



UNISINOS
UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**DA LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO – DA EXPANSÃO PUNITIVA NA CRIMINALIZAÇÃO DOS
MOVIMENTOS SOCIAIS À CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO PENAL RACIONAL
SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL**

FERNANDO ANTONIO DA SILVA ALVES

São Leopoldo - RS
2011



UNISINOS
UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**DA LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO – DA EXPANSÃO PUNITIVA NA CRIMINALIZAÇÃO DOS
MOVIMENTOS SOCIAIS À CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO PENAL RACIONAL
SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL**

FERNANDO ANTONIO DA SILVA ALVES

Tese apresentada ao Curso de Doutorado, para obtenção parcial do grau de Doutor em Direito
Orientador: Prof. Dr. ANDRÉ LUÍS CALLEGARI

São Leopoldo - RS
2011

Constituição. Direito Penal. Sistemas. Movimentos sociais. Criminalização

A633d Alves, Fernando Antonio da Silva
Da legitimidade da intervenção penal no Estado democrático de direito - da expansão punitiva na criminalização dos movimentos sociais à construção de um direito penal racional sob a perspectiva constitucional / por Fernando Antonio da Silva Alves. -- 2011.
357 f.: il. ; 30cm.

Tese (Doutorado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2011.
Orientador: Prof. Dr. André Luís Callegari

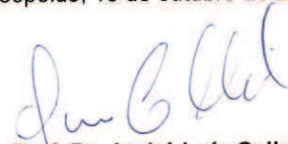
1. Responsabilidade civil. 2. Dignidade da pessoa humana. 3. Nanotecnologias. I. Título. II. Engelmann, Wilson.

CDU 347.51

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

A tese intitulada “Da Legitimidade da Intervenção Penal no Estado Democrático de Direito – da Expansão Punitiva na Criminalização dos Movimentos Sociais à Construção de um Direito Penal Racional sob a Perspectiva Constitucional”, elaborada pelo doutorando **Fernando Antonio da Silva Alves**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

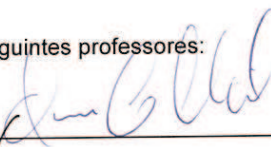
São Leopoldo, 18 de outubro de 2011.



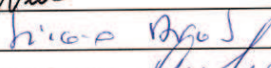
Prof. Dr. André Luís Callegari

Coordenador do Programa de
Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. André Luís Callegari 

Membro: Dr. Nereu Giacomolli 

Membro: Dr. Sérgio Augustin 

Membro: Dr. André Leonardo Copetti dos Santos 

Membro: Dr. Leonel Severo Rocha 

DEDICATÓRIA

Dedico esta tese a meu pai, Antonio William Alves, que desde tenra idade, despertou-me para o encantamento dos livros, pela boa leitura e por lutar pelo que acredito, mesmo diante das intempéries, pois como diria o samba de Paulinho da Viola: “faça como um velho marinheiro, que durante o nevoeiro, leva o barco devagar”. Dedico a minha mãe, Maria Dilza da Silva Alves, que não me fez esquecer jamais de nossas origens humildes e da alegria sincera da simplicidade do povo nordestino. Dedico também a minha esposa, Stella Maris Klafke Alves, a mais bela flor do pampa, colhida pelo amor, em minha inesquecível jornada pela terra gaúcha.

O crime não está em agitar,
mas em permanece imóvel.

Francisco Julião
(Líder das Ligas Camponesas)

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer aqui, inicialmente, ao fascinante povo gaúcho, que com sua hospitalidade manifestada no simples gesto de convite à roda de chimarrão, ensinou-me muito sobre amizade, companheirismo e riqueza de sua peculiar identidade cultural. Agradeço ao meu orientador, professor André Callegari, pela paciência em ler meus textos, bem como ao professor Lenio Streck, que, gentilmente, recebeu-me em minha primeira visita à UNISINOS, o que me fez por decidir concorrer a uma vaga entre tão bons candidatos do país inteiro, tendo a honra de ingressar nessa respeitada instituição de ensino. Agradeço também ao professor Leonel Severo Rocha, por me apresentar a teoria sistêmica, fundamental para meus estudos, como também agradeço a Vera Loebens, secretária da Pós-Graduação, por sua atenção, simplicidade e simpatia que sintetizam a hospitalidade local citada acima. Saúdo em meus agradecimentos a luta dos trabalhadores rurais sem-terra em todo o país, assim como saúdo os operadores jurídicos que queiram desafiar o *establishment*, através da abnegada causa dos movimentos sociais.

RESUMO

Esta tese de doutorado lida com aspectos relacionados com as modernas teorias do direito penal, desenvolvidas nos últimos anos, bem como se aliando o conhecimento das teorias sociais do pós-guerra, com enfoque consolidado na teoria dos sistemas sociais autopoieticos. O objeto da tese foca os movimentos sociais no Brasil, especialmente aqueles relacionados com a conquista de terra e moradia nas zonas rural e urbana, conforme as especificidades da principal agremiação representativa desses movimentos: o Movimento de Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST); que ganhou destaque na investigação científica por ter sido ao mesmo tempo protagonista das principais lutas sociais no país, nas últimas décadas, bem como acabou se tornando destinatário de ações repressivas do Estado, por meio de um processo de criminalização do movimento em geral ou das condutas de seus integrantes, dentro de um fenômeno conhecido como expansão punitiva do direito penal.

Por outro lado, pretende demonstrar esta tese, no que tange à formação de uma política criminal nacional, no âmbito de um Estado Democrático de Direito e no tocante à aplicabilidade das normas jurídico-penais em relação a movimentos sociais como o MST, que o atual processo de criminalização desse movimento social, por parte de representantes da comunidade jurídica (mormente o Ministério Público do Rio Grande do Sul), bem como pela atuação sistemática dos meios de comunicação, com a divulgação perante a opinião pública de condutas supostamente delituosas praticados por integrantes desses grupos, acaba por deslocar o foco das lutas sociais, exercidas enquanto um direito de protesto, constitucionalmente assegurado, por meio de ocupações de terra, passando a figurar esses atos como meras invasões, de caráter ilícito-penal, como que a prejudicar bens jurídicos tutelados pelas normas penais, como o direito de propriedade.

Através dos conceitos de transconstitucionalismo e racionalidade transversal, busca-se, ao final, retornar ao aspecto dogmático da norma jurídica, enquanto expectativa normativa do sistema do direito, após uma exposição crítica da dinâmica havida entre os acoplamentos estruturais entre o sistema político e o sistema jurídico, mediado pelo sistema dos meios de comunicação, para identificar a crise da racionalidade do direito penal baseado na expansão punitiva, pelas irritações sucessivas do sistema jurídico pelo sistema midiático e pelas lutas com interesse de classe havidas no interior do sistema político, para propor uma busca de racionalidade do aparato jurídico-penal a partir da norma constitucional, vista como resultado dos acoplamentos entre o sistema político e o sistema jurídico.

Palavras-chave: Constituição. Direito Penal. Sistemas. Movimentos sociais. Criminalização.

ABSTRACT

This doctoral thesis deals with aspects of modern theories of criminal law have developed in recent years, as well as combining the knowledge of the social theories of post-war focus on consolidated theory of autopoietic social systems. The object of the thesis focuses on social movements in Brazil, especially those related to the conquest of land and housing in urban and rural areas, according to the specificities of the main guild representative of these movements: the Movement of Landless Rural Workers (MST), that gained prominence in scientific research to have been both social struggles of the main protagonist in the country in recent decades, and eventually became the recipient of repressive actions of the State, through a process of criminalization of the general movement of the pipes or its members, in a phenomenon known as expansion of the punitive criminal law.

On the other hand, aims to demonstrate this thesis with regard to training an ode national criminal policy, under a democratic rule of law and regarding the applicability of criminal law, in relation to social movements like the MST, the current process of criminalization of social movements, by representatives of the legal community (especially the prosecutor of Rio Grande do Sul), as well as the systematic action of the media, with disclosure to the public from criminal conduct allegedly committed by members of these groups, just by shifting the focus of social struggle, exercised as a right to protest, constitutionally guaranteed through land occupations and renumbered these acts as mere raids, illegal-criminal character, as if to harm legally protected by criminal law such as the right of ownership.

Through the concepts of rationality and transconstitucionalismo cross-search is in the end return to the dogmatic aspect of the rule of law, while normative system of law, after a critical exposition of the dynamics that took place between the structural couplings between the political system and legal system , mediated by the media to identify the crisis of rationality of criminal punishment based on the expansion, the successive irritation of the legal system and the media struggles with class interest that occurred within the political system, to propose a search rationality of the legal-criminal from the constitutional norm, seen as the result of couplings between the political system and legal system.

Keywords: Constitution. Criminal Law. Systems. Social movements. Criminalization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. OS MOVIMENTOS SOCIAIS E SEU CONTEXTO NO SÉCULO XXI	
1.1. Definições.....	18
1.2. Os movimentos sociais no Brasil: algumas observações.....	28
1.3. Movimentos sociais no campo: a questão agrária, revolta popular e direito de protesto.....	33
2. ALARMA SOCIAL FACE À GLOBALIZAÇÃO, DEFINIÇÃO DE SOCIEDADE DE RISCO E O PAPEL DOS MOVIMENTOS SOCIAIS	
2.1. Produtores de risco e o advento da expansão punitiva.....	40
2.2. Movimentos sociais como um risco a ser gerido pelo direito penal.....	49
2.3. Acriminalização dos movimentos sociais e a teoria da imputação objetiva.....	55
3. POR UMA PERSPECTIVA SISTÊMICA DO DIREITO PENAL-O PUNITIVISMO AUTOPOIÉTICO	
3.1. A sociedade de risco numa perspectiva sistêmica.....	71
3.2. Sociedade e meios de comunicação: uma relação entre o sistema midiático e seu entorno social.....	77
3.3. A dinâmica do sistema jurídico.....	88
3.4. O Punitivismo Autopoiético.....	97
3.5. Coerção imediata e punibilidade no âmbito das expectativas normativas do sistema jurídico.....	102
3.6. A criminalização dos movimentos sociais na lógica dos acoplamentos entre sistema penal e sistema midiático: como lidar com a contingência e o paradoxo?.....	105
4. O POPULISMO PENAL NA EXPANSÃO PUNITIVA	
4.1. Direito Penal e Meios de Comunicação: a propagação de “inimigos” pelo populismo penal e da militarização do sistema criminal pelo sistema midiático, como operações do sistema jurídico.....	132
4.2. O Direito Penal do Inimigo e a existência ou inexistência de seus reflexos no direito brasileiro: a proteção de bens jurídicos ou a manutenção da vigência da norma?.....	141
4.3. A criminalização dos movimentos sociais segundo as operações internas do sistema jurídico-penal.....	146
5. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E SEUS REFLEXOS PARA A MANUTENÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS, NUMA SOCIEDADE DE RISCO OU A PROTEÇÃO DA VIGÊNCIA DA NORMA, SEGUNDO A PREVENÇÃO GERAL POSITIVA	
5.1. Os modelos de sistema penal e a ideologia da prevenção geral.....	161
5.2. A cultura penal de emergência e o surgimento de inimigos no direito penal como parte do processo de criminalização e ameaça à preservação de direitos fundamentais.....	178

5.3. Expansão interna e externa do sistema penal e a teoria do risco compartilhado de Ripollés.....	181
5.4. Retórica da segurança na sociedade de risco com a expansão do direito penal.....	186
5.5. Os problemas do Garantismo-Uma leitura crítica sobre a teoria de Ferrajoli.....	190
5.6. O Direito penal de terceira velocidade e as alternativas ao garantismo.....	197
5.7. O modelo penal do Estado Latino-Americano através de um Direito Bélico: FARC e MST- semelhanças e diferenças no âmbito de dois projetos de criminalização.....	199

6. A CONSTITUIÇÃO COMO INSTRUMENTO POLÍTICO-NORMATIVO DE DELIMITAÇÃO DA RACIONALIDADE DO DIREITO PENAL: DEBATE SOBRE O TRANSCONSTITUCIONALISMO E ABERTURA DO SISTEMA JURÍDICO AOS MOVIMENTOS SOCIAIS

6.1. Constituição simbólica e manutenção da crise do modelo ressocializador e garantista.....	211
6.2. Constituição transversal e transconstitucionalismo na gênese de uma política criminal racional.....	240
6.3. A Constituição simbólica, manutenção do sistema punitivo e reivindicações dos movimentos sociais.....	264
6.4. Por um Novo Sistema Global de Proteção de Direitos-Da Interconstitucionalidade ao Transconstitucionalismo e a universalização dos direitos humanos, como meio de afirmação de um Direito Penal Racional no Estado Democrático de Direito.....	268
6.4.1. Guerra ao Terror e Paz Perpétua - A criminalização dos inimigos como projeto que dificulta a universalização de direitos.....	276
6.4.2. Uma rede de constitucionalidade para uma universalização de direitos.....	281
6.5. O reconhecimento constitucional dos movimentos sociais como operação interna do sistema jurídico: a legitimidade da oposição e da resistência por meio do direito de protesto.....	295

CONCLUSÃO.....	309
-----------------------	------------

REFERÊNCIAS.....	325
-------------------------	------------

ANEXOS

INTRODUÇÃO

Qual o marco de racionalidade do Direito Penal? Até que ponto se vive numa sociedade punitiva em que o Estado de Direito convive simultaneamente com um Estado de polícia? Será que a dinâmica da criminalização de movimentos sociais, direcionada especialmente contra os sem-terra ou sem-teto, fundada numa corrente expansão punitiva, em detrimento do processo de democratização da sociedade, realmente faz sentido? A partir desta tese buscam-se respostas hábeis a solucionar o dilema do sistema jurídico ao se deparar com a questão do paradoxo, da emergência dos pluralismos, e da necessidade de lidar com irritações que vão de encontro ao modelo punitivo estatuído por sociedades em franca emergência, face ao predomínio da globalização, do acirramento do debate democrático e do amadurecimento das instituições políticas e sociais, como um fenômeno que se dá na realidade brasileira. Será que estamos realmente livres do modelo autoritário pretérito, digno das melhores ditaduras, no que diz respeito à consagração de direitos fundamentais, como a liberdade de reunião e associação? Talvez a realidade que enfrenta o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST) no Rio Grande do Sul, sobretudo, no último período democrático do início deste século, possa funcionar enquanto indicador de como o sistema jurídico e seus operadores ainda lidam com questões sociais como se estas ainda fossem caso de polícia. Será que as invasões sistemáticas de terras por grupos organizados farão com que eles se tornem os inimigos a que se destina o sistema penal? Ao menos para alguns representantes desse sistema talvez eles realmente sejam.

Em março de 2008, o Ministério Público no Rio Grande do Sul ingressou com uma ação contra o MST, acolhida pela Justiça Federal, acusando seus integrantes de montarem um estado paralelo, com organização e leis próprias, que os faziam recusar as determinações judiciais¹. Na ocasião, os representantes do órgão ministerial invocaram a Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170, de 14 de dezembro de 1983), muito empregada no período da ditadura militar, invocando os artigos 17 e 20 daquele diploma legal, alegando que os integrantes do movimento estariam formando agrupamentos contrários ao Estado de Direito, comportando-se como uma guerrilha rural, recebendo, inclusive, apoio estrangeiro, através das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC) e se organizando politicamente para praticar atos de terrorismo, devido ao seu inconformismo com o modelo legal vigente no país.

¹ SCALABRIN, Leandro Gaspar. El Crimen de ser MST. In: BUHL, Kathrin, KOROL, Claudia. *Criminalization de la protesta y de los movimientos sociales*. São Paulo: Instituto Rosa Luxemburgo/Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, 2008, p. 246.

A ação dos promotores públicos tinha por base uma investigação realizada pela Brigada Militar do Rio Grande do Sul, que através de seu serviço secreto, alegava ter provas do envolvimento de integrantes do MST, juntamente com deputados e representantes de instituições federais como INCRA e CONAB, com práticas que tornavam o movimento social dos trabalhadores sem-terra numa organização criminosa, através de investigações sigilosas que compuseram o procedimento administrativo nº1124-100-2007, de autoria do serviço reservado da Brigada Militar, conhecido como P-2. Aliado a isso, em uma onda punitiva, periódicos e meios de comunicação que compartilham do discurso punitivo, já há tempos veiculam notícias que fomentam um sentimento de insegurança coletiva e alarma social contra movimentos sociais como os sem-terra, em publicações de grande circulação nacional ou regional como os jornais *Zero Hora* e *Estado de São Paulo* e a revista *Veja*, que num episódio envolvendo conflitos de trabalhadores sem-terra com a Brigada Militar e a morte de um policial, na Praça da Matriz, em Porto Alegre, em 1990, apressaram-se em divulgar nas capas de suas edições reportagens reforçando o caráter ilícito de organizações como o MST, entoando um discurso punitivo de que seus integrantes deveriam ser presos, processados, e a mobilização de seus integrantes desfeita, com a dissolução do movimento². Recentemente, com a nova onda punitiva dirigida contra os movimentos sociais, e em particular contra o MST, as escolas que o movimento mantinha no campo, em seus acampamentos, tiveram suas atividades suspensas, sob a alegação de que por ser uma organização criminosa, de caráter paramilitar, os militantes do MST profeririam em suas aulas verdadeiras lavagens cerebrais, doutrinações sobre marxismo com a diabolização do capitalismo e dos empresários rurais, e onde os professores desses centros de estudo não estariam simplesmente alfabetizando suas crianças, mas também formando verdadeiros soldados, numa lógica de ocupação de terras paramilitarista. Dada suas ligações com a FARC, o MST no Rio Grande do Sul seria quase como uma extensão daquele grupo armado no Brasil, pronto para a invasão violenta de terras, promovendo a desestabilização social e insegurança jurídica. Iniciou-se uma operação de repressão franca e visível aquele movimento social.

