de sua lógica interna, é necessário um ponto de

assassinato de Martin Luther King, que, apesar de trágico, contribuiu para que um olhar mais aprofundado da sociedade norte-americana sobre si mesma e também para a própria união dos negros, até então, divididos em inúmeros grupos (THIOLENT, 1998).

⁴ No original: “Simplifying to the extreme, I define *postmodern* as incredulity toward metanarratives.” (LYOTARD, 1984, p. xxiv).

⁵ No original: “What I say is true because I prove that it is – but what proof is there that my proof is true?” (LYOTARD, 1984, p. 24).

partida sobre o qual não paire qualquer dúvida, razão pela qual o saber científico termina por ser, na concepção do autor francês, um mero jogo de linguagem.

Ademais, não se pode olvidar que, para Lyotard (1984), a falência dos metarrelatos – mais precisamente do relato de emancipação e do relato especulativo, que aqui não se irá analisar de forma aprofundada, eis que não se trata de objeto deste trabalho – levou ainda ao surgimento de um terceiro metarrelato, o relato da legitimação pelo desempenho, onde haveria uma confusão entre o conceito de ciência e de técnica, o que teria levado a ciência ao reducionismo da produção de resultados; é dizer, a ciência só teria valor se pudesse trazer efetivamente algum resultado no jogo do mercado, transformando-se assim em mais uma força produtiva.

O relato da legitimação pelo desempenho, ao misturar as noções de ciência e técnica, teria levado inúmeros institutos da vida humana a um estado de crise. No campo jurídico, tal fenômeno trouxe consequências perigosas, eis que legitimar pelo desempenho, no direito, a depender do que esteja sendo objeto de legitimação, pode significar precificar o que não pode ter preço, a exemplo dos próprios direitos fundamentais.

Essa conjuntura de fratura dos metarrelatos identificada por Lyotard (1984) é, talvez, a responsável pela principal característica do momento que ora se vive: o do retorno do relativismo.

Nesse sentido também, a crítica de Morin (1996), na medida em que, para ele, a forma moderna de se pensar as coisas totalmente separadas – o conhecimento especializado defendido por Descartes (1999) – terminou por culminar em um estado de coisas onde o todo termina por ser ignorado. A forma tradicional é demasiadamente simplista, sendo necessário um pensamento mais complexo e que contemple e saiba lidar adequadamente com a incerteza. Assim, defende Morin (1996, p. 10) que “[...] o tipo de pensamento que separa deve ser suplementado por um tipo de pensamento que faz conexões [...] O pensamento complexo é um tipo de pensamento que une distinções com conjunções”⁶.

Para Morin (1996), o dogma do determinismo teria falhado, porquanto o universo não seguiria os ditames da ordem. Após analisar o fenômeno da

⁶ Tradução livre do original: “[...] the kind of thinking that separates must be supplemented with a kind of thinking that makes connections. [...] Complex thought is a kind of thought that unites distinction with conjunction.” (MORIN, 1996, p. 10).

complexidade, fazendo considerações acerca das teorias da informação, cibernética e dos sistemas, bem como das noções de auto-organização, o autor dá suas contribuições ao “edifício da complexidade” ao trazer três princípios: o dialógico, da recursão organizacional e o princípio hologramático.

O princípio dialógico é, talvez, aquele que mais interessa para a presente digressão, na medida em que Edgar Morin se socorre de Blaise Pascal e Niels Bohr para demonstrar que é a noção de dialógica que permite a compatibilização de ideias que, *a priori*, seriam antagônicas, mas que, na verdade, são indissociáveis e essenciais para a compreensão da realidade. Assim, Morin (1996, p. 14), usando as citações de Pascal e Bohr como alegorias, sintetiza aquela que talvez seja a principal característica do atual período da pós-modernidade:

Niels Bohr acreditava que partículas físicas deveriam ser consideradas tanto corpúsculos como ondas. Blaise Pascal dizia que “o oposto de uma verdade não é um erro, mas uma verdade contrária.” Bohr põe o raciocínio nos seguintes termos: “O oposto de uma verdade trivial é um erro estúpido, mas o oposto de uma verdade profunda é sempre outra verdade profunda.” O problema é o de combinar noções antagônicas para contemplar os processos organizacionais e criativos no complexo mundo da vida e da história humanas⁷.

Sobreleva ressaltar que Morin (1996) não almeja abandonar os princípios clássicos da ciência – da ordem, especialidade e lógica, mas sobretudo colocá-los num esquema mais rico e onde possam funcionar de forma mais dinâmica e adequada diante da incerta realidade pós-moderna.

A conclusão a que se chega diante das reflexões de Morin (1996) é que, no mundo das ideias, concepções aparentemente antagônicas podem perfeitamente conviver, não havendo uma verdade absoluta, como pugnavam os iluministas. Não há totalidade, tudo é relativo. Nenhum tipo de conhecimento é definitivo. Em um mundo complexo, onde um conflito religioso de um lado do planeta é a principal causa de um atentado terrorista do outro lado do planeta, que gera uma reestruturação de toda a política mundial, especializar demais o conhecimento representa ignorar a complexidade do todo. E o todo é marcado pelo antagonismo e

⁷ Tradução livre do original: Niels Bohr believed that physical particles should be regarded as both corpuscles and waves. Blaise Pascal said that the ‘opposite of a truth is not an error but a contrary truth’. Bohr put this in the following terms: ‘The opposite of a trivial truth is a stupid error, but the opposite of a profound truth is always another profound truth’. The problem is that of combining antagonistic notions in order to envisage the organizational and creative processes in the complex world of human life and history (MORIN, 1996, p. 14).

incerteza.

Igualmente enfatizando as incertezas como sendo o traço característico da pós-modernidade, o também francês Michel Maffesoli (2014a, p. 195) considera a pós-modernidade como sendo a “[...] sinergia do arcaico e do desenvolvimento tecnológico”.

É de se ressaltar que a sociologia desenvolvida por Maffesoli (2014a) é de cunho fenomenológico, isto é, o autor busca identificar as características da dita sociedade, mais que, propriamente, efetivar qualquer crítica acerca de tal sociedade.

É para descrever a continuidade na complexidade que muitas vezes utilizarei o termo organicidade, a saber, o que mantém juntos elementos contrários, até opostos. Daí, a referência às noções de pós-moderno ou pós-modernidade. Eu disse noção, com o que isso pode ter de provisório, ou simplesmente de prático, para descrever o que está sucedendo aos diversos valores que se impuseram progressivamente. [...] a pós-modernidade seria essa mistura orgânica de elementos arcaicos e de outros um pouco mais contemporâneos. Assim, esse livro voltará incansavelmente à sinergia, ou, às vezes, à simples conjunção, observáveis entre, de um lado, a pesquisa de pequenas comunidades, ou tribalismo, a preocupação com o território, a atenção à natureza, a religiosidade, o prazer dos sentidos; e, do outro, o desenvolvimento tecnológico e sua utilização, o policulturalismo das grandes megalópoles, a atividade comunicacional, ou os diversos sincretismos religiosos e ideológicos. (MAFFESOLI, 1996, p. 14-15).

Na linha do pensamento de Maffesoli (1996), a pós-modernidade traz uma nova forma de pensamento que envolve o emocional, o lúdico, e não mais somente a razão asséptica. A pós-modernidade, portanto, traz de volta o arcaico, tudo aquilo que não está diretamente relacionado ao saber racional. É justamente por isso que a internet seria um dos grandes símbolos pós-modernos, pois, de um lado, alia a mais alta tecnologia – proporcionada pela razão – com o arcaico, com as emoções e paixões humanas, na medida em que é utilizada para fins totalmente diversos daqueles para os quais foi criada – fins originalmente militares –, isto é, para fins que integram a banalidade do cotidiano dos indivíduos.

Sob essa concepção, a pós-modernidade suplantará a ideia de utilidade, celebrada pelos modernos.

Enquanto o homem moderno era o *homo faber* (*homo economicus*) que orientava as suas ações para a acumulação de patrimônio, isto é, o homem capaz de controlar seu destino e o seu entorno por ferramentas racionais, senhor de si mesmo, o homem pós-moderno já não se adequa a esse modelo, na medida em que

a sua própria razão passa a ser questionável.

É de se destacar que, muito antes dos pós-modernos, a incapacidade do homem de guiar a si mesmo já fora trabalhada por Friedrich Nietzsche – crítico assaz da modernidade –, para quem o homem somente poderia ter consciência de seus pensamentos que pudessem ser exprimidos por meio da linguagem, não tendo consciência de tudo o que efetivamente pensa – “*es denkt*”. Na *Gaia Ciência*, Nietzsche (2006, p. 192-193) trouxe tal percepção ao comentar acerca do que seria o conhecer:

Durante muito tempo se considerou o pensamento consciente como o pensamento por excelência: agora somente começamos a entrever a verdade, isto é, que a maior parte de nossa atividade intelectual se efetua de uma forma inconsciente e sem sentirmos nada; [...] O pensamento *consciente*, e sobretudo o do filósofo, é o menos violento e, por conseguinte também, relativamente a mais suave e a mais tranquila forma de pensamento; é por isso que na maioria das vezes é o filósofo o mais exposto a se enganar sobre a natureza do conhecimento.

Da mesma forma, em “*Além do bem e do mal*”, o filósofo alemão exprime ainda de forma mais clara e expressa a independência do inconsciente, tradicionalmente representado pelo aforismo *es denkt* (em tradução livre: “isso pensa”), em relação ao pensamento consciente, embora ainda não com tais nomenclaturas:

[...] um pensamento vem quando “ele” quer, e não quando “eu” quero; de modo que é uma *falsificação* dos fatos afirmar: o sujeito “eu” é a condição do predicado “penso”. Isso pensa: mas que este “isso” seja precisamente aquele velho, célebre “eu”, é, para dizer o mínimo, apenas uma suposição, uma afirmação, sobretudo não é qualquer “certeza imediata”. No fim, com esse “isso pensa” já se foi longe de mais: esse “isso” já contém uma interpretação do processo e não pertence ao próprio processo. (NIETZSCHE, 2013, p 38).

A percepção de Nietzsche (2013) ganha ainda mais relevância com Freud (1996) e a sua teoria do inconsciente, pois, para Freud (1996), o conteúdo do inconsciente não está sob escrutínio direto do indivíduo, sob o seu controle. No entanto, o inconsciente influencia diretamente em todas as ações do homem.

O pensamento dos dois autores é importante, pois perceberam, décadas antes de ao menos se cogitar a pós-modernidade, a fratura da utopia moderna do homem senhor de si mesmo e de seu destino, porquanto sequer tem total alcance de suas faculdades racionais e de suas ações cotidianas, por mais triviais que estas

sejam, quiçá de seu futuro e do futuro da sociedade.

Nietzsche (2013) e Freud (1996), portanto, identificaram aquilo que vem a se propalar como sendo a principal marca da pós-modernidade: a impureza da razão.

A marca do pensamento moderno – método científico – teria se mostrado falha, dentre outros motivos, por ignorar justamente as emoções humanas, os desejos humanos, suas frustrações e preconceitos.

O pensamento moderno pugnava por uma pureza científica que nada mais seria senão uma utopia, afinal de contas, a própria ciência, como constatado por Lyotard (1984), sustentava-se sobre uma pedra angular de um relato narrativo.

Ademais, se a era pré-moderna pode de alguma maneira ser identificada como a era onde as principais questões do mundo encontravam uma explicação na fé, a era moderna pode ser identificada como a era onde as principais questões do mundo encontravam uma explicação na razão. Na modernidade, portanto, a razão substituiu a fé. O culto da religião foi substituído pelo culto da razão.

Destaque-se ainda, neste ponto, a crítica feita por Horkheimer (2002) no sentido de que a substituição da crença na fé pela crença na razão parece encontrar-se no cerne da crise da modernidade, na medida em que termina por ocorrer como que a substituição de uma metafísica por outra, isto é, à razão é atribuída uma capacidade mágica para resolver todos os problemas do mundo o que termina por desembocar na instrumentalização da própria razão. A essa razão o autor denomina *razão instrumental*.

Tendo cedido em sua autonomia, a razão tornou-se um instrumento. No aspecto formalista da razão subjetiva, sublinhado pelo positivismo, enfatiza-se a sua não-referência a um conteúdo objetivo; em seu aspecto instrumental, sublinhado pelo pragmatismo, enfatiza-se a sua submissão a conteúdos heterônimos. A razão tornou-se algo inteiramente aproveitado no processo social. Seu valor operacional, seu papel no domínio dos homens e da natureza tornou-se o único critério para avaliá-la. Os conceitos se reduziram a síntese das características que vários espécimes têm em comum. Pela denotação da semelhança, os conceitos eliminaram o incômodo de enumerar qualidades e servem melhor assim para organizar o material do conhecimento. São pensados como simples abreviações dos itens a que se referem. Qualquer uso dos conceitos que transcenda a sumarização técnica e auxiliar dos dados factuais foi eliminado como um último vestígio de superstição. Os conceitos foram “aerodinamizados”, racionalizados, tornaram-se instrumentos de economia de mão-de-obra. (HORKHEIMER, 2002, p. 26).

Mutatis mutandis, conquanto não seja objeto direto do presente trabalho, um exemplo do reducionismo da razão à mera razão instrumental, no que diz respeito ao próprio conhecimento jurídico atualmente produzido no Brasil, é a chamada indústria dos concursos públicos, onde o que se percebe é a produção de obras jurídicas destinadas exclusivamente à condução do leitor a um cargo público que possa lhe render bons frutos, em termos econômicos, sendo colocada de lado a função de aprofundamento de estudo e melhoramento da ciência do direito⁸.

A ponderação de Horkheimer (2002) é importante, pois, a partir do momento em que a razão serve meramente como instrumento, em mero plano de ação, a verdade deixa de ser descoberta em sua completude para transformar-se somente na confirmação do plano adotado. Tal dinâmica torna-se de difícil resultado satisfatório numa conjuntura onde diferentes atores possuem diferentes poderes e capacidades econômicas, isto é, há aparentemente uma tendência a um utilitarismo excessivo no uso da razão.

A pós-modernidade, portanto, teria rompido com as amarras que a pureza racional trazia para o pensamento humano. Na pós-modernidade, as contradições, o pluralismo, as emoções, não são fatores que desestabilizam o sistema, mas que na sua estrutura estão incorporados. É de se ressaltar que Maffesoli (2014b, s/p) destaca que a própria sociedade brasileira seria, por conta de suas características, um verdadeiro “laboratório da pós-modernidade”, conforme se percebe no excerto abaixo de entrevista concedida a Fernando Eicheberg, do Jornal O Globo, no ano de 2014:

O tripé moderno era trabalho, racionalismo, progressismo. O tripé pós-moderno é criação ou criatividade, razão sensível e progressividade. Estes são, certamente, os três elementos que são característicos da sociedade brasileira contemporânea. [...] Sempre me pareceu que existia no Brasil uma forma de consciência popular de inutilidade desse economicismo e uma capacidade coletiva de encontrar sem cessar novas formas de expressão das emoções coletivas, de trocas afetivas, enfim, de solidariedades comunitárias. As grandes figuras de reunião conhecidas internacionalmente, que são o futebol, a música, a dança, são um testemunho. Mas também o são uma quantidade de comportamentos coletivos cotidianos, como as reuniões dominicais nos bairros ou nas praias, as formas de contestação contemporâneas ligadas na maioria das vezes a reivindicações de mobilidade e, em geral, ao espetáculo das ruas nas cidades brasileiras.

⁸ Por questões éticas e, na medida em que não se trata do objeto do presente trabalho, intencionalmente se deixará de citar exemplos de obras que se encaixem no perfil comentado.

Se a utopia de ordem e certeza marcavam a era moderna, a pós-modernidade seria marcada pela desordem e pela incerteza, ambas as expressões interpretadas sem juízos de valor, mas sob o aspecto fenomenológico, de constatação, despido de crítica. A modernidade, no fim das contas, somente substituiu uma metafísica por outra: a metafísica da fé foi substituída pela metafísica da razão; a metafísica teológica foi substituída pela metafísica científica.

A pós-modernidade representaria a passagem do *cogito ergo sum* – “penso, logo existo” de René Descartes ao “penso onde não sou, logo sou onde não penso” de Jacques Lacan (1998, p. 521), pensamento também compartilhado por Sigmund Freud (1996) e, antes, por Friedrich Nietzsche (2006; 2013). Da modernidade à pós-modernidade, o homem foi, de centro do universo, a ser que não possui controle sequer de seu próprio pensar.

Logo, se a conclusão pós-moderna de que o homem não controla sequer o seu próprio pensar é verdadeira, parece intuitivo também que o processo emancipatório, que imaginava ser inexorável o progresso e a evolução social, também não se mostrou verdadeiro – e as experiências totalitárias do século XX, já citadas, representariam essa falência. O culto à razão, ao não aceitar outros saberes, nada mais seria senão uma forma de totalitarismo.

Na pós-modernidade há a diluição de todas as pretensões de universalidade da era moderna, uma liquefação dos sólidos (BAUMAN, 2001). Na atual era, o que se entendia como materialidade, como substância das coisas, é relativizado. A pós-modernidade é caracterizada pela sua “incapacidade de gerar consensos” (BITTAR, 2009, p. 105).

O que antes se entendia como verdade, para os pós-modernos, torna-se apenas uma das possibilidades de verdade, um dos sentidos de verdade, sendo possível que a própria verdade não seja mais que a verdade de uma ilusão, de uma miragem⁹.

Se a grande virtude, por assim dizer, da conjuntura pós-moderna, é justamente a sua flexibilidade, que permitiria a aceitação dos mais variados

⁹ Essa premissa subjetivista pós-moderna seria perceptível também nas artes plásticas por meio da obra de artistas como Jackson Pollock, que rompeu barreiras ao mostrar ao mundo da arte uma nova forma de pintar, demonstrando que as ideias, emoções e sentimentos eram mais valiosos que a técnica, pois esta representava uma realidade asséptica e somente verdadeira quanto à forma, não quanto ao conteúdo. O mundo deixava de ser produto da mera visão, sendo também fruto das emoções e sentimentos do sujeito. Pollock incorporou definitivamente à pintura, o elemento do inconsciente – de Nietzsche e Freud – que Van Gogh trouxera de forma incipiente.

discursos e que terminaria por semear um pluralismo condizente com a natureza psicológica humana, permitindo hipoteticamente voz e espaço a todos, não se pode olvidar que a ausência de uma finalidade no metarrelato pós-moderno, isto é, a ausência de um programa pós-moderno que se destine a um estado ideal de coisas – como ocorria com o programa moderno que objetivava uma sociedade livre e igualitária, incorporando uma nova forma de idealismo platônico –, termina por ser prejudicial e obstaculizar a materialização dessa grande virtude, na medida em que embora haja a possibilidade de todos terem espaço e voz, essa possibilidade não passa de mera hipótese, porquanto a ausência de finalidade leva à celebração do desempenho, à citada legitimação pelo desempenho mencionada por Lyotard (1984), o que somente culmina na reprodução do *status quo* e na manutenção das desigualdades, pois a ausência deste ideal faz com que o motor das ações dos indivíduos passe a ser somente o seu próprio bem-estar, desaguando inexoravelmente em uma sede de poder e em um egoísmo exacerbado.

O “presenteísmo” pós-moderno, ao substituir o “futurismo” moderno, terminaria por retirar a luz do fim do túnel, que era representada pela idealizada sociedade livre, igual e fraterna tanto pelo programa capitalista, como pelo socialista, deixando todos no escuro, sem rumo e, portanto, somente interessados em garantir, a qualquer custo, a incolumidade de sua posição presente.

2.2 A utopia moderna da emancipação da ordem social

Apesar de inúmeros estudiosos defenderem que a modernidade chegou ao seu fim com o fracasso das metanarrativas e dos discursos com pretensão de totalidade (LYOTARD, 1984) e com a emersão do relativismo para o centro da ordem pública (MORIN, 1996), há também inúmeros outros, como Jürgen Habermas, Zygmunt Bauman, Ulrich Beck, Anthony Giddens, Gilles Lipovetsky, Sérgio Rouanet, dentre outros, que pugnam pela não superação da modernidade, argumentando que o atual estágio da humanidade, de novos arranjos socioculturais, representaria somente uma nova fase da própria modernidade, mas não propriamente o seu fim.

Sendo as contingências e os relativismos a principal característica da atual era – qualquer que seja a nomenclatura que se lhe dê – é de se ressaltar a classificação criada por Charles Lemert (2000, p. 58), dividindo os pensadores atuais em três grandes grupos: o pós-modernismo radical; o modernismo radical; o pós-

modernismo estratégico

Os pós-modernistas radicais seriam aqueles que identificam um total rompimento entre a atual era e a era moderna. Para eles, a modernidade é algo superado. A corrente de pensamento que se encaixa no pós-modernismo radical foi trabalhada no item supra, compreendendo autores como Jean-François Lyotard, Edgar Morin, Michel Maffesoli, bem como Jean Baudrillard, Guy Debord e vários outros.

O modernismo radical, por sua vez, é representado pela Escola de Frankfurt, notadamente por Theodor Adorno, Max Horkheimer e Jürgen Habermas. Para o modernismo radical, a modernidade ainda permanece, necessitando, no entanto, regressar aos ideais iluministas a fim de se reencontrar. No Brasil, Sérgio Rouanet representa esse pensamento.

O pós-modernismo estratégico, por sua vez, já representa “[...] um importante papel, com teóricos mistos, procurando dissolver os preconceitos com a modernidade, encaminhando o diálogo para a somatória de forças entre as duas primeiras épocas e suas ideologias” (BITTAR, 2009, p. 133).

Nessa linha, explicitar-se-á aqui as principais teorias referentes ao estudo da atual fase, bem como as nomenclaturas dadas por cada autor, reiterando-se que, no item supra tratou-se dos chamados pós-modernistas radicais.

Assim, quanto ao modernismo radical, primeiramente, emerge oportuna a ponderação de Sérgio Rouanet (1998) no sentido de que diante das experiências totalitárias ocorridas no século XX, mais que qualquer mudança de paradigma ou ocorrência de ruptura, o que passou a haver nas sociedades foi um desejo de mudança, um desejo de ruptura com aquele paradigma que levou às atrocidades do comunismo, da bomba atômica e do nazismo. Para o autor, tais males são, de alguma maneira, imputados à modernidade, gerando uma rejeição para com o paradigma moderno e levando a uma falsa convicção de trânsito para um novo paradigma. “O desejo de ruptura leva à convicção de que essa ruptura já ocorreu” (ROUANET, 1998, p. 269).

Conquanto haja inúmeros pensadores identificando padrões e características da sociedade pós-moderna, a pontuação de Rouanet mostra-se acertada na medida em que aqueles que defendem a pós-modernidade – como já se demonstrou acima –, não articulam um programa pós-moderno. A ausência de um programa, de um objetivo, nessa medida, parece mais simbolizar uma doença na

modernidade que propriamente o surgimento de uma nova fase.

Essa é a verdade do pós-moderno. Sua ilusão é a tentativa de reagir às patologias da modernidade através de uma fuga para frente, renunciando a confrontar-se concretamente com os problemas da modernidade. Eles ficam para trás, no cinzento país do moderno. É mais fácil refugiar-se num pós-moderno contracultural, verde e com crescimento zero, ou num pós-moderno anárquico, pluralista, em processo de desconstrução permanente, ou num pós-moderno eletrônico, povoado por *lasers*, vídeos e conjuntos de rock. (ROUANET, 1998, p. 269).

Na perspectiva do autor, a pós-modernidade não conduziria a caminho nenhum. A consciência da pós-modernidade não encontra guarida em uma realidade pós-moderna, por isso, seria somente um defeito, uma doença da modernidade. A modernidade seria um projeto ainda incompleto, na medida em que foi o pensamento moderno, pela via racional, que trouxe a possibilidade de se comparar o que existe e está posto com o que ainda não existe, mas que é ideal. “Ser moderno é criticar a modernidade real com os critérios da modernidade ideal” (ROUANET, 1998, p. 269).

Rouanet (1998) sugere, então, a adoção do termo “neomoderno” para designar o atual estágio da sociedade, simbolizando um novo ponto de partida e uma busca pelo reencontro com o autêntico significado da modernidade. Para o programa neomoderno, o autor, embora não rejeite as conquistas da modernidade, notadamente aquelas relacionadas ao desenvolvimento tecnológico e industrial, busca obstaculizar os efeitos manipuladores desta sobre o indivíduo, tentando “[...] impedir a transformação dos homens num rebanho de autômatos abúlicos, de zumbis sorridentes e de idiotas lobotomizados”. (ROUANET, 1998, p. 270).

Ademais, defende não ter a sociedade atual chegado a um estágio pós-industrial, na medida em que grande parte da humanidade ainda vive em condições eminentemente pré-industriais. Igualmente, a “neomodernidade” estaria atenta à presença e manifestação do poder nos mais diminutos aspectos da vida cotidiana, captando a essência do pensamento foucaultiano. No aspecto político, embora reconheça e defenda as novas formas de política, notadamente as “formas micrológicas” (feminismo, lgbt, ecologia etc.), mantém-se sempre alerta às formas tradicionais, que ainda precisam ser tornadas possíveis, eis que grande parte da humanidade ainda se encontraria assolada por totalitarismos feudais.

Quanto ao conhecimento científico, a “neomodernidade”, embora reconheça que a pragmática do discurso científico não deva sofrer interferências, defende que as linhas e objetivos da ciência devem ser debatidos pela sociedade. Quanto à filosofia, ao reconhecer que o desfecho do irracionalismo é o holocausto, é racionalista.

O fascismo e o irracionalismo são os dois lados da mesma moeda. A razão é sempre crítica, pois seu meio vital é a negação de toda facticidade, e o irracionalismo é sempre conformista, pois seu medo de funcionar exclui o trabalho do conceito, sem o qual não há como dissolver o existente. Mas o racionalismo pós-moderno não tem mais a inocência do racionalismo iluminista. Este achava que o homem já era, de saída, racional e com isso o deixava desprotegido diante da falsa razão. O racionalismo neomoderno, pelo contrário, aprendeu com os dois mestres da suspeita, Marx e Freud, a identificar a presença na razão de tudo aquilo que está a serviço da desrazão. (ROUANET, 1998, p. 271).

Nessa toada, a “neomodernidade” não erige a razão a um patamar excelso, reconhecendo que a mesma pode estar a serviço da mentira ou do poder, neste último caso, na forma de ideologia. Quanto à moral, a característica neomoderna seria a desvinculação da moral de religiões, reconhecendo uma moral autônoma, isto é, estabelecida pelos costumes e transformável, em oposição à moral heterônoma, com axiomas intangíveis e sagrados. A ética neomoderna é universal pelo procedimento e não pela sua substância. É dizer: somente possuem poder cogente aquelas normas objeto de discussão argumentativa entre todas as pessoas sobre as quais elas incidirão as suas prescrições, isto é, sobre todos os interessados.

Como se verifica, a consciência neomoderna é a consciência de uma modernidade que refletiu sobre si mesma, sobre suas origens e seus desvios. Ela dispõe de toda uma experiência acumulada ao longo de dois séculos. Sabe que o progresso material não foi necessariamente acompanhado de maior liberdade, mas não se demitiu da ciência e da técnica. Sabe que a razão não é um *cogito* totalmente transparente a si mesmo e funciona muitas vezes como a máscara do irracional, mas não renunciou à razão: ao contrário, a partir de Marx e Freud pode fundar um racionalismo infinitamente mais rico que o Iluminismo clássico. (ROUANET, 1998, p. 273).

A neomodernidade, sempre na perspectiva de Rouanet (1998), seria uma modernidade que amadureceu, mas que nem por isso deixou de ser moderna. Não mais tem pretensões absolutas e não mais crê num evolucionismo histórico linear. Ao contrário, estaria plenamente ciente da descontinuidade do tempo humano, mas,

não encararia essa descontinuidade como uma desconexão do homem com o futuro. Em oposição aos pós-modernos, a neomodernidade ainda idealizaria o futuro, mas sem desconexão com o passado. Nessa linha, buscaria a incorporação dos ideais passados do iluminismo à sociedade presente, já amadurecida e consciente de seus próprios erros.

O pensamento de Rouanet (1998) segue o entendimento de Jürgen Habermas (1999), no sentido de que a modernidade ainda seria um projeto incompleto, uma vez que a marca que distingue o moderno é o “novo” e que, inclusive, a modernidade é autossuficiente, o que é perceptível pela própria noção de “clássico”, eis que, outrora, clássico era algo que sobrevivia no tempo, hoje, clássico é tudo aquilo que conseguiu chegar a um estágio completo e autenticamente moderno.

Embora o estágio atual busque um “voltar-se para o futuro”, essa nova valorização positiva ao que é transitório e efêmero, revelaria uma nostalgia por um presente estável. É como que a aceitação de algo inexorável (HABERMAS, 1989). “Me parece que, em lugar de abandonar o projeto da modernidade como uma causa perdida, deveríamos aprender com os erros daqueles programas extravagantes que trataram de negar a modernidade” (HABERMAS, 1989, p. 137).

Comentando acerca dos erros da modernidade, Bittar (2009, p. 52-53), adverte ser necessária a superação da “cegueira moderna” – na expressão do autor – para que seja forjado um novo futuro, eis que esta seguiu-se à cegueira medieval, sempre seduzida pelo “ilusionismo da razão”, pois “ao se vangloriar a razão, cartesianamente, não se sabia que ela seria capaz de criar a bomba atômica?” Nesse sentido, o pensamento de Zygmunt Bauman (2014) ilustraria essa “cegueira moderna”.

Conquanto se reconheça que a modernidade trouxe inúmeros frutos positivos, notadamente quando produziu autoconhecimento acerca de si mesma, permitindo uma melhor compreensão de mundo, ao almejar o derretimento dos sólidos, dos valores tradicionais, pesados e inflexíveis da idade média, a ideia iluminista original era criar, pela razão, uma sociedade ideal, através do progresso e da ciência, isto é, buscava-se atingir um estado de coisas ideal, estado esse que, diferentemente do que se mostrou na prática, era universal, e não particular, era permanente, e não provisório. A modernidade derreteu os sólidos com um objetivo de criar novos sólidos. Contudo, para Bauman (1999a, p. 244-245), não teria sido

isso que ocorreu:

Mesmo se concordarmos com Heller que as ciências sociais, apesar de toda a sua auto-ilusão, trouxeram um precioso conhecimento que seria mais tarde apreciado como um *insight* da contingência, temos ainda que insistir que o fizeram concebendo erroneamente a verdadeira natureza do seu papel ou tentando que seus produtos passassem pelo que não eram [...] que informaram da *contingência* acreditando descrever a *necessidade*, expuseram a *particularidade* supondo falar da *universalidade*, deram uma interpretação tradicional pretendendo uma verdade extraterritorial e extratemporal, mostraram indecisão travestida de transparência, indicaram o provisório na condição humana crendo-se portadoras da certeza do mundo, revelaram a *ambivalência* do projeto humano quando supunham descrever a *ordem* natural.

Em outras linhas, segundo a perspectiva de Bauman (1999a), a modernidade viveu em uma constante auto-ilusão. Essa auto-ilusão consistia em insistir na crença de que era possível se chegar, por meio da razão, a uma verdade universal, absoluta e à certeza das coisas, mesmo com as experiências concretas demonstrando o oposto. A auto-ilusão moderna consistiria em acreditar que inexoravelmente a razão levaria à ordem e não à ambivalência; à necessidade e não à contingência; ao universal e não ao relativo. A ilusão da ordem levou o homem a crer que poderia tornar o mundo um escravo de suas vontades; na verdade, embora até certo ponto essa afirmação seja verdadeira, não se pode olvidar que a ilusão da ordem e a busca incessante pelo controle do caos e da ambivalência culminou no próprio enfraquecimento da modernidade (BAUMAN, 1999a). “A eliminação da ambivalência, como tarefa primordial do espírito da modernidade, seria a causadora dos abalos que haveriam de desestabilizar a própria crença na modernidade” (BITTAR, 2009, p. 57). Na tentativa moderna de criação de um algoritmo social, a ambivalência teria se mostrado uma variável que não se poderia ser eliminada.

Importante ressaltar aqui como seria essa auto-ilusão moderna relacionada ao Direito, seguindo as linhas da perspectiva de Bauman (1999a). Assim, se a modernidade surgiu com o Iluminismo alçando a razão e a liberdade ao topo da ordem pública, dando a ambas o status de valores em torno dos quais deveria tudo gravitar, não se pode ignorar que, para realizar este intento, a própria modernidade precisou exercer um maior controle dos indivíduos, de modo que, se economicamente pugnava por uma maior liberdade, em termos políticos, o fortalecimento – por vezes, excessivo – do próprio sistema jurídico, limitava a todo o tempo parte da liberdade dos indivíduos e também não se pode ignorar que o

sistema jurídico foi uma ferramenta de controle e de imposição de poder que permitiu o surgimento dos estados totalitários do século XX. Então, a primeira ambivalência ignorada pelos iluministas foi a de que a própria liberdade por eles defendida trazia necessariamente consigo uma “escravidão”. Essa dinâmica foi chamada, pela Escola de Frankfurt, de “dialética do iluminismo” (HORKHEIMER, 2002); Foucault (1999, p. 183), percebendo-a, proferiu que “[...] as ‘luzes’ que descobriram as liberdades inventaram também as disciplinas”.

Se a emancipação ainda é o objetivo, seria necessário, nessa perspectiva, abandonar-se as noções de universalidade, certeza e transparência. No atual estágio da modernidade – ou como se queira chamar o momento atual, a contingência não poderia mais ser ignorada. Tudo seria uma hipótese, uma possibilidade. Somente a aceitação da contingência, da alteridade e até mesmo da ambivalência, permitiriam a emancipação. “Educados a viver na necessidade, descobrimo-nos a viver em contingência” (BAUMAN, 1999a, p. 247). Agnes Heller (1988, p. 98) – a quem Bauman (1999a) inclusive faz referência – afirma que “[...] uma sociedade transforma sua contingência em destino se os membros desta sociedade chegam a ter consciência de que não gostariam de viver em outro lugar ou em outra época que não aqui e agora”.

Em termos concretos, a paulatina descoberta moderna da inevitabilidade da ambivalência culminou no fenômeno da globalização, caracterizada pela formação de uma economia global, cuja dinâmica funciona conforme uma lógica de mercado quase ilimitada e que molda todas as instituições ao seu redor, causando fraturas inclusive nas próprias relações de poder e reestruturando toda a estrutura dos Estados-nação. Além disso, a globalização irradia efeitos ainda mais fortes nos ordenamentos jurídicos em virtude da quase ausência de direito público no espaço internacional (FERRAJOLI, 2005). É dizer: no atual estágio da modernidade, os papéis e funções do Estado foram completamente modificados por forças externas.

O dissenso entre inúmeros autores que tratam do tema modernidade/pós-modernidade ocorre justamente neste ponto:

- a) Para os pós-modernos radicais, caso de Lyotard, Morin e Maffesoli, como já se viu, a globalização e o enfraquecimento dos Estados-nação sinaliza o fim da modernidade, o fracasso dos metarrelatos e a relativização total;

- b) Para os modernos radicais, caso de Habermas e Rouanet, defendem que a atual era, embora possua uma dinâmica totalmente diferente, ainda é moderna;
- c) Para os pós-modernos estratégicos, no meio termo, sendo o caso, dentre outros, de Gilles Lipovetsky, para quem o termo pós-moderno traz consigo imensa vagueza e não permite uma compreensão adequada do momento atual, o qual chama de “hipermodernidade”, eis que se está na era onde há uma exacerbação exponencial de todas as características originalmente modernas, de Ulrich Beck, que defende que na atual fase a modernidade volta-se para modernizar a si mesma e, por isso, está-se numa segunda modernidade, a “modernidade reflexiva”, de Anthony Giddens, já citado, que reconhece a chamada “modernidade tardia”, que denota a necessidade de reinvenção da modernidade, a partir da noção de que o paradigma industrial seria uma contingência, e não uma necessidade, sendo perfeitamente possível novos modelos de modernidade e de Zygmunt Bauman, para quem a modernidade, com o intento de solidez, acabou se tornando líquida¹⁰.

Destarte, porquanto se expôs as linhas principais de pensamento dos ditos pós-modernos radicais, bem como dos modernos radicais, cumpre agora aclarar o que seria o pós-modernismo estratégico, notadamente na visão de quatro autores: Gilles Lipovetsky, Ulrich Beck, Anthony Giddens e Zygmunt Bauman.

Assim, o francês Gilles Lipovetsky (2004) chama o atual estágio da sociedade de hipermodernidade, pois identifica que, na atualidade, há uma exacerbação, um exagero exponencial da forma moderna. É dizer: se o principal ímpeto moderno era o da mudança, na hipermodernidade essa mudança é ainda mais rápida.

Diferentemente dos chamados pós-modernos radicais, Lipovetsky (2004) não conclama o presenteísmo. Para o autor, na hipermodernidade ainda há uma modernidade consumada, direcionada para a perda de poder por parte do Estado e das instituições em geral e uma supervalorização das individualidades:

¹⁰ Reitera-se aqui ter-se seguido a classificação feita por Lemert (2000, p. 58).

O Estado recua, a religião e a família se privatizam, a sociedade de mercado se impõe: para disputa, resta apenas o culto à concorrência econômica e democrática, a ambição técnica, os direitos do indivíduo. Eleva-se uma segunda modernidade, desregulamentadora e globalizada, sem contrários, absolutamente moderna, alicerçando-se essencialmente em três axiomas constitutivos da própria modernidade anterior: o mercado, a eficiência técnica, o indivíduo. Tínhamos uma modernidade limitada; agora, é chegado o tempo da modernidade consumada. (LIPOVETSKY, 2004, p. 54).

A hipermodernidade identificada por Lipovetsky (2004) mostra-se como uma sociedade de consumo sem limites, onde há a profusão de mercadorias e as esferas mais diversas da vida sofrem uma “espiral hiperbólica” que as conduzem a extremos: a própria tecnologia transformou vertiginosamente a própria forma de o ser humano exercer suas atividades mais basilares, como a alimentação, reprodução e a própria morte.

Importante destacar que Lipovetsky (2004) faz referência ao Direito Penal, mencionando que, a fim de combater a criminalidade, instalam-se milhares de câmeras, substitui-se a sociedade disciplinar por uma sociedade de hipervigilância. “A escalada paroxística do ‘sempre mais’ se imiscui em todas as esferas do conjunto coletivo” (LIPOVETSKY, 2004, p. 55).

A marca da hipermodernidade, na visão de Lipovetsky (2004), é, portanto, a marca do extremo. A dinâmica do extremo atinge, inclusive, os próprios comportamentos e modo de vida dos indivíduos, de modo que o autor identifica duas tendências: de um lado, os indivíduos tornam-se obstinados por uma vida perfeita sob o ponto de vista de sua saúde e higiene, de outro, contudo, há a predominância de desvios comportamentais derivados desse egoísmo exacerbado:

No universo funcional da técnica, acumulam-se comportamentos disfuncionais. O hiperindividualismo coincide não apenas com a internalização do modelo do *homo oeconomicus* que persegue a maximização de seus ganhos na maioria das esferas da vida (escola, sexualidade, procriação, religião, política, sindicalismo), mas também com a desestruturação de antigas formas de regulação social dos comportamentos, junto a uma maré montante de patologias, distúrbios e excessos comportamentais. Por meio de suas operações de normatização técnica e desligação social, a era hipermoderna produz num só movimento a ordem e a desordem, a independência e a dependência subjetiva, a moderação e a imoderação. (LIPOVETSKY, 2004, p. 56).

Nessa dinâmica, defende que se passou da sociedade do *pós* para a sociedade do *hiper*. Passa-se da era onde o objetivo era sair da tradição para emergir à racionalidade à era onde o objetivo é modernizar a racionalidade, ou seja,

modernizar a modernidade, racionalizar o racional. A hipermodernidade caminha para o fim da rigidez institucional, onde não há alternativa senão flexibilizar. Nada funciona de forma ideal ou absoluta, pois, quanto maior a imprevisibilidade – e na hipermodernidade tudo é imprevisível – maior a necessidade de flexibilizações. “A mitologia da ruptura radical foi substituída pela cultura do mais rápido e do sempre mais: mais rentabilidade, mais desempenho, mais flexibilidade, mais inovação” (LIPOVETSKY, 2004, p. 57).

Jean-François Lyotard (1984) identificou, na era pós-moderna, a marca do “presenteísmo”, a era do predomínio do aqui-agora, em detrimento das doutrinas emancipatórias, do pensamento direcionado a um futuro. Nessa linha, Lipovetsky (2004) defende que, para além do fracasso da modernidade político-econômica que culminou na crise das metanarrativas – Holocausto, *Gulags*, desigualdade social etc. – outros fatores contribuíram para o deslocamento dessa perspectiva de futuro, para uma perspectiva de presente. Assim, o autor identifica a passagem do capitalismo de produção, para a economia de consumo e de comunicação de massa e a substituição da sociedade “rigorístico-disciplinar” para a “sociedade-moda”, guiada assentada na dinâmica do efêmero.

Enquanto o princípio-moda “Tudo o que é novo apraz” se impõe como rei, a neofilia se afirma como paixão cotidiana e geral. Instalaram-se sociedades reestruturadas pela lógica e pela própria temporalidade da moda; em outras palavras, um presente que substitui a ação coletiva pelas felicidades privadas, a tradição pelo movimento, as esperanças do futuro pelo êxtase do presente sempre novo. Nasce toda uma cultura hedonista e psicologista que incita à satisfação imediata das necessidades, estimula a urgência dos prazeres, enaltece o florescimento pessoal, coloca no pedestal o paraíso do bem-estar, do conforto e do lazer. Consumir sem esperar; viajar; divertir-se; não renunciar a nada: as políticas do futuro radiante foram sucedidas pelo consumo como promessa de um futuro eufórico. (LIPOVETSKY, 2004, p. 60-61).

Nessa perspectiva, o culto ao presente característico do dito momento pós-moderno teve origem não somente no fracasso das metanarrativas como defendia Lyotard (1984). Menos pela ausência de sentido e valor, mais pelo excesso de bens e solicitações hedonistas. O projeto ideológico-político moderno teve como principal opositor o consumismo e a moda, que inicialmente deslocaram a perspectiva de futuro da comunidade para o indivíduo e, posteriormente, deslocaram a perspectiva de futuro do indivíduo para o presente do indivíduo. A sacralização do gozo sem proibições e preocupações com o amanhã precedeu em décadas,

segundo Lipovetsky (2004), o fracasso dos projetos políticos modernos.

É de se ressaltar que, embora concorde que a pós-modernidade era marcada pelo presenteísmo, reconhece, por outro lado, que essa pós-modernidade não mais existe e que, no atual momento, há sim uma preocupação com o futuro, ainda que com um viés diferenciado do original moderno, um viés de risco e insegurança. “Do pós ao hiper: a pós-modernidade não terá sido mais que um estágio de transição, um momento de curta duração. E este já não é mais o nosso” (LIPOVETSKY, 2004, p. 58).

O momento que Lipovetsky (2004, p. 62) chama de “nosso”, isto é, momento o atual, é por ele designado de “presentismo de segunda geração”, ocorrido após a “globalização neoliberal” e a revolução informática – termos por ele utilizados. Este momento seria caracterizado por uma aceleração ainda maior da vida social, eis que, com a revolução informática, as informações passam a ser transmitidas em tempo real, desvalorizando cada vez mais a espera. Por outro lado, a dinâmica neoliberal, representada simbolicamente pela bolsa de valores, prioriza, segundo ele, o fluxo em detrimento do acúmulo. Todo esse processo culminou a vivência do presente sob a constante ameaça dos riscos e das incertezas, eis que qualquer movimento equivocado, significa um fracasso rápido. “O clima do primeiro presentismo liberacionista e otimista, marcado pela frivolidade, desapareceu em favor de uma exigência generalizada de proteção” (LIPOVETSKY, 2004, p. 64).

Assim, na pós-modernidade teria havido a predominância da ideia de que os indivíduos estariam livres das instituições tradicionais, tendo isso culminado com um maior sentimento de liberdades individuais, que teria levado ao planejamento de projetos direcionados à satisfações frívolas e momentâneas e que teria terminado por chegar a uma segunda fase onde, após o excesso de satisfações hedonistas e momentâneas, o futuro tornou-se incerto e, por isso, ressurgiu a necessidade de se lidar novamente com ele. “A conta chegou”, a pós-modernidade representa desencanto e o hedonismo e satisfações momentâneas voltam a recuar em face de projetos de futuro, ainda que centrados numa perspectiva de hesitação e não de construção (LIPOVETSKY, 2004).

De um lado, a sociedade-moda não para de instigar aos gozos já reduzidos do consumo, do lazer e do bem-estar. De outro, a vida fica menos frívola, mais estressante, mais apreensiva. A tomada das existências pela insegurança suplanta a despreocupação “pós-moderna”. É com os traços de um composto paradoxal de frivolidade e ansiedade, de euforia e

vulnerabilidade, que se desenha a modernidade do segundo tipo. Nesse contexto, o rótulo *pós-moderno*, que antes anunciava um nascimento, tornou-se um vestígio do passado, um “lugar da memória”. (LIPOVETSKY, 2004, p. 64-65).

Uma das diferenças da era hipermoderna para a era moderna é que, enquanto nesta havia uma supremacia do futuro sobre o passado, sendo o futuro imaginado como necessariamente algo melhor, em virtude da sacralização da ideia de progresso, na hipermodernidade, imagina-se um futuro puro, visto de maneira mais técnica.

[...] quanto menos se tem uma visão teleológica de futuro, mais ele se presta à invenção hiper-realista, com o binômio ciência-técnica ambicionando [...] remodelar a vida, gerar mutantes, oferecer um simulacro de imortalidade [...] programar o futuro genético. (LIPOVETSKY, 2004, p. 68).

Na hipermodernidade, se não há mais utopias totalizantes, há a consciência de prevenção técnico-científica, cuja força motriz é baseada em riscos probabilísticos. Ao contrário do que defendem os pós-modernos radicais, na hipermodernidade de Lipovetsky (2004) não há desesperança e nem niilismo, mas uma confiança relativa, dependente das situações concretas, também não havendo, por outro lado, a antiga e cega crença moderna no progresso. Pelas reflexões de Lipovetsky (2004), não seria absurda a afirmação de que o medo e a insegurança são as forças motrizes responsáveis por alimentar, no pensamento do indivíduo, a sua preocupação com o futuro.

Com a precarização do emprego e o desemprego persistente, crescem os sentimentos de vulnerabilidade, a insegurança profissional e material, o medo da desvalorização dos diplomas, as atividades subqualificadas, a degradação da vida social. Os mais jovens temem não achar lugar no universo do trabalho; os mais velhos, perder definitivamente o deles. Onde a necessidade de nuançar muito perceptivelmente os diagnósticos que se fazem de uma cultura neodionisíaca que se basearia na preocupação exclusivamente presentista e no desejo de gozar o aqui-agora. (LIPOVETSKY, 2004, p. 71).

Lipovetsky (2004) ilustra que a lógica pós-moderna do *hic et nunc* cede lugar a preocupações com o futuro que podem ser ilustradas pelo modo como a sociedade atual trata as questões da saúde. Os ideais antes hedonistas perecem em prol de uma ideologia da longevidade.

A medicina do presente, preocupada em tratar os doentes, é substituída por uma medicina preventiva, que intervém antes da manifestação das doenças.

A moral do aqui-agora cedeu lugar ao culto da saúde, à ideologia da prevenção, à medicalização da existência. Prever, projetar, prevenir: o que se apossa de nossas vidas individualizadas é uma consciência que permanentemente lança pontes para o amanhã e o depois-de-amanhã. (LIPOVETSKY, 2004, p. 73).

É nessa perspectiva que o filósofo francês declara o declínio da cultura do *carpe diem*, não havendo uma “destemporalização” do homem, como defendem os pós-modernos radicais, pois o indivíduo hipermoderno permanece um indivíduo com olhos no futuro, mas um futuro conjugado em primeira pessoa. Apesar disso, destaca, invocando Ulrich Beck, que a hipermodernidade é uma versão crítica da própria modernidade, de modo que se busca, nessa fase, uma reabilitação das “coordenadas tradicionais” em termos éticos, políticos e religiosos. Tal percepção é reforçada por inúmeros fatos, destacando-se a afirmação do próprio sistema de direitos humanos. Ora, se a modernidade terminou por culminar no holocausto e nas mazelas dos *gulags* e demais guerras, essa crítica leva a uma “[...] reconciliação inédita com os fundamentos humanistas – estes nunca antes se beneficiaram de tal legitimidade incontestada” (LIPOVETSKY, 2004, p. 99).

Nessa toada, embora o autor não faça essa correlação, percebe-se tal fenômeno também no direito criminal, na medida em que a própria compreensão de crime ganha ares de “mal”, ares valorativos. Percebe-se, ademais, o advento do movimento pós-positivista, buscando uma reaproximação das noções de direito e moral.

Também compondo o grupo por Lemert (2000, p. 58) chamado de pós-modernistas estratégicos, encontra-se o sociólogo e professor Ulrich Beck (2002), que, partindo de visões semelhantes às de Lipovetsky (2004), rejeita de certa maneira o pós-modernismo radical, defendendo o pensamento que ficou conhecido como sociologia reflexiva.

Para Beck (2002), o atual momento seria uma segunda modernidade, um novo estágio em que ocorre uma modernização reflexiva, onde a modernidade volta-se a si mesma, sob uma perspectiva refratária.

É dizer: Beck (2002) não reconhece uma ruptura brusca entre as duas fases da modernidade, pelo contrário, afirma que se chegou a uma segunda

modernidade através de um processo contínuo de desincorporações e reincorporações de noções modernas.

A diferença entre a Primeira e Segunda Modernidade – coisa que a própria denominação exprime – pressupõe que existem “as modernidades”, pressupõe uma comunhão de “modernidades” que deve ser determinada, apreendida, desenvolvida, investigada e conquistada transnacionalmente, no confronto das experiências e projetos de modernização da periferia e do centro, asiáticas, africanas, chinesas, sul-americanas e do Atlântico Norte. Significa, pois, estabelecer uma diferença entre continuidade e ruptura. Em determinados elementos, há de se pressupor uma continuidade (por exemplo, no significado dos caminhos do desenvolvimento, dos direitos humanos e civis, assim como dos valores e dos pressupostos da democracia); outros, em compensação, alteram-se fundamentalmente (por exemplo, o nacionalismo metodológico e o domínio do Ocidente, inclusive as ciências sociais, a serem superados por um “cosmopolitismo metodológico”). (BECK, 2002, p.20).

À semelhança da “hipermodernidade” de Lipovetsky (2004), a “modernidade reflexiva” de Beck (2000) é caracterizada pela incerteza e insegurança, pois as revoluções científicas e tecnológicas ocorridas ao longo do século XX, muito embora tenham trazido o progresso, terminaram por trazer riscos globais e, diante desta “sociedade de risco”, há inúmeras contradições entre os diferentes atores sociais no que diz respeito à resposta para a questão: diante do risco, o que se deve fazer? Tal panorama gera ainda um maior temor na medida em que o fenômeno da globalização terminou por gerar um enfraquecimento das próprias instituições, potencializando na sociedade a noção de que se vive num mundo sem nenhum controle.

Conquanto a primeira modernidade fosse marcada pelos Estados nacionais, assentados sobre a clássica noção de soberania, em um modelo industrial, estruturado sobre um território, na segunda modernidade há uma “[...] radicalização dos processos de modernização” (BECK, 2002, p. 22), que leva a um individualismo institucionalizado e à mudança de foco da educação, dos direitos sociais, civis e políticos do grupo, da coletividade para o indivíduo, o que termina por culminar no “[...] esmaecimento das *idéias e das coordenadas condutoras* ao longo das quais até agora as contradições imanentes da modernidade tiveram resposta” (BECK, 2002, p. 24-25).

Com esse processo, surgem as chamadas “categorias zumbis”, como a noção de que o território é um suporte para o agir social – algo que, no mundo digital não encontra mais correspondência, na medida em que indivíduos que estão

fisicamente próximos por vezes se encontram isolados, enquanto que indivíduos territorialmente distantes se encontram conectados; a própria noção de família, de nação, que antes possuía um significado bem mais rígido e limitador das ações dos indivíduos que atualmente; a política, antes sob controle do Estado nacional, mas que cada vez mais fica sob o controle de agentes externos, o que leva o próprio Estado nacional a também ser considerado um “zumbi” (BECK, 2002).

Se a modernização simples (ou ortodoxa) significa, no fundo, primeiro o descontextualizar e segundo o recontextualizar das formas sociais tradicionais pelas formas industriais, então a modernização reflexiva significa primeiro a descontextualização e segundo a recontextualização das formas sociais industriais por outro tipo de modernidade. Assim, em virtude de seu dinamismo, a sociedade moderna está a modificar as suas formações de classe, de *status*, de ocupação, os papéis sexuais, a família nuclear, a indústria, os sectores empresariais e, claro, também os pré-requisitos e as formas do natural progresso tecnoeconômico. (BECK, 2000, p. 2).

Tais considerações refletem de forma bastante importante no que diz respeito ao sistema jurídico, na medida em que, se com a relação entre ciência e progresso na primeira modernidade, o Estado terminou por enfraquecer e agentes externos e privados ganharem cada vez mais força com o fenômeno da globalização¹¹, na segunda modernidade, como adequar o sistema jurídico às noções morais e éticas de justiça? Como criar e aplicar leis com base em critérios jurídicos e não econômicos, já que a força motriz de tais agentes externos é o lucro e não os valores fundamentais?

A atual fase, à qual Beck (2002) chama de modernização reflexiva ou segunda modernidade, surge justamente em razão das vitórias do sistema capitalista, e não em razão da luta de classes – como defendia Marx. Quem está a dissolver as próprias bases sobre as quais o Estado Moderno erigiu-se, é o próprio modo de vida moderno, pelo seu extremo dinamismo. É a própria modernidade que, em sua dinâmica incessante, está a levar a um novo estágio social sem a ocorrência de qualquer revolução. Ressalte-se que este novo estágio não necessariamente é mais evoluído, sob a perspectiva sociojurídica, quando comparado ao anterior.

¹¹ O autor na verdade conceitua tal fenômeno como globalismo, dando a ele um significado diferente de globalização (BECK, 1999). Contudo, para fins de manutenção da unidade argumentativa do trabalho e tendo em vista que todos os demais referenciais teóricos utilizam o termo globalização, assim se prosseguirá, com a devida ressalva.

Outro pensador contemporâneo de bastante relevância e cuja obra dialoga diretamente com Beck (2002), é Giddens (1991, p. 49), que, também tratando da modernidade reflexiva, identifica que

[...] a reflexividade da vida social moderna consiste no fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre estas próprias práticas, alterando assim constitutivamente seu caráter.

Nessa linha, o autor faz interessante ponderação quando informa que, muito embora se diga que a modernidade seja por muitos identificada pelo seu apetite pelo novo, tal raciocínio pode não ser preciso, eis que, em verdade, a marca da modernidade não é o novo, por si só, mas “[...] a suposição da reflexividade indiscriminada – que, é claro, inclui a reflexão sobre a natureza da própria reflexão” (GIDDENS, 1991, p. 49).

A reflexividade por Giddens (1991) referida consistiria, portanto, no fato de que o conhecimento produzido por uma nova forma de pensar transforma diretamente a realidade na qual aquela nova forma de pensar se gestou, o que faz com que os indivíduos se desprendam das amarras outrora trazidas pela tradição e possam ter uma maior autonomia no que tange a decidir os destinos de sua própria vida, e embora tal autonomia seja aprioristicamente positiva, não se pode olvidar que levou à “fé na ciência” que trouxe riscos e incertezas para o destino da própria humanidade ou “incertezas manufaturadas”, como menciona o autor.

Ressalte-se que, quanto às “incertezas manufaturadas” mencionadas por Giddens (1991), oportunas também são as reflexões de Paul Virilio (1997, p. 35-36), para quem “[...] não há ganhos sem perdas. Quando se inventa um objeto técnico, o elevador, por exemplo, perde-se a escada”. Do autor francês também é o interessante raciocínio acerca dos riscos atuais:

[...] o acidente é um milagre às avessas [...] inventar o barco é inventar o naufrágio; inventar o avião, é inventar o acidente aéreo; inventar a eletricidade é inventar a eletrocução [...] cada tecnologia leva consigo sua própria negatividade que aparece ao mesmo tempo que o progresso técnico. (VIRILIO, 1997, p. 88).

Giddens (1994) é mais um a atacar a ideia moderna de emancipação, pela qual, quanto mais se soubesse da realidade social e material, maior seria a capacidade de se controlar tal realidade em benefício dos interesses coletivos,

tornando os homens donos de si mesmos.

Bem ao contrário, é um mundo de deslocamentos e incertezas, um mundo que nos escapa. E, de forma perturbadora, o que se supunha criar uma certeza sempre maior – o avanço do conhecimento e da intervenção humana – está, na realidade, profundamente envolvido nesta imprevisibilidade. (GIDDENS, 1994, p. 9).

Sob a ótica de Giddens (1994), ao alavancar consigo toda essa conjuntura de incertezas, a modernidade trouxe também uma nova realidade política. Assim, o autor identifica uma série de mudanças ocorridas nas últimas décadas e que transformaram a sociedade e modificaram a vida política atual, identificando três conjuntos de mudanças importantes: o fenômeno da globalização, o surgimento da chamada ordem social pós-tradicional e a expansão da reflexividade social.

Quanto à globalização, Giddens (1994, p. 10) a define como sendo “ação à distância”, relacionando sua intensificação com o desenvolvimento exacerbado dos meios de comunicação e transporte de massa, sendo não somente um fenômeno econômico, mas a transformação de toda a experiência social do indivíduo, inclusive a sua própria intimidade. Assim, a globalização

[...] não constitui um processo único, mas uma mistura complexa de processos, que frequentemente atuam de forma contraditória, produzindo conflitos, desarticulações e novas formas de estratificação. Assim, por exemplo, a emergência dos nacionalismos regionais e uma maior ênfase das identidades locais estão diretamente relacionados com as influências globalizantes em relação às quais elas se opõem. (GIDDENS, 1994, p. 11).

Como resultado da globalização, surge a chamada “ordem social pós-tradicional”, na qual todas as tradições ficam abertas ao questionamento e ao debate, daí emergindo a própria noção de reflexividade, já exposta supra, mas que traz ao indivíduo a necessidade de filtrar todos os tipos de informação que chegam para si e a atuar com base nessa filtragem. O “conhecimento não é somente um conhecimento sobre uma realidade social independente; na prática, ele influencia o que aquela realidade realmente é” (GIDDENS, 1994, p. 13).

Essa reflexividade irradia efeitos diretamente na política, na medida em que gera indivíduos mais questionadores e que não aceitam mais o *establishment* de forma passiva. Surgem assim demandas, por exemplo, pelo fim da corrupção no Estado, além de um descontentamento geral acerca dos meios ortodoxos de fazer

política.

Tal fator se mostra bastante pertinente porquanto, conforme se demonstrará doravante, gera um efeito direto no Direito Penal, na medida em que potencializa o fenômeno conhecido como expansionismo penal que, como se demonstrará, pode culminar no Direito Penal do Inimigo, face mais clara do chamado Direito Penal Líquido.

A democracia liberal, baseada num sistema eleitoral-partidário que opera a nível do estado-nação, não está bem equipada para satisfazer as demandas de uma cidadania coletiva reflexiva num mundo globalizante. E a combinação entre capitalismo e democracia liberal provê apenas meios limitados para gerar solidariedade social. (GIDDENS, 1994, p. 16).

Analisando a conjuntura política atual, Giddens (1991) propõe um esquema necessário de mudanças a partir do que chama conservadorismo filosófico.

Primeiramente argumenta que deveria haver um restabelecimento das “solidariedades danificadas”, a começar por uma nova perspectiva do individualismo. É dizer: o individualismo neoliberal, concebido como uma oposição ao coletivismo e na busca incessante do lucro, termina por desaguar no egoísmo. O individualismo proposto por ele busca reciprocidade e interdependência, isto é, busca reconciliar a autonomia do indivíduo e a interdependência nas várias esferas da vida, desde o domínio social ao domínio econômico. Para tal desiderato, as ideias de confiança ativa, aquela que é conquistada sem a imposição de argumentos de autoridade ou papéis pré-estabelecidos, mas puramente pela concordância e aquiescência do indivíduo, e a renovação da responsabilidade social e pessoal de uns para com os outros são fundamentais.

Impende destacar aqui que a perspectiva de Giddens (1991) sobre o indivíduo se identifica também com aquela trabalhada por Bauman (2001) ao tratar do combate entre o indivíduo e do cidadão, sendo tal característica por ambos identificada fundamental para a análise posterior do fenômeno do Direito Penal do Inimigo.

Em segundo lugar, defende o autor que se deve aceitar cada vez mais a centralidade da chamada “política da vida”, relacionada aos domínios mais individuais e menos formais e ortodoxos da ordem política. São os casos de questões como aborto, questões de identidade, feminismo, dentre outras.

A política da vida é uma política não de oportunidades de vida, mas de estilos de vida. Diz respeito a disputas e lutas sobre – como enquanto indivíduos ou humanidade coletiva – deveríamos viver em um mundo onde o que costumava ser “fixado” pela natureza ou pela tradição esta agora sujeito às decisões humanas. (GIDDENS, 1994, p. 20).

Tal característica também gera efeitos no Direito Penal. Contudo, crê-se que a inserção da “política da vida” deve manter-se distante do Direito Penal, na medida em que poderia levar a fenômenos como o do chamado Direito Penal simbólico, no qual o legislador, para demonstrar que está a agir, cria normas penais para cumprir papéis que, originalmente, não pertencem ao Direito Penal.

Sugere ainda o autor, em terceiro plano, a chamada política generativa que, derivada da noção de confiança ativa, e é uma política que busca dar aos indivíduos um papel mais proativo e criador, em contraste com o antigo papel do indivíduo no estado moderno, onde este deixava as coisas acontecerem com ele. A política generativa implica na busca de resultados desejados; na criação de possibilidades onde a confiança ativa pode ser construída, seja nas instituições de governo, seja em outros entes; implica também na concessão de autonomia aos indivíduos afetados por programas ou políticas específicas; também significa o encorajamento do desenvolvimento de princípios éticos, ao contrário da indiferença ética do socialismo e dos princípios exclusivamente econômicos do neoliberalismo – expressão pelo autor utilizada; e na descentralização do poder político, fato inexorável em virtude da maior autonomia dos indivíduos na modernidade reflexiva. Na ótica do autor, é essa política descentralizada, baseada na noção de confiança, o principal meio para se combater efetivamente os problemas da exclusão social e da pobreza (GIDDENS, 1994, p. 21-22).

Além das três mudanças supracitadas, Giddens (1994, p. 22) sugere ainda a importância de se adotar uma democracia dialógica, defendendo que, embora a democracia seja atualmente um veículo para se representar interesses individuais, não se pode olvidar que “[...] é um modo de criar uma arena pública na qual questões controversas podem, em princípio, ser resolvidas, ou, pelo menos, tratadas mais através do diálogo do que através de formas de poder pré-estabelecidas”. A democracia dialógica leva à reflexividade da própria ideia de democracia, isto é, leva à “democratização da democracia”, como menciona o autor.

Outrossim, sugere também, como quinta sugestão, o repensar do estado de bem-estar social. “O estado de bem-estar social foi formado como um

‘compromisso de classe’ ou ‘acordo’ em condições sociais que agora se modificaram de forma muito marcante” (GIDDENS, 1994, p. 24).

O neoliberalismo demonstrou que o *welfare state* – termos usados por Giddens (1994) – não foi eficiente para promover a redistribuição de riqueza em larga escala, nem para atuar contra a pobreza. Deve, sempre na ótica do autor, haver um “novo acordo” com certa urgência e, neste novo acordo, deve trazer um modelo “positivo” de bem-estar, colocando mais ênfase em questões preventivas, de maneira oposta ao modelo atual de saúde, para exemplificar, onde já se trata o indivíduo após ter contraído a doença. Contudo, esse bem-estar positivo deve funcionar segundo uma dinâmica holística, relacionando o conhecimento de modo completo. No caso do exemplo da saúde, relacionando questões de medicina preventiva com questões de preservação ambiental.

Sobreleva ressaltar também que essa noção de modelo positivo de bem-estar traz certos perigos para o Direito Penal, com a criminalização de atos de forma cada vez mais distante da efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma.

Por derradeiro, sugere Giddens (1994, p. 26-27) que a nova política deve estar preparada para enfrentar o papel da violência, aspecto esquecido tanto pela teoria liberal quanto pela teoria socialista, as quais não estabeleceram perspectivas de análise para a produção de uma teoria política normativa da violência. Considera ele que existem quatro saídas para a questão da violência: (i) a segregação geográfica; (ii) a retirada de um indivíduo ou grupo; (iii) o diálogo; (iv) o confronto por meio da força. Quanto às duas primeiras saídas, diz ele que são praticamente impossíveis na sociedade globalizada atual, sendo inviável, nesta conjuntura, o isolamento de alguém diante da ordem cosmopolita global. Assim, o autor estabelece o diálogo como sendo a saída ideal para o dilema da violência: “O diálogo entre grupos culturais e Estados é tanto uma força agindo diretamente contra doutrinas fundamentalistas como um meio de substituir o uso do poder militar”. (GIDDENS, 1994, p. 26-27).

O que se extrai do exposto até agora e é digno de nota é que o debate acerca da modernidade/pós-modernidade é candente há algumas décadas e sua conclusão parece ainda distante, havendo inúmeros caminhos e análises acerca da atual época.

Apesar do predomínio da dissonância entre inúmeros pensadores, é possível identificar-se alguns denominadores em comum, como, por exemplo, o fato

de que se está numa era de mudanças, embora não haja uma uniformidade no que diz respeito a qual o rumo se está seguindo.

Ademais, parece claro também que, independentemente de a humanidade estar a se direcionar para uma hipermodernidade, para a pós-modernidade ou para a própria continuação da modernidade, a principal característica da atual era é a incerteza, a indeterminação, o relativismo, a fluidez – e a própria dimensão e indeterminação do debate já é, por si só, um dado que confirma esse relativismo.

Esteja-se ou não na pós-modernidade, trata-se de necessidade emergencial a adoção de uma nova visão de mundo, de uma nova forma de se organizar a sociedade.

Bittar (2009, p.148-151) aponta que a principal característica do atual momento é a mudança histórico-axiológica sobre a “armadura das crenças modernas”, notadamente: (i) a supervalorização das ideias de ordem e progresso; (ii) a defesa da razão instrumental; (iii) a razão como força oposta à crença; (iv) a crença na justiça de mercado; (v) aposta no investimento de indústria; e (vi) centralização das atividades sociais na figura do Estado. Assim, embora o autor afirme que a transição de todos esses conceitos-base represente que se está num estado transitivo, pós-moderno, a ótica aqui adotada será meramente a de se identificar e relacionar determinadas características da contemporaneidade e, a partir daí, tentar compreender o(s) porquê(s) de o direito criminal viver uma crise de efetividade.

Nessa linha, os estudos de Bauman (2001) parecem adequados para a compreensão da atual era – à qual ele denomina modernidade líquida – por inúmeros motivos, dentre os quais se destaca o fato de que a obra do autor polonês busca dialogar com a de inúmeros outros autores de pensamentos aparentemente adversos¹².

A fim de se contextualizar o porquê da escolha do autor como pano de fundo para análise da atual fase da modernidade, sobreleva destacar a sua própria trajetória, não somente acadêmica, mas também de vida, uma vez que o autor passou por sucessivas emigrações em sua vida, sendo sempre considerado um *outsider*, um forasteiro, o que, de alguma maneira, contribui para a sua análise dos

¹² A esse respeito, conferir as análises que o autor faz das obras de Richard Rorty e Jürgen Habermas.

indivíduos excluídos. Por outro lado, a sua formação na Universidade de Varsóvia contribui bastante para a marcante característica de sua obra: o diálogo entre diferentes ideias, algo que, segundo o autor, era incomum na Europa (BAUMAN, 2011, p. 29). É, portanto, em razão de como Bauman (2011) caminha entre os diferentes modos de pensar, sem excluir as qualidades de um ou de outro, que se parte de sua obra como base para análise do contexto líquido-moderno.

Nessa linha, na medida em que se identifica que se está em uma era líquida, marcada por constantes mudanças, onde o indivíduo não é mais cidadão, onde a ética é compreendida sob uma perspectiva bastante heterodoxa, onde poder e política encontram-se divorciados – ou em uma iminente separação, emerge importante um mergulho na modernidade líquida de Zygmunt Bauman e em seus reflexos sobre o Direito.

2.3 A sociedade líquida, a Globalização e o Direito

Na atual fase da humanidade, o Direito encontra-se em dificuldades. Baseado em uma lógica normativa marcada pelas noções de certeza, previsibilidade e segurança e construído sobre normas e precedentes rígidos, é obrigado a disciplinar relações cada vez mais incertas, imprevisíveis e inseguras, jogadas aleatoriamente em um mundo sem normas e cujos indivíduos fazem questão de ignorar precedentes, questionando a todo momento os conhecimentos passados.

Tal estado de crise ganha especiais contornos na seara do Direito criminal, na medida em que esta seara do direito se diferencia das demais notadamente pelo caráter mais rigoroso de suas sanções, que consubstanciam verdadeira mitigação a direito fundamental dos mais caros do indivíduo, a liberdade.

Assim, essa dinâmica social incerta termina por conduzir à perversão do próprio Direito Penal, que, outrora fundamentado na noção de intervenção mínima, dá lugar a um Direito Penal de Emergência ou a um Direito Penal Simbólico, que responde a anseios da sociedade por um maior endurecimento do sistema penal sem que haja efetivamente um estudo de política-criminal que endosse determinadas opções legislativas. Há uma

[...] tendência cada vez mais evidente de reclassificar a pobreza, o mais extremo e problemático sedimento da desigualdade social, como um problema de lei e ordem, exigindo assim medidas em geral empregadas para enfrentar a delinquência e os atos criminosos. (BAUMAN, 2013, p. 10).

Antes de se adentrar nas minúcias do direito criminal, é não somente oportuno, mas necessário, compreender-se os pontos cruciais que Zygmunt Bauman percebe na realidade moderna e que, de alguma maneira, refletem mais fortemente no Direito Penal. Assim, o autor considera que se está em uma “era de interregno”:

[...] eu diria que estamos num estado de interregno. Esse é o termo que gosto de usar. No “interregno”, não somos uma coisa nem outra. No estado de interregno, as formas como aprendemos a lidar com os desafios da realidade não funcionam mais. As instituições de ação coletiva, nosso sistema político, nosso sistema partidário, a forma de organizar a própria vida, as relações com as outras pessoas, todas essas formas aprendidas de sobrevivência no mundo não funcionam direito mais. Mas as novas formas, que substituiriam as antigas, ainda estão engatinhando. (BAUMAN, 2016, s/p).

Na mesma entrevista, Bauman (2016) destaca que, na atualidade, ainda não se tem uma visão de longo prazo. Enquanto no século XIX os ideais de emancipação trazidos pela centralização da razão e pela sociedade industrial da modernidade sólida alimentaram nos indivíduos a crença em um futuro ideal onde todos viveriam trabalhando e satisfeitos, hoje a sociedade seria baseada em uma dinâmica pós-industrial de consumismo, o que alimentaria a cultura do imediatismo e da individualização.

Sobreleva ressaltar, nessa linha, que, na perspectiva de Bauman (2016), o pensamento individualista imediatista, característico da modernidade líquida, seria incompatível com uma constituição como a brasileira que, em seu bojo é pragmática – ao incorporar ideologias das mais diversas – e também programática – na medida em que estabelece um conjunto de programas sociais de implementação obrigatória no futuro.

O imediatismo da sociedade líquida seria contraditório com o arcabouço constitucional brasileiro, logo, também terminaria sendo incompatível com as normas de Direito Criminal. Bauman (2016, s/p) ressalta na mesma entrevista que:

Nosso sistema educacional atual é uma das vítimas da cultura do imediatismo. Educação e imediatismo são termos contraditórios. Não se pode ter os dois. Ou se tem uma educação de qualidade ou se tem o imediatismo. Não dá para ter os dois ao mesmo tempo. E este é um problema terrível.

Tal qual o sistema educacional, seria o sistema jurídico. Partindo do pressuposto de que haveria uma correlação estatística entre a pobreza e a

quantidade de crimes, Bauman (2013, p. 11) pondera, todavia, que a pobreza em si não é um problema criminal, mas social. Assim, o aumento da criminalidade encontrar-se-ia sedimentado na combinação da filosofia de vida consumista com a ausência de oportunidades para um segmento da população que aumenta constantemente. O aumento da criminalidade seria “[...] uma *baixa colateral* da globalização voltada para o lucro, descoordenada e descontrolada” (BAUMAN, 2013, p. 11, grifo do autor).

Na perspectiva do autor, portanto, a globalização, ao direcionar os rumos da vida social conforme uma dinâmica consumista e fundamentada em questões eminentemente econômicas, traria como consequente bolsões de desigualdade social que gerariam, como dano colateral, um aumento da criminalidade.

As baixas – ou danos – colaterais seriam efeitos indesejados, não planejados e não pretendidos, mas aceitos, dentro da lógica de determinada ação inicial. Tais danos encontrariam apoio na lógica de que os fins justificam os meios, o que, quando se fala da sociedade, ganharia uma maior complexidade, na medida em que quem define os cursos de ação na atual sociedade, não é quem efetivamente sofre os danos colaterais.

Pensar em termos de danos colaterais é presumir tacitamente *uma desigualdade de direitos e oportunidades preexistente*, ao mesmo tempo que se aceita a priori a distribuição desigual dos custos da ação empreendida (ou, nesse sentido, de se desistir dela). (BAUMAN, 2013, p. 12).

O problema emergiria, nesse prisma, quando se nota que, na sociedade de consumo, aquele indivíduo que não tem condições de ser um consumidor, seria colocado à margem e, inexoravelmente, seria a maior vítima dos chamados danos colaterais. “Há uma afinidade seletiva entre a desigualdade social e a probabilidade de se tornar uma vítima de catástrofes” (BAUMAN, 2013, p. 12).

Destaque-se, no entanto, que o autor não define exatamente o que significaria não ter condições de ser um consumidor, o que torna difícil uma compreensão perfeita de suas reflexões na medida em que se percebe que existe um mercado de consumo de tamanho considerável direcionado às mais diferentes classes sociais.

De mais a mais, para se compreender os reflexos da modernidade líquida sobre o Direito, crê-se ser necessária a análise de três peculiaridades dessa

sociedade cuja força motriz é a incerteza, sempre na perspectiva de Bauman (2001).

Em primeiro lugar, há que se delinear como as questões éticas são tratadas diante dessa constante fluidez, haja vista as noções de ética serem, em seu cerne, estanques.

Outro aspecto a ser levado em consideração após o estudo das questões éticas, e destacado por Bauman (2001), é a percepção de que se estaria diante de uma sociedade de indivíduos, isto é, uma sociedade atomizada, onde cada um somente se preocupa com o outro na medida em que o outro possa lhe beneficiar de alguma maneira. Tem-se aí o fenômeno designado por Bauman (2001, p. 39) como o “indivíduo em combate com o cidadão”.

Em um terceiro momento, parece necessária a análise detida do “divórcio entre o poder e a política”, situação na qual Bauman (2007) identifica uma progressiva perda, pelo Estado, da capacidade de definir os rumos da política. A necessidade da análise desse fenômeno mostra-se imperiosa na medida em que há importante corrente de pensamento no Direito Criminal, na qual se incluem Luigi Ferrajoli (2002; 2005), Eugênio Raúl Zaffaroni (2005; 2014; 2015), Jesús-Maria Silva Sánchez (2009; 2013) e Winfried Hassemer (2003), dentre outros, que defendem que o fenômeno da globalização enfraqueceu a esfera de atuação política do Estado-nação, tendo tal fato culminado na crise que se percebe no Direito Penal na atualidade.

2.3.1 A ética na sociedade líquida

Na obra de Bauman (1998; 2003; 2014), a discussão acerca dos problemas supramencionados ganha especial contorno quando o autor defende que, na modernidade líquida, a sociedade de consumo encontra espaço para um crescimento irrefreável impulsionada também por fatores éticos.

Nessa perspectiva, se os pós-modernos materializaram o ideal de rompimento moderno e quebraram, de uma vez por todas, com a tradição, superando antigas amarras e preconceitos, não se pode olvidar que isso implicou no reducionismo de que discutir ética seria equivalente a pregar moralismos (BITTAR, 2009, p. 151). Não à toa, a categórica afirmação de Bauman (2003, p. 6):

O que se chegou a associar-se com a noção pós-moderna da moralidade é muitíssimas vezes a celebração da “morte do ético”, da substituição da ética pela estética, e da “emancipação última” que segue. A própria ética é denegrada e escarnecida como uma das constrições tipicamente modernas agora quebradas e destinadas ao cesto de lixo da história; grilhões uma vez considerados necessários, agora estimados claramente supérfluos: outra ilusão que homens e mulheres pós-modernos podem muito bem dispensar.

Na perspectiva de Bauman (2003) despeito de alguns autores, como é o caso de Gilles Lipovetsky, defenderem que se está em uma época de pós-deveres, ou seja, pós-deontológica (*l'après-devoir*), em uma sociedade pós-moralista, onde os indivíduos encontram-se livres dos mandamentos do dever-ser, Bauman (2003) pugna que esse pensamento teria desestimulado os indivíduos na busca de ideais morais e de cultivo de valores morais, o que teria levado a uma era de individualismo, somente freado pelas noções de tolerância. Porém, a própria tolerância, quando combinada com um individualismo amoral, expressar-se-ia como indiferença.

A ética na modernidade líquida deveria consistir, na ótica de Bauman (2003), não propriamente no abandono das ideias de moralidade, como aponta a corrente pós-moderna, mas em uma nova forma de tratar as questões morais.

Assim, enquanto a modernidade sólida abordava inúmeros temas sob um prisma totalizante, absoluto, inclusive adotando regulamentações normativas coercitivas no Direito e na política, a modernidade líquida deveria abrir espaço à relatividade dos valores, sempre levando em consideração critérios de realidade.

A abordagem sobre a questão dos direitos humanos seria um interessante exemplo neste aspecto do pensamento de Bauman (2003), pois, fundamentados na noção aberta de dignidade humana, concebida como o valor intrínseco que cada indivíduo possui simplesmente por ser humano, o exato conteúdo desse supraprincípio é relativo, sofrendo influências de questões culturais, étnicas, religiosas etc.

Quanto ao Direito Criminal, conceber a modernidade líquida como sendo uma época pós-deontológica seria abrir espaço exacerbado para o expansionismo penal e o Direito Penal máximo, com encarceramentos em massa e adoção de medidas criminais arbitrárias e sem qualquer base criminológica.

Por outro lado, concebendo-se que a modernidade líquida não se divorciou da moral, mas somente a materializa de forma diversa, poderia significar a abertura do Direito Penal para correntes de pensamento como o funcionalismo, onde

o Direito Criminal seria aplicado sempre tendo em vista valorações político-criminais guiadas por finalidades jurídico-penais, sempre buscando uma maior proximidade à realidade e sob o manto de noções garantistas, centralizando os direitos fundamentais do indivíduo na compreensão do crime como um todo.

Aliás, nesse ponto também seria interessante a diferenciação dos termos Direito Penal e Direito Criminal. Enquanto a primeira expressão teria um significado mais pejorativo e carregado de noções punitivistas, ligadas à pena e à mera subsunção do fato à norma, a segunda noção alinhar-se-ia a uma noção de Direito Penal mais aberta, compreendendo que a aplicação do Direito Penal propriamente dito deveria se dar em conjunto com noções de Política Criminal e de Criminologia, em uma versão líquido-moderna do pensamento que Franz von Liszt (1899a) já defendia quando falada da “Ciência Penal Total” (*Gesamte Strafrechtswissenschaft*). Destaque-se, portanto, que, quando se estiver a usar a expressão Direito Criminal, estar-se-á a fazer referência ao conjunto formado pelo Direito Penal, pela Criminologia e pela Política Criminal, enquanto que, quando se estiver a utilizar a expressão Direito Penal, estar-se-á a focar uma perspectiva mais relacionada ao Direito Penal em si, concebido enquanto legislação positivada, bem como enquanto aquele ramo da ciência jurídica dotado de uma epistemologia própria.

Seguindo a linha do pensamento de Bauman (2003) acerca da ética pós-moderna, conceber uma relativização moral no Direito Criminal seria permitir a superação de uma visão que reduziria a aplicação da norma penal a um mero *checklist*. Por exemplo: no finalismo penal de Hans Welzel (1956), o aplicador da norma identificava a presença dos elementos do tipo (tipicidade: tipicidade formal, conduta, nexos de causalidade, resultado; ilicitude: ilicitude formal, ilicitude material; e culpabilidade: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa) e já partia para a aplicação da pena, enquanto que em uma análise funcionalista, aproximando o Direito Penal da realidade através da verificação de sua real função e de critérios político-criminais como a necessidade da pena, já permitiria uma valoração mais aberta e adequada, materializando de forma plena as noções de intervenção mínima e de individualização, aproximando o Direito Penal da noção de Ciência Penal Total.

Prosseguindo no pensamento de Bauman (1998), em termos éticos, o advento da modernidade líquida deveria representar o fim da ideia de pureza. Para o autor, a obsessão pela pureza sempre foi uma característica dos seres humanos,

que sempre buscaram, a cada época, um determinado padrão ideal que deveria ser mantido intacto. Tal característica, contudo, teria trazido efeitos deletérios quando transposta para o convívio humano, eis que, quando o objeto em análise é a própria sociedade e a ela se transporta esse ideal de pureza, surgiria a noção de que outros seres humanos são um obstáculo para a ordem do ambiente, ou seja, seriam tratados como uma sujeira.

Na concepção de Bauman (1998), marcada pela sociedade de consumo, nesta fase da modernidade, aquele que não passa no “teste de pureza” de se deixar ser seduzido pela constante renovação do mercado consumidor ou que seria incapaz de consumir porque lhe faltam os recursos necessários para tanto, mostraria-se como sendo um consumidor falho – expressão utilizada pelo autor, logo, um “impuro”. Assim, os consumidores falhos seriam analisados como um empecilho aos livres consumidores, pois seriam considerados como um sorvedouro dos fundos públicos, e tal fato levaria à pressão dos agentes políticos por uma menor atuação no sentido de restabelecer o *status* dos consumidores falhos, o que, em última instância levaria a uma crescente exclusão social destes, que terminaria por culminar, de um lado, na prática de atos desviados, pois apesar de marginalizados, os consumidores falhos seriam diária e constantemente bombardeados pela publicidade de consumo e, de outro, em mais demandas de leis e de criminalização o que levaria a encarceramentos em massa e mais exclusão ainda. Na modernidade líquida de Bauman, portanto, a preocupação do deleite individual com o consumo materializar-se-ia na crescente tendência de incriminar os seus problemas sociais.

A busca da pureza moderna expressou-se diariamente com a ação punitiva contra as classes perigosas; a busca da pureza pós-moderna expressa-se diariamente com a ação punitiva contra os moradores das ruas pobres e das áreas urbanas proibidas, os vagabundos e indolentes. (BAUMAN, 1998, p. 26).

A fim de fazer um contraponto à obra do autor, é de se destacar mais uma vez que embora o mesmo defina que o consumidor falho seria aquele incapaz de satisfazer às demandas do mercado, não tece qualquer comentário acerca de quem efetivamente seriam tais consumidores na realidade concreta, porquanto o mercado encontra-se segmentado a ponto de contemplar interesses das diferentes classes sociais por meio do oferecimento de produtos e de bens de consumo que satisfaçam a todos e que estejam ao alcance de todos.

Conquanto feita a observação acerca da imprecisão do conceito de consumidor falho, partindo do pressuposto da teoria de Bauman (1998; 2003), a concepção de ética não deveria ser estranha à sociedade líquida, mas, deveria contemplar a todos, iniciando-se pela não marginalização de quaisquer grupos de indivíduos.

O grande dilema seria como iniciar tal processo diante da predominante conjuntura individualista. Apesar de o tema ser tratado doravante, a exclusão social parece uma das grandes causas da crise do Direito Penal, na medida em que o fenômeno da pureza hodiernamente desvirtua o Direito Penal com demandas de criminalização divorciadas de sua real função e transforma este ramo do direito em uma engrenagem que culmina no aumento da desigualdade social e da violência, bem como de inúmeras crises periféricas, mas derivadas de tais problemas, como é o caso da crise do sistema penitenciário. A referida conjuntura requer do Direito Penal mais criminalizações, a fim de que se atinja o cerne da criminalidade, mas o legislador, incapaz de fazê-lo, criminaliza aquele que é mais fácil de atingir, o excluído, punindo a criminalidade de rua que não é, efetivamente, a que ameaça o cerne do Estado Democrático de Direito (FERRAJOLI, 2005).

Embora a radiografia do atual momento histórico seja nebulosa, não se pode olvidar que a modernidade líquida, como sinaliza Bauman (2003, p. 42), “[...] traz o reencantamento do mundo”, na medida em que não mais se busca a racionalização e a mecanização de tudo, como outrora se fazia na modernidade sólida. O período atual seria um período de aceitação das contingências e das ambiguidades. E a aceitação de tais características seria fundamental para se pensar um modelo jurídico mais justo e adequado à realidade concreta. A moralidade apareceria com uma nova personalidade, despida de códigos éticos rígidos, o que permitiria uma maior flexibilidade, logo, uma maior possibilidade de consenso.

Diferentemente da modernidade sólida, que surgiu com a colocação da razão no centro do universo, baseada nos anseios de ordem e certeza, a modernidade líquida surge a partir de uma experiência de realidade, reaproxima a substância da forma.

2.3.2 A transformação do cidadão em indivíduo

Na obra “Modernidade Líquida”, Bauman (2001) considera uma das questões mais importantes que permeia o atual momento o fato de como conciliar as aspirações individuais, calcadas em desejos de desenvolvimento pessoal, com manutenção da ordem social, que obrigatoriamente necessita da contribuição de todos os indivíduos, preocupação também compartilhada por Norbert Elias (1994).