Até o final do ano 2000, o MST mantinha 1.800 escolas de ensino fundamental espalhadas pelo país, empregando 3.900 educadores para atender 160 mil crianças e adolescentes, sendo que desses 250 educadores lidavam com educação infantil de crianças de

² Do conflito entre policiais e sem-terra na Praça da Matriz, em Porto Alegre, no ano de 1990, emblemática foi a foto tirada pelo fotógrafo Ronaldo Bernardi, do jornal *Zero Hora*, que acabou estampando o noticiário divulgado pela revista *Veja* e pelo jornal *Folha de São Paulo*, mostrando um sem-terra de chapéu segurando um foice, diante da Brigada Militar, em que se lê a manchete: “Sem-terra mata policial no sul”. LERRER, Débora Franco. *A “degola do PM”*- como a mídia fabrica e impõe uma imagem. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 64.

até seis anos de idade³. Soma-se a isso o fato de na área educacional, o MST dispõe de um programa de educação para jovens e adultos que agrega 25 mil alunos e 1200 educadores, cujo resultado do trabalho fez com que quarenta estudantes fossem estudar medicina em Cuba. Todo o desenvolvimento dos serviços educacionais exercidos pelo movimento conta com parcerias e convênios com instituições tais como: CNBB, UNESCO, UNICEF e diversas outras entidades municipais e estaduais. Faz parte da metodologia de ensino desenvolvida pelo movimento nos assentamentos, realizar concursos de redação e desenho, elegendo-se temas nacionais relativos à cultura, à conjuntura econômica e política e a história do MST. Justamente por tratar de forma crítica as questões nacionais em suas escolas, o movimento acabou sendo acusado de doutrinar seus alunos na cartilha marxista-leninista e de incentivar a luta armada e a revolução, justificando uma ampla expansão punitiva iniciada com a intervenção repressiva do aparato estatal, criminalizando o movimento e seus integrantes como participantes de um grupo paramilitar ou terrorista.

O ápice da intervenção repressiva do Estado a esse movimento social no Rio Grande do Sul se deu no dia 17 de janeiro de 2008, quando foi mobilizado um efetivo de 800 policiais militares, 60 policiais civis, além de integrantes do Corpo de Bombeiros e da Polícia Federal para paralisar as atividades do XXIV Congresso Estadual do MST, que estava sendo realizado no assentamento localizado na fazenda Anoni, nos municípios gaúchos de Pontão e Sarandi. Lá, sob o pretexto de cumprir um mandado de busca para apreender uma máquina fotográfica supostamente furtada, foram acionadas centenas de viaturas, cavalos e helicópteros para frustrar a liberdade de reunião de um grupo, a exemplo do que foi feito no Congresso da União Nacional dos Estudantes, em Ibiúna, na época da ditadura militar.⁴ O saldo da intervenção foi que durante a operação, o direito de ir e vir dos participantes do evento foi suprimido, porque ninguém podia entrar ou sair do local, enquanto que ônibus e alojamentos eram revistados, sem que nada fosse encontrado. As atividades do último dia do congresso, dedicadas às deliberações finais, não puderam ser realizadas, por proibição da polícia; tudo sob a supervisão e fiscalização do comandante da brigada militar naquela época, o coronel Paulo Roberto Mendes Rodrigues, responsável pelo pedido de investigações ao serviço reservado da BM, a fim de perseguir e incriminar os representantes do MST.

Em 2009, no dia 21 de agosto, mais um fato trágico veio a manifestar a truculência policial e ação repressiva do Estado, no Rio Grande do Sul, no episódio que culminou com morte do agricultor Elton Brum, de quarenta e quatro anos, durante despejo na fazenda

³ ARBEX JÚNIOR, José. *A imprensa canalha*. São Paulo: Casa Amarela, 2003, p.152.

⁴ LERRER, Débora Franco, op. Cit., p. 249.

Southall, no município de São Gabriel. Segundo a investigação criminal que se procedeu, Brum foi morto com um tiro de espingarda, calibre 12, pelas costas, tendo um policial militar assumido a autoria do tiro. O fato gerou uma nota oficial de repúdio do movimento, tornado público e divulgado no site do MST, denunciando que além da morte de Brum, outros atos abusivos foram praticados pela ação policial no dia do fato, como agressões e espancamentos de mulheres e crianças, pessoas feridas por estilhaços de armas, espadas e mordidas de cães, numa política de Estado que, segundo a crítica da coordenação do MST, revela uma criminalização dos movimentos sociais que se vale sistematicamente da violência⁵.

Somado a isso, contribui com o processo de criminalização dos integrantes do MST a intervenção midiática, através do sensacionalismo e do destaque dado nos meios de comunicação à intervenção da BM gaúcha na repressão aos sem-terra. Passou-se a desenvolver uma mentalidade de repúdio social ao movimento, através de casos explorados exaustivamente e com um alto grau de manipulação de notícias, acerca da suposta degola de um policial militar, numa das intervenções da polícia às ações do MST⁶. Na época, o jornal *Zero Hora* estampou em letras garrafais a suposta “degola” do policial militar Valdeci de Abreu Lopes, após conflito armado da Brigada Militar contra colonos que queriam protestar em frente ao palácio do governo gaúcho, na Praça da Matriz. Meios de comunicação como o *Estado de São Paulo* e a revista *Veja*, ao condenar o movimento dos sem-terra, acusando-os de assassinos selvagens, sequer comentou outra vítima do episódio, a colona Elenir Nunes, ferida na perna por um tiro disparado pelo policial que acabou sendo morto, numa contradição de notícias e versões, que, por vezes, vigorava a tese de que não houve reação desproporcional da polícia, e outra versão de que os colonos agiram em legítima defesa.

Entretanto, no Rio Grande do Sul, não foi somente o MST que sofreu os efeitos da ação enérgica do aparato repressivo do Estado. Na capital, Porto Alegre, integrantes de outros movimentos, como os sem-teto, também foram vítimas da intervenção violenta da *manu militari* policial, quando em 23 de março de 2007, 600 policiais militares foram mobilizados para desalojar 36 famílias que ocupavam um edifício, numa ocorrência que gerou ao menos três pessoas feridas. Na mesma época, 300 integrantes do movimento dos sem-teto foram obrigados a desfilar em passeata até à sede da polícia. Em 14 de março de 2008, professores da rede pública e estudantes foram reprimidos e impedidos pela polícia de chegar até o palácio do governo, em protesto sobre suas condições salariais. No mês seguinte, 50 mulheres

⁵ In: www.mst.org.br.

⁶ LERRER, Debora Franco. *A degola do PM*. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 149.

camponesas foram feridas após realizar um protesto em frente a uma multinacional⁷. Como há de se falar em estado de direito numa sociedade democrática quando o Estado age como se ainda estivéssemos sob uma ditadura? Será que a difusão de um alarma social, e um suposto sentimento de insegurança coletiva legitimam uma ação repressiva em que o regime das liberdades seja totalmente ou parcialmente prejudicado? Interceptações telefônicas clandestinas, envio de agentes infiltrados no meio de protestos, identificação criminal de participantes de movimentos sociais, e apreensões ilegais de agendas e telefones de manifestantes, são atos que não condizem com uma realidade democrática. Vive-se um marco de punibilidade em que o estado de direito dá lugar ao estado de polícia⁸.

Segundo Aton Fon Filho, o crescimento da importância de movimentos sociais como o MST se deu nos últimos tempos com o retorno ao ambiente rural de trabalhadores desempregados no meio urbano, correspondendo à queda da produção industrial nos anos 90 e uma consequente desocupação urbana de contingentes de novos trabalhadores destituídos de seus empregos. Ao revés, no campo, os movimentos sociais encontraram um ambiente fértil para prosperar, sobretudo, devido ao direcionamento das reivindicações que, diferentemente dos tradicionais conflitos laborais existentes na relação capital e trabalho na cidade, as lutas do campo são direcionadas contra o Estado e não contra empresa, reivindicando-se a viabilização de políticas públicas, tais como os assentamentos⁹. Não são mais os movimentos sindicais os principais destinatários da repressão do Estado burguês, mas sim os movimentos sociais, sobretudo, aqueles situados no campo, pois diante da acomodação das lideranças sindicais na cidade e os novos moldes de um Estado de bem-estar cujos pleitos dos trabalhadores das fábricas são mais ou menos contemplados, agora são os trabalhadores no campo os principais agentes de transformação e protesto. O que se questiona no âmbito da normatividade do sistema jurídico brasileiro é até que ponto esses movimentos podem existir e funcionar. Pergunta-se quais são os limites às atividades desses movimentos e o quanto eles se adéquam às legítimas reivindicações da sociedade. Seriam legítimos tais movimentos? Os meios que eles empregam são os mais adequados para atender essas reivindicações? São movimentos protegidos pela legalidade?

O questionamento acerca da legalidade desses movimentos é também a discussão sobre a convivência do direito estatal com outros direitos, em especial aqueles reconhecidos

⁷ Id, Op. Cit., p. 248.

⁸ ZAFFARONI, Raul Eugênio, BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 95.

⁹ FON FILHO, Aton. Criminalización de los movimientos sociales: democracia y represión de los derechos humanos. In: BUHL, Kathrin, KOROL, Claudia. *Criminalization de la protesta y de los movimientos sociales*. São Paulo: Instituto Rosa Luxemburgo/Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, 2008, p. 76.

pelo pluralismo jurídico. Na ação encaminhada pelos representantes do Ministério Público gaúcho, questionou-se o MST como se o movimento tivesse se transformado num estado paralelo, com leis próprias. Mas até que ponto essas leis podem ou não ser reconhecidas? Encaminha-se a reflexão para os conceitos empregados na teoria dos sistemas de Teubner. Porém, não é aqui o momento ainda de externá-los, pois há uma dedicação a esse tema em capítulo próprio. Entretanto, o que já se pode observar aqui é como os agentes estatais que compõem o aparato repressivo penal (em especial a polícia, o Ministério Público e o Judiciário) lidam com os movimentos sociais através de mecanismos próprios do sistema jurídico, que em suas comunicações vêem ações desses movimentos como ilícitos penais e não como ações legitimadas pelas comunicações próprias no interior desses movimentos, enquanto sistemas sócias próprios, na perspectiva de lutas sociais por terra e moradia. A percepção desses agentes enquanto integrantes de um sistema autopoieticamente fechado como o direito, e dotado de características próprias em um subsistema penal que lhe é originado, pode proporcionar uma boa base de discussão sobre que racionalidade pode se extrair do direito penal e, até que ponto conceitos estabelecidos por Jakobs, como os de prevenção geral positiva e direito penal do inimigo, podem ou não ser utilizados na realidade brasileira, para explicar a criminalização dos movimentos sociais. Por hora, deve-se estender o debate até os primórdios dos conceitos de alarma social e sociedade de risco, para então melhor se entender o funcionamento do sistema jurídico e sua relação com outros sistemas. É nessa órbita que será possível identificar até que ponto movimentos como o MST podem ser potenciais fatores de risco, que ensejam um modelo punitivo de criminalização, e conseqüente suspensão ou extinção do exercício de liberdades enquanto direitos fundamentais.

Em um primeiro momento, será observado até que ponto, na moderna sociedade pós-industrial e globalizada que se vive atualmente, o sentimento coletivo de insegurança e um suposto alarma social quanto ao advento da criminalidade poderão servir como supedâneo para a legitimação de um modelo punitivo de Estado, entendendo melhor como se desenvolve uma sociedade de risco, e como essa sociedade passa de uma faceta disciplinar para uma dimensão de controle.

Ao ficar estabelecida a dimensão de controle, interessa saber na teoria dos tipos penais, até que ponto podem ser empregadas teorias, como a imputação objetiva de condutas, a fim de se entender a relação entre riscos permitidos ou não permitidos e a criminalização de movimentos sociais, que sofrem sistematicamente a ação repressiva do Estado. Através de uma análise sobre a teoria acerca da sociedade de risco, pretende-se com este estudo observar até que ponto correntes teóricas presentes nas ciências penais, como o normativismo

sistêmico encabeçado por autores como Jakobs, pode contribuir ou não para a expansão punitiva observada no contexto da sociedade de risco, mediante uma inspiração na teoria dos sistemas sociais autopoieticos, mas que, apenas fragmentariamente, utiliza elementos dessa teoria para erigir uma teoria do direito penal que promove exclusão social, e contribui para um quadro de alarma social, quando, na verdade, ao se adentrar nos pressupostos da teoria sociológica, percebe-se que a abordagem das relações humanas enquanto sistemas sociais fechados, não corresponde necessariamente a um fechamento do sistema jurídico enquanto um sistema meramente punitivo e sancionador.

No âmbito da discussão filosófica, interessa saber até que ponto o controle exercido por um modelo punitivo de Estado esbarra em um regime de supressão de liberdades, estabelecendo-se um conceito jurídico de liberdade desde Hegel até Habermas, e sua contraparte na forma do exercício da limitação desse regime de liberdades, observando até que ponto o pensamento liberal e o formalismo positivista enclausuram as liberdades, mormente àquelas relacionadas com o exercício de direitos sociais, tais como a liberdade de reunião e associação, e o comprometimento disso para a manutenção dos direitos fundamentais, em um Estado Democrático de Direito.

Ao se abrir a discussão para a contribuição da teoria dos sistemas sociais autopoieticos na realidade do sistema jurídico, levando-se em conta, principalmente, o subsistema penal, ao elaborar e desenvolver o conceito de punibilidade autopoietica, será observado até que ponto a manutenção concorrente de um Estado de Direito com um Estado de Polícia pode dar lugar a expectativas normativas no âmbito do meio social, em que o direito se volta para a criminalização dos movimentos sociais, como parte da operação interna de sistemas de direito fundados em uma igualdade formal, mas assentados em uma desigualdade materialmente observável nos acoplamentos entre o sistema social e o sistema jurídico. O objetivo é aliar tanto o aporte de construções teóricas desenvolvidas por Luhmann e Teubner quanto as reflexões promovidas pela criminologia crítica, demonstrando que não inexiste distanciamento entre um direito simbolicamente voltado à inclusão social e normativamente promotor de exclusão, nas dificuldades que o direito penal mantém, no âmbito da policontextualidade de relações sociais, de lidar com o paradoxo, típico da realidade de sociedades globalizadas, plurais, mas de modernidade tardia como a brasileira.

Demonstrando-se que o espectro da criminalização e a expansão punitiva decorrente de modelos punitivos baseados em uma seletividade de condutas relacionadas a indivíduos e classes considerados indesejáveis, não são recentes, mas sim naturais do próprio desenvolvimento histórico do sistema jurídico no ambiente pátrio. O que se pretende é

demonstrar que conceitos empregados no âmbito de teorias como a prevenção geral positiva, relacionado com o advento de uma espécie de “Direito Penal do Inimigo”. Na verdade, não são novidades diante do quadro de exclusão social e paupérrima concretização dos avanços democráticos no vigente regime constitucional. Os conceitos de constituição simbólica e de concretização constitucional são úteis para indicar que no processo de acoplamento entre o sistema político e o sistema jurídico no Brasil por via da norma constitucional, a crise dos modelos ressocializador e garantista é que comprometem o desenvolvimento de uma racionalidade do direito penal, uma vez que as alternativas de um Estado penal máximo ou de um regime policial de supressão de liberdades, apenas aponta para a barbárie de um modelo que não compreendeu ainda as sucessivas aberturas cognitivas a que esteve sujeito o sistema jurídico, diante da evidência dos pluralismos e do surgimento de normatividades relacionadas com novas dimensões de subsistemas localizados no entorno social, mormente aqueles que se desenvolvem no campo, no ambiente agrário brasileiro, e nas grandes urbes, na reformulação da concepção positivada do direito de propriedade e de qual verdadeira envergadura constitucional possui o direito de moradia; enquanto corolário do exercício do direito fundamental à liberdade.

Por fim, mediante o conceito de transconstitucionalismo, no nível do direito interno, numa dimensão inversa ou complementar a de interconstitucionalidade no direito internacional globalizado, é que se apontarão propostas para uma nova universalização e internacionalização de direitos, com toda sua carga principiológica universalizante, no sentido de se propor possibilidades de erguimento de um sistema penal de novo tipo, talvez bem menos distanciado da realidade e das reivindicações de movimentos sociais que, ao invés de serem forçadamente categorizados como inimigos passam a ser considerados como participantes de um processo sistêmico e operacional de produção normativa do direito, sem que, necessariamente, as irritações produzidas no direito oficial conduzam a conflitos de interpretação e aplicação das leis penais.

1. OS MOVIMENTOS SOCIAIS E SEU CONTEXTO NO SÉCULO XX

Ainda permanece pendente em boa parte da produção acadêmica a pergunta sobre, afinal, o que são os movimentos sociais, como eles podem ser assim definidos e qual seu papel no século XXI¹⁰. Diferentemente da forma como se apresentavam no século XIX, por meio das revoltas operárias e mobilizações através dos primeiros sindicatos emergentes, no estágio atual da civilização, no chamado mundo globalizado, os movimentos sociais apresentam configurações e dinâmicas próprias, muitas vezes permeados por características que podem ser encontradas em diversas teorias sociais e políticas. Um ponto em comum em todas elas é que esses movimentos nunca podem prescindir do emprego de coletividades numa luta político-social organizada, com vias de operar sensíveis transformações ou questionamentos da realidade social dominante.

Torna-se necessário, para analisar a existência e o funcionamento desses movimentos em solo brasileiro e suas relações com o direito e o Estado, ter-se uma mínima compreensão histórica da gênese e desenvolvimento desses movimentos durante a passagem da modernidade para o atual estágio em que se encontra a civilização; ou seja, desde os primórdios da industrialização e o implemento do modelo de produção capitalista inspirado no fordismo até o advento de uma sociedade pós-fordista. Para isso, a contribuição das ciências sociais tem seu merecido destaque, ao estabelecer um enfoque político e sociológico acerca desse fenômeno social.