Essa tentativa de conciliação, no entanto, mostrou-se hercúlea ao longo da história – e mais ainda na fase da modernidade líquida, na medida em que a discussão é candente no que diz respeito a qual seria o ponto de equilíbrio entre o individual e o social.

Na vida social de hoje, somos incessantemente confrontados pela questão de se e como é possível criar uma ordem social que permita uma melhor harmonização entre as necessidades e inclinações pessoais dos indivíduos, de um lado, e, de outro, as exigências feitas a cada indivíduo pelo trabalho cooperativo de muitos, pela manutenção e eficiência do todo social. (ELIAS, 1994, p. 17).

Quando se pensa na aparente dialética perene entre o coletivo e o individual, não parece incorreto afirmar-se que se fosse dada a escolha a cada indivíduo acerca da possibilidade de permitir que todos os seus pares usufríssem de uma boa qualidade de vida, exercitassem adequadamente as suas inclinações pessoais e materializassem as suas vontades, mantendo o todo social eficiente, tal seria a escolha da maioria.

Nessa linha, não se pode olvidar que, embora traçassem diferentes jornadas, o projeto socialista e o projeto capitalista liberal almejavam – ao menos em seus respectivos inícios, um mesmo fim: o bem comum. Contudo, o que a realidade histórica mostra ao longo dos tempos é que nunca se conseguiu chegar a um ponto de equilíbrio.

Somente pode haver uma vida em sociedade livre de tensões se todos os indivíduos que compõem esta sociedade se encontrarem satisfeitos. Da mesma forma, essa existência individual mais satisfeita, só seria permitida se existisse em torno dela uma sociedade livre de tensões e perturbações. O que essa dinâmica parece demonstrar, sem embargo de pensamentos contrários, é que, por mais que se costume conceber “indivíduo” e “comunidade” como sendo entes autônomos,

tratam-se de entes indissociáveis.

Entre as necessidades e inclinações pessoais e as exigências da vida social, parece haver sempre, nas sociedades que nos são familiares, um conflito considerável, um abismo quase intransponível para a maioria das pessoas implicadas. E parece razoável supor que é aí, nessas discrepâncias de nossa vida, que se devem buscar as razões das discrepâncias correspondentes em nosso pensamento. Há uma clara ligação entre os abismos que se abrem entre indivíduo e sociedade, ora aqui, ora ali, em nossas estruturas de pensamento, e as contradições entre exigências sociais e necessidades individuais que são um traço permanente de nossa vida. (ELIAS, 1994, p. 17).

Como aponta Elias (1994, p. 18), indivíduo e sociedade (comunidade) – as necessidades pessoais e as exigências sociais – encontram-se em constante disputa, como se antítese fossem um do outro: há, no debate contemporâneo, um confronto para se definir quem é o “fim” e quem é o “meio”, a relação é captada como se antitética fosse e a contenda chega a extremos a ponto de ideias que apresentem uma terceira saída, soam irrelevantes. Diante de uma análise profunda, porém, tanto o indivíduo como a sociedade por eles composta não possuem qualquer objetivo, ambos simplesmente existem, e um não existe sem o outro. Para Elias, na atual conjuntura de vida, cada indivíduo pode ir e vir livremente, muitas pessoas nas grandes cidades sequer se conhecem e, aparentemente, não possuem qualquer tipo de relação umas com as outras, contudo, um olhar mais detido constata que há algo oculto, algo que de alguma maneira prende cada indivíduo. Seria nessa perspectiva que se compreenderia que a sociedade nada mais é senão uma relação complexa de dependência funcional existente entre os próprios indivíduos. Cada indivíduo, no convívio social, possuiria uma função, função esta que só faria sentido e só possuiria utilidade na medida em que relacionada a outro indivíduo que dela de alguma maneira dependa. E seria essa larga cadeia de interdependência das funções individuais que seria a sociedade.

A relação entre os indivíduos e a sociedade é uma coisa singular. Não encontra analogia em nenhuma outra esfera da existência. [...] Não se compreende uma melodia examinando-se cada uma de suas notas separadamente, sem relação com as demais [...] Esses e muitos outros fenômenos têm uma coisa em comum, por mais diferentes que sejam em todos os outros aspectos: *para compreendê-los, é necessário desistir de pensar em termos de substâncias isoladas únicas e começar a pensar em termos de relações e funções.* (ELIAS, 1994, p. 25, grifo do autor).

Na concepção de Elias (1994), sociedade e indivíduo, portanto, não se encontram em polos opostos, e muito menos há combate entre liberdade e dominação. Ambos se encontrariam em uma relação de construção recíproca: a sociedade define as individualidades na medida em que o “eu” somente se identifica enquanto “eu” na presença do “nós” e, os indivíduos nas suas relações de interdependência funcional formam, com suas ações, essa complexa rede a que se chama sociedade.

Com base nessa premissa, para se compreender o indivíduo da sociedade líquida, há que se ressaltar novamente que a modernidade, com seus anseios constantes de rompimento com a tradição e derretimento dos sólidos, eliminou quaisquer obrigações que impedem que o cálculo racional fosse a via a ser seguida. Com isso, esse derretimento teria a um deslocamento da economia para o centro da sociedade, na medida em que esta emerge agora sem qualquer tipo de embaraço, seja político, ético ou econômico (BAUMAN, 2001).

Na perspectiva de Bauman (2001) em “Modernidade Líquida”, a racionalização das ações humanas teria feito com que emergisse uma nova ordem social definida em valores estritamente econômicos, valores que surgiram com tamanha pujança a ponto de delinearem uma nova concepção de ética.

Nesse ponto, não se pode olvidar das lições de Weber, na obra “A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo”, na qual mostra como os indivíduos, ao racionalizarem as suas ações objetivando diminuir seus custos e potencializar seus lucros, paulatinamente geraram toda uma moral protestante, que difundia a mentalidade de que a busca por riqueza e prosperidade seria um valor cristão, eis que riqueza e prosperidade, se atingidas, seriam presentes divinos. Sob a ótica weberiana, é essa noção de moral que desaguará na criação do sistema capitalista (WEBER, 2004).

Na linha do pensamento de Bauman (2001, p. 12), a ordem econômica teria convertido toda a vida social a seus fins, o que teria culminado em uma complexa situação, pois após ter derretido todos os sólidos tradicionais, “[...] os sólidos que estão para ser lançados no cadinho e os que estão derretendo nesse momento, o momento da modernidade fluida, são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas”.

Seguindo essa lógica, a tendência da sociedade fluida seria o progressivo distanciamento dos projetos individuais da seara pública. É dizer: enquanto na

antiguidade o homem se realizava no espaço público, na modernidade líquida a sua realização é cada vez mais indiferente à vida coletiva (BAUMAN, 2001).

Na primeira fase da modernidade – a fase sólida, as pretensões emancipatórias teriam derretido as instituições e valores tradicionais, e teria havido o derretimento do macro, na segunda modernidade – estaria a ocorrer o derretimento do micro, com o derretimento do cidadão (BAUMAN, 2001; BECK, 2002).

Nesse processo de derretimento da cidadania, não se pode olvidar que a dita fase líquida da modernidade seria caracterizada pela modificação da dinâmica de espaço-tempo, de modo que, historicamente, o espaço, o território, sempre teve bastante influência na construção do indivíduo, eis que o seu apego à terra, criava em si toda uma gama de valores morais que, de certa maneira, ligava-o a seus conterrâneos (BAUMAN, 2001; GIDDENS, 1991).

Assim, na fase sólida da modernidade, as relações de poder exerciam-se sobre determinado território demarcado, não à toa Bauman (2001) aponta o modelo de relação de poder moderno como sendo o modelo do panóptico de Foucault. A modernidade líquida, por outro lado, com a imensurável evolução tecnológica, teria trazido uma nova dinâmica de poder, que teria solapado a importância do território, do espaço, que não mais se apresenta como um obstáculo (BAUMAN, 2001; GIDDENS, 1991).

Seguindo essa linha, quando o espaço perde importância, os indivíduos que se inter-relacionavam naquele espaço, dele passam a não mais precisar cuidar, e, como o modelo de Estado moderno é o do Estado-nação, percebe-se que a perda de importância desse espaço, levaria a uma menor preocupação dos indivíduos com os destinos e rumos políticos de seus Estados-nações. O engajamento individual praticamente desapareceria na medida em que o contato público, com o avanço tecnológico, tornar-se-ia supérfluo.

A elite global contemporânea é formada no padrão do velho estilo dos “senhores ausentes”. Ela pode dominar sem se ocupar com a administração, gerenciamento, bem-estar, ou, ainda, com a missão de “levar a luz”, “reformatar os modos”, elevar moralmente, “civilizar” e com cruzadas culturais. O engajamento ativo na vida das populações subordinadas não é mais necessário (ao contrário, é fortemente evitado como desnecessariamente custoso e ineficaz – e, portanto, o “maior” não só não é mais o “melhor”, mas carece de significado racional (BAUMAN, 2001, p. 20-21).

Essa nova técnica de poder refletida na menor importância do espaço seria uma das grandes responsáveis pela desintegração social e pelo desengajamento político dos indivíduos, o que levaria ao enfraquecimento da noção de cidadania. Além disso, o paradigma econômico seria também responsável por enfraquecer a cidadania através de mecanismos de manipulação da própria consciência dos indivíduos.

A sociedade de consumo – expressão usada por Bauman (2008), de alguma maneira, pode os anseios de seus membros pela evolução social, pois terminaria por buscar a satisfação pela via do consumo de grande parte das pessoas e tais pessoas, satisfeitas, teriam as suas intenções de liberdade castradas. A evolução para um novo modelo de sociedade termina não contando, como aponta Herbert Marcuse (2005), com uma base de massas.

Podemos resumir a situação crucial com a nos defrontamos. A mudança social radical é objetivamente necessária, no duplo sentido de que é a única chance para salvar as possibilidades da liberdade humana e, além disso, no sentido de que os recursos técnicos e materiais para a realização dessa liberdade estão disponíveis. Porém, enquanto essa necessidade objetiva é demonstrável, a necessidade subjetiva para a mudança acaba não prevalecendo. Não prevalece precisamente entre aquelas partes da população tradicionalmente consideradas agentes da mudança histórica. A necessidade subjetiva é reprimida, novamente por dois motivos: em primeiro lugar, em virtude da satisfação real das necessidades, e, em segundo lugar, por uma maciça manipulação científica e administração das necessidades – é dizer, por um controle social sistemático não só da consciência, mas também do inconsciente do homem. (MARCUSE, 2005, p. 315)¹³.

Acerca dessas reflexões de Bauman (2008) e Marcuse (2005), muito embora pareçam corresponder à realidade, é de se ressaltar que carecem de comprovação fática, pois os autores não mencionam o nexo de causalidade e os critérios psicológicos que utilizaram para fazer tais inferências.

Isso posto, caberia perguntar como, portanto, emancipar-se diante de um elevado grau de satisfação proporcionado pela sociedade? Por isso Bauman (2001,

¹³ Tradução livre do original: "We can sum up the fatal situation with which we are confronted. Radical social change is objectively necessary, in the dual sense that it is the only chance to save the possibilities of human freedom and, furthermore, in the sense that the technical and material resources for the realization of freedom are available. But while this objective need is demonstrably there, the subjective need for such a change does not prevail. It does not prevail precisely among those parts of the population that are traditionally considered the agents of historical change. The subjective need is repressed, again on a dual ground: firstly, by virtue of the actual satisfaction of needs, and secondly, by a massive scientific manipulation and administration of needs - that is, by a systematic social control not only of the consciousness, but also of the unconscious of man" (MARCUSE, 2005, p. 315).

p. 23), afirma que “[...] poucas pessoas desejavam ser libertadas, menos ainda estavam dispostas a agir para isso, e virtualmente ninguém tinha certeza de como a ‘libertação da sociedade’ poderia distinguir-se do estado em que se encontrava”.

O paradigma econômico teria limitado as intenções de liberdade dos indivíduos na medida em que, por suas técnicas de estimulação do consumo, teria feito uma lavagem cerebral nos seus anseios e, além disso, como destaca Bauman (2001, p. 30) “[...] as instituições sociais estão mais que dispostas a deixar à iniciativa individual o cuidado com as definições e identidades, e os princípios universais contra os quais se rebelar estão em falta”, e isso levaria o indivíduo a, de fato, acreditar que não haveria mais do que se libertar, pois já se encontraria livre e satisfeito.

A mesma ressalva feita supra, de que se tratam de inferências sem comprovação, também cabem aqui, pois o autor polonês não aponta em nenhum momento em que exatamente se baseia para peremptoriamente afirmar a existência de tais questões inerentes ao psicológico dos indivíduos.

Mas, seguindo o seu argumento, a última questão seria uma das principais características da modernidade líquida por ele identificadas: a privatização e a desregulamentação. Para Bauman (2001), enquanto na modernidade sólida a razão humana era o centro da ordem pública e por meio dela se atingiria a dita emancipação, na modernidade líquida a razão é fragmentada, atomizada, atribuída a cada indivíduo e é a cada indivíduo, isoladamente considerado, divorciado do todo, que é atribuída a tarefa de conduzir e administrar a sua própria vida.

Ainda que a ideia de aperfeiçoamento (ou de toda modernização adicional do *status quo*) pela ação legislativa da sociedade como um todo não tenha sido completamente abandonada, a ênfase (juntamente, o que é importante, com o peso da responsabilidade) se trasladou decisivamente para a auto-afirmação do indivíduo. Essa importante alteração se reflete na realocação do discurso ético/político do quadro da “sociedade justa” para o dos “direitos humanos”, isto é, voltando o foco daquele discurso ao direito de os indivíduos permanecerem diferentes e de escolherem à vontade seus próprios modelos de felicidade e de modo de vida adequado. (BAUMAN, 2001, p. 38).

Essa característica da modernidade líquida geraria o que Bauman (2001) chama de combate entre o indivíduo e o cidadão. Diferentemente do que ocorria em outras eras, atualmente há uma incessante individualização. Enquanto em outras épocas o indivíduo já nascia em seu grupo e com a sua identidade definida, na

atualidade é necessário o tempo inteiro a reafirmação de sua posição.

“Precisar *tornar-se* o que já se é é a característica da vida moderna – e só da vida moderna [...] A modernidade substitui a determinação heterônoma da posição social pela autodeterminação compulsiva e obrigatória” (BAUMAN, 2001, p. 41).

Conquanto o agir do indivíduo seja mais definitivo para a sua realidade e sucesso na atual era do que em eras anteriores, aliado a todos os demais fatores já assinalados, acabou por gerar uma indiferença para com os seus pares. O indivíduo contemporâneo identificado por Bauman (2001) busca o seu bem-estar independentemente da coletividade, o que não se coaduna com a clássica noção de cidadão, que se realizaria com o sucesso do coletivo.

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’. (BAUMAN, 2001, p. 45).

Em Bauman (2001), o indivíduo é conceituado como egoísta, enquanto o cidadão é altruísta e se mostra constantemente preocupado com o bem-estar social. Por isso, a visão do indivíduo de Bauman (2001) quanto à figura do Estado e da sociedade é calcada em liberdades negativas. Embora essa seja a premissa liberal, quando aliada à imensa desigualdade social oriunda da sociedade de consumo, tal pensamento conduziria a uma demanda de segurança que, como já citado, pode culminar na inflação normativa que, no Direito Penal, vilipendia a intervenção mínima e potencializa os problemas da criminalidade. Além disso, ainda sob o aspecto jurídico, o excessivo individualismo preencheria o espaço público com demandas cada vez mais privadas, gerando uma progressiva privatização da esfera pública – terminologia utilizada por Bauman (2001).

O “público” é colonizado pelo “privado”; o “interesse público” é reduzido à curiosidade sobre as vidas privadas de figuras públicas e a arte da vida pública é reduzida à exposição pública das questões privadas e a confissões de sentimentos privados (quanto mais íntimos, melhor). As ‘questões públicas que resistem a essa redução tornam-se quase incompreensíveis’. (BAUMAN, 2001, p. 46).

A privatização do espaço público que Bauman (2001) menciona gera, para ele, consequências nos mais diversos aspectos da vida social. Digressão

interessante a esse respeito, e aqui pertinente por se alinhar ao pensamento de Bauman (2001), é feita por Vargas Llosa (2013) quando menciona que a cultura de consumo teria dado espaço ao chamado “jornalismo marrom”, destinado a fofocas e a tornar públicas questões íntimas de pessoas conhecidas e, quando tal fato se estendeu para a política, teve ali consequências prejudiciais, pois a política se baseia numa relação direta de confiança com os cidadãos e, quando as vidas íntimas dos políticos são devassadas e suas intimidades publicadas, os cidadãos vão cada vez mais perdendo respeito pela classe política, que fica cada vez mais desprestigiada. Esse processo progressivo atinge o seu ápice quando os cidadãos passam a se importar cada vez menos com a política em si, e a observar tais notícias referentes às intimidades dos seus governantes como comuns e normais e, quando começam a ocorrer e a serem descobertos atos de corrupção, o impacto que isso gera na população é bem menor (ou nenhum), eis que esta já não vê os seus políticos como pessoas honradas e hípidas, pois suas imagens foram há muito devassadas. Reforce-se, contudo, que a reflexão de Vargas Llosa (2013), embora sirva como reforço argumentativo, não foi traçada sob critérios científicos, tratando-se de obra literária.

Seguindo o pensamento de Bauman (2001), o fato de a sociedade líquida ter como protagonista o indivíduo-eu geraria um enfraquecimento na noção de comunidade. A comunidade, o espaço público, nada mais seria senão um local onde o indivíduo poderia expor as suas aflições privadas. E essa dinâmica afastaria cada vez mais o poder político do espaço público, que se tornaria vazio de questões públicas. Isso impediria, para o autor polonês, que o indivíduo *de jure* torne-se um indivíduo *de facto*, alguém que seja efetivamente capaz de controlar todos os recursos a seu dispor e de completamente autodeterminar-se. Para ele, somente a cidadania pode levar a esse caminho e somente através do fortalecimento da noção de cidadania que a própria sociedade poderá tornar-se mais autônoma e independente do fenômeno da globalização.

Diferentemente da corrente pós-moderna, para Bauman (2001), a pretensão emancipatória moderna não deve ser encarada como fracassada. Está-se diante somente de uma mudança do significado da emancipação. Na fase líquida da modernidade, a emancipação significa o preenchimento do hiato existente entre o indivíduo *de jure* e o indivíduo *de facto*, isto é, a finalização do processo de realização da liberdade, porquanto tal processo não deve ser encarado tendo sido

concluído somente com o estabelecimento e a consagração das liberdades negativas, tornando todos os indivíduos iguais perante à lei, conforme a noção de igualdade formal, mas, ao contrário, somente estará perfeito na medida em que se atinja também a efetividade das liberdades positivas, com a ainda distante igualdade material. Contudo, para que se conclua tal processo – ou para que se perceba que o mesmo não findou! – é pressuposto necessário o fortalecimento da noção de cidadania, o que se mostra bastante dificultoso quando se percebe o progressivo esvaziamento da esfera pública, bem como o iminente divórcio entre o poder e a política.

A guerra pela emancipação não acabou. Mas, para progredir, deve agora ressuscitar o que na maior parte de sua história lutou por destruir e afastar do caminho. *A verdadeira libertação requer hoje mais, e não menos, da “esfera pública” e do “poder público”.* Agora é a esfera pública que precisa desesperadamente de defesa contra o invasor privado – ainda que, paradoxalmente, não para reduzir, mas para viabilizar a liberdade individual. (BAUMAN, 2001, p. 62).

As pretensões libertárias da modernidade sólida tanto miraram no poder público, no Estado, no déspota, no “Grande Irmão”, a fim de garantir as suas liberdades negativas, que, de alguma maneira, parece ter deixado de lado a tarefa de promoção das liberdades positivas. Se a luta pela liberdade (negativa) promovida pela fase sólida da modernidade obteve sucesso, trouxe, como consequência, a aparente incapacidade do poder público de terminar o processo de libertação e promover a liberdade positiva. A igualdade formal foi conseguida, mas, para a sua vitória, a capacidade de agir do Estado foi severamente comprometida, o que fez com que grande parte da potência capacitadora do Estado – que poderia levar à igualdade material (liberdade positiva) – fosse perdida. Cabe agora uma reaproximação entre o poder e a política, a fim de que se finalize o processo emancipatório iniciado na fase sólida da modernidade.

2.3.3 O divórcio entre o poder e a política

Bauman (2001) delinea que o modelo de poder característico da modernidade sólida foi representado pela arquimetáfora de Michel Foucault em sua clássica obra “Vigiar e Punir”, na qual examinou detalhadamente o modelo do panóptico originalmente imaginado por Jeremy Bentham. No modelo foucaultiano, o

poder estava caracterizado por sua relação com determinado espaço ou território. A dominação se expressava pela limitação imposta pelos vigias aos presos. Para ele, era a disciplina mantida nas prisões que moldava os corpos dos indivíduos, a prisão era um processo de adestramento. Embora a sua obra tenha se utilizado das prisões, para ele, tais processos de adestramento que sujeitam a vontade do indivíduo, controlando o seu comportamento e o direcionando a determinada função, ocorreriam em diversos outros meios, como fábricas, escolas, quartéis, hospitais etc. A dinâmica do panóptico seria caracterizada pela limitação do espaço e pela supressão do tempo.

O Panóptico funciona como uma espécie de laboratório de poder. Graças a seus mecanismos de observação, ganha em eficácia e em capacidade de penetração no comportamento dos homens; um aumento de saber vem se implantar em todas as frentes do poder, descobrindo objetos que devem ser conhecidos em todas as superfícies onde este se exerça. (FOUCAULT, 1999, p. 169).

Embora o modelo panóptico tenha sido o modelo que Bauman (2001) aponta como sendo o modelo moderno de poder, nele havia certa tensão, o que o autor polonês bem destaca logo nos primeiros capítulos de “Modernidade Líquida”.

Primeiramente, o controle do tempo dos dominados limitava os próprios dominadores. No modelo panóptico, os dominados também exerciam uma “dominação passiva” sobre os dominadores na medida em que estes estavam obrigados a ter a sua liberdade limitada a fim de fiscalizar os presos. “Os rotinizadores não eram verdadeira e inteiramente livres para se mover: a opção ‘ausente’ estava fora de questão em termos práticos” (BAUMAN, 2001, p. 17).

O modelo panóptico do poder moderno concebido por Michel Foucault apóia-se numa suposição bastante semelhante. O fator decisivo desse poder que os supervisores ocultos na torre central do Panóptico exercem sobre os internos mantidos nas alas do edifício em forma de estrela é a combinação da total e constante visibilidade desses últimos com a invisibilidade igualmente total e perpétua dos primeiros. Sem jamais saber com certeza se os supervisores os estão observando ou se sua atenção desvia-se para outras alas, se estão dormindo, descansando ou atentos, os internos devem se comportar o tempo todo como se estivessem efetivamente sob vigilância. Os supervisores e os internos (sejam eles prisioneiros, trabalhadores, soldados, alunos, pacientes ou outra coisa) residem no “mesmo” espaço, mas são colocados em situações diametralmente opostas. A visão do primeiro grupo não é obstruída, enquanto o segundo precisa agir num território de névoa, opaco. (BAUMAN, 1999b, p.41).

Além da limitação do agir dos dominadores, o modelo do panóptico exigia grande estrutura e cuidados constantes, era um modelo financeiramente caro. Em uma época cujo valor primordial é o preço, o modelo do panóptico precisava ser modificado ou até mesmo substituído.

Conforme Bauman (2001), foi o que aconteceu.

Na modernidade líquida – ou como se queira chamar o atual momento, o poder se tornou extraterritorial (BAUMAN, 2001; GIDDENS, 1991). A relação tempo-espaço na modernidade líquida adquiriu uma feição totalmente nova, completamente diferente de outras eras. Nas eras pré-modernas, o tempo era relacionado a um “onde” e identificado por ocorrências naturais. Com o advento do relógio mecânico no fim do século XVIII, o processo de separação se iniciou e, com a chegada da modernidade, a diferenciação consolidou-se definitivamente, notadamente com a padronização mundial dos calendários e também com a padronização do tempo baseada em critérios geográficos, houve a racionalização do tempo (GIDDENS, 1991, p. 27-28).

A separação entre tempo e espaço nas condições modernas é fundamental para o fenômeno que doravante se mergulhará do divórcio entre poder e política, porquanto os locais, os “espaços” tornam-se cada vez mais influenciados e moldados por fatores sociais bem distantes a eles, tudo se tornando tanto mais acentuado quanto mais evoluída a tecnologia.

À pergunta acerca do porquê ser tão crucial a separação entre o tempo e o espaço para o dinamismo da modernidade, Giddens (1991, p. 30) responde apontando que, primeiramente, abrem-se inúmeras possibilidades de mudanças sociais quando há uma liberação das restrições impostas por hábitos e práticas locais – impostas pelo “espaço”; além disso, “ela proporciona os mecanismos de engrenagem para aquele traço distintivo da vida social moderna, a organização racionalizada” havendo uma conexão constante entre o local e o global.

Todo esse contexto gera o que Giddens (1991, p. 31) chama de “desencaixe”, “[...] o deslocamento das relações sociais de contextos de interação e sua reestruturação através de extensões indefinidas de tempo-espaço.”

Em toda essa conjuntura de separação entre tempo e espaço, notadamente quando alinhada ao desenvolvimento tecnológico, o poder, no modelo panóptico moderno limitado ao espaço, pode agora percorrer o plano de um lado a outro na velocidade de um clique. Na modernidade líquida os dominadores não

estão mais amarrados ao lugar. O local onde está quem fiscaliza passa a ser indiferente. “Isso dá aos detedores do poder uma oportunidade verdadeiramente sem precedentes: eles podem se livrar dos aspectos irritantes e atrasados da técnica de poder do Panóptico” (BAUMAN, 2001, p. 18). Está-se, segundo Bauman (2001), na era “pós-Panóptica”, onde o engajamento mútuo praticamente desaparece e a principal técnica de poder é a absoluta rejeição de limitações territoriais.

A elite global contemporânea é formada no padrão do velho estilo dos ‘senhores ausentes’. Ela pode dominar sem se ocupar com a administração, gerenciamento, bem-estar, ou, ainda, com a missão de ‘levar a luz’, ‘reformatar os modos’, elevar moralmente, ‘civilizar’ e com cruzadas culturais. (BAUMAN, 2001, p. 20-21).

Essa nova forma de manifestação do poder teria desintegrado todo o padrão das relações sociais. As instituições modernas foram delineadas para funcionarem na dinâmica do Estado-nação, que funcionava sob uma mecânica, por assim dizer, panóptica. Essa nova forma de poder, “nômade”, distante, fluida, exige para o seu funcionamento o rompimento de inúmeros obstáculos e amarras representados pelas muralhas institucionais características do Estado-nação. Tal fenômeno, aliado à já citada privatização do espaço público, leva ao iminente divórcio entre o poder e a política. Grande parte da capacidade de atuação, que antes se encontrava nas mãos do Estado, agora se afasta para longe dele, em direção ao “espaço global”, mas não para uma instituição em específico, não para um ente externo assemelhado ao Estado – embora haja certa emergência da supranacionalidade –, mas para um território fluido, para alguém indeterminável. Ademais, as instituições políticas no âmbito interno dos Estados-nação parecem encontrar-se mais enfraquecidas e mais incapazes de resolver as demandas dos cidadãos.

É nesse contexto que, no Direito Penal, tem-se o início do fenômeno do expansionismo, com o Estado cedendo a anseios dos indivíduos a fim de tentar demonstrar que ainda possui certo poder e que está agindo de forma eficiente, quando, na verdade, está a criar normas de caráter estritamente simbólico e desprovidas de efetividade.

Tendo fugido de uma sociedade aberta compulsoriamente pelas pressões das forças globalizadoras, o poder e a política se afastam cada vez mais. O problema, e a enorme tarefa que provavelmente confrontará o século atual como seu desafio supremo, é unir novamente o poder e a política. A união dos parceiros separados dentro do domicílio do Estado-nação talvez seja a menos promissora das possíveis respostas a esse desafio. (BAUMAN, 2007, p. 31).

No modelo do panóptico, não havia espaços privados sem fiscalização. Como assinala Bauman (1999b, p. 57), tais técnicas foram responsáveis por pela passagem da integração de base local, limitada à capacidade de fiscalização dos sentidos humanos, para a integração supralocal, que era administrada pela figura do Estado e iria muito além das limitações dos sentidos humanos, havendo uma profissionalização dos “fiscalizadores” e várias outras características específicas que foram incorporadas a todas as instituições disciplinadoras da modernidade sólida – como já dito, desde hospitais e escolas ao próprio exército e indústrias.

Na modernidade líquida, Bauman (2001; 2007) identifica que a técnica do panóptico se mostra contraproducente diante da possibilidade de controle divorciada do espaço. Nessa conjuntura, desenvolvem-se novas técnicas de poder que, diversamente do que ocorria na era do panóptico, onde o centro vigiava a todos, caracterizando a vigilância de muitos por poucos, na atual era, há exatamente o oposto, com muitos vigiando poucos. Tal se deu com a crescente ascensão dos meios de comunicação em massa, notadamente a televisão, atingindo o seu ápice na atualidade com a internet. Ter-se-ia, assim, para Bauman (1999b), no atual período, o modelo chamado de Sinóptico.

O Sinóptico é, por sua natureza, global; o ato de vigiar desprende os vigilantes de sua localidade, transporta-os pelo menos espiritualmente ao ciberespaço, no qual não mais importa a distância, ainda que fisicamente permaneçam no lugar. Não importa mais se os alvos do Sinóptico, que agora deixaram de ser os *vigiados* e passaram a ser os *vigilantes*, se movam ou fiquem parados. Onde quer que estejam e onde quer que vão, eles podem ligar-se – e se ligam – na rede extraterritorial que faz muitos vigiarem poucos. O Panóptico *forçava* as pessoas à posição em que podiam ser vigiadas. O Sinóptico não precisa de coerção – ele *seduz* as pessoas à vigilância (BAUMAN, 1999b, p. 60).

Mas qual seria a relação entre o modelo sinóptico caracterizado e o divórcio entre o poder e a política? O modelo sinóptico proporcionou, de um lado, uma nova forma de controle, caracterizada pelo extremo distanciamento e, de outro, ao influenciar largamente na cultura, inevitavelmente acabou também por

empobrecer a política.

No modelo sinóptico de poder ao qual Bauman (1999b) se refere, os políticos seriam os poucos habitantes globais controlados por todos. Isso teria levado gradativamente à incorporação à vida do político de técnicas de publicidade destinadas à venda de produtos. A indústria do consumo teria corrompido a política, e a levado a quase total descrédito, além de tomado para si o poder que a ela pertencia.

A raiz do fenômeno está na cultura. Ou melhor, na banalização lúdica da cultura imperante, em que o valor supremo agora é divertir-se e divertir, acima de qualquer outra forma de conhecimento ou ideal. [...] E haverá algo mais divertido que [...] surpreender um ministro ou um parlamentar de cuecas, investigar os desvios sexuais de um juiz, comprovar que chafurda no lodo quem era visto como respeitável e exemplar? [...] A necessidade passou a ser rainha e senhora da vida pós-moderna, e a política é uma de suas principais vítimas (VARGAS LLOSA, 2013, p. 124).

Diante desse panorama, é de se destacar que, embora se esteja numa crise sem precedentes, tal crise não parece fruto dos erros do sistema capitalista, mas, ao contrário, de seu, por assim dizer, sucesso exacerbado (BECK, 2002). Sucesso de sua proposta econômica, o que não necessariamente representa um sucesso sob o aspecto social.

A sociedade líquida que estaria a surgir seria uma consequência da modernização extrema, do sucesso do capitalismo, sucesso este que leva inexoravelmente os grandes conglomerados ao mais elevado patamar das relações de poder, fazendo surgir o fenômeno da globalização e enfraquecendo cada vez mais o poder político do Estado, com cada vez menos capacidade de decidir os rumos dessa sociedade por suas decisões governamentais e parlamentares.

O grande paradoxo da modernidade líquida parece ser que, apesar de bem-sucedida no seu aspecto econômico – ao trazer um notável e inquestionável avanço tecnológico, no aspecto jurídico-político enfraquece a noção constitucional de democracia assentada em direitos fundamentais e deixa o Estado e toda a sua criação, inclusive o Direito, à mercê de valores eminentemente monetários e completamente indiferentes a noções éticas, morais e humanitárias. O Estado de Direito, outrora erigido sobre os direitos fundamentais, passaria a precificar tais direitos ao ser obrigado a ceder diante do poderio econômico de agentes externos e conceber tais direitos somente se alinhados aos objetivos de lucro dos detentores do

poder.

É nessa dinâmica que Ferrajoli (2005) falará que a globalização, caracterizada por um vazio de Direito Público, levou o Direito Penal a um estado de crise, na qual parece não gozar de instrumentos capazes de cumprir as suas funções diante do poderio da criminalidade do poder. Nas condições da modernidade líquida, parece haver dissonância entre as normas postas e a realidade concreta.

Aparenta não estarem presentes as condições fáticas adequadas para que determinadas normas produzam regularmente os seus efeitos, encontrando-se o Direito em perigoso momento, no qual o ordenamento, notadamente na seara criminal, encontra-se repleto de normas válidas, vigentes, mas ineficazes, isto é, normas que observaram todos os requisitos formais de sua produção, por isso válidas, normas temporalmente úteis, por isso vigentes, mas que ou não são observadas, ou não surtem os efeitos desejados.

Quando se está a falar de crise de eficácia do sistema jurídico, deixou-se de pensar no microuniverso da norma, pois não se está a falar da mera crise pontual de certas normas do sistema jurídico. Quando se tematiza a crise de eficácia se está a falar dos modos pelos quais o sistema como um todo está sendo incapaz de responder às necessidades sociais, e, mais do que isto, se está a discutir o quanto o comprometimento do sistema jurídico não é representativo e significativo no contexto da pós-modernidade. (BITTAR, 2009, p. 211-212).

Embora não seja objeto do presente trabalho tratar do moediço debate acerca do conceito de justiça, há que se ressaltar ainda um sem número de normas jurídicas que são eficazes, mas são injustas, reforçando a crise de legitimidade pela qual passa o Direito. No Direito Penal, o problema se torna mais sério na medida em que tais injustiças podem consubstanciar não somente a perda de liberdade de determinado indivíduo, mas a definição de todo um grupo de indivíduos como inimigos.

O modelo jurídico atual dos estados constitucionais democráticos – e também do Direito Penal – é um modelo originalmente criado para combater os abusos dos governos despóticos característicos da Idade Média. Nessa linha, o alicerce dos ordenamentos constitucionais é a noção de segurança jurídica. O direito deve ser certo, seguro e “sólido”.

Todavia, diante da já relatada conjuntura líquida da sociedade, onde há fenômenos dos mais diversos, percebe-se que o direito gradativamente perde eficácia social e as suas normas se materializam de forma cada vez menos eficiente. O problema ganha ares de drama quando se busca analisar o funcionamento do sistema jurídico como um todo, notadamente o comportamento dos tribunais, pois, em face da falta de efetividade das normas, termina-se por mergulhar, muitas vezes, em compreensões por demais abertas de conceitos jurídicos, dando azo a fenômenos como o do solipsismo judicial, onde os diferentes atores jurídicos exteriorizam como sendo direito aquilo que eles próprios imaginam que o direito é, e não propriamente a substância e a intenção que estão por trás do texto normativo. Na modernidade líquida, o direito sólido gradativamente se derrete e vai perdendo capacidade de modificar a realidade na qual se insere.

Na sistemática atual, o Direito enfrenta um problema estrutural, mostrando-se ineficaz para responder – ao menos na direção que a Constituição aponta – às complexas e variáveis demandas da atual fase da modernidade.

A partir do momento em que o Estado perde capacidade de agir – ou de agir constitucionalmente – por conta do divórcio entre o poder e a política e da influência de fatores externos oriundos do fenômeno da globalização, e as demandas dos indivíduos direcionam-se mais à satisfação de suas próprias aspirações pessoais que a questões coletivas, pois cada vez mais distantes das noções de cidadania trazidas pelas Constituições e alheios às noções de ética, o sistema jurídico corre o risco de entrar em colapso e perder a sua capacidade dinâmica de servir de instrumento de controle social, eis que o seu poder de coerção somente permanece existindo de fato quando o interesse da norma se alinha ao interesse dos atores principais da globalização – aquilo que Ferrajoli (2005) menciona como grandes poderes econômicos.

Como o interesse de tais atores é sempre o lucro a qualquer custo, aqueles indivíduos que se apresentam como menos capazes de oferecer tais lucros – o que Bauman (1998; 2003) aponta como consumidores falhos – parecem ser majoritariamente aqueles contra os quais o Direito age, gerando cada vez mais desigualdades, cada vez mais inchaço normativo, e potencializando a criação normas de caráter meramente simbólico, despidas de fundamentos político-criminais, fundamentadas em clamores sociais e midiáticos guiados pelo fluxo consumerista e, por serem despidas de critérios científico-criminais, seu efeito acaba

sendo em grande parte das vezes, reverso, aumentando a violência, a criminalidade e a violação aos direitos fundamentais, gerando uma reação em cadeia cíclica.

O divórcio entre o poder e a política por conta da excessiva abertura dos Estados a influências externas na era da globalização (BAUMAN, 2001) parece levar, no Direito, a um divórcio entre o *Sein* (ser) e o *Sollen* (dever-ser), entre o normativo e o social. Essa divisão gera não somente desordem e descontrole, mas sobretudo

[...] o surgimento de poderes paralelos, forças antagônicas, apelos à justiça privada, gerando mesmo uma crise não só de eficácia, mas também de legitimidade do próprio sistema jurídico, pelo descompasso com a realidade social e com as demandas sócio-humanas mais vitais. (BITTAR, 2009, p. 213-214).

Não se pode esquecer que o fundamento do poder político do Estado Moderno é, em última instância, o contrato social, pelo qual os indivíduos abrem mão de parcela de sua liberdade para que tenham maior segurança. “A incerteza e a vulnerabilidade humanas são os alicerces de todo poder político” (BAUMAN, 2013, p. 70). O Estado moderno surgiu para proteger os seus súditos justamente do medo e da ansiedade gerados por tais condições.

Na modernidade sólida, a vulnerabilidade e a incerteza eram constantemente geradas pelas forças de mercado. Desse modo, o Estado moderno baseou a sua legitimidade, exigindo de seus súditos a observância à lei com a promessa de mitigar eventuais perdas e danos causados pelas forças de mercado, “[...] para criar um *escudo* que proteja os vulneráveis dos choques excessivamente dolorosos, e os inseguros, dos riscos que essa livre concorrência implica” (BAUMAN, 2013, p. 71).

As funções protetoras do Estado são afuniladas e “concentradas”, abarcando uma reduzida minoria dos não empregáveis e dos inválidos, embora a minoria tenda a ser reclassificada, de objeto de preocupações sociais em questão de lei e ordem; a incapacidade de um indivíduo entrar no jogo do mercado segundo suas regras estatutárias, utilizando recursos próprios e por seu próprio risco, tende a ser cada vez mais criminalizada ou a se tornar suspeita de intenções criminosas ou potencialmente criminosas. (BAUMAN, 2013, p. 71).

Os outrora alicerces do Estado moderno – o combate à incerteza e vulnerabilidade – desaparecem, uma vez que a coletividade passa a esperar o

cumprimento de tal função por parte dos próprios indivíduos. Tal fenômeno reflete diretamente no funcionamento do Direito na atualidade.

É nesse contexto que o Estado, enfraquecido, busca fortalecer a sua crepuscular legitimidade e gradativamente cria mais e mais normas, normas estas que, para terem eficácia e, portanto, serem válidas, precisam encontrar um contexto fático propício para si. E esse contexto fático é o contexto da modernidade líquida, incerto, inseguro, amoral e material, criando terreno fértil para o germinar de movimentos jurídicos como o *Law and Order* e o Direito Penal do Inimigo, recrudescendo o Direito Penal, que deixa de exercer a sua função de assegurar bens jurídicos e passa cada vez mais a funcionar conforme uma dinâmica exclusivamente punitiva.

Estabelecido em alicerces modernos, o Direito ainda segue a antiga dinâmica de máximo de ordem e mínimo de ambivalência. Afinal, “[...] o estabelecimento da ordem era, acima de tudo, a tarefa de generalizar, classificar, definir e separar categorias” (BAUMAN, 1998, p. 53). Ao criar normas jurídicas, o Estado traça determinado perfil comportamental desejado e, de outro lado, automaticamente exclui determinados comportamentos.

‘Ordem’ e ‘norma’ são facas afiadas pressionadas contra a sociedade como ela é; elas tratam, em primeiro lugar e, sobretudo, de separação, amputação, excisão, expurgo, *exclusão*. Promovem o que é ‘próprio’ tolhendo o que se mostra impróprio; elas retiram, circunscrevem e estigmatizam partes da realidade à qual é negada o direito de existir – destinadas ao isolamento, exílio ou extinção. (BAUMAN, 2000, p. 206)¹⁴.

Na perspectiva de Bauman (2000), ao criar um perfil do que é bom e desejado, o Direito exclui comportamentos que não se adequem àquele padrão. Com tamanho poder de excluir pessoas da sociedade, o Direito – e mais marcadamente o Direito Penal, tem de buscar ao máximo adequar-se às diferentes identidades sociais. Quando determinada exclusão é de fruto normativo, o seu combate torna-se mais dificultoso, pois a dinâmica normativa leva a crer que todos os indivíduos têm total liberdade para agir e atuar de acordo com aqueles preceitos da norma e, portanto, aqueles que não agem conforme as disposições normativas,

¹⁴ Tradução livre do original: ‘Order’ and ‘norm’ are sharp knives pressed against the society as it is; they are first and foremost about separation, amputation, excision, expurgation, *exclusion*. They promote the ‘proper’ by sharpening the sights on the improper; they single out, circumscribe and stigmatize parts of reality denied the right to exist – destined for isolation, exile or extinction. (BAUMAN, 2000, p. 206).

são rotulados como se tivessem desejado conscientemente se marginalizar.

Assim, embora a própria norma exclua, são os próprios excluídos que recebem a culpa pela sua exclusão. Como afirma Bauman (2000, p. 207), “[...] no processo de exclusão, os excluídos são eles mesmos considerados os principais, talvez os únicos, agentes. Ser excluído é apresentado como o resultado de um *suicídio* social, não uma *execução* social”¹⁵. Quando alguém descumpre uma norma, imputa-se as suas consequências levando-se em conta que se o indivíduo delinuiu, foi por livre escolha. No aplicador da norma, por outro lado, emerge um sentimento de justiça e de que os comportamentos e valores da sociedade foram ali respeitados, eis que os excluídos são incapazes para serem livres.

O que essa forma de pensar, comum na atualidade, ignora é que, no contexto da modernidade líquida, os excluídos não podem ser totalmente responsabilizados pelos seus próprios atos, porquanto, muitas vezes, estão no polo passivo de forças contra as quais são totalmente incapazes de resistir. Ademais, ignora que “[...] alguns deles podem ‘violiar a ordem’ a partir do momento que são marcados como excluídos por serem quem são, por traços pessoais que possuem, mas não escolheram, e não pelo que efetivamente fizeram” (BAUMAN, 2000, p. 207).