1.1. Definições

Ingressando num breve resumo acerca da definição de movimentos sociais, pode-se dizer que é na teoria da ação social que se encontra um elemento definidor do que sejam os movimentos sociais, seja como um produto do sistema social, seja como uma derivação da interação social que se dá no interior desse próprio sistema¹¹. Na teoria weberiana, por exemplo, pode-se buscar o sentido da ação coletiva na visão de mundo de indivíduos, organizados por motivações comuns, em torno de fins e valores semelhantes. Isso implica em dizer que para se desenvolver uma ação coletiva prescinde de uma interação social, que atribui significados a uma atuação conjunta que em muito transcendem a experiência individual. A ação social é movida, portanto, por uma racionalidade, presente em valores, meios e fins que explicarão o sentido da ação.

¹⁰ GOHN, Maria da Glória. *Novas teorias dos movimentos sociais*. São Paulo: Edições Loyola, 2008, p. 14.

¹¹ GOHN, Op. Cit., p. 20.

Em 1939, Blumer utiliza pela primeira vez o termo movimento social, seguido por Bottomore e Heberle, que na produção acadêmico-sociológica norte-americana no século XX, juntamente com os teóricos vinculados às doutrinas do interacionismo simbólico e os autores da Escola de Chicago, passaram a empregar o termo movimento social como uma categoria específica, um problema social distinto dos movimentos políticos¹². Os movimentos sociais passaram então, conforme os manuais da sociologia norte-americana, a serem tratados como comportamentos genuinamente coletivos, abordados dentro do contexto de mudanças sociais, associados como fontes de conflito e tensões fomentadoras de revoltas, muitas vezes díspares em relação aos demais comportamentos sociais vigentes.

Dentre as principais correntes teóricas que se debruçaram no estudo dos movimentos sociais, apresentam-se as correntes histórico-estruturais, culturalistas-identitárias e as institucionais-organizacionais (também chamadas de comportamentalistas)¹³. A primeira corrente encontra nas abordagens de Marx e Gramsci seu principal referencial nos séculos XIX e XX, respectivamente, tendo em vista que o movimento social dos trabalhadores é visto como um sujeito histórico, capaz de transformar as relações sociais existentes pelo papel ativo conferido, especificamente, ao proletariado. Assim, essa matriz teórica de inspiração marxista irá se voltar para o estudo dos movimentos operários, analisando, em especial, as lutas sindicais. Até hoje, não obstante o retraimento de parte da comunidade de teóricos das ciências sociais acerca da influência do marxismo na teoria sociológica, alguns intelectuais renomados como Hobsbawn, Kurtz e Mézaros na Europa ou Ianni, Oliveira e Sader no Brasil, ainda rendem toda uma consideração à teoria marxista, para explicar o desenvolvimento dos movimentos sociais.

Entretanto, dentre os seguidores da teoria histórico-estrutural na abordagem teórica dos movimentos sociais, ainda merecerá grande destaque a teoria desenvolvida por autores como Hardt e Negri, no seu conceito de multidão¹⁴. A multidão é um conceito que busca transpor o horizonte social de confronto social traçado com o conceito de classe, estabelecido por Marx, para adequar o cotidiano das lutas sociais com a realidade atual, globalizada. Ao mesmo tempo em que, assim como a classe operária, a multidão pode ser vista como sujeito histórico, seu diferencial em relação ao conceito anterior, é que a multidão aparece, em primeiro lugar, como um movimento que se dá no espaço, sem um lugar determinado. Assim como, na globalização, a mobilidade de mercadorias se dispersa pelo mundo todo, o mesmo

¹² Id., p. 22.

¹³ Ibid., p. 27.

¹⁴ HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. *Império*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 421.

ocorre com a força de trabalho, fazendo com que os movimentos da multidão também se deem em variados espaços, sem que, necessariamente, encontrem-se indivíduos especificamente localizados, submetidos a todo tipo de exploração, por conta da acumulação capitalista. A multidão se reapropria dos espaços, rompendo fronteiras, constituindo-se ~~num~~ em um sujeito ativo quando seu desejo de libertação transpõe os espaços confinados em busca da reapropriação de novos espaços, construindo, ao longo do caminho, novas formas de vida e cooperação social. Assim, o imigrante mexicano nos Estados Unidos, o trabalhador árabe na Europa, o tecelão boliviano no Brasil ou o brasileiro *dekasegui* no Japão, constituem hoje as grandes multidões, que não apenas em função da condição de classe, mas face sua etnia, nacionalidade e pertencimento cultural, encontram-se numa condição de multidão em movimento, que redimensiona a estrutura social da comunidade global.

Com o enfraquecimento das abordagens sociológicas fundadas no paradigma marxista, o conceito de movimento social associado ao de luta de classes passou por uma redefinição após a segunda metade do século passado, surgindo a corrente teórica culturalista-identitária, que, inspirada, entre outros, na influência filosófica de Hegel¹⁵, buscou uma nova compreensão dos movimentos sociais, tendo a contribuição teórica de autores como Foucault e Habermas.

A grande contribuição da teoria culturalista-identitária para os movimentos foi não identificar os sujeitos coletivos apenas como movimentos relacionados com as lutas sindicais e políticas do proletariado, mas sim identificar novos atores dos chamados “novos movimentos sociais”, reunidos em questões étnicas, de gênero ou de faixa etária, como índios, negros, mulheres, estudantes etc. Na abordagem culturalista, seus autores voltam-se para questões identitárias, relacionadas com o perfil de cada movimento, destacando a relevância da ação coletiva de outros atores, distantes das meras reivindicações econômicas da classe operária. Não obstante à crítica às teorias de orientação marxista, a contribuição dos antigos sujeitos coletivos não foi descartada, permanecendo essa corrente teórica em permanente diálogo com as lutas sociais analisadas por seus contemporâneos, no espectro mais à esquerda do pensamento sociológico, enfatizando questões relativas às lutas do trabalhador negro, da mulher operária, do trabalhador que é ao mesmo tempo estudante etc.

¹⁵ A filosofia da sociedade e a filosofia do Estado de Hegel não se resumem à filosofia do direito, mas, ao contrário, o direito encontra-se subordinado a um âmbito filosófico mais amplo, em que é o direito que se torna influenciado historicamente pela sociedade, e não o contrário; destruindo o mito da supremacia filosófica do direito, pensada pelo jusnaturalismo de matriz kantiana. BOBBIO, Norberto. *Estudos sobre Hegel-direito, sociedade civil, Estado*. UNESP: 1989, p. 58.

A terceira corrente teórica de análise dos movimentos sociais surgida no século XX é a institucional/organizacional ou comportamentalista, baseada filosoficamente nas teorias liberais de Smith, Locke e Mill, dos séculos XVII e XVIII, bem como fincada na antropologia e sociologia de autores como Parsons e Merton¹⁶. São teorias institucionalistas, no momento em que veem os movimentos sociais como ações coletivas voltadas para a satisfação de interesses da organização, desenvolvendo a capacidade de criatividade e determinação de seus integrantes, com vistas a sua institucionalização. A mobilização coletiva dirige-se à satisfação de determinadas condições que ensejem uma construção de oportunidades, por onde o movimento se cristaliza enquanto instituição. Ao tratar especificamente da realidade de movimentos sociais no Brasil, como o MST, será possível ver os reflexos dessa teoria, bem como das demais correntes teóricas anteriormente comentadas.

O importante é ressaltar que, historicamente, os movimentos sociais passaram a ganhar especial relevo e um destaque particular na Europa, a partir dos anos 60 e 70 do século passado, pois passaram a se constituir em tema central da investigação sociológica¹⁷. O surgimento de questões que, posteriormente, irão influenciar na gênese dos movimentos sociais na América Latina, como o movimento de cidadãos e moradores nas grandes cidades, as manifestações estudantis e as revoltas de jovens, têm reflexo na sociedade mundial até hoje, seja através dos recentes conflitos envolvendo trabalhadores jovens de ascendência árabe ou africana, ou protestos de rua envolvendo críticos às políticas europeias de imigração.

As novas configurações da urbe, o redimensionamento da periferia urbana, além do surgimento de novos movimentos sociais relacionados com a ecologia e defesa do meio ambiente, os movimentos pela paz, de estudantes e de mulheres, no final da década de 70 e nos anos 80, vão provocar um acúmulo de reivindicações sociais que se une aos antigos protestos advindos das lutas dos negros pelo reconhecimento de seus direitos civis e as revoltas contra guerras e armas nucleares desenvolvidas nas décadas anteriores. Surgem novas oportunidades e oponentes que provocam novas correntes organizacionais em torno de protestos, revoltas e rebeliões, com a formação de redes sociais, focos e quadros com repertório de franca contestação. Nos anos 90 o cenário de abordagem dos movimentos sociais volta-se para um sujeito oculto que passa a galgar protagonismo no estudo desses movimentos, que são as Organizações Não-Governamentais (ONGs) e organizações do terceiro setor. Com a proliferação das Organizações Não-Governamentais – ONGs - o final do século XX passa por um redimensionamento dos movimentos sociais, muitas vezes

¹⁶ GOHN, *Novas teorias dos movimentos sociais*, p. 30.

¹⁷ Idem, p. 31.

identificados como essas próprias organizações, numa nova dimensão institucional porque passam a ter os movimentos.

No começo do século XXI, diferentemente de como era concebida a definição de movimentos enquanto ação social nos primórdios do século anterior, agora, alia-se ao conceito de ação social o conceito de comunicação¹⁸, uma vez que a teoria da ação comunicativa de Habermas passa a ganhar destaque no que diz respeito à análise dos movimentos sociais, na perspectiva do novo milênio. Voltado para a elaboração do conceito de ação social voltada para o mundo da vida e as práticas discursivas que ensejam sua normatização, a teoria de Habermas se volta para a formação do consenso, mediante mecanismos formadores do entendimento e da cooperação, construídos em um agir comunicativo estabelecido por meio da linguagem¹⁹.

Na perspectiva habermasiana, pode-se dizer que os movimentos sociais desenvolvem-se enquanto uma ação social emancipatória²⁰, movidos por uma racionalidade que detecta os antagonismos no mundo da vida, produzindo novos significados e novas formas a esse mundo através da ação social, pois passam a por em xeque a validade dos padrões existentes no mundo da vida, ampliando o espaço público por meio do discurso. O discurso dos movimentos sociais é um discurso de resistência à colonização do mundo da vida pelo mundo sistêmico, voltado para seus imperativos econômicos e políticos, que tolhem a comunicação, pois os sistemas da economia e da política agem por suas próprias operações, reduzindo o espaço de discussão em prol de seus interesses. A saturação da linguagem por meio da pulverização sistêmica torna-se responsável pela eclosão de movimentos como a “Primavera

¹⁸ Habermas deposita sua fé na teoria do discurso como meio de superação da dificuldade histórica do direito em superar o confronto entre a autonomia individual-privada, de caráter particular, e a autonomia coletivo-pública, de caráter político. A razão comunicativa colocada por ele recusa o sujeito solipsista da filosofia kantiana, colocando em seu lugar uma razão fundada na intersubjetividade proporcionada por condições ideais de discurso, numa situação discursiva de liberdade de participação na comunicação pela prática argumentativa, onde o melhor argumento levaria ao consenso, concebendo um acordo de vontades racionais universalizadas. NEVES, Castanheira. A. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*. Coimbra: Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, 2003, vol. 72, p.116.

¹⁹ Álvaro de Souza Cruz, ao defender o pensamento habermasiano, alega que o paradigma da linguagem em Habermas estabelece uma consciência hermenêutica formada por uma crítica à postura filosófica de mera contemplação, ante os esquemas de dominação observados na evolução da humanidade, a partir do seu cotidiano social. Ao defender uma filosofia pró-ativa através do discurso, Habermas vislumbra que umas das condições de possibilidade da linguagem é sua necessária conexão com o trabalho e o interesse emancipatórios¹⁹. O discurso só seria discurso efetivamente democrático se fosse discurso livre, emancipado de mecanismos de dominação. Porém, volta-se novamente à crítica a tal pensamento, visto que num primeiro momento, as ponderações habermasianas quanto à construção do discurso, talvez fossem mais apropriadas a países desenvolvidos, como os do continente europeu, onde a tomada de decisões e a formação do espaço público já se encontravam bastante consolidados na segunda metade do século vinte, em contraposição aos países da América Latina, assolados por ditaduras. De qualquer forma, a construção democrática do espaço comunicativo a partir do discurso não estaria livre das amarras da positividade, segundo o paradigma liberal-individualista do positivismo jurídico. SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p.72.

²⁰ GOHN, *Novas teorias dos movimentos sociais*, p. 34.

Árabe”, traduzida nas constantes revoltas civis e protestos populares nos diversos países árabes no norte da África e no Oriente Médio, ocorridos no ano de 2010 e em constante ebulição, culminando na queda de antigos governantes e, em alguns casos, na deflagração de processos supostamente revolucionários.

No lugar dos operários, envolvidos na luta de classes dentro de um contexto sindical, os novos atores dos movimentos sociais passam a ser os pobres e excluídos, apartados das novas estruturas do mercado de trabalho na produção pós-fordista. Com o desmantelamento do bloco soviético que materializava no contexto do século XX, o chamado socialismo real, a partir da última década daquele século, o novo milênio é traduzido por políticas compensatórias por parte do Estado globalizado, substituindo-se a lógica da exclusão de classe por mecanismos de inclusão social, em que os movimentos, dentro de um agir comunicativo, passam a buscar a geração de novas formas de relações de produção, em que os excluídos possam ser incluídos, e não mais o simples embate entre classes, na perspectiva de destruição do *status quo*, mas muito mais uma apropriação desse *status* pela busca de uma nova posição social.

Em síntese, voltados muito mais para uma melhor qualidade de vida do que para a criação de uma nova realidade de uma sociedade sem classes, os integrantes dos atuais movimentos revelam um projeto de serem tão somente incluídos, dentro da perspectiva da aceitação de sua identidade cultural, como é o caso dos imigrantes na Europa, em busca de sua assimilação pela sociedade europeia ou dos integrantes dos movimentos por teto ou terra, nas zonas urbanas ou rurais do Brasil, que desejam tão somente ser incluídos na condição de novos e pequenos proprietários, e não mais como excluídos.

Com a democratização das sociedades no contexto latino-americano nas últimas décadas do último século e o fortalecimento dessas novas democracias na busca de sua integração no mercado global, egressos da condição de terceiromundistas para a de emergentes, países como o Brasil passam a apresentar movimentos sociais que se inserem nas categorias básicas de um novo contexto histórico globalizado, imersos em temas como cidadania global, exclusão social e mundialização. A Constituição de 1988 foi pródiga em estabelecer uma nova forma de participação coletiva, ao prever no rol dos direitos fundamentais as liberdades de reunião e associação, e inserir os movimentos dentro da lógica da busca dos direitos sociais, constitucionalmente consagrados. Trata-se da legitimação de

grupos que podem abertamente, com o fim do período ditatorial, reivindicar, pressionar ou demandar a sociedade política através de uma participação qualificada²¹.

Entretanto, não obstante no século atual, o processo de globalização ter trazido abertura política, mormente para o continente latino-americano, na perspectiva de países de modernidade tardia como o Brasil, houve um recrudescimento da exclusão, não obstante as políticas compensatórias que passaram a ser desenvolvidas no final do século anterior. Diante de um novo quadro de exclusão ocasionado pelas crises cíclicas do capital e a emergência da multidão como um novo sujeito histórico global, composto pela massa de excluídos deslocados espacialmente, sem um pertencimento definido de território ou nação, surgem no contexto do século XXI movimentos antiglobalização, com a internacionalização das lutas sociais que vão desde o direito à terra e à reforma agrária até o combate ao agronegócio e produção global de produtos transgênicos, com a modernização do capitalismo no campo, por exemplo. Assim, temas como a biodiversidade ou biopoder somam-se às lutas históricas e tradicionais por emprego, renda e justiça social, e o pária, o desterrado ou o desempregado das grandes cidades passam a se unir em movimentos crescentes, retomando o tema dos movimentos sociais como lugar central no plano internacional²².

Outro conceito que passa a ser revisto e ganhar nova relevância no século atual é o de território. Território deixa de ter uma conotação limitada a um espaço físico determinado, no âmbito das lutas por emancipação social, para se relacionar tanto com a questão de direitos por bens econômicos como pelo pertencimento às raízes culturais de um povo ou etnia. Como a globalização traz consigo a desnacionalização e a porosidade de fronteiras, território passa a ser identificado como o resultado de um conjunto de condições em que se estabelecem relações sociais que se desenvolvem onde quer que se localizem²³, apresentando nessas relações uma série de componentes de raça, etnia, religião, recursos, infraestrutura, produzindo uma diversificação da estrutura produtiva, sendo esses territórios mais flexíveis e adaptáveis às mudanças exteriores, desenvolvendo políticas de mobilização social que promovem inclusão social. Movimentos sociais havidos no Brasil, como o MST, adequam-se a esse novo conceito de território, tendo em vista que suas lutas por emancipação social na promoção da reforma agrária como forma de inclusão não estão mais enfocadas apenas nas reivindicações gerais de justiça social, igualdade ou cidadania, mas sim focadas na construção de um capital social que releve o empoderamento de uma comunidade, através dos

²¹ Idem, p. 36.

²² Ibid, p. 43.

²³ Ibid, p. 44.

assentamentos, com sustentabilidade e vínculos sociais próprios, configurando a identidade de um grupo social com regras e disciplina específicas, dentro de um determinado espaço físico onde venham se fixar. A luta pela reforma agrária é, portanto, dentro desse contexto, uma luta por território.