Essa forma de pensar, exageradamente exaltadora da lei e da ordem, leva a um Direito Penal do autor, e não a um Direito Penal do fato; ou à interpretação do fato indiferente às peculiaridades de quem o cometeu.

É para evitar essa dinâmica que se mostra presente na atualidade que se precisa analisar o papel ocupado pelo Direito e, principalmente, pelo Direito penal, nessa era de totais incertezas e de enfraquecimento do Estado. Embora o Estado-nação tenha perdido grande parte de seu poder político e a capacidade de atuação que antes lhe pertencia hoje pertença a agentes externos, a forma como o mesmo encontrou para recuperar a sua força foi através do recrudescimento e expansionismo do Direito Penal.

É necessário, portanto, saber como se chegou ao expansionismo penal na modernidade líquida, bem como as suas consequências sobre a realidade concreta. Identificadas as suas características, a sua dinâmica de funcionamento e

¹⁵ Tradução livre do original: “In the process of exclusion, the excluded themselves are cast as the principal, perhaps the sole, agency. Being excluded is presented as an outcome of social *suicide*, not a social *execution*.” (BAUMAN, 2000, p. 207).

as suas consequências, torna-se necessária uma discussão acerca da real função do Direito Penal, a fim de que se faça uma realocação do seu papel em meio à sociedade, tudo sem perder de vista que se está em uma era absolutamente complexa e que o aplicador da norma penal deve adotar sempre uma perspectiva que leve em consideração o maior número de variáveis.

3 AS LIMITAÇÕES DO DIREITO PENAL “CLÁSSICO” E O EXPANSIONISMO PENAL

3.1 Globalização e direito penal

3.1.1 O desenvolvimento de uma criminalidade internacional

A afirmação de que o direito penal se encontra em crise na atualidade já chega a ser lugar comum. Os reflexos concretos desse estado de crise mostram-se presentes diariamente na vida de cada pessoa das mais diversas formas. Desde os noticiários, telejornais, redes sociais, à própria mudança de hábitos individuais forçada por conta da perene sensação de insegurança, percebe-se que essa conjuntura de falta de efetividade vai muito além do Direito, influenciando diretamente na própria identidade dos indivíduos, eis que, em constante situação de medo, comportam-se de forma cada vez mais distante do que o fariam em situações de “normalidade”.

Na conjuntura da sociedade líquida, o indivíduo interioriza uma visão insegura de mundo na qual se vê vulnerável, recorrendo a reações exageradas, como se de fato existisse um perigo, em momentos nos quais, na prática, não há qualquer ameaça (BAUMAN, 2006, p. 9). Assim, a falta de efetividade do Direito como um todo e, especialmente, do Direito Penal, alimenta o medo nos indivíduos que, ansiando gradualmente por mais e mais proteção, legitimam o surgimento de um movimento expansionista que traz uma inflação normativa à seara criminal e, por se basear em critérios eminentemente simbólicos, tais normas acabam desprovidas de efeitos concretos, gerando um movimento em cíclico: a falta de efetividade gera o medo, que gera o desejo de proteção via expansão normativa e a expansão normativa traz normas com cada vez menos efetividade, reiniciando o ciclo.

O Estado, por exemplo, tendo encontrado sua *raison d'être* e seu direito à obediência dos cidadãos na promessa de protegê-los das ameaças à existência, porém não mais capaz de cumpri-la [...] - nem de reafirmá-la responsabilmente em vista da rápida globalização e dos mercados crescentemente extraterritoriais -, é obrigado a mudar a ênfase da "proteção contra o medo" dos perigos à segurança social para os perigos à segurança pessoal. O Estado então "rebaixa" a luta contra os medos para o domínio da "política de vida", dirigida e administrada individualmente, ao mesmo tempo em que adquire o suprimento de armas de combate no mercado de consumo. (BAUMAN, 2006, p. 10-11).

Uma das formas mais efetivas que o Estado se utilizou em tempos recentes – e, em locais como o Brasil, ainda permanece utilizando – é a estratégia da “Lei e da Ordem”. A classe política dominante aproveita-se da situação de medo e termina por se utilizar do direito e da lei penal através de promessas de combate ao crime, adotando medidas de efetividade questionável.

Na realidade brasileira, tal se mostra perceptível quando se verifica, por exemplo, a falência do sistema penitenciário representada tanto pela superlotação dos presídios, que beira os 170% (cento e setenta por cento) bem como pela seletividade dos indivíduos presos, majoritariamente negros e pardos (BRASIL, 2014). Na civilização do espetáculo (VARGAS LLOSA, 2013), ignora-se a substância, louva-se a forma. O direito penal é utilizado não para assegurar bens jurídicos ou para contribuir para a diminuição da violência, mas para promover o espetáculo, servindo como mero instrumento de publicidade.

Seria fútil ou insano negar a realidade do crime e dos perigos a ele relacionados. A questão é, contudo, que o peso do crime entre todas as outras questões de interesse público tende a ser avaliado, tal como o de outros alvos da atenção do público, pela extensão e intensidade da publicidade que lhe é concedida, e não por suas qualidades inatas. (BAUMAN, 2006, p. 189).

Tendo em vista essa conjuntura, antes de se analisar diretamente o fenômeno expansionista, é imperioso, primeiro, estudar-se a relação direta entre o fenômeno da globalização e o Direito Penal, na medida em que a globalização potencializou a inflação normativa, causando a expansão do Direito Penal para além de suas funções originais, culminando em fenômenos como o do Direito Penal do Inimigo.

Ao longo dos últimos tópicos já se analisou de forma pormenorizada as influências da globalização na conjuntura da atual sociedade e dos seus respectivos ordenamentos jurídicos. Como se pode imaginar, todos os problemas trazidos pela globalização para as demais áreas da vida humana também geram fraturas consideráveis na dinâmica de funcionamento do Direito Penal.

Se uma das principais características da globalização foi a passagem do modelo de controle de poder do panóptico para o modelo do sinóptico (BAUMAN, 2001), o que é perceptível pelo distanciamento físico daquele que exerce o poder sobre o outro, não mais necessitando estar próximo fisicamente, tais reflexos, no

Direito Penal, merecem ser observados de forma mais detida, porquanto irradia efeitos diretamente na própria dinâmica da criminalidade.

Enquanto em outras épocas a discussão acerca da criminalidade era local, se não local no sentido de município ou estado-membro, mas local pelo menos no sentido de território nacional, na atualidade a criminalidade, ao menos em grande parte, apresenta um caráter global, não se limitando ao território de um único país, mas ignorando fronteiras físicas e percorrendo o território de vários países.

É de se ressaltar que, enquanto as comunicações evoluíram a ponto de tornar o espaço físico irrelevante, os sistemas jurídicos permaneceram a ele limitados, não tendo havido uma globalização do direito, muito menos uma evolução das suas técnicas de tutela, que permanecem seguindo uma dinâmica não muito diferente daquela adotada desde a Escola Clássica de Beccaria e Carrara. Ademais, como já citado outrora, o aumento de poder do mercado e o enfraquecimento do poder político do Estado – fenômeno designado supra como o divórcio entre o poder e a política –, estes perderam o monopólio da produção jurídica, que se encontra absolutamente a mercê de critérios e interesses econômicos.

Em poucas palavras, as novas formas de criminalidade transnacional são o efeito de uma situação de geral anomia, em um mundo cada vez mais integrado e interdependente e confiado à lei selvagem do mais forte: um mundo atravessado por desigualdades crescentes [...]. (FERRAJOLI, 2005, p.72)¹⁶.

Ferrajoli (2005) ainda identifica que o desenvolvimento desse tipo de criminalidade é, ao mesmo tempo, causa e efeito de uma crise profunda do direito em dois aspectos, na sua credibilidade e na sua incapacidade de produção de regras que respondam adequadamente aos desafios trazidos pela globalização.

O novo individualismo, o desvanecimento dos vínculos humanos e o definhamento da solidariedade estão gravados em um dos lados da moeda que traz do outro a efigie da globalização. Em sua forma atual, puramente negativa, a globalização é um processo parasitário e predatório que se alimenta da energia extraída dos corpos dos Estados-nação e outros dispositivos de proteção de que seus súditos já usufruíram (e dos quais ocasionalmente foram vítimas) no passado. Na visão de Jacques Attali, as nações organizadas em Estados agora 'estão perdendo sua influência sobre o curso geral das coisas e abandonando à globalização todos os meios de

¹⁶ Tradução livre do original: "En pocas palabras, las nuevas formas de criminalidad transnacional son el efecto de una situación de general a-nomia, en un mundo cada vez más integrado e interdependiente y confiado a la ley salvaje del más fuerte: un mundo atravesado por desigualdades crecientes [...]" (FERRAJOLI, 2005, p. 72).

dirigir o destino do mundo e de resistir às muitas formas que o medo pode assumir'. (BAUMAN, 2006, p.189-190).

Os efeitos da globalização na dinâmica jurídico-criminal são prejudiciais, pois atingem diretamente as próprias funções justificadoras e fundamentos legitimadores do direito penal. Na medida em que se concebe, como Ferrajoli (2005), dentre outros, que a função do direito penal é a de assegurar os bens jurídicos mais caros do homem, concebe-se também que a função sociológica desse ramo do direito é a minimização da violência.

A busca por essa minimização se dá, de um lado, pela função preventiva que tal ramo jurídico exerce ao diretamente evitar a prática futura de delitos e, por outro lado, demonstrando à sociedade que existe um instrumento racional que impõe sanções adequadas ao indivíduo que praticou uma conduta lesiva aos valores sociais, o que impede a prática de violências no momento de se punir o indivíduo que cometera um crime, seja violência pela autotutela, seja imposta pelo próprio Estado. Assim, de um lado, o direito penal busca prevenir crimes e, de outro, impedir que, uma vez praticados esses crimes, outros crimes surjam como forma de retaliação (FERRAJOLI, 2005, p. 73).

Logo, nessa perspectiva, o fenômeno da globalização atacaria o Direito Penal nas mais diversas frentes, desde a função preventiva de delitos e de penas arbitrárias à sua função de defesa social e seu sistema de garantias fundamentais.

Por conta de sua função minimizadora da violência, Ferrajoli (2005) sempre definiu o direito penal como sendo a lei do mais fraco que, diante da lei do mais forte, busca sempre defender a pessoa que se encontra em situação de vulnerabilidade na dinâmica do crime. No momento do delito, a vítima; no momento do processo, o réu; no momento da execução da pena, o condenado (FERRAJOLI, 2005, p. 73). A questão aqui, contudo, é: como fazer com que essa lei do mais fraco se imponha de forma cogente diante do vazio de Direito público no espaço globalizado?

Para começar a responder essa pergunta, é necessário que se compreenda a dupla mutação provocada pela globalização no próprio fenômeno dos delitos: a questão criminal, que se refere à natureza da criminalidade em si; e a questão penal, que se refere mais propriamente às formas de intervenção do Estado no momento de punir e as causas de eventuais impunidades (FERRAJOLI, 2005, p. 73).

3.1.2 A questão criminal: a criminalidade do poder

Diferentemente de outrora, na era da sociedade líquida, muito embora ainda exista – e talvez sempre vá existir – a chamada “criminalidade de subsistência”, entendida como aquela praticada por indivíduos desprivilegiados socialmente que, aspirando por uma satisfação momentânea, cometem crimes, mas por intenções exclusivamente pessoais, a forma de criminalidade característica é a da criminalidade organizada, ligada não diretamente a motivos e satisfações pessoais e iminentes do agente, mas a um papel orgânico dentro de uma determinada estrutura. A globalização trouxe o fenômeno que Ferrajoli (2005, p. 74) identifica como sendo a chamada “criminalização do poder”.

A criminalização do poder é a ameaça mais grave à efetividade do Direito Penal, pois encontra-se inserida de forma silenciosa dentro da própria normalidade das relações sociais. Essa forma de criminalidade cresceu paulatinamente, chegando ao ponto de ameaçar as próprias forças do Estado, pois diretamente associada ao crescimento dos mercados desregulados e à derrocada do Estado-nação.

Embora esse fenômeno se exteriorize das mais diversas formas possíveis, cabe aqui destacar-se as três principais, ressaltando-se que o limite entre uma e outra torna-se cada vez mais tênue: (i) Em primeiro lugar, tem-se os chamados “poderes abertamente criminais”, que correspondem ao crime organizado, como tradicionalmente se conhece; (ii) Em segundo plano, outra forma de criminalidade do poder, característica da globalização é a “criminalidade dos grandes poderes econômicos” transnacionais; (iii) e, por fim, esta última especialmente percebida na realidade brasileira, a “criminalidade dos poderes públicos” (FERRAJOLI, 2005).

Quanto à primeira forma de exteriorização da chamada “criminalidade do poder”, a criminalidade dos “poderes abertamente criminais”, tem-se aqui formas antigas de realização de atividades criminosas, como o terrorismo e as máfias¹⁷. No Brasil, tal forma de criminalidade se manifestaria através de várias facções, sendo as de maior destaque o Primeiro Comando da Capital – PCC (SP) e o Comando Vermelho – CV (RJ) que, embora de origem interna nas favelas de São Paulo e Rio

¹⁷ Inclusive Ferrajoli (2005) cita, neste ponto, a própria *Camorra*, conhecida organização criminosa italiana.

de Janeiro, atualmente mostram-se como sendo organizações beneficiadas pelo fenômeno da globalização na medida em que atuam de forma transnacional, beneficiando-se da quebra de barreiras representadas pelo fenômeno.

O crime organizado sempre existiu, mas, com as imensuráveis possibilidades trazidas pelo avanço tecnológico e pelo fenômeno da globalização, tais práticas gradativamente foram trespassando as fronteiras dos territórios aos quais outrora eram limitadas, ganhando feições transnacionais. A criminalidade organizada, na atualidade, é uma das atividades mais lucrativas da economia internacional.

Nessa linha, a *Global Financial Integrity* (GFI), organização sem fins lucrativos, baseada em Washington, capital dos Estados Unidos e com a finalidade de produzir análises estatísticas tendo como objeto as movimentações financeiras ilícitas, assim compreendidas aquelas movimentações, entre países diversos, cujos fundos são ilicitamente obtidos, transferidos ou utilizados, publicou um relatório emblemático no mês de março do ano de 2017 intitulado “*Transnational Crime and the Developing World*” (em tradução livre: Crimes transnacionais e o mundo em desenvolvimento).

No referido relatório, que busca avaliar a extensão da criminalidade transnacional, constatou-se que o mercado global envolvendo o tráfico de drogas possui um valor global estimado entre US\$426 bilhões e US\$652 bilhões. Por outro lado, o mercado envolvendo mercadorias falsificadas e pirateadas, o mais lucrativo de todos, gera entre US\$923 bilhões a US\$1.13 trilhões de dólares anuais. Na terceira e quarta posições, o negócio ilegal de madeira, gerando em torno de US\$52 bilhões a US\$157 bilhões ao ano, e o tráfico de pessoas, que gera US\$150.2 bilhões ao ano. No total, segundo a GFI, a criminalidade transnacional movimenta de US\$1.6 trilhões a US\$2.2 trilhões por ano (MAY, 2017, p. xi).

A título de parâmetro, conforme dados do Banco Mundial, o PIB do Brasil, no ano de 2015, foi de US\$1.8 trilhões (THE WORLD BANK, 2017a). Ou seja, a criminalidade transnacional movimenta mais dinheiro no mundo que um país de dimensões continentais como o Brasil, que, no ano de 2015, era a 9ª (nona) maior economia do mundo (THE WORLD BANK, 2017b).

Tais dados tornam-se ainda mais impressionantes quando se vislumbra que, dada a própria natureza da criminalidade organizada de camuflar e esconder ao máximo os seus caminhos criminosos, muito provavelmente estão ainda abaixo da

realidade, seja porque os países do mundo utilizam métodos diferentes para avaliar o *quantum* de tais movimentações, seja porque provavelmente grande parte dessas movimentações escapam aos olhos dos governos, de modo que, tais números são somente os números oficiais. Ademais, no que diz respeito aos valores oriundos do tráfico de drogas, o relatório somente leva em consideração os dados referentes a maconha (US\$183 bilhões a US\$287 bilhões), cocaína (US\$94 bilhões a US\$143 bilhões), opiáceos (US\$75 bilhões a US\$132 bilhões) e estimulantes do tipo anfetamina (US\$74 bilhões a US\$90 bilhões) (MAY, 2017, p. 3).

Não obstante, os ditos poderes abertamente criminais manifestam-se de forma plúrima, sendo bastante difícil se definir a identidade de determinado grupo como sendo de “narcotraficante”, “madeireiros”, “contrabandistas” ou até mesmo “terroristas”, eis que, a cada dia, os grupos vão se desenvolvendo e ramificando as suas atividades criminosas.

É o que está a ocorrer no Iraque e na Síria em virtude da incessante guerra neste último país, pois o conflito armado enfraqueceu sobremaneira as fronteiras e os mecanismos de controle das autoridades sobre o comércio de produtos químicos, o que aumentou a produção de metanfetamina no Iraque (THAROOR, 2017).

É importante destacar ainda que o crescimento do crime organizado aparentemente se encontra ligado às desigualdades sociais. Conforme a *Global Financial Integrity*, os maiores lucros da criminalidade organizada originam-se da exploração das classes mais expostas à miséria. Primeiro porque as organizações criminosas florescem de forma mais enfática diante de governos fracos (MAY, 2017).

O desenvolvimento, em particular melhoras na governança, no Estado de Direito, na prestação de serviços possuem um forte interesse em manter os países desestabilizados com instituições fracas, pois isso reduz os custos das transações e aumenta lucros. (MAY, 2017, p. 8)¹⁸.

Diante das multifacetadas formas que o crime organizado se manifesta na era globalizada, o mero recrudescimento penal não parece suficiente, notadamente tendo em vista a transnacionalidade dos delitos, que formam toda uma rede criminosa. Na perspectiva das análises da *Global Financial Integrity* (MAY, 2017),

¹⁸ Tradução livre do original: “Development, in particular improvements to governance, rule of law, delivery of social services, and employment, undermines the strength of DTOs. They thus have a strong interest in keeping countries destabilized with weak institutions, as it reduces transaction costs and increases profits” (MAY, 2017, p. 8).

seria necessária a cooperação entre os diferentes Estados e organismos internacionais nas mais diversas esferas, notadamente com uma maior transparência das operações financeiras.

Embora o estágio ideal de combate a essa forma de criminalidade ainda esteja distante, há sinais animadores, inclusive no próprio Brasil, sendo a cooperação entre o Brasil e a Suíça, por meio dos Ministérios Públicos de ambos os países, um exemplo do que aqui se propala. Se o montante financeiro movimentado pelo crime organizado é assustador, até mesmo essa circunstância possui um ponto positivo, pois é impossível que todas as operações envolvendo tal montante sejam feitas sem a utilização de instituições financeiras. Sendo assim, uma cooperação internacional entre tais instituições, envolvendo os Estados, é providencial. “A criminalidade transnacional irá continuar a crescer até que o paradigma de lucros altos e baixos riscos seja desafiado; lucros devem ser cortados e riscos intensificados” (MAY, 2017, p. 99).

A criminalidade organizada gera toda uma violência colateral (BAUMAN, 2013; FERRAJOLI, 2005). Aproveitando-se da conjuntura individualista e materialista da atual sociedade, as organizações aproveitam-se daqueles indivíduos socialmente marginalizados e desejosos por uma melhor condição financeira para levá-los à prática de infrações criminosas. Isso termina por gerar um efeito em cascata, pois, quanto mais as organizações criminosas crescem, mais se aproveitam de indivíduos marginalizados, estes, por sua vez, praticam cada vez mais crimes contra os cidadãos comuns que, vítimas, clamam por uma ação do Estado para reagir a esses crimes contra si praticados. O Estado, incapaz, recrudescer a Lei e termina por punir mais gravemente aqueles indivíduos que praticaram os crimes menores, porém relega a segundo plano o combate às organizações criminosas, que são as principais causadoras do fenômeno.

Esse ciclo gera efeitos deletérios para o Estado Democrático de Direito, podendo-se destacar, sem pretensão de expor todas as nuances do fenômeno, a seguinte dinâmica, que corresponde ao fenômeno do expansionismo penal com o correspondente Direito Penal Simbólico, doravante tratado:

- (i) A perda de credibilidade do Estado e do Direito, já bastante enfraquecidos pela conjuntura da globalização;
- (ii) Essa perda de credibilidade leva à criação “irracional” de Leis, para,

de um lado, demonstrar que o Estado não está e inerte e, de outro, para atender clamores sociais. Mas como tais Leis são criadas sem um estudo criminológico adequado, padecem de efetividade e terminam por gerar um Direito Penal Simbólico.

- (iii) Esse Direito Penal Simbólico, por sua vez, possui um duplo e deletério efeito, pois, de um lado, gera uma inflação normativa, levando a um déficit ainda maior de efetividade e credibilidade do Direito e, de outro lado, potencializa as desigualdades sociais, uma vez que tais normas parecem direcionadas aos crimes cometidos pelos “pequenos criminosos”, que praticam violências menores contra os cidadãos, e não contra os “grandes criminosos”.
- (iv) Diante de uma endêmica conjuntura de ineficiência, o Estado recrudesce mais ainda o Direito Penal, na tentativa de dar uma resposta à sociedade e estigmatiza e discrimina mais ainda determinados segmentos sociais, gerando uma maior desigualdade e, portanto, “adubando o solo” para que as organizações criminosas passem a agir.
- (v) Por fim, as organizações criminosas, diante da ação impensada do Estado, saem mais fortalecidas ainda, eis que o Estado está mais fraco, com menos poder político e a sociedade mais desigual.

O principal caráter diferenciador dessa forma de criminalidade para as que serão doravante estudadas é o seu *modus operandi*, marcado pelo uso da violência, e o fato de ainda se encontrar “marginalizada”, pois mais distante do centro do poder político que as demais formas. Aqui há um “poder abertamente criminal” e, por isso, não traz consigo o ardil das demais formas. Para Ferrajoli (2005, p. 75), “[...] em todos esses casos, a pequena delinquência é diretamente promovida pelas organizações criminosas, que exploram as condições de miséria, necessidade e marginalização social da mão de obra que trabalha para elas”.

A segunda forma de exteriorização da chamada “criminalidade do poder” é aquela que Ferrajoli (2005) chama de criminalidade dos “grandes poderes econômicos”.

Essa forma de criminalidade é, talvez, a mais característica da modernidade líquida por conta da globalização, manifestando-se nas mais diferentes

formas de corrupção e violações a bens jurídicos, aproveitando-se do vazio de direito público que ocorre em dimensões internacionais.

Na ótica de Ferrajoli (2005), tal forma de criminalidade cresce em virtude do desenvolvimento de poderes absolutamente desregulados, cujos únicos objetivos são os lucros, bem como da quase absoluta ineficiência do dito “direito penal internacional”. Pelo que a história recente mostra, a tendência é uma linha cada vez mais tênue entre a criminalidade organizada (poderes abertamente criminais) e a criminalidade dos grandes poderes econômicos – isto é, os grandes conglomerados empresariais, cujas movimentações financeiras sejam relevantes para os sistemas econômicos dos Estados.

O desenvolvimento dessa forma de criminalidade traz consigo uma consequência que reflete diretamente o enfraquecimento do Estado-nação. Analisando-se os diversos ordenamentos jurídicos ocidentais, em grande parte deles encontra-se disposições expressas tratando da livre concorrência dentro dos estados nacionais. A Constituição Federal segue esse exemplo e dedica o seu Título VII para tratar exclusivamente de questões “Da ordem Econômica e Financeira”. Tais normatizações simbolizam que os estados constitucionais, inspirados no modelo liberal, buscavam semear em seu bojo uma competição sadia e livre entre diferentes empresas, sem privilegiar uma(s) em detrimento de outra(s).

Ocorre que, com os fenômenos característicos da modernidade líquida – principalmente a globalização, menor importância do espaço, maior avanço tecnológico, individualismo excessivo, dentre outros já destacados – essa dinâmica se inverteu. É nessa perspectiva que Ferrajoli (2005) vem afirmar que com a imensa expansão dos grandes conglomerados econômicos, hoje não é mais o Estado que coloca as empresas para concorrerem entre si no seu território. Hoje são as empresas que colocam os Estados a concorrerem entre si, de modo que, se as normas jurídicas de determinado país se mostram demasiadamente protecionistas e limitadoras das ações empresariais, as empresas simplesmente migram para outro lugar e lá se estabelecem. Seguindo essa perspectiva, teria havido uma reversão do princípio da livre concorrência. Não é mais o Estado que garante a livre concorrência entre as empresas. São as empresas que garantem a livre concorrência entre os Estados. Se um Estado não se mostra economicamente propício para a instalação das empresas, outro Estado se mostrará e lá as empresas serão instaladas.

Assim, tal fenômeno traria consequências deletérias para o Estado Democrático de Direito, porquanto os ordenamentos jurídicos estatais, enfraquecidos, pois necessitados das injeções econômicas proporcionadas pela instalação das empresas em seus territórios, terminariam “vendendo direitos”. É dizer, se determinado bem jurídico obstaculiza a atividade empresarial, o Estado mitigaria a sua proteção ou até mesmo poderia deixar de tutelá-lo.

Ferrajoli (2005) exemplifica, nessa linha, casos de lesões ao meio ambiente, a direitos trabalhistas, direitos de moradia, etc. Ademais, essa dinâmica é também bastante propícia para gerar crimes de corrupção, pois as empresas, com imenso capital financeiro, agem subornando agentes estatais para que permitam o exercício de sua atividade, ainda que ao arrepio de critérios técnicos¹⁹.

A despeito de o argumento de Ferrajoli ser válido, impende destacar que na realidade brasileira, nos últimos anos, haveria uma questão colateral de saber, efetivamente, onde teria se iniciado o ato de corrupção, se pelo agente político ou pelo agente econômico, pois no Brasil a criminalidade dos poderes econômicos e dos poderes públicos praticamente se confunde.

Essa segunda forma de criminalidade, embora seja derivada do crime organizado, dele se diferencia por não ter a violência como o seu *modus operandi* primário. Aqui, os atos criminosos também se originam de agentes privados, estranhos ao Estado, porém estes agentes não atuam de modo violento desde o início de suas ações criminosas. Embora seus atos possam se exteriorizar de forma violenta, esta não é a sua marca característica, que é a corrupção dos agentes públicos.

A criminalidade dos grandes poderes econômicos, portanto, surge no mundo empresarial, em virtude da total ausência de amarras às atividades econômicas e paulatinamente se infiltra no aparelho estatal, criando raízes no mundo político e potencializando ainda mais a perda de legitimidade do Estado que, atua cada vez mais distante de seus propósitos constitucionais.

Assim, para Ferrajoli (2005), o cerne da criminalidade econômica globalizada parece ser o verdadeiro “estado de natureza” das relações internacionais, onde o direito público ainda carece de efetividade. E na ausência de

¹⁹ Exemplo nesse sentido foi a chamada “Operação Carne Fraca”, que apurou o envolvimento de fiscais do Ministério da Agricultura e Abastecimento em um esquema de liberação de licenças e fiscalização irregular de frigoríficos.

limites e regras, a relação entre o Estado e os mercados se inverte. Não são mais os Estados que põem as empresas para competir, mas as empresas que põem os Estados a competirem entre si.

Exemplos de tal espécie de criminalidade seriam abundantes na atual realidade ocidental. Na atual realidade brasileira, o exemplo da Operação Lava Jato salta aos olhos. Conforme dados relatados pelo Ministério Público Federal (BRASIL, 2017), na referida operação, foram instaurados 1.765 processos, realizadas 844 buscas e apreensões, 210 conduções coercitivas, 97 prisões preventivas, 104 prisões temporárias, 6 prisões em flagrante, 158 acordos de colaboração premiada firmados com pessoas físicas, 10 acordos de leniência e 1 termo de ajustamento de conduta, 64 acusações criminais contra 281 pessoas (sem repetição de nomes), já havendo sentença em 31 das acusações por crimes contra o sistema financeiro internacional, de corrupção, tráfico transnacional de drogas, organização criminosa, lavagem de capitais, dentre outros. Até o momento, são 144 condenações, totalizando 1.464 anos, 11 meses e 25 dias de pena, 8 acusações de improbidade administrativa contra 50 pessoas físicas, 16 empresas e 1 partido político pedindo o pagamento de R\$14,5 bilhões. Os crimes já denunciados envolvem o pagamento de propina de cerca de R\$6,4 bilhões²⁰.

O poder econômico dessa forma de criminalidade é bastante elevado, ressaltando-se que praticamente não há distinção, no caso citado, entre a criminalidade dos poderes econômicos e a criminalidade dos poderes públicos, doravante tratada.

Se tal forma de criminalidade é potencializada pela ausência de normas de direito público na esfera internacional, conforme dados também fornecidos pelo Ministério Público Federal (BRASIL, 2017), não se pode olvidar que na própria Operação Lava Jato já foram firmados 183 pedidos de cooperação internacional, sendo 130 pedidos ativos para 33 países e 53 pedidos passivos com 24 países, o que ratifica parte da argumentação ora defendida de que, para que se faça um combate efetivo à criminalidade globalizada, a cooperação entre diferentes Estados é ferramenta importante, eis que é a ausência de regulamentação uniforme um dos fatores que parece potencializar a prática de tais condutas.

²⁰ Dados atualizados até 16 de junho de 2017.

Ademais, reforçando a identificação da operação Lava Jato com a forma de criminalidade que ora se fala, a lista de empresas envolvidas nas operações criminosas objeto de investigação é imensa, envolvendo nomes como Odebrecht, JBS, OAS, Andrade Gutierrez, Queiroz Galvão, Engevix, Toyo Setal, Camargo Corrêa, Mendes Júnior, dentre outras, e a infiltração de suas atividades criminosas nos poderes públicos é sinalizada pelas próprias doações realizadas a partidos políticos, de modo que, os maiores partidos políticos do Brasil, quais sejam, o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), juntos, receberam mais de R\$264 milhões somente na campanha de 2014 (MCN, 2017).

De forma assemelhada ao caso Lava Jato, inúmeros outros que demonstram a capilaridade da criminalidade dos poderes econômicos são facilmente encontrados no dia-a-dia brasileiro, sendo exemplos de criminalidade desta estirpe investigadas no ano de 2017 as seguintes: a operação Zelotes (aberta 2015, ainda em curso), que apura corrupção no Colegiado de Administração de Recursos Fiscais (CARF), envolvendo dezenas de grandes empresas, tais como Gerdau, Bradesco, Santander, Banco Safra, dentre outras; operação Carne Fraca (2017), envolvendo adulteração de carne para potencialização de lucros das maiores empresas do ramo no país, JBS e BRF; o Escândalo da compra de tornozeleiras eletrônicas no Rio de Janeiro; a Operação Eficiência (2017), investigando o recebimento de propinas do então governador do Estado do Rio de Janeiro; a Operação Carne Fria, envolvendo compra de gados de área desmatada no Estado do Pará; Operação Perfídia, envolvendo lavagem de dinheiro por agências de turismo; Operação Bullish, investigando irregularidades de empréstimos públicos ao frigorífico JBS, dentre infindáveis outras.

Quanto à criminalidade dos poderes públicos, terceira forma destacada por Ferrajoli (2005), esta não é, por assim dizer, filha legítima da era da globalização. Essa forma de criminalidade é bastante complexa e heterogênea, manifestando-se das mais diversas formas e nos mais variados graus. A linha que a separa da criminalidade dos poderes econômicos é estreitíssima, sendo difícil se fazer uma diferenciação em certas situações, porém, embora também organizada, aqui os atos de corrupção são originários de agentes públicos.

Aqui se tem uma forma mais complexa e de difícil percepção na realidade concreta, pois não há necessidade de infiltração ou mesmo de influência: o crime já

nasce dentro da esfera pública. Pela sua complexidade e heterogeneidade, o fenômeno da criminalidade dos poderes públicos exterioriza-se em diversas modalidades criminosas e, embora a mais comum seja a prática de atos de corrupção, normalmente com o desvio de verbas públicas para fins privados, nela não se esgota.

Na criminalidade dos poderes públicos – que no sentido dado por Ferrajoli (2005), parece englobar tanto a criminalidade praticada por agentes públicos contra o Estado, como a criminalidade do Estado contra os indivíduos –, seria o próprio Estado de Direito quem se encontraria diretamente ameaçado, porquanto a fratura é em seu alicerce, isto é, na estrutura principiológica sobre a qual se sustenta todo o ordenamento jurídico. Aqui, de forma camuflada e sorrateira, viola-se a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e todo o regime jurídico que sustenta a Administração Pública. Há a confusão do público com o privado.

Pode-se aqui, inclusive, fazer uma paráfrase do pensamento de Ferrajoli (2002) quando disserta acerca do princípio da publicidade. Ora, se para ele a publicidade seria uma garantia de segundo grau, pois é ela quem garante o cumprimento das demais garantias, pode-se dizer que aqui há uma “lesão de segundo grau” à democracia, eis que é o Estado o responsável por materializar as prescrições constitucionais e deveria fazê-lo por meio de todo o seu corpo administrativo. E, na medida em que esse próprio corpo administrativo age de maneira ilícita e violando as garantias que é responsável por construir, há um enfraquecimento do próprio alicerce do Estado, incapaz de garantir o mínimo que se espera.

No Brasil, os exemplos dessa forma de criminalidade também são corriqueiros, podendo-se citar crimes das mais diversas espécies, desde desaparecimentos forçados, como o Caso Amarildo, ajudante de pedreiro que desapareceu no ano de 2013 após ser detido por policiais militares na porta de sua casa, na Favela da Rocinha. Outro caso emblemático de desaparecimentos forçados é o caso da Dona Izildete, mãe de Fábio Eduardo Soares Santos que, junto com seu amigo Rodrigo, desapareceram após uma abordagem policial feita após terem saído de um bar no Bairro São Roque, no Rio de Janeiro, no ano de 2003. Não se pode deixar de mencionar ainda o famoso caso conhecido como Chacina do Acari, ocorrido no ano de 1990, onde 11 jovens, moradores da favela de Acari, foram sequestrados por um grupo de extermínio intitulado Cavalos Corredores, enquanto

se encontravam em um sítio passando o dia.

Ressaltando-se que os três casos acima não são isolados, destaca-se ainda, no que diz respeito à criminalidade dos poderes públicos, mas a espécie criminosa diversa, inúmeros crimes de corrupção que envolvem funcionários públicos brasileiros e não estão ligados a grupos econômicos, como os famosos casos de fraude à previdência Fundos de Pensão (2015), cujo prejuízo estimado pela CPI homônima foi de R\$3 bilhões e Jorgina de Freitas (1991), cujo valor desviado foi de R\$2 bilhões. Caso emblemático também foi o do Juiz Nicolau dos Santos Neto, em conluio com o ex-senador Luis Estevão, entre os anos de 1992 e 1998, quando se desviou mais de R\$150 milhões da construção do Tribunal Regional do Trabalho, em São Paulo. Quanto a este último caso, ressalte-se que somente no ano de 2016, quase duas décadas após a prática dos delitos, o ex-senador Luis Estevão foi definitivamente condenado.

Casos comuns de corrupção também envolvem as chamadas emendas parlamentares, onde membros do Legislativo negociam as suas emendas como mercadorias em troca de benefícios para si, seus partidos e grupos privados. Na história recente do Brasil, encontra-se também alguns exemplos desse tipo, como o caso da operação Navalha na Carne (2007), envolvendo inclusive o ex-governador do Maranhão, Jackson Lago, e o caso conhecido como Anões do Orçamento, na virada dos anos 1980 para os anos 1990, que terminou com a cassação de seis e a renúncia de quatro deputados, que desviavam recursos para entidades filantrópicas de propriedade de parentes seus ou de laranjas, bem como praticando outras formas de desvio. Outro relevante caso a ser destacado é o da chamada Máfia dos Fiscais (1998-2008), envolvendo a própria Câmara de Vereadores, bem como servidores públicos de São Paulo, onde comerciantes ambulantes eram obrigados a pagar propinas, sob ameaça de terem as suas mercadorias apreendidas.

Igualmente, o caso conhecido como Mensalão, que deu origem à Ação Penal 470 no Supremo Tribunal Federal, também é um clássico exemplo de criminalidade dos poderes públicos, eis que o caso foi marcado pelo pagamento de aproximadamente R\$30 mil mensais a parlamentares para votarem de acordo com os interesses do governo do Partido dos Trabalhadores, do então presidente Lula, estimando-se os gastos em aproximadamente R\$55 milhões.

Acerca de tais formas de criminalidade, Ferrajoli (2005, p. 76-77) acertadamente afirma que

[...] como todos os fenômenos criminais, este tipo de criminalidade é uma manifestação não somente de desvios sociais, mas também de desvios institucionais. É um sinal da patologia do ordenamento e [...] expressão degenerada de uma crise do Estado de Direito e da própria democracia.

Na linha de Ferrajoli (2005), a grande ameaça que a criminalidade do poder apresenta na atualidade é que, diferentemente de outrora, onde o fenômeno do crime era associado exclusivamente a questões de pobreza e miséria, sendo os seus atores principais indivíduos desprivilegiados financeiramente e marginalizados, na atualidade, essa “criminalidade menor” existe, mas comandada por uma “criminalidade maior”, composta por grupos altamente privilegiados em questões econômico-financeiras.

Como tais grupos possuem imenso poder econômico e estão infiltrados nas instituições do Estado, o combate a essa forma de criminalidade é bastante difícil, eis que traz consigo a marca do ardid e do estratagema, sendo uma criminalidade oculta, que se manifesta em números e não em sangue. Houve, portanto, uma mudança profunda na composição social do crime. Não é que a criminalidade menor não mais exista, pelo contrário, existe e aumenta a cada dia, mas também aumenta a cada dia a sua relação de dependência com a criminalidade organizada.

A criminalidade menor, assim, serviria a um duplo propósito das elites que comandam a criminalidade organizada: de um lado, servem de massa de manobra para aquela, praticando as condutas mais perceptíveis aos olhos do cidadão comum e, de outro, ao praticarem tais condutas mais explícitas, terminam servindo de escudo às elites dirigentes do crime, na medida em que os clamores por proteção normativa são, cada vez mais, clamores de segurança pessoal contra a criminalidade menor, enquanto isso, a criminalidade organizada cresce a cada dia e o Estado, premido por um expansionismo míope, equivocadamente direcionado, é cada vez mais ineficiente no seu combate.

3.1.3 A questão penal

Às mudanças na conjuntura social e criminal ocorridas com a globalização, o Direito Penal não parece ter reagido da forma mais adequada, sendo não só necessária, mas urgente, a reflexão acerca da adoção de novas técnicas de

tutela e garantia para que haja uma mudança nesse quadro de ineficiência pelo menos para as próximas gerações.

Ao invés de o Direito Penal seguir tendências jurídicas como a da inserção em seu bojo de noções relacionadas a direitos humanos ou mesmo questões pós-positivistas, com a aproximação de noções éticas, morais e humanísticas à norma, as recentes legislações ocidentais sinalizam o surgimento de um direito penal guiado pela política criminal do risco, calcada no medo e em uma equivocada concepção de segurança.

Nas últimas décadas produziu-se uma notória transformação regressiva no campo da chamada *política criminal* ou, mais precisamente, da *política penal*, pois do debate entre políticas abolicionistas e reducionistas, passou-se, quase sem solução de continuidade, ao debate da expansão do poder punitivo. Nele, o tema do *inimigo da sociedade* ganhou o primeiro plano de discussão (ZAFFARONI, 2014, p.13).

Seguindo-se a perspectiva de pensadores como Ferrajoli (2005) e Zaffaroni (2014), parece necessária, portanto, uma mudança de paradigma do Direito Penal para que este possa responder adequadamente aos problemas trazidos pela globalização.

Para Ferrajoli (2005, p. 78), o único passo já dado rumo a essa mudança de paradigma foi a criação do Tribunal Penal Internacional, para julgar crimes contra a humanidade, não havendo outra tendência digna de nota. A bem da verdade, o que se mostrou corriqueiro, em tempos recentes, foi o recrudescimento dos aspectos punitivos mais viscerais do Direito Penal, com uma tendência de aplicação mais rígida e radical.

Produziu-se, pelo contrário, uma acentuação das tradicionais características irracionais e classistas do Direito Penal. Com o crescimento das desigualdades econômicas, deu-se um aumento da criminalidade de rua e conjuntamente um endurecimento das características seletivas e anti-garantistas da repressão penal, que golpeia, inclusive mais duramente que no passado, os grupos mais pobres e marginalizados, como os dependentes químicos, os imigrantes ou os desempregados (FERRAJOLI, 2005, p. 78)²¹.

²¹ Tradução livre de: “Se ha producido, por el contrario, una acentuación de las tradicionales características irracionales y classistas del derecho penal. Con el crecimiento de las desigualdades económicas se ha determinado un aumento de la criminalidad callejera y conjuntamente un endurecimiento de las características selectivas y anti-garantistas de la represión penal, que golpea, incluso más duramente que en el pasado, a los grupos más pobres y marginados, como los tóxicodependientes, los inmigrantes o los desempleados” (FERRAJOLI, 2005, p. 78).

Levando-se em conta esse maior clamor por recrudescimento, identificado tanto por Ferrajoli (2005, p. 78), como por Zaffaroni (2014, p. 15-16), emerge o fenômeno do expansionismo penal, caracterizado pela inflação normativa, levando à sobrecarga do sistema penal como um todo, o que potencializa os efeitos negativos da globalização, na medida em que as forças do Judiciário, que deveriam estar concentradas no combate ao desenvolvimento da criminalidade organizada, terminam por gastar tempo, dinheiro e energia no combate a uma criminalidade menor.

A legislação de combate às drogas é um bom exemplo nesse sentido. Segundo os dados mais atualizados do Ministério da Justiça²², por meio do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, 28% das sentenças de pessoas presas no Brasil envolviam crimes previstos na Lei de Drogas, ficando tal lei atrás somente dos crimes contra o patrimônio, que totalizam 46%. Contudo, quando se verifica a distribuição das sentenças de crimes em espécie tentados ou consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade, o crime de tráfico de drogas encontra-se na primeira posição, também com 28% do total de presos (BRASIL, 2014, p. 33-34). Na percepção de Ferrajoli (2005), com a qual se concorda, as legislações de combate às drogas são fatores criminógenos na medida em que alimentam tanto a chamada micro-criminalidade (criminalidade de rua, de subsistência), como a macro-criminalidade, dando força às organizações do narcotráfico internacional.

O problema das drogas é emblemático, pois há sanções severas e não há diminuição, mas aumento, de crimes e de violência, o que sinaliza que o Direito Penal não é a forma mais eficiente de combate a tais condutas desviadas. A bem da verdade, a função do Direito Penal aqui seria somente a de impedir as violências derivadas de vingança, pois a sua efetividade para a diminuição da quantidade de crimes relacionados a drogas vem sendo praticamente nula.

O resultado desta bancarrota é o *Direito penal máximo*, desenvolvido fora de qualquer desenho racional e por isso em crise frente a todos os princípios garantistas clássicos de legitimação: o princípio da taxatividade das figuras do delito e com ele da certeza do Direito Penal; o princípio da ofensividade e o da proporcionalidade das penas; a obrigatoriedade da ação penal, a centralidade do contraditório e o papel do processo como instrumento de verificação dos fatos cometidos e não como penalização preventiva; por fim, a eficiência da máquina judicial, inundada de processos

²² Os dados mais atualizados são de dezembro do ano de 2014.

inúteis e custosos, cujo único efeito é ofuscar o limite entre o lícito e o ilícito e tomar tempo e recursos das investigações mais importantes, destinadas cada vez mais a essa forma sub-reptícia de anistia que é a prescrição. (FERRAJOLI, 2005, p. 79-80)²³.

Diante do direito penal máximo, enfraquecem-se as bases do sistema penal como um todo, tornando-se este incapaz de cumprir com o seu desiderato, qual seja, o de minimizar a violência. Outrossim, desenvolve-se um terreno fértil para a insegurança jurídica, eis que a maior inflação normativa gera mais conflitos, mais incerteza quanto ao real conteúdo das normas e, com isso, maior poder jurisprudencial, abrindo espaço para fenômenos como o do solipsismo judicial, situação na qual o juiz confunde o conteúdo da lei, com a sua opinião acerca da lei, enfraquecendo-se sobremaneira o princípio da legalidade.

“O colossal incremento da criminalidade, derivado sobretudo do modelo socioeconômico injusto, vem gerando uma forte demanda de ‘políticas criminais duras’ (que têm por base o mito da eficiência da repressão penal)” (GRINOVER et al., 2005, p. 47). O cumprimento inadequado de suas funções, por parte do Direito Penal, leva ainda à política criminal do risco, em que a noção de segurança é reduzida a segurança policial, não compreendendo questões de segurança social, refletindo na ação do administrador, que deixa de implementar políticas sociais inclusivas, para recrudescer penas, esquecendo-se que o Direito Penal é, por si só, um instrumento de exclusão (BAUMAN, 2000) e, por isso, de intervenção mínima. Há um aumento das funções policiais e uma redução das funções sociais do Estado.

Tendo em vista tais circunstâncias, é pertinente um estudo mais detido do fenômeno do expansionismo penal, bem como de suas principais manifestações nas democracias ocidentais.

²³ Tradução livre de: “El resultado de esta bancarrota es un *Derecho penal máximo*, desarrollado fuera de cualquier diseño racional y por ello en crisis frente a todos los principios garantistas clásicos de legitimación: el principio de taxatividad de las figuras del delito y con ello de certeza del Derecho Penal; el principio de ofensividad y el de proporcionalidad de las penas; la obligatoriedad de la acción penal, la centralidad del contradictorio y el papel del proceso como instrumento de verificación de los hechos cometidos y no como penalización preventiva; en fin, la eficiencia de la maquinaria judicial, inundada de procesos inútiles y costosos, cuyo único efecto es ofuscar el confin entre lo lícito y lo ilícito y quitar tiempo y recursos a las investigaciones más importantes, destinadas cada vez más a esa forma de sub-reptícia aministía que es la prescripción” (FERRAJOLI, 2005, p.79-80).

3.2 O Direito Penal “clássico”, o Direito Penal moderno e o expansionismo

Corruptissima re publica plurimae leges ou “Muitas são as leis quando o Estado é corrupto” (TACITUS, 1906, p. 91)²⁴. Embora o fenômeno do expansionismo penal que aqui se analisará seja recente, a percepção de Tácito no *Liber Tertius* já ilustrava que o fenômeno da inflação normativa, por si só considerado, já simboliza certa ineficiência estatal, pois, quando o Estado é incapaz de fazer cumprir adequadamente as suas leis, as violações ocorrem em maior monta e a resposta acaba sendo a criação de mais leis.

De outro lado, desde o século XVIII, Cesare Beccaria (2013, p. 155-159) já advertia, no §XXXV do clássico “Dos delitos e das penas”, que leis que não são fortes por si mesmas, não devem ser promulgadas, pois as leis inúteis contaminam as próprias leis úteis, que passam a ser vistas mais como um obstáculo a vencer que como algo que protege a tranquilidade da ordem pública. As leis inúteis levam os homens a terem menos veneração pelas leis que são verdadeiramente úteis.

É de se ressaltar que, na perspectiva de Beccaria (2013, p. 30), o Direito Penal era uma reação ao absolutismo reinante, fazendo-se “[...] mister defendê-lo das usurpações privadas de cada homem em particular, que procura sempre retirar do depósito a própria porção e a dos outros”, eis que, na dinâmica absolutista, a aplicação da norma penal não seguia critérios técnicos, dependendo da total arbitrariedade do soberano. Foi nesse contexto que se iniciou o estudo do Direito Penal. Em outras linhas, pode-se afirmar que a função originária do Direito Penal era a de controlar o poder do soberano de limitar a liberdade do súdito, impedido que este tivesse a sua liberdade, bem jurídico caríssimo, privada pela simples vontade daquele.

Não deixa de ser um paradoxo que, após desenvolvimento das democracias, da ideia de constitucionalismo e com o avanço da modernidade, tenha-se chegado em um ponto em que são os próprios cidadãos – embora não mais súditos –, que desejam que as suas liberdades sejam gradativamente limitadas com um recrudescimento do Direito Penal. Por essa razão, quando disserta acerca da presença do chamado inimigo no Direito Penal, Zaffaroni (2014, p. 24) adverte que para se postular a recusa à rotulação de certos indivíduos como inimigos, é

²⁴ Tradução livre de: “[...] laws were most numerous when the commonwealth was most corrupt.” (TACITUS, 1906, p. 91).

necessário, antes de tudo, perceber-se que o conceito de inimigo é um “[...] obstáculo do pensamento pré-moderno arrastado contraditoriamente pela modernidade.”

Por outro lado, a percepção da ocorrência do fenômeno expansionista e a aceitação da noção de que a limitação excessiva da liberdade atenta contra o alicerce do Estado de direito alimenta inúmeras discussões acadêmicas que defendem a adoção de um Direito Penal Mínimo. É nessa linha o pensamento de autores como Ferrajoli (2002; 2005; 2007) e os chamados frankfurtianos (HASSEMER, 2013). É de se ressaltar, contudo, que a delimitação do que seria o Direito Penal Mínimo é dificultosa na medida em que, embora todas as propostas tenham em comum um papel diminuído do Direito Penal, partem de diferentes premissas e possuem alcances e significados diferentes (SILVA SANCHÉZ, 2013, p. 26).

Apesar da referida polissemia, não se pode deixar de destacar que todas as teorias que defendem uma redução em alguma medida do Direito Penal têm como ponto de partida o *status quo* das legislações penais ocidentais, que se encontram em um estágio inflado. Inúmeras situações sinalizam que se está em uma fase de expansão do direito penal, notadamente quando se percebe hodiernamente a introdução de novos tipos penais, a flexibilização das noções de dolo, a crescente criação das chamadas normas penais em branco, o incremento nos chamados crimes de perigo, a flexibilização de garantias processuais no bojo de um processo. Enfim, inúmeros fatos apontam para uma tendência de crescimento do Direito Penal. As legislações da maioria dos Estados Constitucionais ocidentais, aí inclusa a legislação brasileira, aponta para um movimento do Direito Penal, outrora de *ultima ratio*, para um direito de *prima ratio*.

Nessa linha, Hassemer (2003, p.145) identifica que, enquanto o chamado Direito Penal “clássico” possuía em seu cerne as noções de determinação, representada pelo princípio da legalidade, de subsidiariedade, representada pelo princípio da intervenção mínima, e a noção de dano como sendo a forma normal de comportamento delitivo, o Direito Penal atual – o qual ele denomina moderno – afasta-se desse centro ideal com uma velocidade cada vez mais crescente.

O Direito Penal “clássico”, na perspectiva de Hassemer (2003, p. 147), eis que de fundamento iluminista, girava em torno da própria ideia de contrato social e, nesse contexto, três características dali emergiam: primeiramente, “somente pode

valer como ato punível a lesão às liberdades asseguradas pelo contrato social”, logo somente lesões palpáveis a bens jurídicos poderiam ser criminalizadas; em segundo lugar, “os limites da renúncia à liberdade contratual devem ser compostos de modo absoluto”, logo todas as limitações à liberdade aceitas pelo indivíduo quando do contrato social não podem estar sujeitas a revisões posteriores, isto é, não podem depender da interpretação de um terceiro, seja Judiciário ou Executivo, é o princípio da legalidade; em terceiro lugar, “o Estado é uma instituição derivada dos direitos dos cidadãos e deve fundamentar-se e limitar o seu poder pelos direitos dos cidadãos”, nessa linha, são os direitos do indivíduo o norte quem determinam a dinâmica de funcionamento do Direito Penal, dando espaço ao surgimento de noções como o *in dubio pro reo*, ampla defesa, contraditório, dentre outros.

Pela concepção clássica o Direito Penal é, na verdade, um meio violento, mas é ao mesmo tempo um instrumento da liberdade civil. É, por isso, irrenunciável para o convívio dos homens e deve, sem dúvida, ser colocado na corrente, pois não pode se tornar independente. Não é nenhum passaporte, mas apenas o último meio (*ultima ratio*) de solução dos problemas sociais. (HASSEMER, 2003, p. 147).

O Direito Penal moderno rompe com a tradição ao aplicar as noções clássicas, mas de forma diferenciada, assim possuindo como principais características a proteção dos bens jurídicos, a prevenção e a orientação pelas consequências. Enquanto no Direito Penal “clássico” a proteção dos bens jurídicos era um critério negativo, no Direito Penal moderno, essa proteção se transforma em um critério positivo, é dizer: enquanto no Direito Penal “clássico” a proteção de certos bens jurídicos impedia a criação de figuras criminosas, no Direito Penal moderno a mesma proteção é o que justificará a criação de figuras criminosas.

Essa mudança de concepção da noção de proteção a bens jurídicos reflete na segunda característica apontada por Hassemer (2003) no Direito Penal moderno, a prevenção. Enquanto no Direito Penal “clássico” a prevenção era um aspecto secundário, passa a ser o norte no Direito Penal moderno, sendo exemplos dessa dinâmica a exacerbação de penas, o aumento dos meios de coação na instrução penal, “o fim parece consagrar gradativamente os meios” (HASSEMER, 2003, p. 148), o que desemboca na terceira característica do Direito Penal moderno, que é a orientação pelas consequências, que passa a estabelecer o Direito Penal como instrumento pedagógico, cuja função passa a ser a de atrair a atenção da

população para a importância de determinados bens jurídicos – Hassemer (2003) aponta o meio ambiente e as questões de violência contra mulheres, reforçando o que se falou acima no sentido de que há uma tendência de transformação do Direito Penal de *ultima* em *prima ratio*.

Em resumo, a “dialética da modernidade” leva a que o Direito Penal se desenvolva como um instrumento de solução dos conflitos sociais, o qual, de acordo com a percepção pública, não se distingue mais, por um lado, pela sua utilidade e, por outro, pela sua gravidade, dos outros instrumentos de solução dos conflitos; o Direito Penal, apesar dos seus instrumentos rigorosos, torna-se um *soft law*, um meio de manobra (*Steuerung*) social. As expectativas de solução dos problemas, que se dirigem ao Direito Penal, explodem; e visto deste modo, o Direito Penal torna-se, quanto às expectativas, algo “novo” (HASSEMER, 2003, p. 149).

A partir dessa mudança de papel em sua vertente “clássica” para a sua vertente moderna que se começa a compreender mais adequadamente o fenômeno do expansionismo penal. Embora Hassemer (2003) fale acerca da Alemanha, pensa-se que as suas reflexões se aplicam parcialmente também ao Brasil. Assim, a política criminal que parece guiar o legislador, em ambos os países, é a da criminalização, e não a da descriminalização, o que é reforçado pela própria atuação legislativa, que se direciona mais à legislação especial e complementar, com a criação de novas figuras criminosas, que propriamente à parte geral do Código. De outro lado, essa criminalização, ao contrário do que ocorria em momentos anteriores, em que se buscava proteger primordialmente bens jurídicos individuais, dá-se também com a criação de figuras criminosas que tutelam as próprias instituições. No Brasil, são exemplos dessa espécie de criminalização os chamados crimes vagos (a exemplo dos crimes contra a saúde pública, contra a incolumidade pública, contra a paz pública, contra a fé pública, dentre outros).

Ademais, como já exposto, enquanto antes a figura delitiva era relacionada às condutas que efetivamente lesavam e causavam danos ou, pelo menos, perigos reais e imediatos de lesão a bens jurídicos, tem-se o surgimento gradativo dos chamados delitos de perigo abstrato, caracterizados pela antecipação da punição, eis que o legislador já presume que determinado comportamento é perigoso e, por isso, merece punição, antes mesmo de qualquer bem jurídico ser efetivamente colocado em risco. Torna-se desnecessária, para a configuração do delito, a demonstração do nexos de causalidade entre a conduta e o resultado lesivo, porque este não precisa existir.

Os bens jurídicos universais e os crimes de perigo abstrato, como instrumentos da moderna legislação penal, levam consigo ainda um outro problema, o qual não se deve estimar como insignificante. Se se trabalha nos âmbitos mencionados com os referidos instrumentos penais, então se reduz, a longo prazo, a clareza e a percepção do injusto. As descrições dos delitos do moderno Direito Penal são orientadas pela criminalidade absolutamente sem vítimas ou com vítimas rarefeitas. Não se exige mais um dano. O injusto não é mais do que o resultado de uma pura avaliação técnica. Deve-se refletir se a visibilidade do injusto – inclusive aos olhos do povo – é e deve continuar sendo um critério do Direito Penal, do que de um âmbito especial do Direito. (HASSEMER, 2003, p. 151).

Ao se efetuar essas modificações no Direito Penal, é patente que este se aproxima muito mais dos demais ramos do Direito, notadamente o Direito Administrativo, reforçando a menor importância que se passa a dar à noção de intervenção mínima.

Essa mudança de função do Direito Penal que leva à inflação normativa termina por potencializar o seu déficit de efetividade, seja pelo abarrotamento de processos que ocorre na justiça criminal, seja pela maior punição à criminalidade menor e a maior impunidade à criminalidade maior, bem como a sua própria perda de legitimidade, na medida em que o resultado de aplicação da norma gera situações injustas e desproporcionais, levando o Direito Penal a descrédito diante dos indivíduos, bem como ao seu uso meramente simbólico.

Como já dito, Hassemer (2013) identifica tais problemas no ordenamento alemão, país mais avançado em termos sócio-econômicos que o Brasil. No Brasil, outro efeito deletério desse Direito Penal expandido é a superlotação e a má condição dos presídios, que termina por gerar uma espécie de reação em cadeia, na qual a aplicação do Direito Penal com premissas mais largas gera um maior número de leis, que gera um maior número de transgressões, que gera um maior número de prisões, que gera um maior número de crimes, reiniciando-se o ciclo com a criação de novas leis.

A realidade parece demonstrar que o Estado brasileiro potencializa os problemas destacados por Hassemer (2013) quando, diversamente da Alemanha, não possui sequer o mínimo de estrutura suficiente para a adoção de um Direito Penal expandido, de modo que as más condições das prisões tornam as consequências do expansionismo ainda mais graves.

[...] há indícios consistentes de que o tratamento desumano conferido aos presos pelo sistema prisional brasileiro acaba por contribuir para o incremento da criminalidade e da violência urbana. Essa relação pode ser

observada em ao menos duas circunstâncias diversas: no grande número de crimes graves adicionais cometidos por suspeitos, na tentativa de evitarem a prisão, e nos níveis altíssimos de reincidência verificados no Brasil. (BARCELLOS, 2010, p. 57).

Os problemas que Hassemer (2013) destaca como característicos ao Direito Penal moderno não se limitam ao direito material, possuindo também reflexos no Direito Processual Penal. Assim, às exigências de expansão do novo Direito Penal, emergem também novas demandas no processo penal, notadamente a maior flexibilização das garantias processuais penais, de modo que “[...] os princípios diretivos da legislação não são as limitações no combate ao crime, senão, ao contrário, a sua efetivação e a redução dos custos do sistema da justiça criminal” (HASSEMER, 2013, p. 39).

Exemplos dessas modificações no processo penal não faltam. Tem-se um inquérito policial com feições inquisitivas mais acentuadas, com a presença de meios de obtenção de prova secretos e temporalmente mais dilatados e que, inclusive, podem legitimamente servir para incriminar terceiros não diretamente relacionados ao fato que ensejou o início da diligência. É o caso, por exemplo, do instituto da serendipidade. Ademais, emergem também cada vez mais presentes as noções de justiça consensuada, notadamente de institutos como o chamado *plea bargaining*, do modelo de justiça negociada, onde não se pode deixar de observar que há uma clara flexibilização dos meios de defesa do acusado²⁵.

Diante desse contexto de aporias enfrentadas pelo Direito Penal moderno, aporias que são potencializadas em países em desenvolvimento, como o Brasil, Hassemer (2003, p. 156) propõe uma solução concreta, que seria um retorno ao Direito Penal “clássico”, retirando-se a modernidade do Direito Penal. Assim, ter-se-ia um “Direito Penal nuclear” (*Kernstrafrecht*), de bases clássicas, com criminalizações dos bens jurídicos individuais clássicos, bem como dos perigos visíveis e reais (crimes de perigo concreto). Quanto aos chamados bens jurídicos universais, Hassemer (2003) reconhece que diante da complexidade social atual, não pode o Direito Penal renunciar a eles, todavia, defende a sua formulação da forma mais precisa possível, bem como funcionalizá-los conforme os bens jurídicos individuais.

²⁵ Nesse sentido, sobreleva ressaltar que, quanto ao modelo consensuado de justiça, no Brasil, adota-se tão somente o chamado modelo pacificador ou restaurativo, de modo que o modelo de justiça negociada, característico do sistema norte-americano com o instituto do *plea bargaining*, não é aplicado no ordenamento brasileiro.

É nesse prisma de reformulação do Direito Penal moderno que Hassemer (2003) defende o surgimento de um “Direito de Intervenção”, localizado entre o Direito Penal e o direito dos ilícitos administrativos, entre o Direito Civil e o Direito Público. Esse “Direito de Intervenção” reprimiria vários atos que foram incorporados e geraram a expansão do Direito Penal, mas, por não impor penas tão graves quanto as deste ramo do Direito, relativizaria as garantias processuais (HASSEMER, 2003, p. 156).

A despeito das advertências de Hassemer (2013), o que se percebe é que o movimento expansionista não dá sinais de regressão. A priori, notadamente diante das questões sociais destacadas no capítulo anterior, o que se percebe é que há um clima de apoio a institucionalização dessa forma mais expansiva de Direito Penal.

Sem um “clima” de proteção e de apoio o moderno Direito Penal não pode se manifestar de forma tão poderosa, equilibrada e tranquila. Este clima favorece o Direito Penal como instrumento efetivo na assimilação dos modernos problemas, desde a destruição do meio ambiente e o abuso do sistema social até à dependência de drogas. Em face dos grandes e tormentosos problemas sociais, no atual discurso político o Direito Penal vige não mais como *ultima*, senão como *prima* ou até mesmo *sola ratio*. (HASSEMER, 2013, p. 40).

O que Hassemer (2005) chama de Direito Penal moderno, portanto, termina por avançar no sentido de sua modernização por conta de haver clamores sociais nesse sentido, ainda mais quando se percebe que o uso do Direito Penal vem ganhando ainda uma função simbólica cada vez mais presente. Assim, o legislador cria novas figuras criminosas sem verificar a sua necessidade ou a sua real efetividade no combate ao crime, mas simplesmente para transmitir e demonstrar à opinião pública a “[...] aparência de efetividade e proteção social [...] que o legislador satisfaz uma ‘necessidade de ação rápida e eficaz’” (HASSEMER, 2005, p. 115).

Importante ressaltar também que, em sentido semelhante, Silva Sánchez (2013, p. 29-30) afirma que a expansão do Direito Penal, embora tenha como uma das causas uma espécie de

[...] perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico [...] o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade”, [esta não é a única causa exclusiva do movimento expansionista, havendo] [...] causas mais profundas, que fundam suas raízes no modelo social que vem se configurando [...] na consequente

mudança da expectativa que amplas camadas sociais têm em relação ao papel que cabe ao Direito Penal.

Assim, de um lado, não se pode olvidar o papel do chamado populismo punitivo (SILVA SÁNCHEZ, 2009) no recrudescimento do Direito Penal. De outro, a própria ordem social, com maiores clamores por segurança, também é fator que contribui para tal expansão. Ambos, tanto o populismo punitivo, como os clamores sociais de segurança, potencializados – se não criados, pela conjuntura da globalização.

O populismo, com “[...] o apelo à força regeneradora do mito [...] está latente mesmo na sociedade mais articulada e complexa, para além da sistematização pluralista, pronto a materializar-se, de um instante para o outro, os momentos de crise” (INCISA, 2007, p. 986). Desta maneira, diante do momento de aparente crise do poder político do Estado diante do fenômeno da globalização, o populismo penal ganha espaço, buscando acalmar os ânimos e demonstrar à sociedade que o Estado não é indiferente aos seus anseios. O populismo penal é marcado por um hiperpunitivismo baseado no senso comum, nos anseios populares, nas demandas populares de segurança em virtude do medo do delito, e emerge como uma solução para o problema da criminalidade. O populismo na esfera penal é, portanto, um discurso que trabalha com o inconsciente coletivo, caracterizando-se pela manobra da vontade das massas (GOMES; DE ALMEIDA, 2013).

Diante do fenômeno do populismo penal, dos clamores sociais exacerbados e mesmo da já relatada conjuntura da globalização, mostra-se pertinente o debate acerca de algumas das causas principais do expansionismo penal, a fim de que se possa, posteriormente, debater de forma mais apropriada a função que o Direito Penal ocupa e a que ele deveria ocupar no seio da ordem social, bem como a eventual necessidade de sua reformulação.

3.3 Fatores potencializadores da hipertrofia

A já relatada relação entre a globalização e o direito potencializa o fenômeno do expansionismo, na medida em que, como já se asseverou, traz uma criminalidade globalizada contra a qual o Estado, limitado ao território, não conseguiu ainda combater adequadamente. Ademais, as características da ordem social identificadas por Bauman (2001; 2003; 2007), notadamente as questões

referentes à ética pós-moderna, ao combate entre o indivíduo e o cidadão e o divórcio entre o poder e a política, são também fatores que potencializam a expansão penal.

Todavia, embora a globalização e a sociedade líquida potencializem o expansionismo e deem ares de progressão geométrica à inflação normativa pela qual passa o Direito Penal, não são elas as causas, os verdadeiros porquês do fenômeno expansionista. Assim, inúmeros outros fatores são também responsáveis pelo surgimento do referido fenômeno. Sem a pretensão de esgotar todos eles, é oportuna uma breve discussão acerca das causas do fenômeno expansionista.

Destarte, se o objetivo do Direito Penal “clássico” era a proteção do cidadão diante do arbítrio estatal, protegendo os seus bens jurídicos mais caros, não se pode deixar de observar que, com o regular avanço da sociedade, notadamente com as mudanças nos modos de vida e na própria estrutura social, é natural que certos bens jurídicos tenham uma valoração maior, eis que não representavam preocupação para o cidadão de outrora.

A expansão, portanto, ao menos até certo ponto, era um fato aceitável pelo próprio decurso do tempo e pela aparição de novos bens jurídicos ou pelo ganho de importância de outros. Assim, como identifica Silva Sánchez (2013), o Direito Penal não poderia ficar engessado, devendo, de fato, regular novas realidades que não existiam em outros tempos, bem como não podendo deixar passar que novos bens jurídicos possuem uma necessidade mais urgente de proteção quando comparados ao passado, como no caso do meio ambiente. Assim,

[...] o que interessa ressaltar neste momento é tão somente que existe, seguramente, um espaço de ‘expansão razoável’ do Direito Penal, ainda que, com a mesma convicção próxima da certeza, se deva afirmar que também se dão importantes manifestações da ‘expansão desarrazoada’ (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 34).

O próprio avanço tecnológico também é um dos diversos fatores causadores da expansão do Direito Penal na contemporaneidade, eis que, embora tenha trazido o desenvolvimento, trouxe também novos riscos. É a chamada “sociedade de risco”, assim chamada por Beck (2002) e já trabalhada em tópicos anteriores. O reflexo dessa dinâmica de riscos no Direito Penal pode passar despercebido à primeira vista, contudo, essa ordem social marcada pelo risco influencia de diversas formas na aplicação do Direito Penal.

Na sociedade de risco, a preocupação com o futuro domina os debates públicos. Os avanços trazidos pela assim chamada primeira modernidade foram tão grandes que ela mesma produziu instrumentos e criou situações que oferecem grande potencial lesivo para toda a sociedade. Nessa linha, o grande avanço tecnológico trouxe consigo uma menor dificuldade para causar uma destruição ou um dano de grandes proporções. Como esse dano de grandes proporções poderia acabar com a própria ordem social, desloca-se o objetivo e a dinâmica do próprio Direito da punição de um ato efetivamente praticado para a punição de uma conduta arriscada, mas que não necessariamente produziu efeito concreto algum. Em uma analogia simplista, é como dizer que o homem do início do século XX, isoladamente enquanto indivíduo, dificilmente teria condições de causar um dano irreversível à sociedade. O homem do século XXI, por outro lado, a depender da função que ocupe, com o apertar de um botão pode causar danos de proporções imensuráveis, como no caso da energia nuclear, dos danos ambientais, dentre outros.

Para o Direito Penal, a noção de sociedade de risco representa que, enquanto antes se olhava para trás, para o passado, para o dano produzido, atualmente tem-se um Direito que olha para frente, que tem as suas normas criadas no sentido de evitar lesões que possam vir a ser causadas e cujos efeitos possam ser deletérios.

Sociedade de risco significa: o passado perdeu seu poder de determinação sob o presente. Entra em seu lugar o futuro – ou seja, algo que não existe, algo fictício e construído – como a causa da vida e da ação do presente. Quando falamos de riscos, discutimos algo que *não* ocorre mas que *pode* surgir se *não* for *imediatamente* alterada a direção do barco. Os riscos imaginários são o chicote que fazem andar o tempo presente. Quanto mais ameaçadoras as sombras que pairarem sobre o presente anunciando um futuro tenebroso, mais fortes serão os abalos, hoje solucionados pela dramaturgia do risco. (BECK, 1999, p. 178).

Três exemplos são emblemáticos nesse sentido. Em primeiro plano, tem-se o que Silva Sánchez (2013, p. 35-36) chama de “risco de procedência humana como fenômeno social estrutural”, isto é, grande parte dos riscos advém do fato de que os avanços tecnológicos foram tão grandes que uma única pessoa tem a capacidade de, com a sua conduta, causar um dano de proporções cataclísmicas. Logo, tal situação exige uma regulação jurídica e se busca no Direito Penal uma resposta. Outro exemplo é que esses novos avanços tecnológicos modificaram sobremaneira a dinâmica de cometimento e modo de execução dos crimes

tradicionais, com o surgimento de novas formas, como é o caso dos chamados cibercrimes, cuja dinâmica de punição é relativamente dificultosa porque aqui há o problema da ausência de território, o crime praticado na internet é um crime praticado em todo lugar, mas ao mesmo tempo em lugar nenhum. Por fim, novamente me virtude das elevadas situações de risco, há todo um novo debate no que diz respeito à própria noção de crime culposos, haja vista o fato de que, determinados atos praticados por negligência, imprudência ou imperícia, ainda que não tenha havido uma finalidade ilícita, também podem trazer efeitos de proporções muito grandes e, por isso, exigiriam uma punição mais elevada. É desse debate que emergem os debates que giram em torno das noções de risco permitido e risco proibido, relacionados à própria teoria da imputação objetiva.

A sociedade atual, pós-industrial, embora marcada por ser uma sociedade de risco, é também uma sociedade de extrema incerteza, uma sociedade que institucionaliza a insegurança. E um dos fatores que contribui para essa institucionalização da insegurança é um dos grandes paradoxos da sociedade líquida. Expôs-se acima o fenômeno do combate entre o indivíduo e o cidadão, analisado por Bauman (2001). Segundo essa análise, a sociedade pós-industrial – por Bauman (2001) chamada repetidamente de sociedade de consumo – teria trazido como efeito um esvaziamento do homem-cidadão, que se realizava no seio da comunidade, fortalecendo o individualismo, a noção de homem independente, preocupado somente com o seu próprio destino, indiferente aos seus pares. Apesar dessa individualização, a complexidade das relações sociais na sociedade líquida é tamanha que, a cada dia, a vida e os caminhos de um indivíduo irradiam cada vez mais efeitos na vida dos outros. A incolumidade dos bens jurídicos de uma pessoa passa, então, a depender cada vez mais de condutas cuidadosas de outras. Passa-se a exigir dos indivíduos o cumprimento de cada vez mais deveres, sempre no sentido de evitar a produção de danos nas individualidades alheias. No Direito Penal, esse fenômeno termina por desaguar em uma criminalização cada vez maior das condutas omissivas, o que representa também uma mudança de parâmetro do Direito Penal moderno, quando comparado ao Direito Penal “clássico”.

Há autores que defendem, inclusive, que os delitos omissivos, ao consubstanciarem na violação de um dever de agir, são o novo paradigma do conceito de delito:

Já não é a mera omissão de se ingerir nas esferas alheias de liberdade o que livra o cidadão do Direito Penal, senão somente o agir positivo, que se ocupa de cumprir corretamente o próprio dever de se organizar para um comportamento minimizador do risco. (GÜNTHER, 2000, p. 504)²⁶.

É importante ressaltar, contudo, que essa conjuntura complexa que configura a sociedade líquida – ou sociedade de risco, não se limita às questões trazidas pelos avanços tecnológicos, possuindo outra face e também compreendendo questões oriundas do próprio processo de crise do Estado e do fenômeno da globalização, como as imensas desigualdades sociais e os bolsões de pobreza, que são também fatores criminógenos e que potencializam fenômenos como o da criminalidade de subsistência, também chamada de criminalidade de rua e de criminalidade de massas. “O fenômeno da ‘criminalidade de massas’ determina que o ‘outro’ se mostre muitas vezes, precisamente e, sobretudo, como um *risco*, o que constitui a outra dimensão (não tecnológica) de nossa ‘sociedade de risco’” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 40).

Essa outra face de manifestação do risco também é causadora da hipertrofia expansionista do Direito Penal porque reforça padrões que potencializam o surgimento de políticas criminais como a da *Law & Order* (“Lei e Ordem”), que endossava uma maior atuação policial, e as correspondentes *Broken Windows Theory* (“Teoria das Janelas Quebradas”) e política da Tolerância Zero, políticas criminais que caminham na direção de um direito penal máximo, ao sugerirem um alargamento do espectro de incidência do Direito Penal a infrações de menor lesividade, sob o argumento de que, punindo infrações menores, estar-se-ia prevenindo a prática de infrações mais graves, ao se obstaculizar a progressão criminosa. Aliás, importante o destaque de que tais movimentos são somente um dos diversos aspectos do expansionismo penal, fenômeno que vai muito além, compreendendo muitos outros fenômenos, como os destacados supra e os que se destacará doravante.

Ainda no que diz respeito à questão da insegurança, é de pertinente destaque a percepção de Bauman (2006) no sentido do que o indivíduo contemporâneo vive em um estado perene de medo, o qual denomina medo líquido. O indivíduo da sociedade líquida vive, na ótica de Bauman (2006), o tempo inteiro

²⁶ Tradução livre do original: “Ya no es la mera omisión de injerirse en esferas ajenas de libertad la que libera al ciudadano del Derecho penal, sino sólo el actuar positivo, que se ocupa de cumplir correctamente el propio deber de organizarse para un comportamiento minimizador del riesgo.” (GÜNTHER, 2000, p. 504).

descobrimo novos perigos e em estado de permanente desconfiança para com os seus pares, a quem vê como potenciais agressores.

Podemos dizer que a variedade moderna de insegurança é marcada pelo medo principalmente da maleficência *humana* e dos malfeitores *humanos*. É desencadeada pela suspeita de motivos malévolos da parte de certos homens e mulheres específicos, ou mesmo grupos ou categorias específicos de homens e mulheres. E frequentemente também pela recusa em confiar na constância, dedicação e fidelidade dos parceiros humanos, uma recusa que é quase inevitavelmente seguida de nossa indisposição em construir uma camaradagem sólida, durável e portanto confiável (BAUMAN, 2006, p. 171).

A percepção de Bauman (2006) reforça o paradoxo existente entre a individualização cada vez mais acentuada, porém acompanhada de uma interdependência social cada vez maior entre as pessoas, o que potencializa, se se seguir essa linha de raciocínio, a sensação de insegurança, “[...] *a vivência subjetiva dos riscos é claramente superior a própria existência objetiva dos mesmos*. Expressado de outro modo, existe uma elevadíssima ‘sensibilidade ao risco’” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 46, grifo do autor).

Quando se coloca tais percepções no contexto da mídia de massa, cuja força motriz é lucrar com a notícia, corre-se o risco de se potencializar essa sensação de insegurança e de se criar um clamor social de combate a uma ameaça que, na realidade concreta não existe ou, se existe, não é com a gravidade propalada.

Toda essa conjuntura de insegurança deságua na expansão do Direito Penal, que é compreendido como instrumento cuja função é a de proteger os bens jurídicos do cidadão, e de quem se espera haja uma resposta adequada às questões relacionadas à violência e à criminalidade, percepção que termina por levar a discussão para a questão da função do Direito Penal. Com efeito, não obstante a sensação permanente de medo terminar desaguando na esfera política, com a conseqüente inflação legislativa do Direito Penal, os riscos à dogmática penal são imensos, pois há não somente verdadeiro déficit operacional, mas também um uso meramente simbólico e um elevado custo para os direitos fundamentais (HASSEMER; CONDE, 1995, p. 86-87).

Aqui, não se pode deixar de mencionar aquilo que Alexis de Tocqueville (2004; 2005) há muito já advertia, ao identificar a igualização das condições, a soberania do povo e o poder da opinião pública como sendo os vetores da

democracia. Em sua ótica, à medida em que a democracia avança e os indivíduos se tornam mais iguais em direitos – e também em de valores morais, passando a pensar de forma semelhante –, há uma tendência ao surgimento de uma opinião de massa, de um movimento de manada que, combinados à noção de soberania do povo e ao poder da opinião pública, corre-se o risco de a democracia descambar em uma tirania da maioria, onde a vontade da maioria é quem cria regras conforme bem lhe aprouver, sem a necessária observância dos direitos daqueles que se encontram em menor quantidade numérica. Em sua perspectiva, chega-se ao ponto em que “[...] a fé na opinião comum se tornará uma espécie de religião, de que a maioria será o profeta” (TOCQUEVILLE, 2004, p. 12). Tal reflexão é importante de ser destacada notadamente em virtude do extremo avanço tecnológico trazido pela globalização na era da modernidade líquida, porquanto esse poder da opinião pública de que falava Tocqueville (2004) em uma época completamente diferente é, aqui, maximizado e termina emergindo também como um fator criminógeno.

Ainda quanto à questão da segurança, percebe-se que, atualmente, apesar de os indivíduos estarem imersos na sociedade líquida, uma sociedade eminentemente de riscos, a tolerância com tais riscos parece ser bem menor que em outras épocas. Na sociedade industrial, os indivíduos pareciam aceitar a ideia de que junto ao desenvolvimento e ao progresso, viriam acidentes, danos, mas tais riscos, até certo ponto, eram encarados como sendo riscos permitidos. Já na sociedade pós-industrial, tais riscos não são tão bem aceitos, de modo que a noção de risco permitido se estreitou cada vez mais em direção à noção de risco proibido.

Silva Sánchez (2013) relaciona essa dinâmica ao Estado de Bem-estar Social que, de alguma maneira, teria criado uma sociedade do que ele chama de sujeitos passivos (pensionistas, desempregados etc.), que passaram cada vez mais a exigir uma ação do Estado em suas vidas e, cada vez menos, a correr riscos para direcionar as suas ações. “[...] a diminuição dos níveis de risco permitido é produto direto da sobrevalorização essencial da segurança [...] diante da liberdade (de ação). [...] Tal predomínio é característica de uma sociedade de sujeitos pacientes mais que de agentes” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 55-56).

É, portanto, na iminência e consolidação do Estado social que se potencializa e se redimensiona a ideia liberal de segurança e nascem as contemporâneas noções de prevenção [...] que balizarão as formas jurídicas do século XX e XXI. [...] Ao ser chamado para gerir políticas preventivas de controle racional dos riscos inerentes à sociedade industrial, bem como para

assegurar a efetivação dos direitos dela decorrentes, o controle penal foi instigado a ampliar seu espectro de incidência, adaptando-se aos novos bens jurídicos. Tal assertiva é perceptível se verificarmos o incremento da tutela penal ao trabalho (crimes contra a organização do trabalho), à previdência social (crimes previdenciários), ao transporte público (crimes contra a segurança dos meios de transporte), à saúde (crimes contra a saúde pública e leis de entorpecentes) à economia (crimes contra a economia popular) etc. (CARVALHO, 2015, p. 181).

Se está, nessa concepção, em um processo progressivo de restrição de riscos, o que culminaria em uma tendência a não reconhecer acidentes como sendo fortuitos e inerentes a determinadas atividades, mas como sendo causados por determinado indivíduo ou grupo de indivíduos, o que também leva a uma exigência social de expansão das criminalizações. É nessa dinâmica que surge a criminalização dos chamados delitos de perigo, principalmente de perigo abstrato.

Nos delitos de perigo abstrato, o legislador, quando da criação da norma jurídica, presume que aquela conduta é arriscada, criminaliza-a e, com isso, permite que, sem a necessidade de que se demonstre a existência de um risco real e existente, determinado indivíduo seja apenado. Em outras linhas, ainda que não tenha havido, no caso específico, lesão nenhuma, perigo nenhum, risco nenhum, ainda assim o sujeito ativo será responsabilizado criminalmente.

Nesse sentido, em virtude de se tratar de punição antes da ocorrência da lesão ou do perigo de lesão ao bem jurídico protegido pela norma, há quem diga que essa forma de criminalização configura uma espécie de controle penal das omissões do Direito Administrativo. É dizer: o que o Estado não consegue fiscalizar adequadamente por meio do Direito Administrativo, leva ao âmbito de incidência do Direito Penal, a fim de que este, com o temor causado no indivíduo em virtude da possibilidade da imposição de suas sanções, atue no sentido de prevenir as violações administrativas. É nesse contexto que se fala em administrativização do Direito Penal.

Como se pode observar, apesar de a expansão do Direito Penal caracterizar-se *prima facie* pela hipertrofia legislativa, com um inchaço normativo que dá a esse ramo do Direito um alcance muito maior do que em sua teorização clássica, o fenômeno expansionista, não se limita a tanto, possuindo uma característica tridimensional:

O termo expansão, ainda que seu significado seja evidente de um ponto de vista etimológico, pretende ter um significado tridimensional: acolhida de novos candidatos ao rol de bens jurídicos (tais como o meio ambiente, a saúde pública, o mercado de capitais ou a promoção da posição de mercado), adiantamento das barreiras entre o comportamento impune e o punível [...] e finalmente, em terceiro lugar, redução das exigências para a reprovabilidade, o que se expressa na mudança de paradigma que vai da hostilidade ao bem jurídico para a periculosidade para o mesmo. (PRITTWITZ, 2003, p. 262).

Com as características tridimensionais do fenômeno expansionista destacadas por Prittwitz (2003), pode-se afirmar que, na medida em que o Direito Penal passa a ser utilizado como um Direito de *prima ratio* cujo objetivo é o controle de uma política pública, um controle, em sua raiz, administrativo e até mesmo policial, a delimitação das diferenças entre Direito Penal e Direito Administrativo diluem-se (FEIJÓO SÁNCHEZ, 2011). Com o fenômeno da administrativização, o Direito Penal transforma-se em um “[...] direito de gestão (punitiva) de riscos gerais” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 148).

É de se ressaltar que o fenômeno da administrativização do Direito Penal, na ótica de Feijóo Sánchez (2011) e de Silva Sánchez (2013) não somente contribuem para a criminalização dos delitos de perigo abstrato, mas traz também consequências para as funções tradicionais da pena:

A pena vê modificadas suas funções tradicionais, vendo-se transformada num instrumento de gestão da delinquência como “macrorrisco” social. [...] Uma característica dessa dinâmica é a diferença de trato em função do tipo de delinquente, produzindo-se uma intensificação do tratamento punitivo relativamente àqueles grupos de delinquentes que mais preocupam. Neste sentido, existe um tipo de delinquência que tem um tratamento jurídico-penal que não corresponde ao *status* geral de cidadão (“Direito Penal do Inimigo”). (FEIJÓO SÁNCHEZ, 2011, p. 25).

O debate acerca do “Direito Penal do Inimigo” é fundamental para se compreender a atual dinâmica de funcionamento da ciência penal na atual era, pois, aparentemente, é a teoria que mais incorpora os anseios e expectativas que o cidadão comum possui do direito e, mais especialmente, do Direito Penal.

Todavia, antes de se adentrar nesse debate, ainda se precisa passar por outras questões a fim de se compreender o chamado Direito Penal do Inimigo em toda sua completude.

Nessa linha, parece que outro fator, também relacionado à questão da segurança e à questão da administrativização do Direito Penal, que contribui para o

fortalecimento de noções punitivistas é o chamado sujeito de bem-estar ou o sujeito passivo, mencionado por Silva Sánchez (2003, p. 53-64).

O sujeito de bem-estar seria aquele indivíduo que espera que o Estado-Providência cuide de todos os aspectos de sua vida. Por mais que isso possa parecer contraditório quando se vislumbra que a atual sociedade, a sociedade líquida, é uma sociedade marcada pelo consumo (BAUMAN, 2008, p. 20; LIPOVETSKY, 2007, p. 25), não se pode olvidar que é justamente a privatização do espaço público (BAUMAN, 2001, p. 46) que potencializa que as demandas que o indivíduo possui do Estado sejam cada vez mais direcionadas à resolução de seus problemas pessoais. Pode-se dizer que essa privatização ocorre também em virtude da já falada *mass media*, pois,

[...] este paraíso de consumo e da festa ociosa excede do mero desfrute pessoal imediato para se associar aos sonhos e desejos de reconhecimento e prestígio social, que os onipresentes meios de comunicação propiciam e insinuem através de mil mensagens e condutas. (GONZÁLEZ SEARA, 1997, p. 26).

Nesse contexto, as exigências de bem-estar do indivíduo para com o Estado vão gradativamente crescendo, de modo que a noção originária de liberdades negativas, cada vez mais se tornariam por clamores de liberdades positivas – direitos prestacionais. A expectativa do sujeito de bem-estar com o Estado, portanto, seria diversa daquela do indivíduo liberal. Enquanto este imaginava o Direito Penal como um instrumento para limitar o arbítrio estatal e como um fator de potencialização da sua liberdade – o Direito Penal seria então relacionado aos direitos fundamentais de primeira geração/dimensão, o sujeito de bem-estar esperaria do Direito Penal um comportamento mais relacionado aos direitos fundamentais de segunda geração/dimensão, mais como um instrumento de promoção, do que propriamente de proteção.

Por mais que possa parecer distante do fenômeno expansionista, essa noção de sujeito de bem-estar influencia diretamente na hipertrofia legislativa e na própria forma como o Direito Penal é aplicado no cotidiano, pois, enquanto no período clássico o indivíduo se identificava mais com o sujeito ativo do crime, com a pessoa que cometeu o crime – pois temia ser ele a estar nesse polo em momento futuro e sofrer fisicamente com o arbítrio estatal, atualmente aparentemente há um fenômeno onde os indivíduos parecem se identificar mais com a vítima e, por isso,

esperam do Estado um comportamento mais ativo, mais alargado.