No aspecto atual de desenvolvimento dos movimentos sociais, debruçam-se sobre o tema tanto teorias estruturantes quanto teorias que o concebem como sistema social. O reconhecimento jurídico da identidade social desses grupos, oriundos das lutas sociais, passa por uma multiplicidade de sentidos e significados, levando em conta a identidade dos diversos atores sociais que participam de tais movimentos. O certo é que, reconhecidos com uma dinâmica própria, os movimentos sociais normatizam internamente entre seus integrantes determinadas regras de pertencimento, cujo ponto comum de firmamento de uma identidade é a força e a resistência que o movimento emprega no decorrer de suas lutas, direcionados contra uma fonte de conflitos, na busca de sua emancipação. O conceito de multidão, anteriormente desenvolvido por Hardt e Negri, é retomado fortemente, para caracterizar as ações coletivas da sociedade globalizada, que formam redes de solidariedade em todo o mundo, com vias à construção de uma sociedade alternativa global, dotada de certa autonomia e jurisdição, o que será melhor delineado no decorrer deste estudo, no momento em que se analisa a dinâmica dos movimentos sociais e sua distinção e aproximação com outro sistema social dotado de autonomia: o sistema jurídico.

Por ora, o que interessa notar na dinâmica atual dos movimentos sociais é que, questões de reconhecimento de direitos e o advento da democracia deliberativa são fundamentais para se entender a origem e o desdobramento das ações coletivas a partir desses movimentos. Baseado nas formas de reconhecimento do direito, vistas em Hegel²⁴, autores como Honneth atêm-se à gênese dos movimentos sociais nos últimos tempos como oriundos de um reconhecimento recusado de direitos, o que leva à ações de protesto e resistência²⁵. As ações coletivas são explicadas por uma experiência de sofrimento ou desrespeito, numa

²⁴ Se ao tratar do direito, Hegel pretende tratar do direito não de indivíduos isolados, mas sim do direito de um povo historicamente organizado, é porque ele pensa o povo não como um mero somatório de indivíduos, mas sim como um organismo próprio, vivo, dotado de particularidades distintas dos indivíduos isolados, submetido a um sistema de normas de conduta. É nisso que, para Hegel, será empregado o termo “eticidade”, usado para definir povo enquanto uma totalidade ética que não depende do sistema jurídico para existir, mas sim de uma experiência mais profunda, traduzida no Espírito do povo a que se referiu o filósofo alemão, condicionante de seu processo histórico.²⁴ Se povo é mais do que uma sociedade juridicamente organizada e subordinada a um conceito abstrato de Estado, que seria aquele que tudo regula, será o povo na sua densidade histórica que dirá o que é o Estado e o que é o direito, a partir de sua experiência cultural, de sua autoconsciência enquanto coletividade (daí o surgimento das Constituições). BOBBIO, Norberto. *Estudos sobre Hegel-direito, sociedade civil, Estado*. UNESP: 1989, p.71.

²⁵ GOHN, Op. Cit., p. 48.

situação de não-reconhecimento que leva a uma articulação política em torno de uma luta, criando um movimento propriamente dito. Com o movimento social, surge a relevância política do sentimento de injustiça, visto que, o que é aceito entre os indivíduos componentes do grupo passa por uma “gramática moral” que, segundo Honneth, é a partir dessa gramática que as bases da linguagem são estabelecidas para o grupo que passa a reconhecer internamente o que é tido como justo ou injusto, segundo regramentos que operam dentro dessa linguagem. Honneth assevera que os movimentos sociais não se valem de uma lógica utilitarista de custos X benefícios para se tornar partícipes de revoltas e conflitos, no sentido de atingir determinados benefícios que lhes foram negados, mas sim pelo compartilhamento entre seus integrantes de experiências morais de desrespeito, privação de direitos e frustração que lhes geraram cicatrizes morais. Nesse sentido, fica mais fácil notar que não é apenas por se identificar como homem do campo, que determinados movimentos sociais como o MST recrutam militantes, mas sim, também entre trabalhadores desempregados das grandes cidades, que, privados de seus empregos e subsistência, vivenciam uma experiência de abandono, desolação e injustiça, que, mediante uma interpretação moral desenvolvida durante o trauma da privação, acabam por nortear sua conduta e causar-lhes certo pertencimento ao se encontrar com um tipo de linguagem que exorte uma espécie de grito dos excluídos.

Os conflitos têm, portanto, para Honneth, um papel educativo²⁶, no momento em que indicam as ares de desrespeito, em que não há reconhecimento do outro, gerando uma série de problemas que são denunciados através do exercício do protesto. Ao lutar por reconhecimento, os movimentos sociais lutam por ampliação de direitos e, ao lutar por isso, esses movimentos expõem os problemas, trabalhando os conflitos existentes. Assim como são originados pelo conflito gerado pelo não reconhecimento, os movimentos sociais são parte da luta por esse reconhecimento.

Como as teorias estruturais não são hábeis para analisar os sentidos e representações que se dão no decorrer da ação dos indivíduos em um dado sistema social, como podem ser reconhecidos os movimentos (uma vez que se encontram debruçados no conflito político gerado pelas lutas nas relações de poder), o tema da democracia deliberativa²⁷, que analisa as

²⁶ HONNETH, Axel. *Sofrimento de indeterminação: uma reatualização da filosofia do direito de Hegel*. Tradução Rúrion Mele. São Paulo: Ed. Esfera Pública, 2007, p.49.

²⁷ O princípio da democracia encontra-se indissolúvelmente vinculado à obra de Habermas, na produção acadêmica dos últimos anos acerca das relações entre direito e democracia, o que é fundamental para os movimentos sociais no que tange o reconhecimento de direitos. O sistema do direito para Habermas é composto por normas de ação, como expectativas de comportamento socialmente materializadas, distintas das normas morais por comporem um domínio distinto, em que seus sujeitos atuam pelo discurso, num ambiente democrático, produzindo um repertório normativo mediante a aplicação do princípio da democracia, do livre debate na formação do consenso que resultaria na produção de normas, fato esse consolidado no processo

ações sociais enquanto comunicações ganha destaque no século XXI, mormente em sociedades como a latino-americana, que passou por uma fase pós-ditatorial e vivencia a emergência de novas democracias no âmbito do continente.

As relações entre centro e periferia em um sistema democrático se dão por meio da opinião pública e da formação da vontade coletiva através de grupos de pressão. Acerca do papel de ambos, serão melhor observadas suas atuações específicas no decorrer desta tese, mormente no que tange à formação da legislação. Entretanto, no que tange aos movimentos sociais e sua luta por emancipação, a introdução do conceito de comunidade como princípio a se sobrepor ao mercado e ao Estado materializa-se na voz dos subalternos, nos processos democráticos, através do reconhecimento de suas identidades. Assim, o exercício do direito de protesto e a revolta popular são expressões que servem para denunciar a colonização da vida social pelo sistema econômico e pelo sistema político, provocando o não reconhecimento de identidades que se insurgem por meio dos movimentos sociais. Isso implica em dizer que, quanto mais democrática é uma sociedade, maiores serão os espaços de reconhecimento dos fóruns específicos onde sejam reconhecidas as deliberações da comunidade como deliberações próprias de todo o sistema social, tendo em vista que é próprio do sistema reconhecer a exclusão para promover a inclusão.

Outro ponto que merece destaque no âmbito de uma sociedade democrática é que, o debate que passou a ser desenvolvido através da atuação dos movimentos sociais neste século, diz respeito ao combate à desigualdade a partir do reconhecimento das diferenças²⁸. As políticas de inclusão que passaram a ser reivindicadas nas lutas sociais levaram a crer que diferença não se confunde com desigualdade e, dessa forma, o reconhecimento da sociedade civil passa por um reconhecimento da pluralidade de movimentos, associações, organizações sociais, opiniões públicas e iniciativas cidadãs que ampliam o leque dos grandes movimentos que assolam o globo, em torno de reivindicações por espaço sociopolítico e cultural. Iniciativas como o Fórum Social Mundial, reunindo a mais variada gama de atores sociais, compondo diferentes esferas de deliberação e participação de representantes da sociedade civil, dão uma ideia do novo agir coletivo que passou a ser materializado neste século, e que

legislativo. É nele que reside o princípio da soberania popular porque, conforme exposto *supra*, o princípio da democracia garante as condições ideais do discurso racional, racional porque originário de um consenso acerca das pretensões de validade de uma expectativa que se pretende estabilizar. Como Habermas trabalha com a filosofia do direito como uma filosofia de reconstrução do direito, o embate entre autonomia privada e soberania popular é resolvido mediante a criação e reconhecimento de direitos no processo democrático de criação da legislação. É a partir desse processo de criação jurídica que se confere legitimidade ao ordenamento. NEVES, Castanheira A. Op. Cit., p. 122-123.

²⁸ GOHN, Op. Cit., p. 57.

implica também todo um redimensionamento da atuação do sistema jurídico no reconhecimento dessas identidades, a fim de legitimar as lutas sociais.

1.2. Os movimentos sociais no Brasil: algumas observações

Dentre o espectro de movimentos que podem ser observados no Brasil, há uma pluralidade de agremiações, com histórias e propostas distintas, numa diversidade de atores sociais, que já foram destacados no item anterior, mas que agora merecem atenção redobrada, tendo em vista o desenvolvimento das ações coletivas que surgiram na América Latina nos últimos anos.

Segundo Maria da Glória Gohn, a conjuntura social no novo milênio apresenta uma certa configuração contraditória quanto à organização dos movimentos sociais na América Latina²⁹. Se por um lado, o ambiente político mais democrático propiciou a multiplicação desses movimentos, por outro, houve uma certa acomodação e até mesmo uma dependência dos movimentos em relação ao sistema político. Em alguns países como Bolívia, Equador, Venezuela, Paraguai e agora o Peru, movimentos étnicos encabeçados pelos indígenas, associados a movimentos nacionalistas, conseguiram levar vários representantes seus a altos cargos nos poderes do Estado, elegendo até presidentes. Entretanto, o que denotaria uma vitória aparente desses movimentos, constituiu-se também em seu enfraquecimento, no momento em que a autonomia dos movimentos ficou comprometida diante das estruturas de poder: ocorreu uma cooptação dos líderes dos movimentos sociais pelos aparelhos de Estado, que passaram a eliminar as antigas lutas sociais, através de políticas compensatórias.

Pode-se dizer que os movimentos sociais foram capturados pelo Estado, e a ênfase que passou a ser dada à atuação de ONGs e entidades do terceiro setor na resolução de problemas sociais, passou a tirar o lugar dos movimentos como principais atores sociais responsáveis pelo exercício do direito de protesto, em busca de reivindicações populares.

No Brasil, é emblemático o caso da relação entre o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) e o Partido dos Trabalhadores (PT), agremiação partidária que durante anos manteve parte de seus filiados como integrantes daquele movimento social e que, ao eleger seu candidato, Luiz Inácio Lula da Silva, presidente da república, acabou por arrefecer durante um bom período esse movimento, apesar das ocupações de terra ainda ocorrerem, em momentos esporádicos.

²⁹ GOHN, *Novas teorias dos movimentos sociais*, p. 59.

Aqui, merece destaque a distinção entre a identidade própria dos movimentos sociais, que é criada a partir de sua constituição na permanência de lutas próprias voltadas para as necessidades e desejos internos que movem seus integrantes, além dos referenciais de reconhecimento de direitos com os quais se identifica, e a identidade política, decorrente do processo de luta, perante a sociedade civil e a sociedade política³⁰. O que constitui a identidade de um movimento é sua autonomia diante da identidade que lhe é conferida pelo Estado, não sendo reconhecido como uma mera extensão da ação estatal, mas sim como um ator sociopolítico com identidade e regramentos próprios, mas que no decorrer da luta dialoga com os demais sistemas sociais, sendo-lhe conferida legitimidade. As lutas sindicais das agremiações e entidades de classe que proliferavam no Brasil, por exemplo, no final da década de setenta e toda década de oitenta do século passado, durante o período de final da ditadura e início do processo de redemocratização, engedrando a criação e crescimento do Partido dos Trabalhadores, praticamente deixaram de existir ou foram severamente enfraquecidas diante de um governo composto por antigos integrantes dessas coletividades, formando uma república de sindicalistas em que os sindicatos passaram a ser uma extensão das políticas assistenciais do Estado, no âmbito das relações de trabalho. O mesmo pode-se dizer de um associativismo outrora autônomo, e agora dependente de auxílio estatal, mormente no funcionamento das organizações não governamentais.

Entretanto, dentre os movimentos sociais que atualmente merecem no Brasil um forte destaque, citam-se os movimentos voltados para a questão urbana e aqueles desenvolvidos na área rural. Os primeiros destacam-se pela quantidade de favelas e assentamentos irregulares ou ilegais presentes nas grandes ou pequenas cidades³¹, e os segundos, pela manutenção das condições de desigualdade social no campo, não obstante o advento de governos democráticos.

No tocante aos movimentos sociais desenvolvidos nas urbes brasileiras, tais movimentos podem ser classificados, segundo o estudo de Maria da Glória Gohn em três grupos: a) movimentos sociais voltados para questões de moradia; b) movimentos contra a violência urbana; c) movimentos em áreas sociais e prestação de serviços públicos (tais como educação, saúde e transporte).

³⁰ Ibid., p. 62.

³¹ Segundo relatório do ano 2000, do IBGE, 80% das cidades médias brasileiras registravam núcleos de favelas, enquanto que 36% das pequenas cidades, com menos de 20 mil habitantes, já apresentavam loteamentos irregulares e 20% possuíam favelas. GOHN, Maria da Glória. *Movimentos sociais e redes de mobilizações civis no Brasil contemporâneo*. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 45.

Dos movimentos nas cidades que merecem relevo devido à visibilidade midiática e o histórico de conflitos envolvendo a ação da polícia em desocupações urbanas, observa-se que desde os anos oitenta, após a criação da União Nacional por Moradia Popular, com apoio da igreja e das universidades, as lutas pela ocupação do solo urbano se intensificaram, mormente com a criação do Movimento dos Trabalhadores Sem-Teto-MTST, surgido como uma versão urbana de seu congênere no campo, o MST. O MTST, com o apoio de outras entidades sociais e ONGs, dedicou-se nos últimos anos a realizar ações que se desdobraram em duas vertentes: uma direcionada à participação de seus militantes em ONGs, na criação de projetos institucionais como cooperativas de ajuda mútua, reurbanização, remoção ou transferência de moradores para projetos do poder público; outra vertente voltada para ocupações de prédios públicos ou privados, ociosos ou abandonados, em áreas das grandes cidades³². Nesse último caso, a atuação de seus integrantes passou a ser alvo de ações judiciais de reintegração, muitas vezes em confronto com a polícia, gerando várias manchetes nos jornais e coberturas jornalísticas, bem como contribuindo para influenciar favoravelmente ou desfavoravelmente a luta dos sem-teto perante a opinião pública.

Outra atuação dos movimentos nas cidades que gerou repercussão midiática foi o surgimento do movimento dos moradores de rua, que vivem debaixo de pontes, marquises, praças ou logradouros públicos, passaram a organizar locais de ocupação, muitas vezes vítimas de incêndios acidentais ou criminosos, face à fragilidade dessas ocupações. Nesse contingente de moradores, muitos foram recrutados nas cidades para se deslocar para o campo, tornando-se integrantes do MST.

Nas capitais, a proliferação dos cortiços nas grandes metrópoles, especialmente em São Paulo, explicitaram fortemente as contradições da ocupação urbana e a extensão dos conflitos por moradia. Em 1991, surgiu o ULC - Unificação das Lutas dos Cortiços e, em 2002, o Fórum de Cortiços, que liderou várias ocupações de prédios na região central da metrópole paulista, merecendo acentuado destaque nos meios de comunicação. Merecem ainda ser mencionados, outros movimentos surgidos em São Paulo, como o MSTC – Movimento dos Sem-Teto do Centro, fundado em 2003, com cerca de doze mil militantes e a União dos Movimentos de Moradia – UMM - movimento criado na Zona Leste de São Paulo, ainda nos anos oitenta, além do MMC - Movimento de Moradia do Centro, articulado com a CMP - Central dos Movimentos Populares, uma das entidades mais representativas dos movimentos sociais no Brasil, com mais de uma década de lutas sociais e que reunia até 2003,

³² GOHN, Op. Cit., p. 48.

200 entidades do país inteiro³³. No ano de 2004, surgiu a Frente de Luta por Moradia, que reuniu os demais movimentos de sem-teto da região central de São Paulo, promovendo grandes ocupações, com a presença maciça de mulheres, em sua imensa maioria, desempregadas e com famílias para sustentar.

Já no campo, é clássica a participação dos movimentos sociais voltados para a questão agrária no Brasil, em lutas que remontam desde a década de sessenta do século passado. Hoje, estima-se que existam mais de oitenta movimentos rurais no país no atual milênio³⁴. Dentre eles, destacam o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST), a Via Campesina, o Movimento dos Atingidos por Barragens – MAB, o Movimento das Mulheres Camponesas – MMC, e o Movimento dos Pequenos Agricultores- MPA, além da Confederação dos Trabalhadores da Agricultura – CONTAG, o Movimento de Mulheres Trabalhadoras Rurais – MMTR, e a Rede de Educação do Semiárido Brasileiro – RESAB. É importante destacar que, historicamente, todas essas entidades receberam um explícito apoio da Igreja Católica, através da Comissão Pastoral da Terra e pela articulação de clérigos nas paróquias situadas em áreas rurais, com os sindicatos de trabalhadores rurais vinculadas a CONTAG.