Pois bem, a atitude desses sujeitos perante o Direito Penal resulta perfeitamente coerente no plano do modelo social da crise do Estado-providencial. Com efeito, nesse plano se está produzindo uma alteração progressiva na concepção do Direito Penal subjetivo (*ius puniendi*): de uma situação em que se destacava, sobretudo, “a espada do Estado contra o delinquente desvalido”, se passa a uma interpretação do mesmo como “a espada da sociedade contra a delinquência dos poderosos”. (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 64-65).

Nesse contexto de maior identificação com a vítima, enquanto o Direito Penal em um período anterior era concebido como um escudo do indivíduo contra o excessivo arbítrio do Estado no momento de punir, na atualidade, embora não se possa ignorar ainda existirem instrumentos de proteção do delinquente, ganha cada vez mais força a noção de Direito Penal enquanto escudo da vítima, contra o delinquente e, em situações de maior reprovabilidade, inclusive há clamores para que esse Direito Penal não seja escudo da vítima, mas espada da sociedade contra esse delinquente. Portanto, a função de proteção do delinquente cederia a uma função de vingança. Essa nova expectativa que o indivíduo tem do Direito Penal que também contribui para a hipertrofia da legislação criminal e para uma maior abertura de espaço para a emergência do chamado Direito Penal do Inimigo.

Essa percepção do Direito Penal como sendo uma garantia da vítima irradia efeitos também na própria interpretação do princípio da legalidade, cuja interpretação sempre foi marcada pela extensão de conceitos favoráveis ao acusado e pela proibição da extensão do conteúdo de normas que implicariam em prejuízo a posição do acusado. Nessa linha, há muito é postulado do processo penal a chamada proibição da analogia *in malam partem*, enquanto que a analogia *in bonam partem* desde muito é aceita. Se se passa a imaginar o Direito Penal como instrumento de proteção da vítima, abre-se espaço para o alargamento do próprio alcance do tipo penal, bem como para a aplicação das analogias em prejuízo do acusado, violando-se pressuposto básico da ordem penal. Ressalte-se que tal fenômeno já está a ocorrer na jurisprudência brasileira, conforme destacará doravante.

Destacou-se supra, que a criminalidade trazida pela globalização é a criminalidade organizada, que se manifesta principalmente através do crime organizado, da criminalidade dos poderes econômicos e da criminalidade dos

poderes públicos e que a força motriz do crime, encontrava-se nas chamadas elites dirigentes e não mais na criminalidade de subsistência, esta reduzia-se a ocupar uma engrenagem menor no grande mecanismo do crime, comandado por atores de classes economicamente dominantes (FERRAJOLI, 2005).

A nova dinâmica do crime potencializada pelo fenômeno da globalização pode levar a outra situação que também pode trazer consequências prejudiciais ao Direito Penal. Isso se dá porque, quando o indivíduo, mergulhado em todo o contexto de insegurança que já se relatou, sabendo da existência das grandes organizações criminosas, dos partidos políticos, dos funcionários públicos e também das empresas multimilionárias, termina por receber de boas-vindas a política penal intervencionista e expansionista, identificando-se ainda mais com as vítimas dos crimes, como que ansiando pela punição mais rigorosa dos grandes criminosos e vendo como caminho, para tal, a hipertrofia legislativa.

No momento atual, em suma, o tema no debate social não é a criminalidade dos despossuídos, *leitmotiv* da doutrina penal durante todo o século XIX e boa parte do século XX, senão, preponderantemente, a criminalidade dos poderosos e das empresas (*crimes of the powerful – corporate and business crime*). Agora vejamos, isso supõe a introdução de um importante erro de perspectiva sobre o que convém alertar. Com efeito, aqui e agora, continua sendo possível afirmar que os 80% da criminalidade (ao menos, da definida como tal e perseguida) permanecem manifestando-se como criminalidade dos marginalizados (*lower class crime*), de modo que se corre o risco de tomar a parte (menor, mas muito difundida pelos meios de comunicação) pelo todo. (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 70).

O que se está a perceber na prática, nessa perspectiva, portanto, é que o desejo de se punir os poderosos – que, por serem elites dirigentes, estão em menor quantidade numérica – está legitimando um recrudescimento e expansionismo penal que, em verdade, está a atingir, prender não a criminalidade do poder (FERRAJOLI, 2005), mas a criminalidade em geral. Não à toa, percebe-se que, no Brasil, segundo os dados mais atualizados do INFOPEN, 38% (trinta e oito por cento) dos indivíduos encontram-se presos pela prática de crime de roubo ou furto (BRASIL, 2014, p. 34), isto é, crimes tipicamente praticados pelas classes menos privilegiadas economicamente.

Essa tendência sinaliza que o que supostamente se desejaria com o expansionismo penal – e isso, por si só, já abriria espaço a críticas – não se está sequer próximo de atingir. É dizer: busca-se diminuir a criminalidade do poder, mas se está a punir os pobres, afirmação reforçada pelo fato de aproximadamente 75%

(setenta e cinco por cento) dos presos brasileiros possuírem nível educacional somente até o ensino fundamental completo (BRASIL, 2014, p. 46).

Diante de todo o panorama relatado, muito se fala acerca da crise de efetividade do Direito Penal e também da expansão do Direito Penal. O fenômeno da expansão aqui se está a relatar e aqui se está a apontar fatores que o potencializam. Porém, quanto à afirmação de que o Direito Penal passa por uma crise de efetividade, algumas palavras – ainda que poucas e não exaurientes – precisam ser ditas. Isso posto, se se afirma que o Direito Penal é um direito de *ultima ratio* fundado sobre o princípio da intervenção mínima e marcado pela subsidiariedade, emergindo somente quando os demais ramos do Direito se mostrem insuficientes para a tutela de determinados interesses, questiona-se: os demais ramos estão sendo suficientes?

Antes mesmo de se responder à pergunta e levando em conta que já se explanou acima o problema da ética pós-moderna, parte-se já do pressuposto de que a instância da ética vem se mostrando insuficiente para reprimir qualquer tipo de comportamento, eis que o que parece predominar na atualidade é o *l'après devoir*, a ideia de que não existem mais obrigações morais, de que tudo é permitido, uma cultura do presente, do espetáculo, do divertimento, onde não há mais a exaltação de preceitos superiores e a ética, por isso, não possuiria mais o papel de outrora (LIPOVETSKY, 2005).

Destacou-se também que esse relativismo moral dos pós-deveres, quando se combinou com o individualismo excessivo líquido-moderno, aparentemente não teve como resultado a tolerância que se desejava, mas sim a indiferença: “A nossa era é era do individualismo não-adulterado e de busca de boa vida, limitada só pela exigência de tolerância (quando casada com individualismo autocelebrativo e livre de escrúpulos, a tolerância só pode se expressar como indiferença)” (BAUMAN, 2003, p. 7).

Ressalte-se que esse panorama já fora identificado na primeira metade do século XX, ou seja, antes mesmo do início do debate dos pós-modernos – que se deu com Lyotard, na década de 1970 –, por Ortega y Gasset (2016, p. 215), ao falar do chamado homem-massa:

[...] tentei filiar um tipo novo de homem que predomina no mundo hoje: chamei-o de homem-massa, e apontei que sua característica principal consiste em, sentindo-se vulgar, proclamar o direito à vulgaridade e se negar a reconhecer instâncias superiores a ele.

Segundo ele, “[...] o homem-massa simplesmente carece de moral, que é sempre, por essência, sentimento de submissão a algo, consciência de serviço e obrigação” (ORTEGA Y GASSET, 2016, p. 273). A ética, portanto, eis que concebida sob uma perspectiva eminentemente individualista, parece ser incapaz de representar uma instância de moralização na direção de conservação de bens jurídicos alheios, na medida em que se converte em excepcional

[...] o fato de que uma conduta, não considerada contrária ao Direito, seja reprovada socialmente como imoral, adotando-se contra ela as reações sociais correspondentes. Isso, como é natural, produz o efeito de favorecer o próprio alastramento da delinquência (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.76).

Parece intuitivo que o esvaziamento da ética e, portanto, a ausência de referências morais, leve o Direito Penal a funcionar como o substituto da ética, o que contribui com o seu inchaço.

Se a ética não responde adequadamente, não tão diferentes, os outros ramos do Direito, notadamente o Direito Civil e o Direito Administrativo, também aparentemente incapazes de funcionarem como instâncias de proteção. De um lado, o Direito Civil parece se direcionar de um modelo de responsabilização por danos, para um modelo de seguro, onde os indivíduos pagam uma quantia, de antemão, para o caso de eventuais danos futuros e isso, já poderia sinalizar um menor cuidado em seus comportamentos, além de, dada a dinâmica de lucro na qual funcionam as seguradoras, a reparação que estas pagam ao eventual lesado ser em montante, em geral, insuficiente para que se retorne ao *status quo ante*, com a não compensação total dos danos efetivamente sofridos. Já o Direito Administrativo, de outro lado, emerge distante dos padrões gerenciais de administração e aparece cada vez mais burocratizado, com serviços cada vez menos eficientes e, somado a isso, com uma corrupção endêmica que dificulta a adequada prestação ao cidadão. Logo, a ineficiência desses dois ramos do Direito para a reparação de ilícitos menores, desloca para o Direito Penal as expectativas do indivíduo, que deste, pois mais contundente, passa a esperar uma resposta pedagógica a um problema que, originalmente, não seria de sua alçada.

Dado que seus instrumentos não foram originalmente concebidos para a repressão dessas estirpes de ilícitos, o Direito Penal termina não oferecendo a resposta mais adequada, não demonstrando, de fato, efetividade e recebendo o

rótulo de que está em estado de crise, quando, em verdade, a crise parece ser não somente do Direito Penal – não se nega completamente que existem aporias, como doravante se tentará demonstrar –, mas do Direito, do Estado e da própria política como um todo.

Todas essas incertezas e complexidades, cujo cerne talvez se encontre na crise da própria modernidade, foram responsáveis não somente pelo fenômeno expansionista, mas também por modificar sobremaneira o próprio Direito Penal em toda a sua conjuntura, desde a compreensão acerca de sua função, passando pelas próprias noções de delito e conceitos relacionados à teoria geral do crime, culminando na aparição de setores de regulação orientados a combater a criminalidade organizada de forma enfática, por vezes relativizando não somente o arcabouço principiológico do Direito Penal, mas os próprios direitos fundamentais como um todo. Essa regulação mais rigorosa desaguou no que Günther Jakobs chamou de Direito Penal do Inimigo, fenômeno que parece ocupar, mesmo diante de protestos quase unânimes da doutrina, o cotidiano de grande parte dos Estados ocidentais.

4 OS PARADOXOS DO DIREITO PENAL LÍQUIDO: a institucionalização dos inimigos e o futuro do direito penal

4.1 O Direito Penal do inimigo na acepção de Günther Jakobs

Caracterizado, nas palavras de Ferrajoli (2005), como um verdadeiro espaço vazio de direito público, o fenômeno da globalização alçou a criminalidade a novos patamares, fazendo emergir a chamada criminalidade transnacional.

Com o imenso avanço econômico advindo com a modernidade líquida, os Estados nacionais perderam parcela de sua capacidade política de agir, dando ensejo a um quase divórcio entre poder e política (BAUMAN, 2001), na medida em que, enquanto antes eram os Estados quem colocavam as empresas para concorrerem entre si a fim de atuarem em seus territórios, com o desenvolvimento tecnológico e econômico global, essa dinâmica inverteu-se, sendo as empresas que submetem os Estados a concorrerem entre si e, muitas vezes, pervertendo seus próprios ordenamentos jurídicos para tanto (FERRAJOLI, 2005).

Nesse contexto, em face de inúmeros fenômenos já devidamente analisados, o que se percebe é que a sensação de insegurança dos indivíduos é cada vez maior e, porquanto a criminalidade se infiltra dentro do próprio aparelho estatal, as legislações – muitas vezes criadas não com base em critérios jurídicos, mas meramente eleitoreiros ou econômicos – mostram-se cada vez menos efetivas no combate à criminalidade.

Essa sensação de medo, insegurança e ameaça constantes que permeia o cotidiano dos indivíduos demanda do Direito Penal ações práticas e mais eficazes. Além disso, diversamente do que ocorria outrora, na globalização da modernidade líquida, percebe-se uma criminalidade comandada pelas elites dirigentes (FERRAJOLI, 2005), os *crimes of the powerful* (SILVA SÁNCHEZ, 2013), o que contribui para que o sujeito de bem-estar – que do Estado tudo espera –, identifique-se mais com as vítimas do que com os agentes que praticam os crimes.

Há, em meio a toda essa dinâmica e por conta dos vários fatores já aqui trabalhados, além de outros que não se adentrou, uma maior demanda não somente pela expansão, mas também pelo recrudescimento do Direito Penal, a fim de se combater a macrocriminalidade. Ocorre que, como já destacado, tal expansão termina por atingir, majoritariamente a microcriminalidade, a criminalidade de

subsistência (FERRAJOLI, 2005), o *lower class crime* (SILVA SÁNCHEZ, 2013), o que gera um efeito colateral adverso de causar mais exclusão, mais desigualdade social e potencializar a criminalidade.

O Direito Penal do Inimigo surge no contexto de crise de efetividade do Direito Penal, crise esta que pode ser resumida pela expressão expansão. Como já se observou, a evolução do pensamento em matéria penal tem-se guiado em uma direção antiliberal. Embora a ideia de risco seja uma das ideias centrais em torno do fenômeno expansionista, outras ideias também compõem essa conjuntura, notadamente o chamado Direito Penal simbólico e o ressurgimento do fenômeno do punitivismo. “Ambas as linhas de evolução, a ‘simbólica’ e a ‘punitivista’ [...] constituem a linhagem do Direito Penal do inimigo” (CANCIO MELIÁ, 2015, p. 76-77).

O Direito Penal simbólico nada mais é que o comportamento do legislador que, mais que dar uma resolução efetiva à questão jurídico-criminal, almeja o apoio da opinião pública, no sentido de que transpareça a “[...] impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido” (SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 305), isto é, “[...] predomina uma função latente sobre a manifesta” (CANCIO MELIÁ, 2015, p. 79), há uma dissonância entre o que o legislador diz, e o que o legislador quer. O Direito Penal simbólico está relacionado à ideia de agenda oculta do legislador.

O ressurgimento do punitivismo, por outro lado, manifesta-se de forma complementar ao fenômeno do Direito Penal simbólico, na medida em que a mera criação de uma Lei – que provavelmente não terá efetividade – provavelmente não terá a capacidade de manobrar a massa por muito tempo. Por isso, recorrentemente se vê, diante de clamores sociais momentâneos, o aumento desproporcional de penas de tipos penais existentes ou a criminalização de novas condutas que gozam de apoio popular, ainda que sem efetividade comprovada.

No Brasil – embora se vá adentrar neste tema em tópico posterior –, dos muitos exemplos possíveis, pode-se citar a alteração da pena do artigo 273 do Código Penal Brasileiro, que trata do crime de falsificação de medicamentos e que, atualmente, possui a pena mínima de reclusão de 10 anos e a pena máxima de 15 anos, o que se mostra bastante desproporcional, na medida em que a pena de crimes como o estupro e o roubo é consideravelmente menor, ainda mais quando se leva em conta que o crime do artigo 273 passou a ser considerado um crime hediondo e, além disso, engloba dentro de si a proibição da falsificação de

cosméticos. Em outras linhas, a falsificação de um batom, por exemplo, ser punida de forma mais gravosa que o crime de estupro, mostra-se tão desproporcional que sinaliza algo latente por trás da criminalização dessa conduta.

Tal se mostra factível quando se verifica que o artigo 273 do Código Penal foi reformulado após o chamado “Escândalo das pílulas de farinha”, que ocupou grande parte dos noticiários no final da década de 1990 (BRASIL, 1940).

É de se ressaltar que o ressurgimento dos clamores punitivistas mostra-se presente como uma das poucas pautas nas quais as chamadas direita e esquerda políticas possuem uma visão aproximada.

No que diz respeito à esquerda política, tradicionalmente pugnava por maiores descriminalizações e se aproximava do abolicionismo penal, eis que considerava o Direito Penal como somente mais um dos instrumentos econômicos de dominação. Acerca da criminologia crítica, que representava essa pretensão abolicionista, Silva Sánchez (1992, p. 19) expõe que

[...] obtém seu fundamento teórico de doutrinas marxistas assim como do interacionismo simbólico expressado nas doutrinas do “etiquetamento” (*labelling approach*). Segundo estas últimas, o delito não tem lugar como tal na realidade, senão surge por meio de uma definição, de uma atribuição de “status” criminal, que tem lugar de uma forma seletiva e discriminatória.

Contudo, na atualidade percebe-se uma mudança de direção, de modo que a própria esquerda se orienta na direção de um reforço na função simbólica do Direito Penal, sendo um exemplo dessa mudança as questões relativas à violência doméstica contra a mulher (SILVA SÁNCHEZ, 2013; CANCIO MELIÁ, 2015).

Quanto à chamada direita política, embora sempre tenha predominado uma posição mais tendente às demandas de criminalização, principalmente quando se fala da chamada direita conservadora, nos últimos anos é digno de nota o apoio que a direita vem dando a políticas de criminalização simbólicas que a façam parecer mais progressista e menos conservadora (CANCIO MELIÁ, 2015, p. 83), o que pode denotar fins eleitoreiros por detrás dessa mudança de atitude.

Nessa linha, o direito penal simbólico e o ressurgimento dos clamores punitivistas são duas faces de um mesmo fenômeno, e este fenômeno é justamente o que vem a ser chamado de Direito Penal do Inimigo.

Assim, em meio a todos esses paradoxos, onde a sociedade clama por mais segurança, o legislador atende a tais anseios, mas suas ações somente

potencializam as inseguranças, surge o Direito Penal do Inimigo, que vê no delinquente a figura de alguém que não merece ser tratado como o cidadão comum, mas como um verdadeiro inimigo do sistema jurídico e, por conta disso, não mereceria o mesmo tratamento no que tange à observância de todas as suas garantias fundamentais no bojo de um processo penal.

Embora o Direito Penal do Inimigo seja um dos temas que enseje altíssima rejeição por parte da esmagadora maioria dos doutrinadores²⁷, não se pode deixar de perceber que, na realidade, ele se mostra presente de inúmeras maneiras, desde o Direito Penal material, em que se percebe a criação de tipos penais cada vez mais distantes da efetiva lesão, passando pelo Direito Processual Penal, no qual se vê inúmeras garantias processuais, como o princípio da presunção da inocência²⁸, sendo paulatinamente relativizadas, chegando até ao Estado Policial, que atualmente se vê presente na realidade brasileira.

É não somente importante, mas fundamental, compreender-se o conceito de Direito Penal do Inimigo para que se possa agrupar problemas estruturais enfrentados pelas ciências criminais e se possa discutir eventuais possibilidades de resolvê-los.

Assim, uma das características do Direito Penal moderno potencializada pelo expansionismo penal foi a já falada antecipação da punição. A política criminal moderna, desenvolvida sob a égide da chamada sociedade de risco, distancia-se do Direito Penal “clássico” ao possuir como forma típica de delito os crimes de perigo, mais precisamente os delitos de perigo abstrato (HASSEMER, 2013, p. 38).

Deve-se ressaltar que a expressão Direito Penal do Inimigo ocupa atualmente grande parte dos debates envolvendo a teoria do Direito Penal. Não obstante, o termo, por vezes, soa vago e ambivalente. É dizer: ao mesmo tempo em que, em termos léxicos, a ideia parece clara, na prática, há certa dificuldade quando se verifica como tal ideia se operacionalizaria, se já se operacionaliza e qual seria a sua função dentro do ordenamento jurídico.

²⁷ A esse respeito, recomenda-se a leitura do panorama relatado por Greco (2005), quanto à repercussão da teoria de Jakobs.

²⁸ Vide recente posicionamento do STF no *Habeas Corpus* 126.292/SP, no qual se relativizou o princípio da presunção de inocência (não culpabilidade) para se considerar constitucional a execução provisória da pena do acusado, ainda que antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, exigindo-se somente a decisão condenatória de segunda instância (BRASIL, 2016).

Em virtude da nebulosidade que envolve o termo, torna-se imperioso aqui a exposição – ainda que resumida – das duas, por assim dizer, “versões” do Direito Penal do Inimigo trazidas pelo seu criador.

Isso posto, foi na tentativa de delimitar a antecipação das criminalizações e, partindo de uma visão crítica do princípio da proteção aos bens jurídicos que Jakobs (1997) delineou, em 1985, os primeiros traços do que viria a ser conhecido como o Direito Penal do Inimigo, e sobre o qual tantos debates haveria de se travar. Contudo, em um segundo momento, em 1999, o seu tom de análise se modifica na direção do que aparenta ser uma busca de legitimação da ideia.

Assim, diversamente do que a terminologia parece apresentar, o objetivo original do autor era limitar as antecipações da proibição penal (GRECO, 2005, p. 214), pois “[...] consideráveis porções das criminalizações antecipadas que se encontram no Código Penal Alemão não se podem legitimar em um Estado de liberdades” (JAKOBS, 1997, p. 293).

Na ótica de Jakobs (1997), em um Estado democrático, o Direito Penal só teria legitimidade para adentrar na esfera de liberdade do cidadão se este causasse alguma perturbação exterior. “Quando o Estado se imiscui no âmbito privado, termina a privacidade e com ela a posição de cidadão do sujeito; sem seu âmbito privado, o cidadão não existe” (JAKOBS, 1997, p. 297).

Assim, apenas um comportamento que vá para além da esfera privada do sujeito ativo pode ser penalmente relevante, eis que o Direito Penal não pode punir pensamentos, conforme a clássica regra *cogitationis poenam nemo patitur* (JAKOBS, 1997, p. 297), afinal, *de internis non judicat praetor*.

São evidentes as consequências que para a antecipação da punibilidade se não de extrair do fato de que o âmbito interno do sujeito delinquente não somente abarque seus pensamentos, senão que compreenda sua inteira vida privada: assim como um mero pensamento não pode constituir nenhuma perturbação da vida em comum, tampouco pode sê-lo qualquer conduta que se mantenha na esfera privada, na medida em que a esfera privada não concorra com a de outra pessoa e deixe então de ser privada (JAKOBS, 1997, p. 297-298)²⁹.

²⁹ Tradução livre do original: “Son evidentes las consecuencias que para la anticipación de la punibilidad se han de extraer del hecho de que el ámbito interno del sujeto delincuente no sólo abarque sus pensamientos, sino que comprenda su entera vida privada: así como un mero pensamiento no puede constituir ninguna perturbación de la vida en común, tampoco puede serlo cualquier conducta que se mantenga en la esfera privada, en la medida en que la esfera privado concorra con la de otra persona y deje entonces de ser privada” (JAKOBS, 1997, p. 297-298).

Se se incluem atos eminentemente privados como delitos, priva-se o cidadão do gozo de suas liberdades internas e se termina tratando tais cidadãos como inimigos, ainda que não se ignore o fato de que tal dinâmica protetiva pudesse trazer uma maior proteção ao bem jurídico tutelado pela norma.

É nesse contexto que emerge a diferenciação entre Direito Penal do Cidadão para Direito Penal do Inimigo. Para Jakobs (1997, p. 298), portanto, a diminuição da esfera do sujeito pertence a um Direito peculiar de inimigo, de modo que “[...] o Direito Penal de inimigos otimiza a proteção de bens jurídicos, o Direito Penal dos cidadãos otimiza as esferas de liberdade”.

Assim, o Direito Penal do Inimigo se mostraria presente na criminalização de comportamentos que não irradiam perturbações na esfera externa do agente, mas que somente são reputados como negativos, e por isso puníveis, após o acesso aos pensamentos e motivações desse mesmo agente. Logo, os fundamentos da punição são tais pensamentos e motivações e não propriamente qualquer ato externo. Tem-se, nessa perspectiva, verdadeira criminalização *de internis*.

Essa é a perspectiva de Direito Penal do Inimigo de Jakobs no seu famoso artigo de 1985, intitulado *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung* (em tradução livre: “Criminalização no estado prévio à lesão de um bem jurídico”), no qual, após expor os delineamentos acima, prossegue analisando alguns tipos penais do Direito Alemão e, aqueles em que identifica não haver uma criminalização nos moldes do Direito Penal do Cidadão, mas sim do Inimigo, reputa serem ilegítimos, pois “[...] a existência de um Direito Penal do Inimigo não é sinal, portanto, da força de um Estado de liberdades, senão um sinal de que nessa medida simplesmente não existe” (JAKOBS, 1997, p. 322).

Embora pugne por tal ilegitimidade, é de se ressaltar que Jakobs (1997, p. 322-323) destaca que são possíveis situações nas quais as normas de um Estado de liberdades perderiam a sua efetividade caso se aguardasse uma efetiva perturbação da esfera externa ao agente. Nessas situações, o Direito Penal do Inimigo somente poderia legitimar-se como um Direito Penal de Emergência, de forma excepcional e, justamente por conta disso, tem de haver uma separação bem clara entre o Direito Penal do Cidadão e o Direito penal do Inimigo, a fim de que este último não possa infiltrar-se naquele, sequer por meio de instrumentos interpretativos.

A postura inicial de Jakobs (1997) não ensejou, à época, grandes polêmicas, o que somente se deu com as obras mais recentes do autor acerca do tema, nas quais, ter-se-ia uma modificação da postura inicial crítica em direção a uma postura mais legitimadora do discurso do inimigo (GRECO, 2005, p. 216).

Em um momento posterior, Jakobs (2015, p. 21-22) já adota diferente perspectiva acerca da noção de Direito Penal do Inimigo, o que pode ser percebido quando afirma que

[...] a denominação ‘Direito Penal do Inimigo’ *não* pretende ser *sempre pejorativa*. Certamente, um Direito Penal do Inimigo é indicativo de uma pacificação insuficiente; entretanto esta, não necessariamente, deve ser atribuída aos pacificadores, mas pode referir-se também aos rebeldes.

Um dos pontos que parece ser nuclear para se compreender completamente a conceituação mais detalhada que Jakobs (2015) faz na sua segunda interpretação sobre o Direito Penal do Inimigo, é o seu conceito de pessoa. Pessoa, em sua concepção, é um conceito mais normativo que sociológico. “Uma pessoa é portadora de direitos e deveres e se a trata como pessoa se se pode seguir confiando no cumprimento do dever”³⁰ (JAKOBS, 2009, p. 9), assim, por exemplo, em determinados momentos históricos, uma pessoa escravizada não era considerada pessoa pelo ordenamento jurídico, não podendo, portanto, ser considerada membro da sociedade que seu senhor integrava (JAKOBS, 1996, p. 38).

Para melhor definir o seu conceito de pessoa, Jakobs (2015) parte da delimitação teórica feita por Thomas Hobbes. Quando Hobbes trabalhou em sua *Magnum opus* “Leviatã” o princípio da autoridade, ali discutindo sobre o poder político, iniciou afirmando que o termo pessoa refere-se a disfarce, a uma aparência que alguém adota num palco de teatro: a pessoa é uma máscara. No estado de natureza que Hobbes trata não havia pessoas, mas somente indivíduos. Para ele, “[...] personificar é representar, seja a si mesmo ou a outro” (HOBBS, 2004, p. 123). O termo pessoa só teria sentido, no prisma hobbesiano, quando o homem não mais está imerso no estado de natureza, eis que toda pessoa é *persona ficta* e tal ficção não faria sentido naquele estado.

³⁰ Tradução livre do original: “Una persona es portadora de derechos e deberes y se la trata como persona si se le puede seguir confiando el cumplimiento del deber” (JAKOBS, 2009, p. 9).

É nessa perspectiva que trabalha Jakobs (1996, p. 50-51): “Ser pessoa significa ter que representar um papel. Pessoa é máscara, é dizer, precisamente não é a expressão da subjetividade de seu portador, senão que é a representação de uma competência socialmente compreensível”. Desse modo, o conceito de pessoa é um conceito técnico, que designa alguém que representa determinado papel, alguém em que se pode confiar por seu comportamento ser em conformidade à norma (GRECO, 2005, p. 218).

Sobre essa base conceitual, Jakobs (1996) postula que são as normas que dão sentido ao mundo natural, de modo que é a norma que transforma o fato de uma pessoa causar a morte da outra em um homicídio, de subtrair a coisa que pertence a outra em um furto ou um roubo etc., sendo também a própria norma que gera nos indivíduos a confiança e a expectativa de que os demais indivíduos não cometerão os atos por ela proibidos, o que a torna como o fator que possibilita a orientação dos indivíduos no mundo, bem como transforma tais indivíduos em pessoas que, no Direito Penal, podem ser autores ou vítimas (GRECO, 2005, p. 217).

Ressalte-se que, na linha seguida por Jakobs (1996), as normas não pertencem ao mundo natural, mas ao mundo da comunicação. Por não pertencerem ao mundo natural, dele são, até certo ponto, independentes, vigorando mesmo que contra os fatos. Embora pertencentes a plano diverso – comunicativo –, se os fatos repetidamente demonstrarem o oposto das disposições normativas, as normas terminariam por ter seu poder cogente enfraquecido em determinado momento e, por conta disso, perderiam sua capacidade de orientar os indivíduos e ruiriam, levando consigo todo o sistema jurídico. Se as proibições de agir impostas pelas normas forem repetidamente violadas, sem que a norma imponha adequadamente as suas sanções, corre-se o risco de todo o sistema normativo cair em descrédito. Igualmente, aquele indivíduo que demonstra não estar disposto a submeter-se à norma, não mereceria ser tratado como cidadão, mas como inimigo, caso contrário, os demais indivíduos também perderiam confiança nessa norma. Isso posto, “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa” (JAKOBS, 2015, p. 35).

Portanto, sobre essa premissa, Jakobs (2015) constrói o conceito do Direito Penal do Inimigo, legitimando³¹ sobre tais indivíduos a aplicação de um Direito Penal que segue uma dinâmica totalmente diversa do Direito Penal do Cidadão, destacando-se que este possui uma característica bastante assemelhada com a do Direito Penal “clássico” que se utilizou acima, uma vez que o próprio Jakobs (2015) afirma, em seu texto de 1985 que iniciou todo o debate, sua perspectiva liberal do Direito. Quando o cidadão comete um delito, a ele se aplica o Direito Penal com seus delineamentos clássicos, norteado pela noção de legalidade, intervenção mínima, devido processo legal, e todo o arcabouço principiológico do Estado Constitucional Democrático, bem como impõe-se a pena.

Quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído. (JAKOBS, 2015, p. 47).

Com efeito, sendo o conceito de Direito trazido por Jakobs (2015, p. 24) o de “[...] vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres”, a relação do Estado com o inimigo não seria uma relação determinada pelo Direito, mas pela coação. A aplicação do Direito sobre o inimigo ocorre somente porque “[...] todo Direito se encontra vinculado à autorização para empregar coação, e a coação mais intensa é a do Direito Penal” (JAKOBS, 2015, p. 24). Logo, ao inimigo é possível a aplicação máxima da coação, com o máximo de intensidade, via Direito Penal. Na visão funcionalista sistêmica de Jakobs (2015), a função do Direito Penal do Cidadão é garantir a vigência da norma, enquanto a função do Direito Penal do Inimigo é combater perigos.

A função manifesta da pena no Direito Penal do cidadão é a *contradição*, e no Direito Penal do inimigo é a *eliminação de um perigo*. Os correspondentes tipos ideais praticamente nunca aparecerão em uma configuração pura. Ambos os tipos *podem* ser legítimos. (JAKOBS, 2015, p. 47).

³¹ Destaque-se, aqui, que talvez o termo “legitimando” não seja o mais adequado, haja vista que nas obras em que menciona o Direito Penal do Inimigo, Jakobs (2015) afirma literalmente adotar uma postura eminentemente descritiva do instituto. Contudo, como inúmeros autores observam, da leitura do seu texto percebe-se mais propriamente uma postura legitimadora que a meramente descritiva. De mais a mais, a postura crítica de 1985 parece distante em face das recentes abordagens de Jakobs (2015) quando fala sobre o instituto.

Da reflexão supra, não se pode deixar de destacar que, apesar de parecer legitimar o discurso do Direito Penal do Inimigo, Jakobs (2015), por outro lado, parece também afirmar, ou ao menos deixar a questão em aberto, que o Direito Penal do Inimigo não seria Direito, na medida em que não há vínculo entre pessoas titulares de direitos e deveres. Segue-se, aqui, a mesma percepção de Greco (2005, p. 219).

Dentre as consequências concretas que se pode apontar para um Direito Penal do Inimigo, destacam-se as criminalizações de condutas de sujeitos considerados perigosos (inimigos) em uma etapa antecipada, antes da prática efetiva de um ato delitivo, sem que haja propriamente uma lesão ao bem jurídico, sancionando-se a periculosidade do agente, e não o ato delituoso em si, o que ocorreria, a título de exemplo, em situações de terrorismo e de organizações criminosas (JAKOBS, 2003, p. 55; 2006a). Nessa perspectiva de tipificações, ter-se-ia uma maior tipificação de atos preparatórios.

No âmbito processual, ter-se-ia um endurecimento do processo, direcionando-se para a restrição do âmbito privado do indivíduo, como a possibilidade invasão do domicílio para fins de investigação, a realização de interceptações telefônicas e outros instrumentos processuais de natureza inquisitorial (JAKOBS, 2006a).

Outra característica apontada pelo próprio Jakobs (2003, p. 57) seria a modificação da legislação penal para um direcionamento das chamadas leis de combate, que se caracterizariam por sua função de combate à delinquência, notadamente à chamada delinquência econômica.

De uma perspectiva geral, poder-se-ia dizer que esse Direito penal do inimigo seria uma clara manifestação dos recursos característicos do chamado Direito Penal moderno, é dizer, da atual tendência expansiva do Direito Penal que, em geral, dá lugar, formalmente, a uma ampliação dos âmbitos de intervenção daquele, e materialmente, segundo a opinião majoritária, a um desconhecimento, ou pelo menos a uma clara flexibilização ou relaxamento e, com isso, a um menoscabo dos princípios e garantias jurídico-penais liberais do Estado de Direito. (GRACÍA MARTIN, 2005, p. 2)³².

³² Tradução livre de: “Desde una perspectiva general, se podría decir que este Derecho penal del enemigo sería una clara manifestación de los rasgos característicos del llamado Derecho penal moderno, es decir, de la actual tendencia expansiva del Derecho penal que, en general, da lugar, formalmente, a una ampliación de los ámbitos de intervención de aquél, y materialmente, según la opinión mayoritaria, a un desconocimiento, o por lo menos a una clara flexibilización o relajación y, con ello, a un menoscabo de los principios y de las garantías jurídico-penales liberales del Estado de Derecho” (GRACÍA MARTIN, 2005, p. 2).

Por ser marcado pelo caractere do punitivismo, da exacerbação da noção de risco e da relativização dos direitos fundamentais do indivíduo, a teoria de Jakobs (2015) irradiou reações pela doutrina penal, a maioria delas negativas. Todavia, deve-se destacar que o debate ensejado pelo autor alemão trouxe frutos bastante positivos e que apontam em direção a uma nova perspectiva de Direito Penal. Por conta disso, é relevante se tratar aqui das principais reações à teoria.

4.2 A doutrina e o direito penal do inimigo

4.2.1 Diferentes percepções e diferentes faces: afinal, quem é o inimigo?

As reações à teoria de Jakobs podem ser divididas em dois momentos: um primeiro, após a sua primeira menção, de teor crítico, em 1985, e um segundo momento, após o desenvolvimento do conceito, em 1999, onde Jakobs adotou um tom mais direcionado à legitimação do instituto. Na primeira fase, porquanto não houve qualquer tentativa de legitimação do instituto por parte do autor, poucas foram as consequências. Porém, após a virada do milênio, como bem relata Greco (2005, p. 222), grande parte da doutrina ficou “escandalizada”.

As críticas foram das mais variadas estirpes e atacando os mais diversos pontos, bem como tomando por base as mais diferentes acepções que se possa ter do Direito Penal do Inimigo³³.

Dada a vagueza do termo, para que se compreenda a diversa amplitude das críticas a ele feitas, precisa-se primeiro delinear as suas diferentes acepções. Para tanto, adota-se a classificação de Greco (2005, p. 225 e ss.), podendo-se adotar três posturas conceituais diferentes de Direito Penal do Inimigo:

- a) Conceito descritivo: Aqui, o conceito de Direito Penal do Inimigo serve como instrumento para classificar determinadas normas como sendo pertencentes ou não à categoria, sem propriamente valorá-las positiva ou negativamente;

³³ A esse respeito, sugere-se a leitura da já citada obra de Luís Greco (2005, p. 220-224), na qual o autor praticamente esgota a listagem de críticas efetuadas à teoria de Günther Jakobs, bem como aponta também autores que tentaram coaduná-la com a noção de ordenamento democrático.

- b) Conceito crítico-denunciador: Mais do que caracterizar dispositivos legais positivados, aqui se estaria a considerar uma norma que se enquadre no conceito de Direito Penal do Inimigo como sendo uma norma ilegítima e, por isso, deveria ser reformada;
- c) Conceito legitimador-afirmativo: De forma oposta ao anterior, aqui se buscaria fundamentar o instituto de modo a tentar demonstrar como o mesmo poderia legitimar-se na realidade do Direito – ou demonstrar que já está legitimado.

Porquanto já se afirmou que em sua primeira manifestação Günther Jakobs utilizou-se de uma postura mais crítica, enquanto que atualmente parece direcionar-se a uma postura legitimadora, não se pode ignorar que, embora haja pensamentos no sentido de que o conceito de Direito Penal do Inimigo é desnecessário em todas as suas acepções (GRECO, 2005), não se pode ignorar que a realidade de inúmeros países, bem como todo o fenômeno expansionista, aponta para um Direito Penal que, se não é um Direito Penal do Inimigo, possui inúmeras características que se assemelham às descrições de Jakobs.

Nessa linha, é de se ressaltar que apesar de Günther Jakobs ter delineado o que atualmente se chama de Direito Penal do Inimigo, a legitimação de tratamento diferenciado, no que diz respeito ao Direito, a determinadas pessoas ou grupo de pessoas, é já bastante antiga. O próprio Platão (1999, p. 359) já tratava o criminoso como alguém inferior, inclusive defendendo a sua eliminação, falava ele que “[...] se qualquer cidadão é reiteradamente condenado [...] o juiz o considerará como já incurável [e] para ele a pena será a morte, o menor dos males”. Portanto, como observa Zaffaroni (2014, p. 83), “[...] não é necessário recorrer aos séculos recentes para encontrar a teoria e a legitimação do exercício do poder punitivo. [...] o inimigo é uma construção tendencialmente estrutural no discurso legitimador do poder punitivo”.

Apesar disso, o discurso do inimigo com feições assemelhadas às atuais remonta a aproximadamente oito séculos atrás. Tais feições assemelhadas são marcadas pelo tratamento diferenciado de determinado indivíduo baseado em emergências, “[...] ameaças à própria sobrevivência da humanidade ou da sociedade, que assumiam o caráter de *guerras* e, por conseguinte, *reduziam o direito penal ao direito administrativo e as penas à coerção direta*” (ZAFFARONI,

2014, p. 83-84, grifo do autor).

A reação ao inimigo e a transformação da dinâmica das penas à dinâmica da coerção, implica afirmar que o Direito Penal, que trabalha com delitos e impõe penas, administrativiza-se (SILVA SÁNCHEZ, 2013), pois é o Direito Administrativo que trabalha com atos de coerção direta quando materializa o seu chamado poder de polícia. A administrativização do Direito Penal implica na transformação do Estado de Direito em Estado de Polícia, ou Estado policialesco, pois partir-se-ia do pressuposto de que toda infração penal seria uma agressão real e que todo poder punitivo seria realizado em legítima defesa pelo Estado, à semelhança da dinâmica do ilícito administrativo e da presunção de legitimidade dos atos administrativos, inclusive aqueles exercidos em poder de polícia.

Zaffaroni (2014, p. 85-87) aponta que essa forma de se aplicar a lei penal não é nova e que essa situação emergência foi invocada já na Idade Média pelos demonologistas medievais dominicanos que, no *Malleus Maleficarum*, traçaram o próprio Satã como inimigo e a partir dali instituíram o chamado sistema processual penal inquisitorial, representado pelos juízes inquisidores, que concentravam as funções acusatórias, julgadora e defesa e que legitimava inclusive a adoção da tortura, sendo um sistema totalmente parcial, cujo modelo de inimigo (etiologia do mal) era construído sobre um discurso teocrático-biologista, fundado na inferioridade das mulheres, que, com suas “marcas do diabo”, eram as inimigas.

Apesar de o inimigo formal ser Satã, este não podia fazer o mal sem a cumplicidade dos humanos e, entre estes, aqueles com menores dotes intelectuais e morais, ou seja, aqueles que por razões biológicas e genéticas – por ser originar de uma costela curva do peito de um homem – eram naturalmente inferiores, ou seja, as mulheres. (ZAFFARONI, 2014, p. 86-87).

Apesar de distante, o exemplo já serve para o modelo penal expandido pela globalização na medida em que sinaliza que a legitimação discursiva e a institucionalização positiva de um tratamento legal diferenciado a determinados indivíduos, que passam a ser tratados como inimigos, parece desaguar na punição dos mais vulneráveis: na Idade Média, as mulheres (bruxas); na Idade Moderna, os estrangeiros (dentre os quais, os judeus); na era globalizada, cujo elemento central é o econômico e cuja força motriz é o consumo, naqueles que não cumprem os requisitos suficientes para se inserirem no contexto consumerista, ou seja, nos

pobres.

Por soar por demais peremptória, deve-se buscar fundamentar tal afirmação. Com esse intento, inicia-se com o destaque de que o poder punitivo possui como característica estrutural a seletividade. Zaffaroni (2014, p. 88, grifo do autor) destaca, “[...] a doutrina pré-moderna não só admitiu a seletividade do poder punitivo como tratou de legitimá-la, aceitando implicitamente que *para os amigos rege a impunidade e para os inimigos o castigo*”. Nessa linha, o autor argentino aponta que a única forma de se fundamentar a seletividade é através do valor simbólico da pena por meio da sua função enquanto prevenção geral positiva.

A ideia de prevenção geral positiva gira em torno do sentimento de confiança no Direito que a aplicação da pena gera na comunidade. Com a ideia de prevenção geral positiva, “[...] uma pessoa seria criminalizada porque com isso a opinião pública é normalizada ou renormalizada, dado ser importante o consenso que sustenta o sistema social” (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 122).

Esse valor da pena enquanto prevenção geral positiva, que reforça o seu lado simbólico, bem como punitivista, embora seja o pensamento dominante na atualidade, encontra raízes no século XVI, em Bodin (ZAFFARONI, 2014, p. 88), e, como dito, não deixa de ser uma tentativa de legitimação da seletividade, na medida em que se defendia ser saudável para o corpo da República punir severamente os bruxos para que o povo fosse acalmado.