Sem dúvida, o MST é um dos movimentos mais extenso, mais atuante e mais conhecido daqueles voltados para a discussão da reforma agrária e do direito à terra. Trata-se de um movimento estabelecido praticamente em quase todos os estados da federação (com exceção apenas do Acre, Amapá e Amazonas, que não possui assentamentos), tendo assentado 370 mil famílias em 1.800 assentamentos, com mais 130 mil famílias ainda presentes em acampamentos, aguardando serem assentadas. Apesar das divergências dos números entre as cifras do movimento e os dados oficiais, não resta dúvida que o MST é um dos mais importantes movimentos sociais do Brasil, responsável pela maioria dos assentamentos de famílias no campo³⁵.

Um dos grandes destaques do MST é sua forte identidade cultural, planejada através de um trabalho de *marketing* político eficiente, que conquista a militância e promove novas adesões seja pela forte aura mítica que desenvolve na exibição de seus símbolos (a imagem característica do trabalhador de boné vermelho, sempre acompanhado de foice e enxada, com

³³ Idem, p. 50.

³⁴ Ibid, p. 143.

³⁵ Segundo dados da UNESP, no período de 2000 a 2007 ocorreram 4.0003 ocupações de terra no Brasil, majoritariamente nas regiões Nordeste e Sudeste, sendo que 55% das ocupações foram realizadas pelo MST. O número de famílias assentadas saltou de 60 mil para 150 mil entre 2002 e 2003, período em que Luiz Inácio Lula da Silva, presidente eleito pela legenda do Partido dos Trabalhadores, sigla historicamente vinculada ao movimento, chegou ao poder. Entretanto, nos últimos anos, o maior número de pessoas assentadas encontra-se na região Norte, onde o número de ocupações é reduzido. Porém, a quantidade de terrenos públicos é maior. GOHN, Ibid, p. 144.

a camiseta branca do MST, estampando o logotipo do movimento), além de um trabalho educacional desenvolvido em torno de seus acampamentos e assentamentos, com a manutenção de escolas de ensino fundamental. Na construção de sua identidade e na dinâmica de suas lutas, o movimento cria um referencial interno que vai muito além da mera reivindicação de terras como satisfação de um interesse específico do grupo, em torno de suas necessidades materiais. Na verdade, além do acesso à terra, seus militantes desfraldam bandeiras de luta voltadas para a luta pela democracia, o combate à desigualdades social e exclusão, com alguns componentes de ideologia de esquerda, próximos ao pensamento marxista ou um certo maoísmo, mas com forte influência religiosa católica, o que aponta uma multiplicidade de influências culturais. No entanto, é no cerne de suas propostas que esse movimento social no Brasil produz polêmicas e passa a colecionar certos inimigos, ou, forçadamente, por alguns órgãos dos meios de comunicação; é o movimento tido como inimigo.

O caráter polêmico evidenciado no movimento social dos sem-terra pelo sistema midiático se dá no momento em que é forjada a identidade interna do movimento, em torno de suas bandeiras de luta que, como foi afirmado anteriormente, ampliam em muito o horizonte da mera reivindicação social do direito a um pedaço de terra na zona rural ou na defesa da reforma agrária. O abalo nas estruturas do *status quo* é promovido quando o movimento, através de suas lutas, propõe rever o instituto do direito de propriedade, invertendo o eixo das relações capitalistas, pautadas na aquisição de propriedade por meio da relação de compra e venda. Segundo assevera Maria da Glória Gohn³⁶, o militante sem-terra quer ser comparado, em condições de igualdade, a um comprador de terras, sendo que sua forma de aquisição da propriedade se dá por meio da distribuição de terra pelo poder público, através dos assentamentos, e não pela compra. Tal reivindicação transforma-se em permanente polo de tensão, principalmente em relação àqueles que advogam um pensamento fundado em teses neoliberais, ou para integrantes do sistema político de mentalidade mais conservadora. Rediscute-se o direito de propriedade enquanto parte do rol dos direitos fundamentais, de natureza individual, ou se o direito à terra passa por questões de direitos sociais relacionados à moradia, trabalho, assistência, e, sobretudo, à dignidade humana, respaldados pelo interesse

³⁶Segundo GOHN, o MST contribuiu para modificar a pauta de reivindicações dos trabalhadores brasileiros no mundo globalizado, no momento em que, na esfera das lutas atuais dos movimentos sociais globais na dinâmica do biopoder, busca-se um padrão de vida e qualidade de existência que em muito transpõem a agenda tradicional do trabalhador rural brasileiro de possuir terra para nela morar e produzir. Busca-se não apenas terra, mas acesso a crédito, reorganização do trabalho e da economia, em que a pequena produção rural na distribuição de alimentos e gêneros de primeira necessidade, a baixo custo econômico, seja uma alternativa ao agronegócio. Ibid, p. 145-146.

público. É nesse sentido que, não obstante a cooptação recente, efetuada na última década por boa parte dos movimentos sociais pelo Estado, o MST ainda permanece, juntamente com outros movimentos congêneres, com um amplo raio de ação para promover suas ações, muitas vezes carregadas de conflito e sujeitas a muita resistência por parte de seus adversários, no espectro político-social.

Como os principais antagonistas do MST deixaram de ser apenas os representantes do latifúndio nas grandes áreas rurais ou da comunidade de ruralistas representados no Parlamento, agora os patrocinadores do agronegócio, bem como os integrantes das empresas multinacionais que desenvolvem produtos transgênicos, passaram a ser os alvos constantes da atuação de movimentos sociais como o MST e a Vila Campesina, constituindo-se em partícipes de conflitos que, muitas vezes, empregam o aparato repressivo do Estado a fim de estabelecer a repressão desses movimentos, não raro taxando suas atividades como criminosas ou contrárias à manutenção da legalidade.

Nesse aspecto, a relação do MST com a mídia tem sido extremamente oscilante nos últimos anos, tendo em vista que a exposição excessiva desses conflitos na televisão, jornais e periódicos acabou por gerar uma imagem negativa do movimento, associando-se seus militantes à promoção de desordem, baderna e violência no campo. A prisão de alguns de seus líderes, envolvidos em atividades delituosas, as denúncias de desvio de verbas públicas destinadas ao movimento ou o receio provocado pelas ocupações, que muitas vezes geram o risco de danos à propriedade e destruição, renderam manchetes nada elogiosas ao movimento, que passou a ser tratado por alguns órgãos dos meios de comunicação como uma mera organização criminosa ou até mesmo um grupo terrorista. É nesse sentido que o significado da revolta popular no campo precisa ser revisitado, a fim de que se revele até que ponto o direito de protesto e a resistência encontram-se categorizados como lutas sociais, legitimadas pelo sistema político e pelo sistema jurídico, no horizonte que se pretende desdobrar no decorrer deste estudo.

1.3. Movimentos sociais no campo: a questão agrária, revolta popular e direito de protesto

Entende-se inicialmente que, movimentos sociais organizados no Brasil, tais como o MST, podem receber uma abordagem tanto das teorias histórico-estruturais como das teorias culturalistas ou organizacionais-comportamentalistas, como foi visto nos itens anteriores. Num primeiro momento, o movimento de trabalhadores no campo organiza-se sob a forma de

conflito de classe, como a que invocar a aplicação de teorias de inspiração marxista, tendo em vista a relação entre despossuídos X proprietários de terras. Entretanto, além disso, é possível verificar nos acampamentos de integrantes do movimento outros componentes que podem levar em conta a afirmação identitárias, específica, de um segmento social com padrões culturais simbolizados em crenças, práticas e normas de conduta próprias. Além disso, para autores como Tarow³⁷, movimentos sociais ocorrem quando oportunidades políticas são ampliadas, surgindo e multiplicando aliados, ao mesmo tempo em que as vulnerabilidades dos oponentes se apresentam. Nesse sentido, devido às relações fundiárias desenvolvidas no Brasil nos últimos cinquenta anos, propiciou-se o nascimento de um horizonte fértil para a proliferação das lutas sociais no campo, consoante o desenvolvimento econômico que se deu no país e os reflexos históricos da trajetória da economia global. Quando se vê, por exemplo, a formação das oligarquias agrárias brasileiras e a forma de distribuição de várias áreas de terra desde o processo de colonização portuguesa no século XVI, até o modelo de desenvolvimento agrário surgido no século XX, vê-se que se estabeleceu todo um quadro de precedentes para que movimentos como o dos Trabalhadores Sem-Terra pudesse existir e questionar as relações sociais historicamente estabelecidas no campo.

Na década de sessenta do século passado, as Ligas Camponesas e os sindicatos de trabalhadores rurais tornaram-se os principais atores dos conflitos e lutas sociais travadas no meio rural, recebendo grande apoio popular na região Nordeste do Brasil³⁸. Entretanto, no que tange ao respaldo dessas lutas perante o poder político, a relação foi inicialmente ambígua, tendo em vista que o governo liberal do início da década apresentava uma plataforma política favorável à reforma agrária, mas a dinâmica do aparato repressivo do Estado era o de prender os líderes dos movimentos rurais, sob o argumento ideológico de reprimir agentes do comunismo internacional, infiltrados nos sindicatos rurais, que pretendiam estabelecer uma revolução aos moldes da que se estabeleceu em Cuba, nos anos anteriores.

Com a apresentação do programa de Reforma Agrária pelo presidente João Goulart em março de 1964, defendendo a expropriação compulsória de terras, e sua conseqüente deposição por um golpe militar, instalou-se no país um forte regime de exceção, num longo período ditatorial em que os movimentos rurais no campo foram praticamente eliminados, mediante uma forte e violenta repressão. Na segunda metade da década de setenta, setores progressistas da Igreja Católica passaram a defender abertamente a reforma agrária, criando a

³⁷ GOHN, Maria da Glória. *Novas teorias dos movimentos sociais*, p.33.

³⁸ DEW, Edward. Samba revolucionário: a revolta agrária que quase todo mundo apoia. In: PEDLOWSKI, Marcos A. OLIVEIRA, Julio Cezar, KURY, Karla Aguiar. *Desconstruindo o latifúndio: a saga da reforma agrária no norte fluminense*. Rio de Janeiro: Apicuri, 2011, p. 58.

Comissão Pastoral da Terra - CPT, culminando, em julho de 1979, com a ocupação de duas fazendas de propriedade do poder público federal, contando com a presença de 23 famílias, construindo um acampamento³⁹. Destacam-se a participação de Padre Arnildo Fritzen e de um jovem ex-seminarista gaúcho, João Pedro Stédile, que se tornaria, no futuro, um dos maiores líderes do MST.

Os acampamentos formados por sem-terra no final da década de setenta recebiam apoio de grupos religiosos e comunidades locais, mas eram sucessivamente vítimas da ação de pistoleiros contratados por grandes proprietários de terras ou mesmo pela ação truculenta da polícia ou dos militares. Ocorre que, nesse período, o país vivenciou a decorrada do modelo econômico implantado pelo governo militar no início da década, apelidado de “milagre brasileiro”. Com o aumento do desemprego, o surto inflacionário e a intensa concentração de renda, as ocupações de terra aumentaram progressivamente, resultando na mobilização da opinião pública em prol da reforma agrária, driblando a censura estabelecida pelos meios de comunicação desde o golpe de 1964.

O processo de finalização do período militar e restauração da democracia no país, na década de oitenta, coincidiram com a criação do MST, fundado em 1984, na cidade de Cascavel, no Paraná, num encontro promovido por representantes da CPT, membros da Igreja Católica, bem como de outras igrejas cristãs, evangélicas ou pentecostais, quando foi criada a expressão “sem terra”, para definir trabalhadores rurais mobilizados e determinados, voltados para um projeto de reforma agrária para o Brasil. Era uma organização cujas lideranças foram egressas do meio religioso, majoritariamente ex-seminaristas, como Stédile, mas com uma base social essencialmente laica, formada tanto por trabalhadores rurais, como por trabalhadores desempregados oriundos das grandes cidades. Foi nessa época que adotou-se o *slogan* oficial do movimento: “ocupar, resistir e produzir” e foi dado grande respaldo ao movimento por uma opinião pública ansiosa pelo fim do regime militar e surgimento de um governo civil, responsável por uma nova aurora de mudanças, tão desejadas pela sociedade civil e pela grande população, comovida pela malfada campanha nacional das “Diretas Já”, em torno da chamada “Emenda Dante de Oliveira”, projeto do parlamentar de mesmo nome, que previa eleições diretas para presidente da república, ao final do ciclo ditatorial.

Com o restabelecimento da democracia em 1985, o novo governo determinou a organização de uma Assembleia Nacional Constituinte para redigir uma nova Constituição, que seria promulgada em 1988. O texto constitucional dispunha no *caput* de seu artigo 184,

³⁹ Idem, p. 59.

sobre a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, de imóveis rurais que não estivessem “cumprindo sua função social”. Com isso, a luta pela reforma agrária no país ganhou um fortíssimo respaldo jurídico, ensejando um número maior de ocupações de terra e a legitimidade dos movimentos sociais voltados para os direitos do homem do campo.

Viveu-se então, no Brasil, o período das grandes ocupações, de intensas mobilizações e de grande visibilidade do MST enquanto movimento social carregado de forte apoio popular. Em 1997, no Rio de Janeiro, após a exposição de fotos do fotógrafo Sebastião Salgado, no Palácio da Cultura, em 3 de abril, denunciando o massacre de trabalhadores rurais em confronto com a polícia do Pará, em Eldorado dos Carajás, no ano anterior, o MST passou a organizar a ocupação da Usina São João (que viria a se transformar no assentamento Zumbi dos Palmares), realizado em 12 de abril, quando duzentas famílias acamparam no local. Na ocasião, a ocupação das terras da Usina São João revelava os seguintes atores sociais, atuantes naquele período enquanto aliados: a) integrantes da CPT: em sua maioria clérigos e representantes do meio religioso; b) trabalhadores na monocultura da cana, desempregados com a crise e péssimas condições de trabalho no setor sucroalcooleiro; c) a Prefeitura do município de Campos dos Goytacazes, representada pelo então prefeito, Antony Garotinho, futuro candidato a governador, interessado no apoio aos sem-terra por motivos eleitorais; d) o INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária): agência federal responsável pela criação de assentamentos, interessada em resolver com rapidez a questão das ocupações de terras; e) sindicatos urbanos e universidades, visando a articulação do MST com outros movimentos sociais, que atuavam integradamente, formando uma rede de apoio a esses movimentos. Além disso, na época o MST possuía os seguintes oponentes: a) a TFP (Tradição, Família e Propriedade): grupo religioso conservador, que defendia a sacralidade do direito de propriedade da terra, denunciando em suas publicações locais os integrantes do MST como comunistas; b) os usineiros: proprietários de extensas áreas de propriedades situadas no meio rural, em flagrante crise financeira, interessados na manutenção de privilégios da oligarquia agrária; c) os bispos que representavam a ala conservadora da Igreja Católica, contrários à reforma agrária, críticos da Teologia da Libertação (movimento religioso-doutrinário que influenciava o meio católico esquerdista), em disputa com seus colegas religiosos, no meio progressista; d) partidos e grupos políticos de direita que se opunham ao MST e aos seus métodos, com especial destaque à União Democrática Ruralista

– UDR, criada pelos latifundiários, na época da Assembleia Nacional Constituinte, para defender os interesses dos grandes proprietários rurais⁴⁰.

Entre aliados e oponentes, a ocupação da Usina São João avançou, passando a se chamar as Terras Ocupadas de Zumbi dos Palmares, em homenagem ao célebre líder quilombola. Com o apoio da Prefeitura que distribuiu lonas e cestas básicas para os acampados, além do fornecimento de professores para proferir aulas aos filhos dos acampados, os sindicatos urbanos e os militantes estudantis oriundos das universidades também se somaram aos sem-terra, enquanto o Judiciário apreciava o pedido de desapropriação. As lideranças do MST conseguiram obter uma audiência com o presidente da república na época, Fernando Henrique Cardoso, que elogiou o caráter pacífico da ocupação. Enquanto isso, os adversários do movimento, entre eles a UDR, defendiam a intervenção da Polícia Militar, para desmontar o acampamento, enquanto algumas lideranças conservadoras argumentavam que o movimento contribuía para a manutenção do desemprego, uma vez que continha no seu interior uma grande quantidade de trabalhadores urbanos desempregados. Tendo um forte apoio popular revelado pelos meios de comunicação no período, alguns opositores do MST alegavam nos jornais locais que a opinião pública tinha sido manipulada pelo movimento. A UDR e a TFP chegaram a organizar um movimento intitulado “SOS Fazendeiro”, alertando os proprietários rurais fluminenses da ameaça do MST na região. Isso não foi suficiente para impedir o presidente Fernando Henrique de assinar o decreto de desapropriação de 12 de outubro de 1997, numa das ocupações mais bem sucedidas realizadas pelo MST.

No ano de 2002, o antigo Assentamento Nova Ramada, no município de Júlio de Castilhos, no Rio Grande do Sul, planejado e organizado pelo MST⁴¹, também relevou o sucesso do emprego da ocupação como meio de exercício do protesto e do direito de resistência, como forma de atingir suas reivindicações por reforma agrária. Para se ter uma ideia, até 1989, antes da ocupação, a fazenda Nova Ramada era considerada improdutiva, utilizada somente como pasto para criação de gado. Com a ocupação e posterior desapropriação, hoje o assentamento produz os mais variados produtos agrícolas, principalmente soja, milho, feijão e frutas, além da criação bovina, suína, aves e laticínios. Cerca de cem famílias cuidam da produção, cada uma possuindo renda própria, além das escolas instaladas acolherem 125 crianças que têm aulas em salas bem equipadas e em boas condições de uso. As famílias de agricultores residem em moradias com água, luz, antenas

⁴⁰ Ibid, p. 65-68.

⁴¹ BUZANELLO, José Carlos. *Direito de resistência constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 315.

parabólicas e carros em suas garagens e são organizadas politicamente em torno de assembleias, com coordenações eleitas periodicamente em sistema de rodízio.

O que interessa nesse mosaico de lutas que representa as ações do MST é que, de um lado, esse movimento social atua conforme táticas e mecanismos próprios, privilegiando as ocupações de terra como forma de alertar o poder público para problemas sociais emergenciais e recorrentes, requerendo a intervenção célere do INCRA, valendo-se das invasões como sinal de alerta para o início de uma interlocução com o poder político para o problema da reforma agrária. Por outro lado, os proprietários de terras valem-se de três meios para recuperar suas terras ocupadas pelos sem-terra: uso da força, negociação ou ações judiciais⁴². A legislação, através do artigo 184 da Constituição, a Lei nº 8.629/1993, que dispõe sobre a função social da propriedade e a Lei Complementar nº 76/1993, que trata do procedimento especial de desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária, é utilizada pelos principais atores sociais envolvidos nos conflitos fundiários no Brasil: o poder Executivo, o Judiciário, proprietários de terras e os sem-terra.

O Judiciário é o espaço privilegiado, no âmbito do sistema jurídico, onde se debruçam nos tribunais os principais conflitos e tensões oriundos das relações agrárias, quando se buscam soluções normativas, no âmbito do ordenamento, para situações como as ocupações de terra. Em alguns casos, são concedidas liminares para reintegração de posse aos seus proprietários, como também reconhecem os tribunais as ocupações de terra como justas e legítimas, como na decisão do Superior Tribunal de Justiça em *habeas corpus* favorável aos líderes dos sem-terra no Pontal do Paranapanema, em São Paulo, conforme se vê em parte do voto proferido pelo ministro Luiz Vicente Cernicchiaro:

A Constituição da República dedica o Capítulo III do Título VII à Política Agrícola e Fundiária e à Reforma Agrária. Configura, portanto, obrigação do Estado. Correspondentemente, direito público, subjetivo de exigência de sua concretização. Na ampla arca do direito de cidadania, situa-se o direito de reivindicar a realização dos princípios e normas constitucionais.

A Carta Política não é mero conjunto de intenções. De um lado, expressa o poder político da sociedade, de outro, gera direitos.

É, pois, direito reclamar a implantação da reforma agrária. Legitima a pressão aos órgãos competentes para que aconteça, manifeste-se historicamente.

Reivindicar por reivindicar, insista-se, é direito. O Estado não pode impedi-lo. O *modus faciendi*, sem dúvida, também é relevante. Urge, contudo, não olvidar o princípio da proporcionalidade, tão ao gosto dos doutrinadores alemães.

A postulação da reforma agrária, manifestei em *Habeas Corpus* anterior, não pode ser confundida, identificada com esbulho possessório, ou a alteração de limites. Não se volta para usurpar a propriedade alheia. A finalidade é outra. Ajusta-se ao direito. Sabido, dispensa prova, por notório, o Estado vem retendo a implantação da reforma agrária.

⁴² BUZENELLO, Op. cit., p. 316.

Os conflitos resultantes, evidente, precisam ser dimensionados na devida expressão. Insista-se. Não se está diante de crimes contra o patrimônio. Indispensável a sensibilidade do magistrado para não colocar, no mesmo diapasão, situações jurídicas distintas⁴³.

Ora, como pode se observar em determinados julgados, a questão da reforma agrária é o grande vetor das ocupações de terra no país, promovidas pelo MST, constituído num legítimo movimento social por excelência, dotado de legalidade na sua criação, organização e funcionamento, e se tornando um movimento que se vale da liberdade de expressão, constitucionalmente assegurada, para defender as ocupações de terra, tidas por seus adversários como meras invasões, como forma de exercer uma bandeira de resistência e de luta, na busca de reconhecimento de direitos. Os oponentes do movimento insistem em classificar as condutas dos integrantes do MST como meras ações delituosas, plenamente tipificáveis entre as situações penais, como se reivindicações sociais se transformasse em caso de polícia. Em certas situações de ocupações de terras, mormente em ações penais movidas pelo Ministério Público contra representantes desse movimento social, as atividades dos sem-terra são descritas como práticas delituosas, inseridas no rol de riscos não permitidos pelo subsistema penal.

No decorrer deste estudo, o que restará demonstrado é que nunca antes a racionalidade do direito penal ficou tão comprometida diante de um avanço punitivo, no que tange às soluções jurídicas empregadas para problemas sociais pendentes na realidade brasileira, como a questão da reforma agrária e a desigualdade social no meio rural. Não obstante a previsão constitucional acerca da função social da propriedade, desde a promulgação da Constituição de 1988 até hoje, a utilização de táticas que levam em conta a ocupação de terras como meio de protesto e exercício da reivindicação social como direito de resistência, tem sido mal entendida por juristas e aplicadores do direito, uma vez que as pressões exercidas pelo sistema econômico e pelo sistema político, ainda comprometem por demais as decisões havidas no interior do sistema do direito. Importante notar como as rebeliões populares, capitaneadas por movimentos organizados, mesmo numa sociedade democrática, no atual estágio de desenvolvimento das relações sociais no Brasil, ainda são vistas como fator de alarma e, para alguns, como momento fomentador de perigos, que necessitam da intervenção repressiva do Estado para serem resolvidos; o que torna bastante problemática a questão da manutenção do princípio da democracia, num Estado Constitucional de Direito, como se vive hoje na realidade brasileira.

⁴³ Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 5.574/SP. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

2. ALARMA SOCIAL FACE À GLOBALIZAÇÃO E DEFINIÇÃO DE SOCIEDADE DE RISCO

2.1. Produtores de risco e o advento da expansão punitiva

No estágio atual da modernidade, chamada por alguns de modernidade tardia, e por outros como pós-modernidade; no ritmo de um processo de pós-industrialização e superação do modelo fabril tradicional da organização do trabalho fordista, cujo aparato de produção estava assentado na divisão de classes entre donos de fábrica e operários da linha de montagem, o processo de acumulação de riquezas e a geração de novas tecnologias são acompanhados do surgimento de riscos. Os riscos de que trata a obra de Beck não são riscos de natureza individual, mas sim riscos sociais e históricos que não são uma novidade no desenvolvimento da história humana, mas se revestem de toda uma característica específica nas últimas décadas do século passado e início deste século, por produzirem tensões que, no discurso punitivo, convertem-se numa verdadeira ameaça global⁴⁴.

Na sociedade pós-industrializada, riscos podem assumir posições de ameaça quando a própria sobrevivência humana pode se encontrar comprometida. Riqueza e risco carregam consigo uma imbricação, pois a riqueza carrega o risco no momento em que o processo de modernização e acumulação de capital também gera forças destrutivas decorrentes: tais como o acirramento da desigualdade social, a poluição da natureza e do meio ambiente e comprometimento da qualidade de vida.

Para Beck (2010), na sociedade pós-industrial irão ser redefinidos ou introduzidos conceitos de indivíduo e mobilidade que irão destacar os novos traços da desigualdade social numa sociedade de risco e a produção de novos males que podem ser decorrentes disso. Ao risco, associa-se uma insegurança, e sua intensificação no atual estágio de evolução da humanidade corresponde à dinâmica social e política da sociedade de risco⁴⁵.

O referido autor entende que o surgimento de movimentos sociais nesta nova modernidade (tardia, distinta da modernidade clássica da era industrial), são decorrência não mais do velho esquema marxista da luta de classes, mas sim de um processo individualizatório que se deu historicamente no capitalismo moderno com a inclusão do mercado de trabalho da figura do “trabalhador livre assalariado”, incluído nas redes de consumo, que, não obstante não ter havido qualquer alteração substancial na desigualdade

⁴⁴ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 25.

⁴⁵ *Ibid*, p.107.

social, a vinculação do indivíduo a uma classe específica deixa de ser prioritária, pois as crises sociais passam a ser interpretadas individualmente, como se fossem uma crise do indivíduo com a sociedade, e não da classe com outra que lhe é superior⁴⁶. Beck acredita em um “capitalismo sem classes”, em que, apesar da crítica dos marxistas, a sociedade que ingressou no século XXI é uma sociedade cuja divisão de classes não é mais o vetor principal do conflito social, apesar dos problemas de desigualdade relacionados a uma estrutura de classes permanecerem os mesmos.

É interessante notar até como, num primeiro momento, a concepção de Beck sobre a sociedade pode ser aplicada aos movimentos sociais em sua relação de conflito com o Estado, conforme sua noção sobre o indivíduo e seu papel na modernidade tardia. Os chamados “movimentos de busca” a que se refere Beck, decorrentes dos riscos da modernização e do surgimento de situações de ameaça refletem iniciativas de organização de comunidades de protesto que têm em vista muito mais reivindicações de caráter individual, do que necessariamente de uma realidade de classe. Movimentos organizados no Brasil, como o dos trabalhadores sem-terra, ou dos militantes dos sem-teto, nas grandes cidades, por exemplo, são expressões da formação social de uma identidade, que parte inicialmente da perspectiva individual de como o indivíduo, organizado coletivamente, pode solucionar uma crise sua, uma crise individual em relação ao sistema que ele questiona.

Sabe-se, por exemplo, que não obstante a pregação pela cartilha de ideais supostamente marxista-leninistas pregados nas escolas de alguns assentamentos do MST, que, na verdade, para muitos de seus integrantes, a ocupação de propriedades rurais e o direito à terra consistem em direitos de natureza eminentemente individual. Possesores querem ser livres para trabalhar, e nessa condição, assumirem a condição de proprietários. Até este momento, não se percebe nas ocupações de terra qualquer conotação ideológica de luta de classes, nem um processo revolucionário de expropriação da propriedade burguesa, como bem apregoa o jargão do velho ideário leninista.

Na verdade, segundo Beck (2010), o que se vê é uma organização de indivíduos associando-se para combater as ameaças de um risco decorrente da flexibilização do trabalho, da iminência do desemprego no mercado de trabalho capitalista, e a necessidade de se promover uma nova inclusão, através do reconhecimento de novos pequenos proprietários rurais. A ocupação seja ela como uma via para aquisição legal de propriedade pela ação de usucapião, ou tão somente como exercício de um direito de protesto (a necessidade de ocupar

⁴⁶ Id., p. 109.

a terra, para chamar a atenção das autoridades sobre a reforma agrária ou para mobilizar o INCRA) já se encontrava previsto, no segundo caso, na realidade europeia. Por anos, reivindicações de natureza individual tomaram as ruas coletivamente sob a forma de protestos de grupos organizados, no sentido de que os poderes constituídos dirimissem as ameaças decorrentes do risco da industrialização (desemprego em massa, destruição do meio ambiente, criminalidade e desigualdade social). O direito de protesto, sob uma ótica jurídica ou política, pode aqui ao menos ser visto como um supedâneo do constitucional direito à liberdade de expressão e consciência, além de predominar o direito à liberdade de associação, tendo em vista que tais movimentos de protesto são naturais, em todos os momentos em que as crises decorrentes do risco atingem o indivíduo, fazendo como que ele se mobilize e ative outros que compartilham com ele das mesmas inseguranças. Por que criminalizar o protesto se esse mesmo advém do reconhecimento de individualidades e do direito individual assegurado a qualquer um, se nem ao mesmo está configurada a existência de qualquer iniciativa paramilitar de coletividades em destruir o Estado de direito?

Beck prossegue com suas observações quanto ao papel da classe e do estrato na sociedade de risco ao analisar a realidade europeia, e, em particular, a sociedade alemã do pós-guerra, num processo de desenvolvimento histórico-social que pode, em certos períodos da realidade histórica analisada por aquele cientistas social, ser equiparada à primeira década deste século na realidade brasileira, através dos conceitos empregados por Beck de “efeito elevador” e “mobilidade”⁴⁷. O que Beck chama de “efeito elevador” é, na verdade, consequência da manutenção da desigualdade social pela economia capitalista, até um certo ponto na Alemanha pós-II Guerra, mas é também reflexo de políticas públicas de um *Welfare State* que se desenvolveu progressivamente na Europa, e que agora, na América Latina e em especial no Brasil, vem se desenhando com os últimos governos e siglas partidárias que se aninharam no poder político em solo nacional. Na realidade social analisada por Beck, houve uma melhora no poder aquisitivo, na inclusão social e na margem de possibilidade de se lidar com problemas financeiros, para um bom segmento da classe trabalhadora na Europa, acrescida de um impulso individualizatório que culminou com a liberação de indivíduos dos tradicionais vínculos de classe social, e os colocou na sociedade na condição de consumidores, mediados pelo mercado de trabalho.

No que tange à realidade do homem no campo, as teses de Beck (2010) podem ser plausivelmente aplicadas no caso, quando se percebe que uma das lutas sociais constantes

⁴⁷ Id., p. 115-117.

para os movimentos sociais associados à reforma agrária, é que os novos integrantes do MST, oriundos da zona urbana face o desemprego pela flexibilização do mercado de trabalho, assim como seus congêneres na Europa, são dotados de um impulso mobilizador que os leva a postergar antigas formas de inclusão social pelo trabalho assalariado, desejando conquistar um *status* próprio de neoproprietários rurais. Ao tratar da mobilidade, a exemplo do que acontece recentemente com famílias no campo beneficiadas por programas assistenciais do governo, como o bolsa-família, na Europa dos anos sessenta e setenta, analisada por Beck, os filhos de famílias trabalhadoras, consideradas nos níveis mais baixos da hierarquia social, foram beneficiados com os serviços prestados pelo Estado de Bem-Estar Social, passando a migrar paulatinamente de posições econômico-sociais, sendo incluídos numa teia de consumo de massa, diluída de acordo com o excedente em dinheiro que individualmente passou a ser armazenado pela melhora nas condições de vida. É fulcral essa afirmação para a inclusão de milhares de trabalhadores que não promovem mais como antagonistas os latifundiários, na velha expressão da luta de classes, mas sim encontram como destinatário direto de suas ações o governo; pois a ocupação de terras, em diversas ocasiões, revela-se muito mais como forma de protesto dos movimentos organizados, para que o governo ponha em prática políticas de inclusão e bem-estar social, do que um conflito dirigido contra os grandes proprietários de terras, na velha dicotomia de classes: burguesia X proletariado.

Ao mudar o estatuto da propriedade fundiária no Brasil, conferindo-lhe uma função social, a Constituição de 1988, o reconhecimento do direito à terra encontrou-se comprometido pelos ajustes da economia capitalista, percebida nos anos oitenta, e por ajustes macroeconômicos direcionados a uma ordem globalizada, em contraposição a uma economia nacional que passou por um longo processo de estagnação⁴⁸. A mudança neoliberal da economia no período de 1994 a 1999, e a limitação das oportunidades de emprego pelo agronegócio, acentuaram um processo de desigualdade também no campo, tendo em vista que, se no período de 1965 a 1981 houve um ciclo de modernização técnica na produção do campo, sem modificação da estrutura social agrária, fazendo com que milhares de trabalhadores que correspondiam a 35% da população nacional, permanecessem fora do mercado de trabalho gerido pelo agronegócio. A manutenção de amplas áreas de terra improdutiva acaba por fechar o ciclo da exclusão social no campo⁴⁹, tendo em vista que a acumulação produtiva associa-se com a acumulação fundiária no projeto especulativo do

⁴⁸ DELGADO, Guilherme Costa. A questão agrária e o agronegócio no Brasil. IN: CARTER, Miguel (org.). *Combatendo a desigualdade social: o MST e a reforma agrária no Brasil*. São Paulo: Editora UNESP, 2010, p. 89.

⁴⁹ DELGADO, Op, Cit., p. 97.

agronegócio, uma vez que uma forma de capturar renda da terra se dá pela elevação de seu preço, e a elevação da renda da terra fornecendo lucro a seus proprietários incide sobre a totalidade da terra, seja ela produtiva ou não. Assim, não obstante a norma constitucional estabelecer como requisito para o reconhecimento do direito à terra, sua legitimação por sua função social, o Estado brasileiro ainda não se valeu de uma política fundiária que efetivasse o cumprimento dessa função social, através de mecanismos de tributação ou desapropriação, proporcionando uma socialização da renda fundiária. Enquanto isso, na ausência de políticas fundiárias de inclusão social, a exclusão permanece pela via punitiva, com uma crescente tendência de criminalização de setores rebelados contra essa manutenção de uma estrutura agrária anacrônica, diante dos processos de acumulação de riqueza que mais se asseveram no campo.

Ocorre que, diferentemente do processo de expansão punitiva com a consequente criminalização de movimentos sociais como o MST (que será melhor explorado, oportunamente, no avanço deste estudo), a sociedade brasileira ainda vive uma dimensão de acirramento de desigualdades conforme seu desenvolvimento econômico, manifestando resistência à inclusão como consumidores dessa enorme coletividade de sujeitos alijados do velho e tradicional modelo fordista de mercado, e de trabalho assalariado. O posseiro visto como invasor ainda corresponde àquele segmento social não incorporado às novas relações de trabalho e consumo da sociedade globalizada, excluído socialmente numa realidade de desigualdade que Beck (2010) reconhece que continua a crescer.

Segue a pleno vapor a divisão da nossa sociedade entre uma maioria decrescente de detentores de postos de trabalho e uma minoria crescente composta por desempregados aposentados precoces, trabalhadores ocasionais e por pessoas que sequer podem mais contar com algum tipo de acesso ao mercado de trabalho (BECK, 2010, p. 134).