A tentativa de legitimação de um tratamento diferenciado aos inimigos ganhou força com o positivismo criminológico, com a dita Escola Positiva cujos representantes principais foram Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo. O positivismo criminológico inseriu o autoritarismo no Direito Penal, e traçou um perfil ôntico de inimigo, o famoso homem delinquente. O inimigo, portanto, era alguém biologicamente inferior, um doente, um degenerado. “Satã era substituído pela *degeneração* e o que se impunha era a neutralização dos *degenerados inferiores*, evitando, se possível, sua reprodução mediante a esterilização e a *eugenia*.” (ZAFFARONI, 2014, p. 92). A ver a seguinte passagem, na famosa obra de Cesare Lombroso (2007, p. 197), fundando-se no critério biológico:

A fisionomia dos famosos delinquentes reproduziria quase todos os caracteres do homem criminoso: mandíbulas volumosas, assimetria facial, orelhas desiguais, falta de barba nos homens, fisionomia viril nas mulheres, ângulo facial baixo.

O criminoso (inimigo) era, portanto, alguém considerado anormal, assinalado como inimigo pela natureza, e não pelo poder. Como destacava Garofalo (s.d., p. 15): “Que inimigo é esse que de tal maneira desolou esta região? Um inimigo misterioso, desconhecido na história; seu nome é o criminoso!”

O positivismo alemão também referendou um sistema de diferenciação entre indivíduos no que dizia respeito à aplicação de penas. Franz von Liszt (1984, p. 120) chegava a defender que havia indivíduos que eram delinquentes habituais e, portanto, irrecuperáveis e mereciam ficar privados de sua liberdade por toda a vida. Nessa mesma linha, foi Carl Stooss quem, ao criar as noções de medida de segurança, traçou um dos modelos adotados até hoje em inúmeros países ocidentais (ZAFFARONI, 2014, p. 96), dentre os quais, o Brasil, onde, o indivíduo que se enquadra nos critérios legais de periculosidade, responderá com o cumprimento de uma medida de segurança, que possui caráter administrativo, e não propriamente com uma pena. Ademais, a medida de segurança – ao menos pela previsão literal do Código Penal Brasileiro, a despeito dos recentes entendimentos contrários dos tribunais superiores brasileiros – não possui duração limitada, perdurando enquanto durar a periculosidade do agente. Tem-se aí verdadeira medida de constrição da liberdade, de natureza administrativa e fundada meramente na periculosidade, materializando, portanto, o Direito Penal do Inimigo.

Essa lógica de diferenciação legal entre indivíduos ganhou amplo apoio pelos positivistas, inclusive o próprio teorizador da chamada teoria finalista da ação, Welzel (1956, p. 241), admitia tal diferenciação, embora mais ponderado:

Também frente às medidas de segurança surge a pergunta de sua necessidade, que radica, como na pena, em sua indispensabilidade para a proteção da comunidade, e de sua justificação. Para isso são essenciais os seguintes princípios: a) Todas as medidas de segurança têm como base a ideia geral de direito segundo a qual na vida da comunidade podem tomar parte sem restrições somente aqueles que são capazes de se ater às normas da vida da comunidade³⁴.

As palavras de Welzel (1956) – que foi professor de Günther Jakobs – transparecem claramente o tratamento legal diferenciado a dois grupos, um

³⁴ Tradução livre do original: “También frente a las medidas de seguridad surge la pregunta de su necesidad, que radica, como en la pena, en su indispensabilidad para la protección de la comunidad, y de su justificación. Para ello son esenciales los siguientes principios: a) ‘Todas las medidas de seguridad tienen como base la idea general del derecho según la cual en la vida de la comunidad pueden tomar parte sin restricciones solamente aquellos que son capaces de atenerse a las normas de la vida de la comunidad’ (WELZEL, 1956, p. 241).

composto por pessoas aptas a conviver e outro por pessoas inaptas. Embora se trate de um dos autores de Direito Penal mais célebres de toda a história, não se pode ignorar que os reforços discursivos e legitimadores de tal tratamento diferenciado com bases ônticas, isto é, bases fáticas, culminou, primeiramente, no genocídio dos judeus fundamentado pelo Direito Penal durante a II Guerra Mundial e, em segundo lugar, em um dos principais problemas que assolam não somente o Direito brasileiro, mas todo o sistema penal latino-americano (ZAFFARONI, 2014, p.109 e ss.), que é o estabelecimento da prisão cautelar enquanto verdadeira medida de contenção para inimigos.

Assim, Zaffaroni (2014, p. 104-105) defende que a legitimação feita por Edmund Mezger foi um exemplo de elaboração extrema de tratamento penal diferenciado ao inimigo e que o único componente acrescentado pelo nacional-socialismo foi o antissemitismo, tendo o direito penal nazista as mesmas características de defensivismo e perigosismo, resumido na máxima de Hans Frank: *Alles was dem Volk nützt, ist Recht; alles was ihm schadet, ist Unrecht* (Em tradução livre: “Tudo o que serve ao povo, é Direito; tudo o que o prejudica, é Não-Direito”) (MURMANN, 2005, p. 136).

Além do fato de o discurso do inimigo ter servido para legitimar jurídica e racionalmente o ordenamento nazista, o que inclusive levou autores como Lyotard (1984) a falarem do fracasso das metanarrativas, a outra consequência de tal discurso irradia efeitos até hoje na realidade latino-americana, notadamente nos sistemas carcerários inflados por conta de a prisão cautelar ter sido transformada em verdadeira prisão para inimigos.

De toda forma, é configurado um *sistema penal cautelar* diferente do *sistema penal de condenação*, no qual operam como pautas a *seriedade da suspeita* de cometimento de um delito (o direito penal entre apenas como critério para a qualificação cautelar) e considerações de periculosidade e dano, provenientes do positivismo do século XIX, ou seja, da individualização ôntica do inimigo. (ZAFFARONI, 2014, p. 110).

Como Zaffaroni (2014, p. 110) destaca, a forma de periculosidade tratada pelo sistema cautelar é *sui generis*, na medida em que não se trata de periculosidade pré-delito, e nem pós-delito, mas uma periculosidade fundada na mera suspeita. Na mesma linha, Ferrajoli (2002, p. 443):

A história da detenção cautelar do imputado no transcurso do processo está estritamente conectada com a do princípio da presunção de inocência: na medida e nos limites em que a primeira foi sendo cada vez mais admitida e praticada, seguiram-se de perto os desenvolvimentos teóricos e normativos do segundo.

Trata-se, portanto, de instrumento cuja natureza jurídica é de difícil descrição, pois, sendo instrumento meramente processual, não se trata de sanção, já que esta, na seara processual, é a nulidade. O fato é que a prisão cautelar foi defendida desde Garofalo (s.d., p. 453-454) até o nazismo alemão e o fascismo italiano.

Com o advento do fascismo, a presunção de inocência entrou francamente em crise, não houve mais freios ao uso e abuso da prisão preventiva e à sua aberta legitimação, sem jogos de palavras ingênuos, como "medida de segurança processual", "necessária para a defesa social" e indispensável sempre que o delito tenha desencadeado "grave clamor público". Assim, enquanto o Código de Processo Penal de 1865 previa como regra o caráter facultativo do mandado de prisão, e o Código de 1913 introduzia, além disso, a desencarceramento por decurso de prazos máximos, o Código Rocco alargou enormemente as hipóteses de prisão obrigatória e automática, suprimiu os prazos máximos e com isso o instituto do desencarceramento por decurso de prazo, e condicionou tanto a emissão como a suspensão do mandado facultativo de prisão à avaliação das "qualidades morais e sociais da pessoa". A tutela do inocente ficava confiada à vigilância hierárquica interna, inclusive porque nenhum poder era reconhecido à defesa, de fato excluída da fase instrutória do juízo (FERRAJOLI, 2002, p. 444).

A prisão preventiva, na época do fascismo, e ainda hoje, possui uma fisionomia de medida de prevenção contra pessoas consideradas suspeitas e perigosas. Ademais, não se pode perder de vista que, muitas vezes, trata-se de verdadeira antecipação da pena, o que atenta fulcralmente ao princípio da presunção de não culpabilidade, cujas exceções devem estar taxativamente descritas na lei. Contudo, não é o que se observa, uma vez que, no direito brasileiro, por exemplo, vê-se termos ambíguos e abertos como "garantia da ordem pública", "garantia da ordem econômica", "conveniência da instrução criminal" e "aplicação da lei penal", cujo conteúdo semântico pode ser preenchido com qualquer coisa.

Do exposto, embora se admita que o Direito Penal talvez não esteja a reagir adequadamente diante das demandas da vida globalizada e que, por isso, necessita evoluir, não se pode perder de vista que, com base no que demonstra a história, no sentido de que sempre foram tratados como inimigos aqueles indivíduos que se encontravam em posição de vulnerabilidade conforme a dinâmica da

sociedade em que se vivia (mulheres na Idade Média; judeus no nazismo; escravos na Grécia e em Roma; o pobre na sociedade de consumo!), o conceito de Direito Penal do Inimigo pode servir somente para a identificação de determinadas normas ou grupos de normas como sendo afrontosas ao Estado Democrático de Direito.

Em outras linhas, aparentemente, de forma diferente do pensamento de Jakobs (2006b, p. 58), o conceito de inimigo não parece como ser delimitável objetivamente e de forma limitada, pois “[...] para os teóricos – e sobretudo para os práticos – da exceção, esta sempre invoca uma *necessidade que não conhece lei nem limites*” (ZAFFARONI, 2014, p. 161, grifo do autor).

Assim, a resposta à pergunta acerca de quem seria o inimigo não é de difícil resposta, eis que, historicamente, o inimigo sempre foi aquele que o juízo de subjetividade do detentor do poder considerava como tal. E esse juízo de subjetividade era guiado conforme uma dinâmica de combate, não de Direito. Por todas essas razões é que as reações doutrinárias ao Direito Penal do Inimigo, em sua maioria, não foram das melhores.

4.2.2 Reações ao Direito Penal do Inimigo

É importante, assim, delinear-se aqui parte das críticas, para que se possa analisar mais adequadamente a conjuntura brasileira, ainda que sem a pretensão de esgotá-las.

Como já dito, diversas foram as reações sobre a teoria de Jakobs, as mais importantes delas advieram após o seu segundo estudo, em 1999, uma vez que foi a mudança da postura crítica para uma postura – ao menos aparentemente – mais legitimadora que causou espécie em inúmeros autores.

Nessa linha, para Greco (2005, p. 246), a discussão sobre o Direito Penal do Inimigo está se mostrando demasiadamente emocional, pois o próprio conceito de Direito Penal do inimigo não convida à racionalidade. De outro lado, afirma o autor que o conceito é inútil.

Para Greco (2005, p. 235), em sua perspectiva legitimadora-afirmativa, é um conceito que leva à anulação de todos os limites do poder de punir, não delimita quais seriam os aspectos preventivos a serem objeto dele e ainda apresentaria feições autoritárias. Logo, careceria de razões epistemológicas, pragmáticas e também retóricas.

Por outro lado, enquanto conceito descritivo, não serviria por conta de ser um termo carregado de valorações, o que leva a valorações também por parte dos interlocutores que estejam a tratar do tema, desde a própria ciência do Direito Penal, ao discurso cotidiano. Ademais, como Jakobs (2015) não teria proposto como tal conceito poderia contribuir para o Direito vigente, haja vista já existirem conceitos que contemplem as categorias por ele delineadas – principalmente o conceito de Direito Penal do Autor – o conceito seria desnecessário nessa perspectiva (GRECO, 2005, p. 240).

Por fim, como conceito denunciador-crítico, “[...] deve ser recusado: primeiramente por sua dimensão excessivamente difamatória e emocional, em segundo lugar por sua dispensabilidade” (GRECO, 2005, p. 246).

De forma assemelhada a parte do pensamento de Greco (2005), Zaffaroni (2005) também considera que o Direito Penal do Inimigo representa um discurso jurídico-penal autoritário.

A característica comum do autoritarismo de todos os tempos é a invocação da necessidade em uma emergência: a heresia, o Maligno, o comunismo internacional, a droga, a sífilis, o alcoolismo, o terrorismo etc. Se transforma em absoluto um mal justificando necessidade urgente, imediata e impostergável de neutralizá-lo, pois está em curso ou é iminente e se apresenta como ameaça para a sobrevivência da espécie humana ou, ao menos, de uma cultura ou civilização. (ZAFFARONI, 2005, p. 157)³⁵.

A partir dessa constatação, Zaffaroni (2005, p. 163-166) estabelece o Direito Penal do Inimigo como sendo mais um dos vários discursos penais autoritários e estabelece uma estrutura comporia todos os chamados discursos de emergência, como:

- a) o armamentismo do discurso;
- b) a disparidade de inimigos – eis que o inimigo nunca é real, pois os verdadeiros inimigos são os que colocam em dúvida o próprio poder punitivo;

³⁵ Tradução livre do original: “La característica común del autoritarismo de todos los tiempos es la invocación de la necesidad en una emergencia: la herejía, el Maligno, el comunismo internacional, la droga, la sífilis, el alcoholismo, el terrorismo, etc. Se absolutiza un mal justificando una necesidad apremiante, inmediata e impostergable de neutralizarlo, pues se halla en curso o es iminente y se lo presenta como amenaza para la subsistencia de la especie humana o, al menos, de una cultura o civilización.

- c) a disparidade de fins – as finalidades dos discursos variam conforme as circunstâncias, mas, a finalidade última é o próprio exercício do poder;
- d) a legitimação do bem através da noção de que o mal está sempre ligado aos “defeituosos” – “como pode uma sociedade sã produzir drogados?”³⁶ (ZAFFARONI, 2005, p. 164);
- e) a inferioridade do inimigo, cujo perfil é traçado com base nos piores preconceitos de cada sociedade – aqui, mais uma vez, merece destaque que, na Idade Média, os inimigos eram as bruxas (mulheres), na Alemanha nazista, os judeus, ciganos, negros, homossexuais etc., na sociedade líquida (de consumo), os inimigos são aqueles que não se encaixam efetivamente como consumidores;
- f) a imunidade ao mal por parte dos seus “combatentes” – aqui, o autor dá o exemplo da inquisição, onde os inquisidores eram imunes por desígnio de deus;
- g) o uso do discurso para acobertar ilícitos de quem exerce o poder;
- h) o reforço dos preconceitos funcionais – aqui, o discurso do inimigo aparece sempre reforçando os preconceitos da sociedade a fim de gozar de maior apoio;
- i) a “reprodução da clientela” com a definição de novos inimigos, de modo que as emergências nunca se esgotem e o poder autoritário permaneça sempre justificado por algum motivo;
- j) a inversão valorativa – a exemplo das mulheres, que se morriam na fogueira era porque o demônio as salvava, assim como o inimigo que se arrepende, é porque está a simular ou então o próprio indivíduo que se encaixa fisicamente no conceito de inimigo, mas que não confessa por ser inocente, é porque também está a simular, casos recorrentes de muçulmanos torturados;
- k) a neutralização de fontes deslegitimadoras da autoridade – um exemplo que se encaixaria aqui são as noções comumente repetidas no cotidiano brasileiro de que a pobreza não é um fator que influi na criminalidade, eis que a pobreza demonstra a ineficiência do poder

³⁶ Tradução livre de: “¿Cómo una sociedad sana puede producir drogadictos?” (ZAFFARONI, 2005, p. 164).

público;

- l) a degradação ética do repressor – tal característica mostra-se principalmente na via processual, onde o Estado encontra meios cada vez mais escusos para obter provas, bem como relativiza garantias processuais dos acusados, como a presunção de não culpa e o *nemo tenetur se detegere*, interpretando o silêncio em prejuízo do acusado.

Cabe destacar que Zaffaroni (2005) parece manifestar certa repulsa pelo Direito Penal do Inimigo ao, aparentemente, sequer considerá-lo como Direito, na medida em que utiliza a denominação “Direito Penal e seus inimigos”, ao invés do termo cunhado por Jakobs.

Importante crítica ao Direito Penal do Inimigo é do espanhol Manuel Cancio Meliá. A relevância da crítica feita pelo professor de Madri emerge sobretudo por conta de ser ele coautor da já citada obra “Direito Penal do Inimigo: noções e críticas” junto com o próprio Günther Jakobs.

Nessa linha, na obra conjunta com Günther Jakobs, Cancio Meliá (2015, p. 107) defende que o Direito Penal do Inimigo se trata, na prática de um Direito Penal do autor. Para ele, haveria incompatibilidade entre tal modelo de Direito e o chamado Direito Penal do fato. O Direito penal do fato é aquele que, na aplicação do Direito Penal, busca examinar somente os fatos como ocorreram em sua face externa. É dizer: por essa forma de se ver o Direito Penal, os pensamentos do autor, a sua forma de ver o mundo, seus sentimentos, não são, por si só, puníveis. O núcleo do tipo penal deve sempre possuir um fato.

A incompatibilidade de tal dinâmica com o Direito Penal do Inimigo se mostra presente porque este parte, desde o início, de uma identificação de determinados perfis de indivíduos como inimigos, e não propriamente de fatos. Tratar-se-ia, portanto, da criminalização de modos de vida e não de condutas propriamente ditas (CANCIO MELIÁ, 2015, p. 109).

No plano da teoria do Direito Penal, resulta evidente que um “Direito Penal” do inimigo não é compatível com a teoria da prevenção geral positiva, posto que nela a pena cumpre uma função divergente e incompatível com o elemento essência da culpabilidade-igualdade. Como consequência disso, o “Direito Penal” do inimigo – dedicado essencialmente a definir categoria de sujeitos – é de modo estrutural um Direito Penal de autor. (CANCIO MELIÁ, 2015, p. 110-111).

Da mesma forma que Zaffaroni (2005), Greco (2005) e Ferrajoli (2007), Cancio Meliá (2015, p. 99-100) também não considera que o Direito Penal do Inimigo sequer integra o próprio conceito de Direito Penal. É de se ressaltar nesse aspecto que o próprio Jakobs (2015) também faz essa ressalva em sua obra.

Por sua vez, Ferrajoli (2007, p. 87) afirma que o termo Direito Penal do Inimigo é uma contradição em termos e que, na verdade, é a negação do Direito Penal, a dissolução de sua essência e de seu papel. A repulsa de Ferrajoli (2007) com o tema é tão grande que o mesmo chamou a teoria de escandalosa, ainda mais por ter sido proposta por um jurista prestigioso.

Do que estamos discutindo quando falamos de “direito penal do inimigo”? Do paradigma do inimigo no Direito Penal? Creio que há de se reconhecer com absoluta firmeza que falamos de um oximoro, de uma contradição em termos, que representa, de fato, a negação do Direito Penal, a dissolução de seu papel e de sua íntima essência, dado que a figura do inimigo pertence à lógica da guerra, que é a negação do Direito, do mesmo modo que este é a negação da guerra. (FERRAJOLI, 2007, p. 88)³⁷.

Na ótica de Ferrajoli (2007, p. 89), o discurso acerca do Direito Penal do Inimigo parte de uma falácia realista que não sabe diferenciar o que efetivamente acontece na realidade, do que seria legítimo que acontecesse. Terminam por tentar justificar a realidade que se avizinha como sendo legítima, ainda que a mesma perverta os princípios mais basilares do Estado Democrático de Direito. Para ele, o discurso do Direito Penal do Inimigo é a substituição do modelo clássico de Direito Penal para se adotar uma dinâmica baseada na eficiência.

Destaque-se que Ferrajoli (2007, p. 89; 2012, p. 112-113) vai na mesma direção de Zaffaroni (2005) ao apontar que o Direito Penal do Inimigo não é algo novo, identificando-o com as figuras do inimigo do povo, no estalinismo e do direito penal do autor (*Tätertyp*), do modelo nazista, salientando ainda que se trata de um verdadeiro terrorismo penal e que já se encontra vários exemplos de Direito Penal do Inimigo ao redor do mundo, sendo o *Patriot Act* e a prisão de Guantánamo, do ordenamento jurídico dos Estados Unidos, dois exemplos dessa estirpe de

³⁷ Tradução livre do original: “Dobbiamo allora domandarci: di che cosa stiamo discutendo quando parliamo di “diritto penale del nemico”? del “paradigma del nemico” nel diritto penale? Io credo che dobbiamo riconoscere, con assoluta fermezza, che stiamo parlando di un ossimoro, di una contraddizione in termini, che rappresenta, di fatto, la negazione del diritto penale: la dissoluzione del suo ruolo e della sua intima essenza, dato che la figura del nemico appartiene alla logica della guerra, che del diritto è la negazione, così come il diritto è la negazione della guerra” (FERRAJOLI, 2007, p. 88).

pensamento.

A manifestação mais vergonhosa desse direito penal criminal, como verdadeiro crime contra a humanidade, é a tortura, que reapareceu de forma funesta nestes anos no tratamento estadunidense dos chamados “inimigos combatentes” como instrumento para obter confissão e, ao mesmo tempo, de intimidação geral (FERRAJOLI, 2007, p. 89)³⁸.

A marca dessa forma de agir seria a tortura, seria o seu uso estratégico que, ao contrário do que se fazia antes, dá-se a máxima publicidade dos tratamentos desumanos, com o fito de difusão do terror e de intimidação de eventuais indivíduos que desejassem praticar ações terroristas.

O Direito Penal do Inimigo encontraria, na perspectiva de Ferrajoli (2005), na legitimação política de tais práticas, o seu ato inaugural. E seria a política que transforma a guerra em instrumento penal de manutenção da ordem.

É de se ressaltar que, para Ferrajoli (2005), a missão fundamental do Direito Penal seria a diminuição de todas as formas de violência, desde aquela praticada pelo próprio indivíduo no momento do crime, à violência perpetrada pelo Estado na persecução penal e também a violência praticada pela vítima ou pela sociedade para reagir ao crime. Portanto, diante dessa perspectiva, o Direito Penal do Inimigo, de fato, vai totalmente de encontro com a sua visão garantista do Direito Penal.

Assim, para Ferrajoli (2012, p. 113), a doutrina do Direito Penal do Inimigo afeta toda a estrutura do Direito Penal, que se vê perturbada desde o princípio da legalidade, que passaria a ser orientado pela prevenção de tipos de autor, ao invés de tipos de ação, passando também pelo princípio da igualdade, ao diferenciar indivíduos, dando a alguns o status de pessoas e a outros o de não-pessoas, e também reverberando no processo penal, de tal forma que as provas seriam ignoradas em prol da identificação de alguém como possuindo ou não as qualidades de inimigo, quaisquer que fossem elas.

Um modelo assim de Direito Penal, como disse no início, sem dúvida, reflete as práticas e tendências das modernas políticas de segurança e emergência. E temos que ser conscientes – inclusive à luz de seu

³⁸ Tradução livre do original: “La manifestazione più vergognosa di questo diritto penale criminale, quale vero crimine contro l'umanità, è la tortura, che ha fatto la sua funesta riapparizione in questi anni nel trattamento statunitense dei cosiddetti "nemici combattenti" come strumento di acquisizione della confessione e, al tempo stesso, di intimidazione generale” (FERRAJOLI, 2007, p. 89).

clamoroso fracasso – de que isto equivale a uma dissolução do Direito Penal e à negação da racionalidade penal. (FERRAJOLI, 2012, p. 18)³⁹.

É de se ressaltar que as críticas de Ferrajoli (2012) a Jakobs (2015) são acentuadas por conta da sua própria teoria do garantismo, pela qual o autor italiano considera que o Estado é um meio, cuja legitimidade repousa na finalidade de garantir os direitos fundamentais do cidadão, sendo ilegítimo se não os garante ou se os viola. Em contraposição, Ferrajoli (2002, p. 706) afirma que a noção de Jakobs conceberia o Estado como um fim, “[...] e encarna valores ético-políticos de característica supra-social e supra-individual cuja conservação e reforço para o direito e os direitos não de ser funcionalizados”⁴⁰.

Apesar das inúmeras críticas doutrinárias ao Direito Penal do Inimigo, parece que já se percebe em inúmeros ordenamentos constitucionais a adoção de tal modo de se materializar o Direito Penal, o que faz com que tal modelo aparente ser o modelo padrão da modernidade líquida. Por conta disso, e por conta de tal instituto ser incompatível com o Estado Democrático de Direito, é que se torna necessário fazer alguns apontamentos no sentido de como o Direito Penal do Inimigo se mistura às características apresentadas da chamada modernidade líquida, bem como apontar exemplos dessa manifestação no Direito brasileiro para, por fim, trazer esboços de propostas para um Direito Penal do futuro, de natureza sólida.

4.3 O estado em descrédito: o direito penal líquido e o futuro do direito penal

4.3.1 O Direito Penal do inimigo enquanto Direito Penal “líquido”

A obra do sociólogo Zygmunt Bauman é bastante fértil para a discussão das características da atual era, período por ele designado de modernidade líquida.

³⁹ Tradução livre do original: “Un modelo así de Derecho penal, como he dicho al inicio, refleja sin lugar a dudas las prácticas y tendencias de las modernas políticas securitarias y de la emergencia. Y tenemos que ser conscientes –incluso a la luz de su clamoroso fracaso- de que esto equivale a una disolución del Derecho penal y a una negación de la racionalidad penal” (FERRAJOLI, 2012, p. 18).

⁴⁰ Sabendo que o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs, para quem a função do Direito Penal é, antes de tudo, garantir o império da norma, é inspirado na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, Ferrajoli faz uma paráfrase com a teoria do sociólogo e identifica seu sistema garantista como sendo *heteropoiético*, em oposição à visão luhmaniana, e também de Jakobs, de que o Direito Penal seria um sistema *autopoiético* (FERRAJOLI, 2002, p. 706 e seguintes).

Inúmeras são as características e peculiaridades por ele identificadas e que levam o atual momento a ser caracterizado como uma era de mudanças constantes e de total incerteza.

Para o debate acerca do papel que o Direito Penal vem ocupando na atualidade e de seu suposto estado de crise, algumas características, do rol extenso identificado por Bauman (2007), parecem, no entanto, mais relevantes: em primeiro lugar, o divórcio entre o poder e a política provocados pelo fenômeno da globalização; em segundo lugar, o individualismo excessivo e que, na perspectiva do autor polonês, erodiu a figura do cidadão; por fim, o esvaziamento da ética pós-moderna, que leva alguns autores inclusive a falarem que se está numa era pós-moralista (BAUMAN, 1998; 2001; 2003).

Todas essas características autor apontadas geraram, pelos mais diversos motivos, vários já trabalhados, uma espécie de *boom* no Direito Penal, de modo que este sofreu um fenômeno crescente de expansão, passando a ter uma atuação muito mais ampla que em sua noção original, de Direito Penal “clássico” ou Direito Penal liberal.

Esse fenômeno expansionista, como se demonstrou, terminou por desaguar na controversa figura do Direito Penal do Inimigo (SILVA SÁNCHEZ, 2013), alvo das mais pujantes reações doutrinárias e que, conforme a visão da imensa maioria da doutrina, é incompatível com a noção de Estado Democrático de Direito (GRECO, 2005; GRACÍA MARTIN, 2005; CANCIO MELIÁ, 2015; FERRAJOLI, 2002; 2007; 2012).

A despeito de se concordar com esse entendimento, não se pode negar que o Direito Penal do Inimigo se mostra presente em inúmeros ordenamentos jurídicos ocidentais, inclusive no Direito brasileiro. E diante desse fato, emerge a pergunta: por que razão o Direito Penal do Inimigo, mesmo sob fortes protestos, continua a crescer e a encontrar espaço mesmo nas maiores democracias?

Embora talvez seja pretensiosa a tentativa de resposta a essa pergunta, não se pode deixar de observar que o modelo penal de legitimação de tratamento jurídico diferenciado para determinados indivíduos, aos quais se atribui a característica de inimigos do sistema, aparenta ser o modelo de Direito Penal característico da modernidade líquida, de modo que inúmeros fatores característicos da modernidade líquida parecem levar ao tratamento legal diferenciado de certas pessoas.

Assim, em um primeiro plano, por conta do iminente divórcio entre poder e política identificado por Bauman (2007) e por inúmeros outros autores, como Zaffaroni (2015) e Ferrajoli (2005), no campo das ciências penais, e Beck (1999) e Giddens (1991), nas ciências sociais, por exemplo, o território perde importância em virtude do avanço tecnológico tê-lo tornado praticamente desnecessário para o exercício das relações de poder. É dizer: enquanto o modelo moderno exigia a presença física de quem exercia o poder, o modelo líquido-moderno não mais faz tal exigência, de modo que com um simples clique uma ordem pode chegar ao outro lado do planeta em menos de um segundo (BAUMAN, 2001).

Se o avanço tecnológico permitiu uma maior eficiência nas relações de poder, também trouxe essa eficiência para os demais aspectos da vida humana, de modo que se passou a produzir mais em termos de quantidade e qualidade, o que teria contribuído para o avançar do consumo e, por consequência, do mercado e dos grandes grupos econômicos, que passaram a ter cada vez mais poder financeiro.

Esse crescimento dos grandes grupos econômicos, combinado com a menor importância do território para o desenvolver regular das relações de poder, aparentemente culminou com o enfraquecimento do poder político do Estado, na medida em que este não possui mais total controle da dinâmica social sequer dentro de seu território, porquanto as empresas não se submetem mais a este controle. Nessa esteira, a bem da verdade, parece ter havido uma inversão dessa dinâmica, na qual as empresas é quem passam a colocar os Estados para concorrerem (FERRAJOLI, 2005).

Nessa medida, conforme os Estados ficam mais dependentes das ações dos grupos econômicos no que diz respeito à tomada de decisões sobre os seus rumos políticos, o Direito, instrumento de materialização da política, acaba ficando reflexamente dependente também de tais grupos econômicos. E, se tais grupos econômicos funcionam conforme uma dinâmica de lucro, acaba que os Estados, ao se submeterem aos interesses de tais grupos, terminam criando normas jurídicas que se guiam por tais interesses, isto é, normas jurídicas que objetivem proteger o lucro de tais poderes econômicos.

É com o desenrolar dessa dinâmica que aparece o Direito Penal e, mais precisamente, o Direito Penal do Inimigo, eis que, se o Direito Penal é o ramo do Direito que possui a forma de sanção mais pujante, é também aquele que passa a ter o seu espectro de atuação expandido a tal ponto que passa a regular inúmeras

situações que outrora sequer eram merecedoras de interesse penal.

Concebido em sua originalidade como o ramo do Direito cuja função precípua era a de proteger o cidadão contra os arbítrios do poder (BECCARIA, 2013, p. 29-31), o Direito Penal atual, que aqui se chamará de Direito Penal Líquido parece funcionar como instrumento de manutenção do *establishment*, cujas criminalizações parecem emergir em três frentes:

- 1) Criminalizações de condutas que possam ser lesivas aos interesses dos grandes grupos econômicos;
- 2) Criminalizações de condutas que possam, de alguma maneira, comprometer a capacidade de agir do Estado, com a observação de que passa a ser interesse dos conglomerados econômicos a manutenção no poder das forças a eles subservientes;
- 3) Criminalizações de condutas que satisfazem anseios populares, a fim de, de um lado, impedir revoltas e movimentos populares que possam atingir os reais detentores de poder, isto é, uso do Direito com uma função simbólica de que o legislador é diligente, eficiente e está atento às demandas do povo e, de outro lado, demonstrar ao mesmo povo que o Estado ainda é o detentor de poder e que, por isso, as suas normas são legítimas e seguem tão somente os mandamentos da Constituição.

Para o cumprimento de tais desideratos, o sistema jurídico termina por desaguar no Direito Penal do Inimigo, notadamente na criminalização e encarceramento em massa daqueles que ou de alguma maneira podem perturbar a manutenção desse ciclo, ou então daqueles que são desimportantes para tal dinâmica, isto é, os pobres e os que estão à margem da sociedade que, uma vez tendo sobre si a espada do Direito Penal, passam a ser excluídos não somente na realidade concreta, mas também pelo Direito, haja vista que a aplicação do Direito Penal, por si só, já leva à exclusão (BAUMAN, 2000).

Nesse contexto, as demais características da modernidade líquida, identificadas por Bauman (2001) e aqui reputadas importantes para a dinâmica do Direito Penal, emergem para dar coesão e força à dinâmica criada pela globalização e pelo divórcio entre o poder e a política.

Assim, se o indivíduo pós-moderno aparentemente tem interesses mais voltados para si próprio e se guia pela cultura do ter (BAUMAN, 2001; 2008), pela cultura de consumo, passa a importar-se mais com a sua vida privada e a exigir menos ações do Estado, isto é, passa a exigir que o Estado só atue em duas frentes: para garantir o seu consumo e para proteger o seu consumo. Visto sob essa dinâmica, o Estado, ao criminalizar indivíduos que poderiam potencialmente atingir os bens desse homem pós-moderno, ganha mais legitimidade e confiança desse homem, e, se as suas ações se mostram ineficientes, os anseios desse homem para a ação do Estado passam a ser mais direcionados a um recrudescimento e punitivismo que propriamente para uma reformulação das estratégias de ação. O falado combate entre indivíduo e o cidadão, portanto, culmina no fortalecimento da legitimidade discursiva do discurso do inimigo. Ademais, o combate entre o indivíduo e o cidadão também faz com que o indivíduo pós-moderno veja com maus olhos ações do Estado que sejam indiferentes para si próprio, como são o caso das políticas públicas prestacionais (BAUMAN, 2001).

De outro lado, o esvaziamento da ética pós-moderna, com a celebração do espetáculo (LIPOVETSKY, 2007) e a transformação da tolerância em indiferença (BAUMAN, 2003), faz com que esse homem pós-moderno não perceba as omissões estatais na materialização de direitos prestacionais como algo tão grave.

Portanto, as características líquido-modernas parecem desaguar e alimentar o discurso do Direito Penal da exclusão, fomentando assim um Direito Penal que, longe de ter como função principal a defesa dos direitos fundamentais do cidadão, passa a ter como função o estabelecimento e a punição peremptória de indivíduos indesejados.

Não menos notório é que os estereótipos de quem são mostrados como inimigos da sociedade correspondem a todos os excluídos do atual momento do poder planetário (conhecido como *globalização*) e que se concentram segundo grupos que resultam *molestados* em diferentes localizações geográficas (imigrantes em países desenvolvidos ou menos desenvolvidos; desempregados ou contestadores em países pobres; pessoas deslocadas econômica, política ou belicamente; os *estranhos*; etc.). Com frequência se agregam os que, por sua conduta de vida, são suspeitos de não compartilhar os objetivos proclamados pelo sistema (segundo as circunstâncias podem ser grupos dissidentes ou minorias políticas, sexuais, consumidores de alguma droga etc.). (ZAFFARONI, 2005, p. 156)⁴¹.

⁴¹ Tradução livre do original: "No menos notorio es que los estereotipos de quienes son mostrados como enemigos de la sociedad corresponden a todos los excluidos del actual momento de poder

Tem-se, portanto, que o Direito Penal Líquido é, na verdade, o Direito Penal do Inimigo, cujas características principais são todas aquelas identificadas supra, notadamente a antecipação das tipificações, a relativização de princípios processuais, o fortalecimento das prisões cautelares, a criação de tipos penais de perigo, a criação das chamadas leis de combate, a legitimação para ações do Estado que violem a intimidade, tudo legitimado por um discurso que se exterioriza como sendo de combate à criminalidade organizada, à criminalidade dos poderes econômicos e à criminalidade dos poderes públicos, mas que, na prática, atinge os excluídos.

Se os paradoxos do Direito Penal Líquido atingem praticamente todas as grandes democracias ocidentais, quando inserido na dinâmica de um Estado ainda em desenvolvimento, caso do Brasil, e cuja desigualdade social é grande, tem-se praticamente um colapso do Direito Penal.

4.3.2 O Direito Penal do Inimigo na realidade brasileira

Há várias formas de se tentar resumir a política criminal e o Direito Penal brasileiros e o seu estado de crise. Dentre as várias, uma delas é a manchete de 30 de março de 2017, estampada no periódico *online* de notícias Portal G1 Rio (2017a): “Adolescente morre baleada dentro de escola no Rio”. A notícia refere-se ao caso da adolescente Maria Eduarda Alves, morta enquanto estava na escola por conta de tiros disparados pela polícia em perseguição a criminosos da região. Segundo noticiado, a escola onde a adolescente foi morta já havia sido fechada vinte vezes por conta de tiroteios no ano de 2016, além disso, no mês de março, treze dos últimos vinte dias letivos que antecederam a morte da jovem registraram tiroteios (G1 RIO, 2017b).

O caso de Maria Eduarda é emblemático. Não somente por se tratar de uma jovem cujo direito de viver e sonhar foi vilipendiado pelo Estado, mas por simbolizar, em todas as suas interpretações, a absoluta falência do Direito em terras

planetario (conocido como globalización) y que se concentran según grupos que resultan molestos en diferentes localizaciones geográficas (inmigrantes en países desarrollados o menos subdesarrollados; desocupados o contestatarios en los países pobres; desplazados económicos, políticos o bélicos; los extraños; etc.). Con frecuencia se agregan los que, por su conducta de vida, se hacen sospechosos de no compartir las metas proclamadas por el sistema (según las circunstancias pueden ser grupos disidentes o minorías políticas, sexuales, consumidores de algún tóxico, etc.)” (ZAFFARONI, 2005, p. 156).

brasileiras.

Por mais que se possa querer reputar como emocional e exagerada a expressão “absoluta falência”, deve-se ressaltar que, partindo-se do pressuposto de que a função clássica do Direito Penal é a de proteger os direitos mais fundamentais do indivíduo em face de eventuais arbítrios e abusos estatais, a constatação não pode ser diferente: a realidade do Estado brasileiro no que diz respeito à aplicação do Direito Penal é de absoluta falência.

Apesar de se reputar não haver exageros no diagnóstico feito, a sua peremptoriedade exige demonstração fática, a fim de que não parece tratar-se de afirmação oportunista ou até mesmo leviana. É o que se passa a fazer.

A conjuntura brasileira – e de qualquer sistema de justiça criminal – pode ser analisada sob diversos aspectos. Primeiramente, sob o aspecto material e processual, isto é, de Direito Penal e Processual Penal posto, no sentido de legislação positivada; em segundo lugar, pode-se ainda fazer um exame da atuação do Poder Executivo no que tange ao Direito Penal, sendo que neste caminho se incluem a (in)ação do Estado no que diz respeito às prisões e, por outro lado, no que diz respeito à adoção de políticas de combate à criminalidade, ou seja, de política criminal.

4.3.2.1 Direito Penal do Inimigo na legislação penal brasileira

Delineado o percurso que se seguirá, no que diz respeito ao Direito Penal substantivo e adjetivo – Penal e Processual Penal –, a legislação penal brasileira possui inúmeros dispositivos que materializam o Direito Penal do Inimigo. *Ab initio*, sobreleva destacar que o atual Código Penal brasileiro vigente, datado de 1942, encontra inspiração no chamado *Codice Rocco* (FRAGOSO, 1984, p. 15), o Código Penal italiano de 1930, marcado por ser o Código Penal vigente durante o regime fascista italiano. Da mesma forma, o Código de Processo Penal brasileiro, datado de 1940, também é inspirado no *Codice Rocco* de 1930 (GIACOMOLLI, 2008, p. 7).

Nessa linha, o Código Penal brasileiro é repleto de exemplos de dispositivos que sinalizam um excesso de punitivismo. Cabe destacar, nessa linha, o próprio artigo 288, que traz o atual crime de associação criminosa. O referido dispositivo criminaliza a mera associação de indivíduos com a finalidade específica de cometer crimes. É de se ressaltar, contudo, que se trata de um crime formal

(BITENCOURT, 2014), isto é, ainda que os indivíduos imputados pela prática não tenham praticado quaisquer atos concretos, ainda que as suas condutas se restrinjam ao âmbito da cogitação e da preparação, já poderão ser punidos pela pena de reclusão de um a três anos, pena cujo lapso temporal é equivalente à do crime de aborto, previsto no artigo 124 do mesmo Código Penal, com o detalhe de que, na associação criminosa a pena poderá se iniciar em regime fechado, haja vista ser punida a título de reclusão, enquanto que no aborto, punido com detenção, o regime inicial será semiaberto ou aberto. Apesar das discussões acerca da descriminalização ou não do tipo penal de aborto, não se pode olvidar que se trata de crime capitulado como contra a vida, enquanto que o tipo penal de associação criminosa é um crime vago, na medida em que o sujeito passivo é a sociedade, não havendo um sujeito passivo individualizável, violando o bem jurídico paz pública.

O Código Penal brasileiro é repleto de exemplos nesse sentido, não sendo objetivo do presente trabalho esgotá-lo nesse quesito, ressaltando-se, no entanto, que há inúmeros tipos penais que representam verdadeiro Direito Penal do autor o capítulo que trata das medidas de segurança (artigo 93 e seguintes), bem como o já supracitado artigo 273, que trata da falsificação de medicamentos e que representa verdadeiro Direito Penal Simbólico, na medida em que, modificado em uma conjuntura de exploração midiática – o chamado “Escândalo das pílulas de farinha” (AFFONSO, 2015) – possui uma pena de reclusão de dez a quinze anos, possui uma pena mais elevada que crimes como o estupro, o roubo, o estelionato e o tráfico de drogas e contempla condutas como a falsificação de cosméticos e saneantes.

Ademais, no que diz respeito à antecipação da proteção aos bens jurídicos, tema que inclusive fez com que o próprio Günther Jakobs fizesse o seu primeiro trabalho sobre o Direito Penal do Inimigo, como se destacou supra, é de se ressaltar que o Código Penal brasileiro criminaliza vários atos preparatórios, sendo exemplos os artigos 253 (“posse de explosivos, gás tóxicos ou asfixiantes”), 277 (“ter em depósito substância nociva à saúde pública”), 291 (“petrechos para falsificação de moeda”), 294 (“petrechos de falsificação”), dentre outros (BRASIL, 1940).

Na legislação penal extravagante os exemplos de normas que consubstanciam verdadeiro Direito Penal do Inimigo pululam. A mais emblemática delas talvez seja a Lei de Crimes Hediondos (Lei número 8.072/1990), criada em um contexto também de exploração midiática envolvendo dois sequestros de grande

repercussão (MIRABETE, 1992), embora com previsão constitucional de criação, e modificada ao longo dos anos com base em inúmeros clamores sociais gerados por crimes bárbaros e de grande repercussão, e não por critérios de política criminal. Nessa linha, a Lei de Crimes Hediondos rotula inúmeros tipos penais como merecedores de um tratamento mais duro, da persecução penal com garantias fundamentais relativizadas à execução de pena, com critérios de progressão de regime mais rigorosos. É, assim, um clássico exemplo de situação na qual o Estado, ineficiente para combater certas condutas, faz uso de um Direito Penal Simbólico para a mera demonstração de força e de que está a agir.

Ele veio a lume, alguns dias após um episódio muito divulgado, que foi a extorsão, mediante sequestro, praticada contra um publicitário do Rio de Janeiro, Roberto Medina. Para dar uma satisfação pública ao povo brasileiro, em virtude desse fato que repercutiu imensamente, se elabora, em três ou quatro dias, uma lei com dispositivos drásticos, draconianos, às vezes injustos, apenas para se dar essa satisfação imediata à população, sem se cuidar que se trata de uma lei importantíssima, uma lei penal, que lida, de um lado, com a liberdade do indivíduo e, de outro, com a segurança de toda a sociedade. Então, até o pretexto para essa lei é espúrio. Além disso, apresenta ela graves lacunas e problemas de interpretação. (MIRABETE, 1992, p. 46).