Ora, se os argumentos de manutenção de vínculo por estamento ou classe social não mais procedem na sociedade globalizada, como pensavam anteriormente Weber ou Marx, como então irá se mobilizar esse imenso contingente de excluídos, colocados à margem da produção? Beck afirma que novas redes de mobilização são formadas diante da exclusão do local da fábrica como fonte para a constituição de movimentos a serviço da luta de classes (papel, outrora, dos sindicatos), deslocando-se para o surgimento de solidariedades não estamentais. O desempregado de hoje, distante da figura do trabalhador assalariado da linha de produção capitalista, tende a não mais a ingressar num partido ou sindicato definido, mas sim a participar de coalizões, de maneira por vezes pontual, a fim de estabelecer alianças com

fins específicos, numa luta individual pela existência. Explica-se assim, a adesão de muitos trabalhadores desempregados na urbe, que, na condição de despossuídos, podem participar das assembleias de uma comunidade, ingressando em movimentos de bairro, como pode também participar da ocupação de prédios urbanos, participando do movimento dos sem-teto, ou retornando ao campo, vindo a ingressar as fileiras do movimento dos sem-terra. Numa sociedade globalizada como a de hoje, a adesão a determinados movimentos, como é bem percebido em eventos como o Fórum Social Mundial, revela não mais estruturas organizacionais cristalizadas, com a perenidade de seus membros, mas muito mais a existência de “militantes profissionais”, que só permanecem no movimento enquanto um ou outro interesse individual não foi contemplado (a aquisição de uma casa ou um terreno, por exemplo).

Para Cepeda, com a globalização, predominou a ideologia de mercado e a ideologia do liberalismo, reduzindo o processo de mundialização vivido nas últimas décadas a uma dimensão meramente econômica⁵⁰. Junto à universalização das tecnologias, com a globalização da economia e da informação, associam-se os riscos derivados da abolição de barreiras nacionais, e das incertezas relativas à economia globalizada, tais como: riscos de degradação ambiental, novas pandemias, crise do mercado de trabalho pela adoção de novas tecnologias substituindo o homem pela máquina, novos abismos sociais entre os que acumulam capital e os excluídos socialmente, como também novas formas de criminalidade organizada.

Ao se tratar da modernidade vislumbrada por Beck e participar do debate sobre um direito penal edificado numa sociedade de risco, edificada com a globalização, pode ser dividir, segundo Ripollés, a discussão em três grandes blocos: a) uma reflexão sobre a generalização de novos riscos na sociedade moderna derivados do emprego de novas tecnologias (chamados de riscos artificiais); b) dificuldade de responsabilização pelos riscos a pessoas individuais ou coletivas devido à falta de controle sobre os riscos, não ficando claro quem está a produzir o risco; c) um generalizado sentimento de insegurança coletiva frente aos riscos, mediante a cobertura midiática dos sucessos ou perigos do avanço científico ou tecnológico⁵¹. Para o penalista espanhol, o Estado vale-se de diversos mecanismos para controlar os riscos e amenizar os temores da coletividade, valendo-se, entre outros, da política criminal.

⁵⁰ CEPEDA, Ana Isabel Peres. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007, p. 29-30.

⁵¹ RIPOLLÉS, José Luiz Diez. *La política criminal em la encrucijada*. Buenos Aires: Estúdios y debates em Derecho Penal/Euros Editores S.R.L., 2007, p. 132-133.

O crime é, portanto, visto na sociedade moderna, como um dos maiores riscos de desagregação social que deve ser combatido enquanto uma ameaça gerada pelo risco da exclusão social. Para isso, intensificam-se pela mídia os medos e o despertar de um alarma social pela suposta evolução da escalada do crime. A globalização, como foi dito, e seus processos de expansão e ruptura de barreiras, acaba por moldar não apenas organizações transnacionais da economia, como também organismos transnacionais do crime, como as redes internacionais de narcotraficantes, o tráfico de armas ou a lavagem de dinheiro. Aliado a isso, existem as células terroristas, grupos armados e organizados sob determinadas ideologias, que se multiplicam principalmente na Europa, na Ásia e na África, sobretudo, com o recrudescimento do fundamentalismo islâmico e pela intensidade dos conflitos de palestinos com Israel, associado com o tráfico de armas, que contribuem para um sentimento global de profunda insegurança. Na América Latina, grupos como as FARC na Colômbia ou bandos de criminosos organizados em favelas do Rio de Janeiro, no Brasil, como o Comando Vermelho ou o PCC na capital paulista, inundam diariamente as telas da televisão e da mídia impressa com suas ações criminosas e sangrentos conflitos com a polícia, aterrorizando o cidadão médio com uma sensação de constante perigo, alardeada nos meios de comunicação como se todos os indivíduos estivessem à mercê de uma sociedade de lobos de volta ao estado de natureza, em que prevalecem os reclames de ordem e paz social.

O direito se redefine, e nesse amplo aspecto de redefinição ante suposto anseio social por ordem, surge sua faceta mais dinâmica e repressora, enxertada em normas penais. O direito penal, anteriormente visto como *ultima ratio*, passa a ser a *prima ratio* da política estatal, num populismo punitivo baseado num discurso de que, por meio de instrumentos repressivos e pela neutralização do outro, será obtida a tão sonhada epifania de paz social. Volta-se à definição do pacto social, como meio de assegurar uma sobrevida à sociedade.

Nos últimos anos, acerca dos riscos, surgiu na doutrina penal teorias como a da imputação objetiva para se entender o caráter lesivo dos riscos. Para autores como Roxin, cabe a distinção entre risco permitido e risco não permitido para o despertar da intervenção normativa de natureza penal⁵². Em uma sociedade de risco, é natural que as expectativas de comportamento delineadas pelo direito contenham riscos que indiquem a aplicação de normas de caráter penal ou não. Essa será uma das grandes dificuldades quanto ao emprego de estatutos repressivos, e margem para a associação de uma política criminal moderna com a definição dos chamados “inimigos”. Numa sociedade pós-11 de setembro, sob a égide dos

⁵² ROXIN, Claus. *A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 40.

“Patriot Acts”, a tendência a apresentar riscos não permitidos pode se apresentar no simples fato de alguém ser definido por lei como destinatário da norma incriminadora, por se encontrar em uma dada posição definida pela norma como suspeita, como, por exemplo, no fato de um indivíduo pertencer a uma etnia ou grupo religioso suspeito e se encontrar em locais sujeitos à fiscalização, tal como no caso dos muçulmanos estrangeiros ao aterrissar em solo norte-americano nos aeroportos, sujeitos às medidas proibitivas de natureza penal, passando por uma identificação criminal, busca de antecedentes, proibição de entrada no país, e até mesmo sujeito à prisão caso sua documentação não esteja em ordem ou esteja ausente.

Risco e imputação objetiva caminham, portanto, juntos; sobretudo, dentro do paradigma formalista do positivismo jurídico, que dá margem à discricionariedade e decisionismos. O exemplo do risco não permitido quanto à fiscalização de imigrantes é lapidar. Para Roxin, se a teoria da imputação objetiva decorre do princípio da proteção de bens jurídicos contra ataques humanos, proibindo a criação de riscos não permitidos, resta saber que riscos são esses. Numa escalada de insegurança refinada por uma cultura da incerteza e do medo, pilares da edificação de um modelo de estado punitivo, a permissão ou não do risco passa pela definição de que direito está se referindo o sistema punitivo, e se esse direito está vinculado ao reconhecimento da liberdade enquanto bem jurídico tutelável por esse mesmo direito. É na criação do pacto social na gênese do Estado moderno que será desenvolvido o direito moderno, e nascerá a contribuição positivista, assim como o universo dos riscos não permitidos será delineado, a partir das condutas daqueles que se portam conforme ou contrariamente a esse pacto.

Segundo Ripollés, diante do alarma dessa sociedade de risco ante a um sentimento de insegurança coletiva, surge um modelo de sistema penal que se propõe a solucionar esse imediatismo de um estado de emergência penal, em função de um suposto avanço descontrolado dos riscos, mediante um modelo de segurança cidadã. Esse modelo, diferentemente do modelo tradicional ressocializador ou do modelo garantista de sistema penal, apresenta-se como alternativa à crise contemporânea dos modelos de intervenção penal mediante a escalada da violência, tendo como principais características motivadoras: a prevalência de um forte sentimento de insegurança coletiva; uma substancialidade dos interesses das vítimas em detrimento do interesse coletivo; uma revalorização do componente aflitivo da pena; um recrudescimento da pena de prisão; uma ausência de receio ante o poder sancionador estatal, no sentido de promover a ideia de renúncia das cautelas existentes contra os abusos do poder estatal diante de direitos individuais, em prol da persecução do delito; uma implicação da sociedade na luta contra a delinquência não na perspectiva de inclusão social,

mas, ao contrário, na direção de apontar para uma exclusão social pela via da estigmatização como atitude ante a delinquência⁵³. Tal modelo de intervenção penal acaba por comprometer a manutenção de direitos fundamentais, atingindo diretamente o regime de liberdades, atentando para princípios contidos em normas fundamentais de respeito ao direito individual. Dessa forma, as garantias processuais de um devido processo legal, a presunção da inocência ou mesmo a dignidade da pessoa humana, são frontalmente atingidos por um modelo que privilegia a supressão das liberdades, em prol de um suposto ideal de segurança necessário, e só obtido mediante um “aperto de cintos”, um “corte na própria carne”, em que os mais atingidos são inicialmente aqueles aliados do tecido social, como elementos marginais e periféricos à celebração do pacto social, que acabam, em tempos globalizados, a integrar outras redes que não as licitamente estabelecidas de organização social, seja em movimentos questionadores da ordem como o MST (Movimento dos Sem-Terra) ou nas zonas urbanas entre os trabalhadores sem-teto, seja no crime organizado sob a forma do narcotráfico ou milícias nas favelas cariocas, assim como nas gangues juvenis da periferia das grandes cidades e nos movimentos de afirmação social e étnica como o hip-hop.

Esse modelo de segurança cidadã privilegia não mais a provocação do dano, a prática efetiva da ofensa a bens jurídicos ou a aplicação imediata da norma punitiva com uma reação a sua violação, mas sim tão e simplesmente a punição da conduta mediante a emergência de um perigo, produzido pelos inimigos do tecido social. A criação de inimigos dentro dos esquemas dos tipos penais passa então a fazer sentido, no momento da dimensão de uma sociedade de risco, donde o sentimento de insegurança coletiva vai ao encontro de propostas populistas de resolução de conflitos baseados na intensificação das práticas punitivas, em prol de um restabelecimento da segurança, a custo do sacrifício de liberdades e da redução do espaço de proteção de direitos fundamentais. Assim, esse novo modelo de sistema penal promove uma expansão dos conteúdos do direito penal a áreas outrora fora do espaço de criminalizações previstas para a delinquência clássica⁵⁴. A defesa ideológica do modelo leva ao surgimento de decisionismos, em que, em função do caráter supostamente aberto de tipos penais, o legislador deixa margem a solipsismos judiciais, fazendo com que os julgadores se vejam diante de situações cuja noção de perigo, associado a sentimentos de insegurança coletiva, prepondera acerca da real estimativa dos danos, possivelmente causados por uma dada conduta numa situação fática, na violação ou não de bens jurídicos tutelados por normas penais. A ausência de respostas corretas diante da incerta definição de quem sejam os

⁵³ RIPOLLÉS, Op. Cit., p. 73-91.

⁵⁴ Ibid., p. 91.

inimigos acaba por comprometer a estabilidade das decisões judiciais, deixando toda uma gama de cidadãos a mercê de interpretações que, carentes de racionalidade quanto a uma real aplicação do direito, acabam por resultar em sensíveis prejuízos para o princípio da justiça ou da adequação dos julgados aos fins almejados pelo sistema jurídico nos termos de uma razão prática, orientadora de sentidos no momento de interpretação do longo arcabouço jurídico de textos normativos.

É necessário, entretanto, definir na gênese do Estado moderno, a partir da definição contratualista de ruptura do estado de natureza e formação do Estado de Direito, que aspectos podem ser encontrados no debate sobre a racionalidade da teoria do direito, à luz da hermenêutica jurídica, que poderão em um primeiro momento, contemplar as raízes de um movimento de criminalização e intensificação punitiva de condutas sob a égide de um novo modelo de intervenção penal classificador de inimigos, desprovidos do status civilizatório de cidadãos, em que, na esteira de práticas solipsistas e diante de decisionismos típicos de um ativismo judicial, possa se abrir um terreno fértil para a proliferação de políticas policiais, em detrimento da afirmação de direitos fundamentais.

É preciso sublinhar o quanto à hermenêutica jurídica poderá produzir antecipações de sentido que possam contribuir para melhor conhecer a realidade da tradição das práticas do direito, mediante o compromisso de uma jurisdição constitucional interessada na superação do olhar positivista, típico de posturas liberal-individualistas de um excludente modo de produção capitalista, bem como questionando o paradigma representacional do procedimentalismo, ao postergar a influência predominante dos princípios, inseridos nessa tradição, consagrada pela comunidade jurídica, dentro da história institucional do direito e do surgimento das normas jurídicas.

2.2. Movimentos sociais como um risco a ser gerido pelo Direito Penal

Já se comentou neste estudo que os oponentes dos movimentos sociais (particularmente o MST) valem-se do argumento da ameaça desses movimentos à manutenção do direito de propriedade, da ação criminosa de seus membros na produção de danos e destruição em função de suas invasões, danificando a propriedade agrícola, matando rebanhos ou destruindo plantações, além de gerarem todo um clima de insegurança, devido a violência com que supostamente os militantes sem-terra invadem a terra, praticando dolosamente, o que seria, segundo uma adequação típica, crimes contra o patrimônio, como

um delito de esbulho possessório, previsto no artigo 163, inciso III do Código Penal Brasileiro.

Percebe-se, portanto, até que ponto as normas do edifício jurídico penal são utilizadas, no sentido de buscar uma criminalização de condutas de militantes dos movimentos sociais, aproveitando-se o clima de insegurança coletiva e de alarma produzidos por uma intensificação dos riscos enquanto perigos, ameaças, medos que devem ser combatidos firmemente pelo Estado através de seu aparato repressivo. É nesse sentido que as teorias sociológicas sobre o risco devem ser exploradas, a fim de que seja analisada que sociedade é essa em que vigoram as normas jurídicas penais, e até que ponto a satisfação das expectativas dessa sociedade pode prejudicar ou não a manutenção de um regime democrático e os direitos e garantias constitucionalmente assegurados.

Ao buscar estabelecer uma teoria polícia acerca da sociedade de risco, Ulrich Beck expõe o potencial social e político da sociedade de risco⁵⁵, através de uma pauperização civilizacional que se dá com o advento das ameaças da modernização. O que confirma a ameaça seria a possibilidade irreversível do aniquilamento da civilização, diante dos problemas surgidos com o aumento da produção, a redistribuição e extensão das garantias sociais. O que se vê hoje, por exemplo, na crise político-econômica por que passa a Europa, com o desmantelamento do *Welfare State* e a formação de uma grande massa de desempregados, diretamente proporcional ao aumento da criminalidade, faz com que as ameaças pressagiadas com o processo de modernização capitalista agora se materializem, ganhem corpo, tornando-se uma fonte de perplexidade. Beck aponta para uma situação generalizada de perplexidade que afeta principalmente os países ricos e desenvolvidos, em que a consciência sobre o risco e a mobilização social em função disso, são maiores.

Os riscos perdem sua invisibilidade quando se traduzem em perigos, ameaças, invertendo a consciência nas situações de classe para as situações de risco⁵⁶. Se antes, a consciência de classe levava ao surgimento de movimentos de categorias de atores sociais em prol do reconhecimento de direitos, tais como: direito de voto, direitos sociais, direitos trabalhistas e direitos de participação social; agora, com a consciência dos riscos, são esses riscos e não as classes que movimentam a consciência social. Dessa forma, a perda do emprego de milhares de trabalhadores no ambiente urbano deixa de ser uma situação de classe, mobilizadora de agentes coletivos na busca de direitos como o pleno emprego, salários dignos e boas condições de trabalho (uma vez que no século anterior, esses direitos já foram

⁵⁵ BECK, 2010, p. 61.

⁵⁶ Ibid., p. 64.

juridicamente regulados com a vigência dos direitos e leis trabalhistas) para se tornar uma situação de perigo, com todo seu potencial amedrontador de ameaça de formação de uma grande massa de excluídos e, conseqüentemente, de problemas relativos à criminalidade e à segurança pública.

Os afetados pela ameaça, conforme o pensamento de Beck, não têm um conhecimento próprio sobre o que lhes amedronta. Os riscos passam a ser notados, deixam de ser invisíveis, mas nem por isso são bem compreendidos. Ao contrário, com o surgimento dos riscos sob a forma de ameaças, seu potencial ameaçador reduz a soberania cognitiva quanto aos riscos, fazendo com que os atingidos recorram a uma legião de experts, supostos especialistas em riscos que procuram explicar o que é nocivo, ameaçador e hostil através da pregação de sua solução, como se dá no caso da criminalidade, pela atuação de *think tanks* do pensamento neoconservador norte-americano, na produção de teorias como a “tolerância zero” e a “doutrina da vidraça quebrada”, como solução para a criminalidade clássica das grandes cidades, resultando de velhos problemas sociais relacionados às condições econômicas de pleno emprego, aproveitamento de mão de obra, condição do imigrante ou desigualdades étnicas, etárias ou de gênero⁵⁷.

O conhecimento dos experts, aliado à difusão dos riscos pelo sistema dos meios de comunicação (o que será melhor observado no decorrer deste estudo, através das relações entre o sistema midiático e o sistema jurídico) aguçam uma consciência pública sobre os riscos, através da divulgação de pesquisas sobre sentimento de insegurança da população, índices sobre o aumento ou diminuição da criminalidade e cifras sobre o número de vítimas, no que tange aos aspectos penais da propagação dos riscos. Isso implica em uma comercialização do risco, como afirma Beck, quando, por exemplo, prega-se à construção e manutenção de presídios pela iniciativa privada, como forma de conter a crescente criminalidade decorrente da modernização e da exclusão capitalista. Para Beck, o sistema industrial tira proveito dos riscos, propondo-se a administrar comercialmente os inconvenientes à segurança que os riscos produzem.