Críticas assemelhadas podem ser feitas a inúmeros dispositivos da legislação penal brasileira, sendo comumente alvo de críticas as chamadas Lei de Drogas (Lei número 11.343/2006), que, embora tenha evoluído o tratamento do usuário, ainda criminaliza inúmeros atos preparatórios, bem como condutas incapazes de lesarem quaisquer bens jurídicos, como o uso compartilhado e não estabelece um critério objetivo para distinção entre consumo e tráfico, ficando tal delimitação inserida na subjetividade do julgador, o que pode alimentar distorções como o fenômeno do solipsismo judicial; a Lei das Organizações Criminosas (Lei número 12.850/2013), que estabelece conceitos bastante fluidos para a diferenciação entre a organização criminosa e a associação criminosa, além de endurecer o processo penal com a flexibilização de inúmeras garantias do acusado, como o próprio direito de acesso aos autos por parte do advogado de defesa e inúmeros outros dispositivos ao praticamente dar carta branca ao Estado na condução do Inquérito Policial, além de inúmeras outras Leis.

A mais recente manifestação legislativa na direção clara do Direito Penal do Inimigo foi a Lei Antiterrorismo (Lei número 13.260/2016), que viola o Direito Penal “clássico” em todas as suas bases, desde o princípio da legalidade, com a

adoção de conceitos bastante abertos como “atos terroristas”, “terror social”, “organização terrorista”, o que permite uma flexibilidade interpretativa ao agente estatal para, ainda que não se atinja a condenação de um indivíduo, agir com arbitrariedade em situações que bem entender, adequando o conceito de terrorista à sua concepção subjetiva. Tem-se aqui, mais uma vez, o legislador abrindo espaço para o solipsismo judicial, situação na qual o Juiz confunde a vontade da Lei, com a sua própria vontade.

Quanto às normas processuais penais, embora já se tenha feito certos apontamentos de questões atinentes ao processo na legislação extravagante, é imperioso reforçar que o Código de Processo Penal, de inspiração fascista, como se asseverou supra, adota, em sua originalidade, um sistema processual inquisitorial, dando espaço para que o Juiz atue de forma ativa – caso dos artigos 156, 168, 196, 209, 234, 242, dentre outros –, não de forma subsidiária, como se exige em um ordenamento constitucional para que se tenha um julgamento imparcial.

Não é objetivo do presente trabalho esgotar a análise dos dispositivos existentes na legislação brasileira que materializam a dinâmica do inimigo, servindo os exemplos acima somente para ilustrar o que se expõe desde o início, no sentido de que o Direito Penal brasileiro é um Direito altamente influenciado por questões político-econômicas, dinâmica se não criada, potencializada pelo fenômeno da globalização e que derreteu – para utilizar a expressão de Bauman (2001) – qualquer noção de Direito Penal como escudo do cidadão. Trata-se, na prática, de um Direito Penal de exclusão, de um Direito Penal do Inimigo, de um Direito Penal cujo inimigo é, principalmente, o pobre.

4.3.2.2 *Direito Penal do Inimigo e a atuação do Poder Executivo no Brasil*

Ao tratar do Brasil em sua obra “Prisões da Miséria”, Løic Wacquant (2011, p. 10) afirma que “[...] a alternativa entre o *tratamento social da miséria* e de seus correlatos [...] e o seu *tratamento penal* coloca-se em termos cruciais nos países [...] como o Brasil [...]”.

Para fundamentar a afirmação, o Wacquant (2011, p. 10-11) segue três caminhos, aponta primeiramente para o papel subordinado que o Brasil historicamente ocupa nas relações econômicas internacionais, dependência que se intensificou com a globalização também por conta das imensas desigualdades

sociais do país, que sofre com uma “pobreza de massa”, além da difusão da insegurança, fortalecida pelo tráfico organizado. Além disso, aponta, como segundo fator, o fato de que o Estado brasileiro é não somente ineficiente para combater o crime, mas que, quando atua, agrava a situação por conta dos recursos habituais, segundo afirma, das forças policiais à violência e à tortura. Por fim, aponta ainda para uma discriminação baseada na cor, apontando que as consequências penais são mais rigorosas para os negros que para os que assim não se enquadram.

Embora aqui não se concorde com o teor integral da obra de Wacquant (2011), parece que a sua análise acerca dos três fatores que rodeiam a atuação estatal brasileira na seara criminal, emerge pertinente: o Direito Penal brasileiro pune o pobre.

Segundo os dados mais recentes do Ministério da Justiça, por meio do INFOPEN (BRASIL, 2014, p. 14-17) a população carcerária brasileira, em 2014, atingiu o patamar de 622.202 presos, sendo ali a quarta maior do mundo. Desse quantitativo, aproximadamente 40% eram presos provisórios, isto é, sem condenação definitiva. A taxa de ocupação das prisões brasileiras beirava os 167%, isto é, para cada dez vagas, havia aproximadamente 17 pessoas presas. Um dos índices que mais chama a atenção, contudo, é que, no ano de 2000, a quantidade de presos no Brasil era de 232.755, isto é, quase dois terços a menos que em 2014.

Tais dados, por si só, já ligariam o sinal de alerta no sentido de demonstrar que há um uso excessivo do cárcere, notadamente na linha do que Zaffaroni (2015) já advertia, de que a prisão cautelar, no Brasil, está sendo utilizada como substituto da prisão definitiva. Os critérios para a decretação de uma prisão preventiva no Brasil, como já destacado, são por demais abertos. O artigo 312 do Código de Processo Penal menciona “garantia da ordem pública”, “garantia da ordem econômica”, “conveniência da instrução criminal” e “aplicação da lei penal” sem, todavia, mencionar o significado exato de tais expressões, permitindo que, na prática, cada juiz valere o *periculum libertatis* como melhor lhe aprouver, o que, além de gerar insegurança jurídica por conta da ausência de uniformidade nos decretos de prisão preventiva, termina também por potencializar o autoritarismo estatal na pessoa do magistrado.

Ademais, da distribuição de sentenças de crimes tentados ou consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade, 28% (vinte e oito por cento) encontram-se detidas por tráfico de drogas (BRASIL, 2014, p. 34), o que

também sinaliza na direção de que a política de drogas adotada no Brasil é uma política excludente, mormente quando se considera que o tráfico de drogas costuma emergir em conjunto com outros crimes, como roubos, furtos, corrupções, receptações etc.

O destaque feito por Wacquant (2011, p. 11) acerca da questão racial também é digno de nota, porquanto se percebe que 61,67% (sessenta e um vírgula sessenta e sete por cento) das pessoas no sistema prisional são negras ou pardas, enquanto que na população em geral, tal segmento compõe 53,63% (cinquenta e três vírgula sessenta e três por cento) (BRASIL, 2014, p. 36), ou seja, há um desencontro de 8% (oito por cento) entre os dados.

Quanto ao grau de instrução, 75% (setenta e cinco por cento) dos presos possuem no máximo até o ensino fundamental completo (BRASIL, 2014, p. 46) e, embora não se possa fazer tal correlação de forma absoluta e sem dados estatísticos, pode-se afirmar que, na sociedade altamente concorrida em que se vive nessa era da modernidade líquida, não seria exagero afirmar que esse *quantum* de 75% também se encontra em más condições econômicas, ocupando as faixas mais baixas da pirâmide econômica da população brasileira.

Além disso, a taxa de óbitos criminais no sistema prisional brasileiro, sem levar em conta os estados de São Paulo e Rio de Janeiro que, embora tenham maior população carcerária, não disponibilizaram dados, foi de 95,23 (noventa e cinco vírgula vinte e três) óbitos a cada 100 mil pessoas presas (BRASIL, 2014).

Apesar do crescimento da população carcerária, não se percebeu no Brasil qualquer impacto no que diz respeito ao decréscimo da violência. Segundo dados publicados pelo no Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2016, a cada nove minutos, uma pessoa foi morta violentamente no país, tendo havido 58.467 (cinquenta e oito mil, quatrocentos e sessenta e sete) mortes violentas, sendo 73% (setenta e três por cento) de negros e pardos (FÓRUM NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016, p. 6).

Para se dimensionar a questão da violência no Brasil, na Guerra da Síria, de março de 2011 a novembro de 2015, 256.124 (duzentas e cinquenta e seis mil, cento e vinte e quatro) pessoas morreram, enquanto que, no mesmo período, 279.567 (duzentas e setenta e nove mil, quinhentas e sessenta e sete) pessoas morreram (FÓRUM NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016, p. 6-7).

Quanto a outros crimes, em 2015 houve 45.460 (quarenta e cinco mil, quatrocentos e sessenta) estupros, perfazendo um total de 125 (cento e vinte e cinco) vítimas por dia; mais de um milhão de carros foram roubados ou furtados nos anos de 2014 e 2015; somente em 2015, 110.327 (cento e dez mil, trezentas e vinte e sete) armas de fogo foram apreendidas (FÓRUM NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016, p. 6-7).

Apesar de os dados já colacionados serem suficientes para demonstrar que o sistema penal brasileiro adota uma dinâmica de Direito Penal do Inimigo, tal fato se mostra mais robusto quando se percebe que, somente no ano de 2015, 3.320 (três mil, trezentas e vinte) pessoas foram mortas durante intervenções policiais, sendo tal número de mais de 17 mil entre o período de 2009 a 2015 e 70% (setenta por cento) da população brasileira acredita que as polícias exageram no uso da violência (FÓRUM NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016, p. 8-9).

Os dados colacionados mostram, senão indefectivelmente, ao menos tendencialmente, que o sistema penal brasileiro massacra pelas ações policiais e termina atingindo as parcelas mais pobres, vulneráveis e historicamente vítimas de preconceito no país.

Por mais que a doutrina brasileira – e mundial – aponte no sentido de rejeitar a dinâmica do inimigo, a mesma se mostra arraigada no cotidiano. Pelo que se observou, o Estado brasileiro adota sim o Direito Penal do Inimigo, sendo este aquele identificado como preto, pardo e pobre. Não se pode deixar de destacar, contudo, que o mesmo Fórum Nacional de Segurança Pública (2016, p. 6-7) aponta em seu anuário que, em 2016, 57% (cinquenta e sete por cento) das pessoas acreditam que “bandido bom é bandido morto”.

4.3.3 O futuro: esboço de um modelo de Direito Penal “sólido”

Zygmunt Bauman (2001) já alertava em sua obra “Modernidade Líquida” que o projeto da modernidade era de derreter os sólidos representados pelas tradições, mas para construir novos sólidos que pudessem servir de alicerce para a construção da nova sociedade emancipada, mas que, em algum momento, esse projeto de reconstrução de novos sólidos perdeu-se.

Parece que a ciência do Direito Penal, da passagem do seu modelo “clássico” para o modelo moderno – para usar a terminologia de Hassemer (2013) –

em algum ponto se perdeu. Na concepção clássica de Von Liszt (1899b, p. 1) “[...] o bem jurídico, objecto de proteção do direito, em ultima analyse é sempre a existência humana nas suas diversas formas e manifestações”. Assim, na perspectiva de Von Liszt (1899a, p. 92), “[...] todo direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana”.

Nas referidas passagens, reflete-se os valores fulcrais do Direito Penal liberal, a proteção do homem em face do Estado.

Com o fenômeno da globalização e o advento da modernidade líquida, tal função parece ter sido relegada a segundo plano, em prol de interesses econômicos, materiais, levando o Direito Penal a um formato bastante diferente do seu formato original, bem como a uma função regulatória de políticas públicas, algo estranho à sua própria natureza.

Se se identifica, contudo, que o Direito Penal atual é um Direito Penal Líquido, marcado pela dinâmica do inimigo, fundado em noções de antecipação de punições e de Direito Penal do autor, quais seriam os traços característicos de um Direito Penal do futuro? Que elementos deveria possuir um Direito Penal sólido?

Tal tema vem sendo objeto de debate nos últimos anos. Na ótica de Hassemer (2013, p. 41 e ss.), o Direito do futuro, será marcado pela pressão para dar a solução de problemas, sendo um direito de intervenção e, por conta disso, deve ser um direito norteado pelo princípio da proporcionalidade, devendo as intervenções serem exigíveis e necessárias no caso concreto, além de serem na menor medida possível. O princípio penal correspondente à proporcionalidade, para Hassemer (2013), é o princípio da culpabilidade, que limita a intervenção penal, devendo a imputação individual do injusto permanecer como um elemento irrenunciável do Direito Penal democrático, não podendo se cogitar de uma imputação global. Ademais, não se pode deixar de lado a existência de um processo justo – devido processo legal –, pois o indivíduo não pode ser relegado à mero objeto do processo, como nos sistemas inquisitoriais de outrora.

Partindo dessa base, Hassemer (2013, p. 43) delinea o Direito Penal do futuro como devendo permanecer como um direito de *ultima ratio*, contudo que o sistema jurídico precisa adaptar-se às demandas de eficácia preventiva e, para tanto, alternativas são necessárias, ainda que se considerem equivocadas e irracionais as exigências sociais feitas sobre o Direito Penal e a sua capacidade de solução de conflitos, eis que “[...] uma *política criminal racional* consiste não em

estigmatizar a irracionalidade social como tal e desprezá-la como irracional, senão em manejá-la de forma racional”.

Nesse prisma propositivo, aponta Hassemer (2013) que devem ser elaboradas alternativas ao Direito Penal que sejam mais eficientes que ele para responder às questões preventivas. É nessa linha que o autor alemão propõe a criação de um Direito de Intervenção que, de natureza não penal, teria capacidade preventiva, dispor de e atuar com meios de fiscalização, não somente atuando de forma interventiva, cooperar com os demais ramos do Direito, notadamente o Direito Administrativo e possuir um ordenamento processual com garantias empíricas que se adequem normativamente à dinâmica de intervenção.

O desenvolvimento de um Direito de Intervenção pressupõe para os penalistas justamente que eles estejam conscientes dos limites do seu ramo e realmente iniciem a cooperação com o seu meio. Ele terá por consequência o fato de que o sistema jurídico-penal a longo prazo se desobrigará de tarefas que ele não pode cumprir. Bons exemplos para a racionalidade de um Direito de Intervenção são todos aqueles âmbitos dos grandes problemas modernos, como: a corrupção; a dependência e o tráfico de drogas; a venda de produtos perigosos; o auto-encobrimento organizado; a crescente disposição à violência e a criminalidade de crianças e adolescentes. (HASSEMER, 2013, p. 44).

Assim, a partir do momento em que ficassem delineados os limites desse Direito Penal de Intervenção, também ficariam delineados os limites do Direito Penal, que, a partir daí seria um “Direito Penal nuclear”, desobrigado das demandas imediatas de prevenção, mas com uma eficácia preventiva a longo prazo, em virtude da aplicação adequada e justa da norma penal, orientada conforme uma dinâmica clássica, porém não limitada a bens individuais, contemplando bens universais. Igualmente, Hassemer (2013, p. 45) defende o desenvolvimento de um Direito Penal Internacional que, para além de transpor o discurso dos direitos humanos para o Direito Penal, crie um sistema adequado de persecução das violações a tais gamas de direitos. Por fim, esse Direito deve voltar olhares também à vítima, trazendo noções reparatórias mais eficazes.

As reflexões de Hassemer (2013) são bastante pertinentes, notadamente porque permitem que o Direito Penal mantenha a sua função original e não se estenda para territórios nos quais o limite entre a política e o Direito é muito tênue, como é o caso do Direito Administrativo.

Muito do pensamento exposto encontra guarida na doutrina de Luigi Ferrajoli (2002; 2005), que propõe que o Direito Penal do futuro deve ser um Direito Penal mínimo, com a característica garantista, devendo ser um Direito de *extrema ratio* e que se restrinja ao seu papel primário de lei do mais fraco. Na perspectiva garantista, Ferrajoli (2005, p. 83) sugere três indicações.

Primeiramente, Ferrajoli (2005, p. 83) sugere que se deve desenvolver um Direito Penal à altura dos fenômenos criminais trazidos pela globalização, notadamente a criminalidade organizada, que se manifesta como criminalidade do poder. Se Ferrajoli (2005) considera que a globalização é o espaço internacional vazio de Direito público, esse espaço vazio no Direito Internacional deve ser preenchido e, para tal desiderato, o autor sugere que o Tribunal Penal Internacional deve ter as suas funções fortalecidas e as suas competências alargadas, devendo passar também a poder julgar questões como o terrorismo internacional, o narcotráfico, o tráfico de armas e todos os demais delitos relacionados à criminalidade do poder.

A segunda indicação sugere a racionalização do Direito Penal segundo o modelo do Direito Penal mínimo, pois somente um Direito Penal mínimo pode ser eficiente, eis que o aparato estatal não seria desviado e não perderia tempo ou teria custos com questões que não afetassem diretamente bens jurídicos fundamentais. Esse Direito Penal mínimo teria como características a introdução do princípio da ofensividade tanto em abstrato, como em concreto, com a ameaça de lesão sendo constitutiva das duas espécies de delitos de perigo; a necessidade da manifestação de interesse da parte na persecução penal dos crimes contra o patrimônio, o que, no Brasil, implicaria em tais crimes deixarem de ser perseguidos por ação penal pública incondicionada; a descriminalização das contravenções e dos delitos punidos com multa; a redução do máximo das penas de prisão e a introdução de penas alternativas; a restauração do modelo acusatório e das regras de devido processo legal (FERRAJOLI, 2005, p. 83-84).

Como se percebe, as propostas de Ferrajoli (2005) para o que ele chama de Direito Penal mínimo não somente aparentam ser factíveis como várias delas já estão a ganhar espaço no Direito brasileiro, como é o caso da adoção de penas alternativas. Todavia, ainda nesse segundo grupo de indicações, Ferrajoli (2005, p. 84) sugere que a legislação antidroga potencializa o surgimento de crimes na medida em que deixa o monopólio com os traficantes internacionais e o Estado é

incapaz de fiscalizá-los. Assim, a legislação antidrogas fortalece a grande criminalidade, e incrementa a pequena, que é usada nas escalas mais baixas na cadeia do tráfico. Por esses motivos, o autor defende a polêmica saída da legalização controlada das drogas.

Ferrajoli (2005, p. 85) sugere ainda o reforço do princípio da legalidade pelo que ele denomina de “reserva de Código”, estabelecida com status constitucional e que traria quóruns diferenciados para a aprovação de leis referentes a crimes, processos e procedimentos criminais, a fim de obstaculizar abusos legislativos, uma vez que a atual inflação normativa, na sua ótica, somente tem como consequência o enfraquecimento da norma e o fortalecimento da jurisprudência, o que, em matéria penal, torna-se perigoso ao dar poder demais aos juízes.

Frente a esta regressão, é necessária uma refundação da legalidade penal através desta meta-garantia, idônea para por fim ao caos existente e para por o Código Penal e o de Processo a salvo do arbítrio e da volubilidade de nossos legisladores. O Código Penal e o de Processo se converteriam em textos exaustivos e conjuntamente exclusivos de toda a matéria penal, de cuja coerência e sistematicidade o legislador deveria tomar parte. Se fortaleceria a sua capacidade reguladora, tanto frente aos cidadãos como aos juízes. (FERRAJOLI, 2005, p. 85)⁴².

A terceira indicação feita por Ferrajoli (2005) direciona-se ao processo penal. Considera ele que, na atualidade, o Direito Processual Penal segue um modelo viciado, seletivo e que somente reprime a criminalidade de rua e dos mais pobres. Aponta ele que essa seletividade é derivada das pressões midiáticas, mas também é um reflexo da burocracia das polícias e do próprio aparelho judicial, na medida em que é mais fácil punir os pobres e perseguir os pobres que perseguir delitos cometidos pelos ricos. Nessa linha, sugere que essa seletividade deveria orientar a política criminal não para o recrudescimento e agravamento das penas, mas para o sentido oposto, além de passar a fazer parte da própria dinâmica decisória dos juízes, que deveriam compensar as desigualdades e seletividade com um julgamento mais brando de tais indivíduos desprivilegiados, superando-se o

⁴² Tradução livre do original: “Frente a esta regresión es necesaria una refundación de la legalidad penal a través de esta meta-garantía, idónea para poner fin al caos existente y para poner al Código Penal y al de Procedimientos a salvo del arbitrio y de la volubilidad de nuestros legisladores. El Código Penal y el de Procedimientos se convertirían en textos exhaustivos y conjuntamente exclusivos de toda la materia penal, de cuya coherencia y sistematicidad el legislador debería hacerse cargo. Se acrecentaría su capacidad regulativa, tanto frente a los ciudadanos como frente a los jueces” (FERRAJOLI, 2005, p. 85).

formalismo.

Se a construção de um Direito Penal sólido ainda não se mostra possível em um horizonte próximo, deve-se agir para mitigar o seu derretimento, a fim de que não se desague em um Direito Penal do Inimigo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Identificada por Jean-François Lyotard (1984) como sendo marcada pelo fracasso das metanarrativas, das grandes explicações sobre o mundo, a pós-modernidade seria marcada pelo relativismo e teria trazido consigo a crise da ideia de certeza.

Analisando a atualidade principalmente sob o viés sociológico, e não da linguagem – como faz Lyotard (1984), Zygmunt Bauman (2001) denomina o atual momento que se vive de modernidade líquida, uma vez que, diferentemente de Lyotard, Bauman não identifica com clareza a existência de uma ruptura, apontando somente que a modernidade entrou em uma nova fase, uma fase líquida.

Na era atual, inúmeros fatores são característicos dessa sociedade líquida, marcada pela exaltação da liberdade individual (BAUMAN, 1998), pela perda da importância do território, em virtude do avanço nas comunicações, para o exercício do controle do poder (BAUMAN, 2001; GIDDENS, 1991) e pelo fenômeno da globalização (BECK, 1999).

Nessa linha, a percepção de Bauman acerca de três desses vários fatores parece trazer reflexos diretos para o Direito. Primeiro, o esvaziamento da noção de ética, que aparece exteriorizada em tempos líquidos como indiferença para com o outro (BAUMAN, 1999; 2003), levando inclusive determinados autores afirmarem que se está em uma sociedade pós-moralista (LIPOVETSKY, 2005). Segundo, o que o autor chama de combate entre o indivíduo e o cidadão, tendo a noção de cidadania, em sua perspectiva, sido materialmente enfraquecida, na medida em que as pessoas buscam realizar-se individualmente, e não mais na comunidade, o que teria culminado em um egoísmo (BAUMAN, 2001). E, terceiro, o chamado divórcio entre o poder e a política, caracterizado pela iminente perda da capacidade política de agir do Estado, potencializada principalmente pelo fenômeno da globalização (BAUMAN, 2007).

Assim, embora o expansionismo penal seja um fenômeno multicausal, parece que tais fatores se encontram no cerne dessa relação de causalidade, na medida em que a questão ética, aliada ao individualismo citado por Bauman (2001), apontam para uma maior preocupação com a segurança pessoal que, por sua vez, sinaliza clamores sociais por criminalizações. De outro lado, o divórcio entre o poder e a política, citado por Bauman (2007), também é apontado, embora com

nomenclatura diversa, por criminalistas como Zaffaroni (2015), Ferrajoli (2007) e Silva Sánchez (2013), dentre outros, como sendo um fator que contribui para que o legislador passe a agir no sentido de demonstrar estar a cumprir adequadamente com o seu mister.

Igualmente, os caracteres identificados por Bauman (2001) parecem encontrar correspondência no pensamento de Ferrajoli (2005) quando este menciona que a globalização trouxe uma mudança na composição social do crime que antes era caracterizado pela chamada criminalidade de rua (*lower class crimes*) e hoje a criminalidade característica da globalização e que mais afeta os sistemas jurídicos de grande parte dos países é a chamada criminalidade do poder, materializada na forma do crime organizado e na criminalidade gerada pela relação entre os grandes poderes econômicos e os poderes públicos que, embora já existam há tempos, ganharam o caractere da transnacionalidade.

Nessa conjuntura, conforme o Direito Penal se mostra insuficiente no combate à criminalidade do poder e os seus instrumentos de tutela não protegem adequadamente os interesses dos indivíduos, emerge o expansionismo penal (FERRAJOLI, 2005; SILVA SÁNCHEZ, 2013), que se caracteriza como sendo uma hipertrofia do Direito Penal que, outrora concebido como de *ultima ratio*, passa a inserir em sua dinâmica funções pertencentes a outros ramos do direito, principalmente o Direito Administrativo, transformando-se em um direito de *prima ratio* e, por vezes, de *sola ratio* (HASSEMER, 2013).

Portanto, ao contrário do Direito Penal “clássico”, o Direito Penal moderno mostra-se alargado ou “administrativizado” (SILVA SÁNCHEZ, 2013), o que traz efeitos negativos para o sistema jurídico como um todo, na medida em que, não tendo sido criado com esse intento regulatório de políticas públicas, termina por carecer de efetividade concreta, o que leva à adoção de políticas criminais questionáveis, gerando uma crise de efetividade em todo o Direito Criminal.

É interessante destacar, nesse contexto de crise sistêmica, que o problema da crise de efetividade do Direito Criminal aparenta ser um reflexo de uma crise muito maior, que passa também pelos demais ramos do Direito. Afinal, se não houvesse uma crise no Direito Administrativo, por qual razão o Direito Criminal seria “administrativizado”? Por outro lado, o contexto heterogêneo e complexo da globalização aparenta gerar uma própria crise política que aparenta estar relacionada à crise do Direito.

O fato é que o expansionismo penal e a respectiva “administrativização” levou ao surgimento de uma discussão acerca de quais seriam os limites de atuação do Direito Penal, na medida em que o Direito Penal “administrativizado” passava a criminalizar condutas cada vez mais distantes da efetiva lesão a bens jurídicos e cada vez mais relacionadas ao mero risco de lesão, traço mais aproximado do Direito Administrativo.

Nessa medida, foi no contexto do estabelecimento de limites na antecipação dessas criminalizações que Günther Jakobs (1997) delineou o chamado Direito Penal do Inimigo, identificando que tais antecipações violavam o Direito Penal do Cidadão, que somente deveria responder criminalmente com o cumprimento da pena se, pelo menos, tivesse causado uma ameaça real ao bem jurídico, diferentemente do inimigo, a quem o Direito Penal seria aplicado conforme uma dinâmica de coerção direta, despojado de seu arcabouço de garantias e limitações e permitindo a punição de meros atos preparatórios ou até mesmo de pensamentos. O Direito Penal do Inimigo puniria, portanto, conforme a mera periculosidade do agente, enquanto que o Direito Penal do Cidadão exerceria o seu mister com base na lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico.

O Direito Penal do Inimigo teria como características, portanto, além da criminalização de condutas em um momento anterior à efetiva lesão ao bem jurídico, a relativização de garantias processuais, a flexibilização no uso meios de obtenção de prova, o endurecimento da execução penal, a criação das chamadas “leis de combate”, bem como uma dinâmica de Direito Penal do Autor (CANCIO MELIÁ, 2015).

Embora a priori o discurso de legitimação discursiva de tratamento penal diferenciado representado pelo Direito Penal do Inimigo não tenha causado grande repercussão em sua discussão originária na década de 1980, na virada do milênio, em virtude da mudança de postura do próprio Günther Jakobs, o tema passou a ser objeto de debates candentes, bem como das mais diversas controvérsias (GRECO, 2005).

A despeito de a maior parte da doutrina rejeitá-lo (GRECO, 2005) e inclusive autores como Ferrajoli (2007) se declararem “escandalizados”, o Direito Penal do Inimigo mostra-se como uma realidade, havendo na realidade brasileira inúmeros dispositivos que reputam ao indivíduo que pratica determinados crimes ou que preenche determinado perfil um tratamento de constitucionalidade questionável,

como é o caso da Lei de Crimes Hediondos, Lei de Drogas, Lei de Execução Penal com o chamado Regime Disciplinar Diferenciado, a recente relativização pelo STF do princípio da presunção de não culpabilidade, dentre vários outros.

O Direito Penal do Inimigo mostra-se, portanto, como Direito Penal Líquido, na medida em que não somente emerge de uma conjuntura social de total imprevisibilidade, mas também porque é um Direito Penal que se mostra arbitrário e que trata desigualmente aqueles que são iguais em direitos, o que se comprova pela prevalência de encarceramento de determinados grupos de indivíduos, como negros, pardos e pessoas de baixa escolaridade (BRASIL, 2014).

Mostra-se necessária, portanto, uma realocação do Direito Penal na conjuntura líquido-moderna a fim de que se tenha o retorno a um Direito Penal sólido, um Direito Penal que funcione como uma Ciência Penal Total, como um Direito Criminal cuja aplicação da norma se dê em conjunto com conhecimentos de política criminal, criminologia e até mesmo de outras ciências, a fim de que se averigue a real necessidade de imposição da pena.

É nesse contexto que se destacam propostas como as de Winfried Hassemer (2013) que sugere a criação de um ramo do direito intermediário entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, que seria o Direito de Intervenção, cuja dinâmica de ilícitos seria baseada no risco, mas cujas consequências para aquele que violasse suas disposições fossem menos severas que as do Direito Penal, que ficaria restrito a um Direito Penal Nuclear, punindo somente efetivas lesões e perigos reais de lesão a bens jurídicos e exercendo adequadamente o seu poder preventivo a longo prazo, e não de forma imediata como, na visão do autor, se mostra na realidade atual.

Também nessa linha, Luigi Ferrajoli (2005) sugere um Direito Penal mínimo, de *extrema ratio*, baseado na garantia dos direitos fundamentais do indivíduo, com uma maior dificuldade na criação de tipos penais, cuja aplicação se instrumentaliza em preceitos processuais rígidos e norteado pela sua função precípua que, para ele, seria a de minimização da violência, atuando como a lei do mais fraco que, no crime, é a vítima, no processo, o acusado e na execução da pena, o condenado. Ademais, sugere o autor italiano ainda uma ampliação das competências do Tribunal Penal Internacional, bem como uma maior unidade de aplicação de normas penais entre os diversos estados a fim de que os efeitos da globalização, que para si é marcada pelo vazio de direito público, sejam mitigados.

As propostas de futuro apresentadas por Hassemer (2013) e Ferrajoli (2005) mostram-se bastante coerentes e acertadas quando apontam para um Direito Penal mais nuclear, menos inflado e, portanto, um Direito Penal sólido.

Deve-se ressaltar, no entanto, que o problema da crise de efetividade do Direito Criminal é, antes de mais nada, um problema de crise política enfrentada pelo próprio Estado. Antes que a crise política, representada pelo derretimento de inúmeros dos valores sobre os quais o modelo atual do Estado se erigiu, encontre ao menos uma perspectiva de fim, dificilmente o Direito Penal poderá voltar a funcionar adequadamente.

Contudo, soam adequadas as palavras de Zaffaroni (1995, p. 25), para quem, “dentro da relatividade do mundo, a impossibilidade do ideal, não legitima a perversão do real”, de modo que, por mais que a crise seja estrutural, devem ser construídos escudos que impeçam que o Direito Penal se perverta.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- AFFONSO, Julia. Justiça manda indenizar mulher em R\$150 mil por 'pílula de farinha'. **Portal do Jornal O Estado de São Paulo**, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/justica-manda-indenizar-mulher-em-r-150-mil-por-pilula-de-farinha/>>. Acesso em: 22 jul. 2017.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 254, p. 39-65, maio 2010.
- BAUDELAIRE, Charles. **Sobre a modernidade**. São Paulo: Editora Paz e Terra S.A., 1996. (Coleção Leitura).
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998.
- _____. **Modernidade e ambivalência**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999a.
- _____. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999b.
- _____. Social issues of law and order. **British Journal of criminology**, Oxford, 40, issue 2, p. 205-221, mar. 2000.
- _____. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001.
- _____. **Ética pós-moderna**. São Paulo: Paulus, 2003.
- _____. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2006.
- _____. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2007.
- _____. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2008.
- _____. **Bauman sobre Bauman: diálogos com Keith Tester**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2011.
- _____. **Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2013.
- _____. **Cegueira moral: a perda de sensibilidade na modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2014.

_____. A fluidez do mundo líquido de Zygmunt Bauman. (Entrevista concedida a Marcelo Lins). **Portal Fronteiras do Pensamento**, São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.frenteiras.com/entrevistas/a-fluidez-do-mundo-liquido-de-zygmunt-bauman>>. Acesso em: 21 maio 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Pilares, 2013.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** equívocos do globalismo, respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Oeiras: Celta Editora, 2000.

_____. **Liberdade ou capitalismo**. São Paulo: Editora Unesp, 2002.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial 4, dos crimes contra a dignidade sexual até os crimes contra a fé pública**. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTAR, Eduardo C. B.. **O direito na pós-modernidade (e reflexões frankfurtianas)**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2009.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 jun. 2017

_____. Ministério Público Federal. **A Lava Jato em números**. Brasília: Ministério Público Federal, 2017. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). **Levantamento nacional de informações penitenciárias – Dezembro 2014 (INFOPEN)**. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: ZAVASCKI, Teori. Publicado no DJ de 16-05-2016. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

CANCIO MELIÁ, Manuel. De novo: “Direito Penal” do Inimigo? In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

CARLOS, Luís Adriano. Poesia moderna e dissolução. **Revista da Faculdade de Letras: Línguas e Literaturas**, Universidade do Porto, Porto, Portugal, série II, v. 6, p.249-262, 1989.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

DESCARTES, René. Discurso do Método. In: _____. **Os Pensadores Descartes**. 7. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 33-100.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1994.

FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. Sobre a “administrativização” do Direito Penal na “sociedade do risco”. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. **Revista Liberdades**, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRim, São Paulo, n. 7, p. 23-61, maio/ago. 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Criminalidad y globalización. **ITER CRIMINIS – Revista de Ciencias Penales**, Tlaplan, México, n. 1, Tercera época, p. 71-88, 2005.

_____. Il “diritto penale del nemico” e la dissoluzione del Diritto Penale. **Revista Panóptica**, Vitória, ano 2, n. 10, p. 87-99, nov. 2007.

_____. El principio de lesividade como garantía penal. **Revista Nuevo Foro Penal**, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia, v. 8, n. 79, p. 100-114, jul./dez. 2012.

FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2016**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2016. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/10_anuario_site_18-11-2016-retificado.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRAGOSO, Heleno. Sistema do duplo binário: vida e morte. In: UNIVERSITAT DEGLI STUDI DI MILANO. **Studi in Memoria di Giacomo Delitala, vol. III**. Milão: Giuffrè, 1984. p. 1907-1930.

FREUD, Sigmund. A interpretação dos sonhos (1900). In: ED. STANDARD BRASILEIRA. **Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud (v. IV)**. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

G1 RIO. **Adolescente morre baleada dentro de escola no Rio; motoristas são atacados durante protesto**. Rio de Janeiro: Portal G1, 2017a. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/adolescente-morre-baleado-dentro-de-escola-na-zona-norte-do-rio.ghtml>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

_____. **Escola onde Maria Eduarda foi morta foi fechada 20 vezes por tiroteios em 2016**. Rio de Janeiro: Portal G1, 2017b. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/escola-onde-maria-eduarda-foi-morta-foi-fechada-20-vezes-por-tiroteios-em-2016.ghtml>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

GAROFALO, Rafael. **La Criminología**: Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión. Madrid: La España Moderna, s.d.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

_____. Admirável Mundo Novo: o novo contexto da política. **Caderno CRH**, Universidade Federal da Bahia, Salvador, Brasil, n. 21, p.9-28, jul./dez.1994.

GOMES, Luiz Flávio; DE ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático**: caso mensalão, mídia disruptiva e Direito Penal crítico. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book. ISBN 978-85-02-19796-1.

GONZÁLEZ, SEARA, Luis. Los sujetos del bienestar. **Diário ABC Sevilla**, Sevilla, p. 26, dez. 1997.

GRACÍA MARTIN, Luís. Consideraciones crítica sobre el actualmente denominado “Derecho Penal del Enemigo”. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 7-2, p. 2-43, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2017. ISSN 1695-0194.

GRECO, Luís. Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos, Rio de Janeiro, ano 6, n. 7, p. 211-247, dez. 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. **Juizados especiais criminais**: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Um “cambio de paradigma” en el derecho penal? In: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (Ed.). **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2000. p. 489-505.

HABERMAS, Jürgen. Modernidad: un proyecto incompleto. In: CASULLO, Nicolás. **El debate modernidad pos-modernidad**. Buenos Aires: Editorial Punto Sur, 1989. p. 131-144.

_____. Nos limites do Estado. **Folha de São Paulo**, São Paulo, caderno 5 (Mais!), p. 4-6, 18 jul. 1999.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

HASSEMER, Winfried. Características e Crises do Moderno Direito Penal. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, ano 3, n. 18, p. 144-157, fev./mar. 2003.

_____. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do Direito Penal e na Política Criminal. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 37-46, 2013.

_____. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal.** (*Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*). Tradução (da 2ª edição alemã revista e ampliada) de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005.

_____; CONDE, Francisco Muñoz. **La responsabilidad por el producto en derecho penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

HELLER, Agnes. De la hermenéutica en las ciencias sociales a la hermenéutica de las ciencias sociales. In: HELLER, Agnes; FEHER, Ferenc. **Políticas de la postmodernidad: ensayos de crítica cultural.** Barcelona: Península, 1988. p. 52-100.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** São Paulo: Martin Claret, 2004.

HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão.** São Paulo: Centauro, 2002.

INCISA, Ludovico. Populismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** 13. ed. v. II. Brasília: Editora UnB, 2007. p. 980-986.

JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional.** Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sanchez. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 1996.

_____. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. In: _____. **Estudios de Derecho Penal.** Madrid: UAM Ediciones, Edit, Civitas, 1997. p. 293-324.

_____. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal:** dois estudos de Günther Jakobs. Barueri: Manole, 2003.

_____. “El enemigo tiene menos derechos”, dice Günther Jakobs. (Entrevista concedida a Sebastián Dozo Moreno). **Portal do Jornal La Nación**, Buenos Aires, 2006a. Disponível em: <<http://www.lanacion.com.ar/826258-el-enemigo-tiene-menos-derechos-dice-gunther-jakobs>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

_____. **La pena estatal:** significado y finalidad. Madrid: Thomson-Civitas, 2006b.

_____. Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementares a la pena. **Revista para el análisis del Derecho.** Barcelona, InDret 1/2009, p. 1-16, feb. 2009.

_____. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo:** noções e críticas. 4. ed. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

LACAN, Jacques. **Escritos**: Campo Freudiano no Brasil. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

LEMERT, Charles. **Pós-modernismo não é o que você pensa**. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

LIPOVETSKY, Gilles. Tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderna. In: LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 49-101.

_____. **A sociedade pós-moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Tradução de Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2005.

_____. **A Felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. São Paulo: Ícone, 2007.

LYOTARD, Jean-François. The postmodern condition: a report on knowledge. **Theory and History of Literature**, Minneapolis, University of Minnesota Press, v. 10, 1984.

MAFFESOLI, Michel. **No fundo das aparências**. Petrópolis: Vozes, 1996.

_____. **Homo eroticus**: comunhões emocionais. Rio de Janeiro: GEN Forense Universitária, 2014a.

_____. Michel Maffesoli: 'O tripé pós-moderno é criação, razão sensível e progressividade' (Entrevista concedida a Fernando Eicheberg). **Portal do Jornal O Globo**, Rio de Janeiro, 2014b. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cultura/livros/michel-maffesoli-tripe-pos-moderno-criacao-razao-sensivel-progressividade-14496249>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

MARCUSE, Herbert. Liberation from the Affluent Society. In: BRONNER, Stephen Eric. **Twentieth century political theory**: a reader. 2. ed. New York, NY: Routledge, 2005. p. 311-320.

MAY, Channing. **Transnational Crime and the Developing World**. Washington, DC: Global Financial Integrity, 2017. Disponível em: <http://www.gfintegrity.org/wp-content/uploads/2017/03/Transnational_Crime-final.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2017.

MEU CONGRESSO NACIONAL (MCN). **Especial Lava Jato**. [2017]. Disponível em: <<http://meucongressonacional.com/lavajato>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

MIRABETE, Júlio Fabrini. Crimes Hediondos (Breve análise crítica). **JUS: Revista Jurídica do Ministério Público**, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 13, n. 13, p. 45-59, 1992.

MORIN, Edgar. A new way of thinking. **The Unesco Courier**, p. 10-14, 1996.

MURMANN, Uwe. **Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht**. Berlin: Springer, 2005.

NIETZSCHE, Friedrich. **A Gaia Ciência**. São Paulo: Escala, 2006.

_____. **Além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro**. Tradução de Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2013.

ORTEGAY GASSET, José. **A rebelião das massas**. 5. ed. Campinas, SP: Vide Editorial, 2016.

PLATÃO. **As Leis**. Bauru, SP: Edipro, 1999.

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

ROUANET, Sérgio Paulo. A verdade e a ilusão do pós-moderno. In: _____. **As razões do iluminismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 229-277.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Aproximación al Derecho Penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor S. A., 1992.

_____. El populismo punitivo. El escarapate – Blanco y Negro. Sería aconsejable introducir reformas en el Código Penal teniendo en cuenta el desarrollo actual de la delincuencia? **Escritura Pública**, n. 55, 2009.

_____. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TACITUS. **The Annals of Tacitus**. Translated into English with notes and maps by Alfred John Church, M. A., and William Jackson Brodribb, M.A.. London: MacMillan and Co., Limited, 1906.

THAROOR, Avinash. Meth Misuse and Production on the Rise in Iraq. **Talkingdrugs**, 2017. Disponível em: <<http://www.talkingdrugs.org/meth-misuse-and-production-on-the-rise-in-iraq>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

THE WORLD BANK. **World Bank Open Data**. Washington, DC: The World Bank Group, 2017a. Disponível em: <<http://data.worldbank.org/country/brazil>>. Acesso em 26 jun. 2017.

_____. **Gross domestic product 2015: World Development Indicators Database**. Washington, DC: The World Bank Group, 2017b. Disponível em: <<http://databank.worldbank.org/data/download/GDP.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

THIOLENT, Michel. Maio de 1968 em Paris: testemunho de um estudante. **Revista Tempo Social**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 63-100, out. 1998.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América – Livro II: Sentimento e Opiniões**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **A democracia na América – Livro I: Leis e Costumes**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VARGAS LLOSA, Mário. **A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura**. São Paulo: Objetiva, 2013.

VIRILIO, Paul. **El ciber mundo, la política de lo peor: entrevista con Phillipe Petit**. Traducción de Mônica Poole. Madrid, Espanha: Ediciones Cátedras S. A., 1997. (Colección Teorema).

VON LISZT, Franz. **La idea de fin en el derecho penal**. Valparaíso: Edeval, 1984.

_____. **Tratado de Direito Penal Alemão: Tomo I**. Rio de Janeiro: F. BRIGUET & C. – Editores, 1899a.

_____. **Tratado de Direito Penal Alemão: Tomo II**. Rio de Janeiro: F. BRIGUET & C. – Editores, 1899b.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2011.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal: parte general**. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____. El derecho penal liberal y sus Enemigos. In: _____. **En torno de la Cuestión Penal**. Buenos Aires: B de F, 2005. p. 153-177.

_____. **O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2014. (Coleção Pensamento Criminológico).

_____. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

_____; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.