Como se tornam um “barril sem fundo de necessidades”,⁵⁸ pelo fato de nunca se esgotarem, os riscos são invocados pela publicidade nos meios de comunicação e se tornam produto vendável. No aspecto criminal, pululam empresas de segurança privada, vendendo seus equipamentos, sistemas de monitoramento eletrônico, artefatos úteis ao controle da criminalidade ou aprisionamento, diante da difusão de um sentimento de insegurança

⁵⁷ WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

⁵⁸ BECK, 2010, p. 67.

constante, que gera e amplia o mercado do risco. Segundo Beck, “produção e consumo são levados, portanto, com a implementação da sociedade de risco, a um novo patamar”⁵⁹. O risco se torna autofabricado.

O capitalismo absorve a produção de riscos, administrando as necessidades através da venda de redutores de riscos vendáveis, dentro da lógica interna do sistema econômico de autoreproduzir valores de troca, proporcionando consumo, tornando-se autorreferenciado. Se o sistema econômico se torna autorreferencial com o advento dos riscos⁶⁰, o sistema do direito também assim se converte, ao disciplinar os riscos enquanto expectativas que podem ser satisfeitas ou frustradas, na administração dos riscos. No âmbito do sistema jurídico, surgem os riscos permitidos e os não-permitidos ou proibidos, tornando-se toleráveis ou não, de acordo com o potencial ameaçador que esses riscos se apresentam, conforme as expectativas de uma sociedade.

Assim, no desenvolvimento das teorias jurídico-penais, abre-se um espaço para a regulação do risco pelo sistema do direito, mediante a aplicação de normas penais que visem combater perigos. O normativismo funcionalista-sistêmico nasce como uma corrente das teorias penais, que tem uma função precípua de estabilização do sistema social, quando reprime o delito (entendido como uma frustração das expectativas normativas) através da pena (a confirmação da vigência da norma infringida)⁶¹. É nisso que consiste, na doutrina alemã, o pensamento de Günther Jakobs, que tem recebido merecida atenção nos últimos anos, como também tem sido alvo de severas críticas. Nessa concepção apontada por Jakobs, o direito penal não existe para proteger bens jurídicos de pessoas, ameaçados pelo delito, mas sim o de proteger a norma, confirmando sua vigência através da pena. O crime é uma mera desobediência da norma, e através dela, todo o gerenciamento de riscos é realizado, no momento em que riscos passam a ser identificados como frustração de expectativas; ou seja, como crimes.

Uma crítica importante, realizada por Luiz Flávio Gomes quanto ao normativismo sistêmico de Jakobs é de que sua teoria tanto pode servir a um Estado totalitário quanto a um Estado Garantista. O esquematismo dessa teoria toma emprestado referenciais da teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Luhmann, que será melhor observada no decorrer deste estudo. Mas, por enquanto, vale observar que, ao pregar a necessidade de estabilização do sistema jurídico através do respeito às normas, Jakobs propõe um modelo penal que se adequa

⁵⁹ Ibid, p. 67.

⁶⁰ Idem, p. 68.

⁶¹ GOMES, Luiz Flávio. *Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 74-75.

a qualquer política criminal. Diante de uma sociedade de risco, ameaçada por seus perigos constantes e inseguranças, todo e qualquer discurso que prege um recorte normativo do risco, no sentido de apontar soluções jurídicas para inseguranças e frustrações, é mais do que louvável. O normativismo sistêmico transforma-se num canto de sereia, diante dos desafios da modernidade colocados à frente do direito penal, questionando-se no âmbito da política criminal se a aplicação de normas penais deve, realmente, constituir-se tão somente em *ultima ratio* na solução dos conflitos sociais, diante da emergência dos riscos. O normativismo sistêmico de Jakobs é tido como uma teoria funcionalista, assim como o é a teoria funcionalista defendida por seu compatriota, Roxin, ao pregar como função do direito penal a proteção de bens jurídicos. Entretanto, ambos dos enfoques normativistas tem um ponto em comum, através da defesa da imputação objetiva na administração de riscos.

Teorias penais como a da imputação objetiva, na perspectiva apontada por Jakobs, aproximam-se de um corte funcionalista, ao trabalhar a relação entre responsabilidade penal e exercício de um papel⁶². Para essas teorias, todos os indivíduos e grupos de sociedade realizam um papel e, a partir disso, dirigem-se expectativas em relação ao comportamento de cada um deles, que são imprescindíveis para se identificar se uma conduta é socialmente relevante, a ponto de ser sancionada pelo direito penal ou não. A imputação de uma conduta delituosa deixa de se ater a aspectos subjetivos do delito, limitados ao dolo, para se tornar um campo fértil de aplicação mediante a concorrência de riscos. Nesse sentido, o direito penal é colocado como um sistema normativo a postos diante das inseguranças da sociedade de risco, e partir dos perigos e ameaças que contingenciam essa sociedade, esse subsistema jurídico pode se transformar no próprio sistema do direito, a regular uma infindável gama de relações sociais, mediante o fenômeno da expansão punitiva.

Além da imputação objetiva, outra teoria também situada no enfoque funcionalista e atribuída ao mesmo autor, Jakobs, diz respeito ao chamado Direito Penal do Inimigo. Nessa teoria, não são mais apenas os riscos não permitidos que são identificados como perigos, mas também os produtores desses perigos passam a ter uma identidade própria. Assim, tanto determinadas situações podem ser caracterizadas como típicas e puníveis, conforme a observação que lhes é feita pelas normas penais, como determinados sujeitos também são identificados não só como infratores, mas efetivamente como inimigos, sujeitos a um tratamento penal diferenciado. Sobre isso, serão melhor expostos os contornos dessa teoria no decorrer do estudo, bem como serão situados os movimentos sociais conforme o contexto de

⁶² JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 55.

uma sociedade dividida numa dicotomia da aplicação de sanções penais para cidadãos ou para inimigos.

O problema das teorias funcionalistas nas ciências penais é sua vinculação às perspectivas da sociedade de risco na identificação de novos perigos e não sua utilização racional nos propósitos a que se destina, para a eficaz aplicação da norma penal, quando efetivamente necessário, em situações de tipicidade objetiva que requeiram do delito não apenas o caráter de violação da norma, mas também que seja vista a conduta na sua dimensão naturalística, com nexos causal e finalidade de produzir um dano ou violação da norma, bem como se a convergência desses fatores constitui, efetivamente, um resultado jurídico que se traduz num risco proibido de relevância para o subsistema penal ou que equivalha a uma lesão a bem jurídico de significado penal.

É nesse sentido que a oposição aos movimentos sociais pelos seus detratores pode se colocar, no momento do emprego de normas e da utilização do aparato repressivo estatal, fundados em teorias penais consentâneas com o panorama atual da sociedade de risco. A conduta de militantes sociais, conforme suas táticas de mobilização, e a crítica em relação às suas atividades sob um prisma penal, com tendência a sua criminalização, torna evidente até que ponto os movimentos sociais podem se tornar bode expiatório, mediante uma interpretação equivocada da produção de riscos.

Como já foi observado, a conscientização sobre os riscos não implica num conhecimento sobre os riscos por quem é atingido, mas sim, em uma inexperiência sobre os riscos, gerando uma nova era especulativa⁶³. É a percepção do cotidiano que move o risco; e nessa percepção, até mesmo a ameaça que pode vir com os riscos não precisa ser efetivamente materializada, basta que exista o medo. Compete à sociedade de risco ampliar os perigos a ponto de identificá-los com riscos socialmente relevantes, elegendo seus bodes expiatórios. O surgimento das correntes políticas radicais e dos fanatismos, na era globalizada (uma era perplexa) os estereótipos sociais a determinados grupos podem ser transformados em fatores de risco, no momento em pobres, imigrantes ou invasores de terras possam ser vistos como iminente perigo, e, portanto, sua identificação como risco juridicamente não permitido é apenas um passo.

⁶³ Beck anuncia que o conhecimento sobre o risco não parte de uma experiência própria do afetado, mas sim de um conhecimento geral sobre o risco, independente da experiência própria, que se torna determinante para a experiência de cada um. Qualquer um já pode ter ouvido falar e sofrido pelos riscos, sem ter ao menos os vivenciado. Assim, para Beck, no fim das contas, ninguém é capaz de conhecer os riscos realmente, se conhecer significa ter experimentado um risco. BECK, *Sociedade de risco*, p. 88.

Porém, através do pensamento de Beck pode-se perceber até que ponto esse surgimento dos bodes expiatórios na sociedade de risco pode se tornar prejudicial para a própria manutenção do sistema social num regime democrático, no momento em que com a difusão de ameaças, amplia-se o dirigismo político de um estado de exceção⁶⁴. Não é a toa que teorias penais como a de Jakobs são alvo de críticas, principalmente pelo seu caráter autoritário e sua disposição a servir tantos governos democráticos quanto totalitários, no momento em que a percepção do medo leva ao totalitarismo. Nenhuma sociedade democrática está imune a isso nos momentos de crise e diante dos riscos que são colocados pela moderna sociedade de risco global. A ampliação dos perigos numa sociedade de risco estabelece “desafios inteiramente novos à democracia”⁶⁵, no momento em que, para Beck, existe uma tendência na sociedade de risco a criar um “totalitarismo legítimo da defesa diante do perigo”. É nesse panorama que se inserem as normas penais, face ao seu forte conteúdo preventivo, no sentido de promover uma estabilização social na contenção de perigos. Sobre o pretexto de evitar o pior, os efeitos colaterais do emprego do poder da polícia do Estado, no sentido de gerenciar riscos, podem contribuir para o desmantelamento do regime democrático, e para a supressão de princípios básicos de democracia que se encontram presentes no sistema do direito (tema que será desenvolvido no capítulo final deste estudo).

Assim, diante do que já foi apresentado acerca da atuação dos movimentos sociais e dos obstáculos enfrentados por esses grupos em suas lutas, torna-se relevante apontar, dentre as teorias e conceitos do direito penal, quais as que se encontram em voga no contexto de uma sociedade de risco e quais delas podem ser empregadas em um fenômeno de criminalização desses movimentos, em um cenário de propagação de perigos e identificação de produtores de risco.

2.3. A criminalização dos movimentos sociais e a teoria da imputação objetiva

Os riscos tratados anteriormente consistem em conceitos eminentemente sociais, distintos da concepção de risco abrangida pelo direito penal, no âmbito da tipificação de condutas. Entretanto, teorias penais como a da imputação objetiva podem se coadunar com o conceito sociológico de risco, no momento em que no âmbito da extensão de condutas individuais abrangidas pela norma, possam ser relevadas tendências de criminalização em que a atribuição de um risco individual permitido ou não permitido, pode obedecer ou não a

⁶⁴ BECK, Idem, p. 96.

⁶⁵ Ibid., p. 97.

critérios de exclusão social, bem ao gosto da expansão punitiva, cujos produtores de risco a que se referiu o pensamento de Cepeda ou Ripollés passaram a ser encontrados, com certo apoio da criminologia crítica que, inicialmente, viu condições de igualdade e desigualdade de aplicação das leis penais no contexto de uma sociedade de risco.

Nesse sentido, quando se trata dos riscos e da emergência de movimentos sociais que podem se traduzir em fatores de risco, resta saber até que ponto esses riscos serão penalmente considerados, conforme a construção teórica acerca da imputação de determinadas condutas. Ações consideradas à margem da legalidade como as invasões de terra, devem ser vistas sob um prisma de determinadas correntes do direito penal que, como já foi dito, podem encontrar na teoria da imputação objetiva, alguns de seus componentes.

Diz-se que a teoria da imputação objetiva deveria ser uma teoria da imputação do resultado; ou seja, se um comportamento considerado como invasão de terras, por exemplo, pode ser tido como conduta típica, e se até que ponto essa conduta pode colaborar para a realização de um resultado que seja efetivamente danoso, sob o ponto de vista de uma norma penal. Pergunta-se: se A, integrante do MST, participa de uma invasão de terras com seus companheiros B, C, D e E, deverá ele ser responsabilizado pelos danos produzidos na propriedade de F, indevidamente e ilegalmente invadida, se ocorre, por exemplo, um incêndio na plantação existente no local, causado culposamente pela ausência de dever de cuidado na hora de ser montado o acampamento?

Em primeiro lugar, essa teoria penal trabalha com o conceito de risco permitido. Como risco permitido entenda-se aquele em que desde a gênese da conduta, existe uma previsão legal ou regulamentação para que ela se realize (por exemplo: o funcionamento do tráfego, as atividades das indústrias, a realização de alguma atividade esportiva). O risco permitido deve se basear numa normalidade social de conduta que, pelo seu próprio desenvolvimento, pode vir a gerar um risco (o risco de se atropelar alguém enquanto se dirige um veículo, mesmo mantendo o dever de cuidado, não aumentando a velocidade)⁶⁶. A atividade pode vir a gerar riscos, mas estes são permitidos desde quando a atividade começa a se realizar.

Sobre o risco permitido, pronuncia-se Jakobs, afirmando que qualquer conduta social implica em um risco⁶⁷. O risco decorre do contato social, e salvo no caso dos ermitões, não há de se evitar contatos e, portanto, de se evitar contrair riscos. Entretanto, já que os riscos são inerentes à vida social, a sociedade divide os seus riscos entre os que são irremediavelmente

⁶⁶ MELLIÁ, Manuel Cancio, CALLEGARI, André Luís. Aproximação à teoria da imputação objetiva no direito penal. In: CALLEGARI, André Luís, GIACOMOLLI, Nereu José. *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 63-64.

⁶⁷ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 33-34.

tolerados (riscos permitidos) e aqueles que efetivamente não o são. O risco permitido prevê hipóteses normais de interação, sem as quais, a interação não existiria. Não se visa com o risco prevenir bens jurídicos, com vistas a sua proteção, mas tão e simplesmente garantir a interação. O risco permitido nasce da própria sociedade e não do direito, e isso implica em dizer que o risco aparece como um dado histórico, como algo socialmente adequado antes de sua legitimação pelo direito, tendo em vista que decorre da evolução das próprias relações sociais. Os riscos só são permitidos porque não é possível quantificar quantos os que serão prejudicados ou beneficiados por uma determinada conduta, e o limite da permissão do risco se dá pelo ônus a que alguém deve suportar enquanto um anônimo que não é identificado enquanto um prejudicado pelo risco, no momento em que ele efetivamente ocorre. Jakobs traça o exemplo emblemático do risco do transporte coletivo, acerca das vítimas de acidentes em um tráfego viário em determinado dia. Se fosse possível identificar essas vítimas no dia em que o tráfego viário irá ocasionar um acidente, naturalmente esse risco não seria permitido.

O que ocorre é que as atividades humanas sempre agem sobre uma perspectiva de expectativas nas relações entre os indivíduos, baseadas em princípios de confiança e autorresponsabilidade. Se é considerado como permitido, o risco de que alguém que se encontra sem teto ou moradia procure um abrigo para escapar do frio e das intempéries da chuva, por exemplo, o resultado produzido pela ação de invadir um determinado lugar para se abrigar não é necessariamente típico e nem poderá ser considerado um delito contra o patrimônio, por exemplo. Ao contrário, se a conduta for pensada ainda nos termos de causalidade, naturalmente o autor desse fato será responsabilizado, no mínimo, por invasão de domicílio. Segundo Roxin, há casos em que mesmo na criação de um risco não permitido o resultado produzido não é imputável porque a conduta observada não se encontrou no âmbito de alcance do tipo⁶⁸. Isso ocorre porque a simples ocupação de propriedades rurais por trabalhadores sem-terra não configura em si um ilícito, podendo, inclusive, ser empregadas outras normas jurídicas de natureza bem distinta das normas penais, que podem ensejar a reintegração de posse ou sua manutenção. O mesmo se aplica ao exercício da liberdade de reunião, em que, alguns de seus componentes podem inclusive, no interior dessas aglomerações, defender a possibilidade de que terrenos venham a ser ocupados, sem serem responsabilizados por depredações futuras ou danos que possam vir a ser colhidos, no momento em que os agentes do Estado procedem com suas desocupações.

⁶⁸ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 106-108.

Pensa-se, portanto, a conduta de integrantes de movimentos sociais como os sem-terra ou os sem-teto, que ingressam na esfera de autorresponsabilidade do proprietário rural quando este, sabedor da larga extensão de terras que possui, numa propriedade ou terreno baldio descampado, não adota de sua parte determinadas providências que no âmbito das expectativas de um segundo observador, possam ser vistas como efetivo exercício pleno de um direito de propriedade (existência de trabalhadores no local em serviços de arado ou pastoreio, existência de ocupações já fortemente distribuídas com seus pequenos proprietários e lavradores, trabalhando em plantações ou operando maquinário, demonstrando o desempenho de uma atividade econômica produtiva).

Entretanto, autores como Canció Meliá e Callegari⁶⁹ alertam que no Brasil não se segue o conceito de risco permitido, uma vez que os julgadores não empregam a imputação objetiva na teoria do crime no caso dos desastres no trânsito envolvendo mortes, como nos atropelamentos, absolvendo muitas vezes o condutor do veículo por culpa exclusiva da vítima; quando, na verdade nem sequer houve uma conduta típica, tendo em vista a concorrência de culpas, e a imputação objetiva da conduta no âmbito da responsabilidade da vítima.

É nesse âmbito que pode se pensar a imputação da responsabilidade penal aos autores de invasões de terras, ou para aqueles que se organizam em reunião e associação para promover esse tipo de prática, no momento em que na origem do risco também se tem a participação da vítima na sua realização. Acentua-se que deve ser o titular do bem jurídico aquele que atua junto ao autor do risco, para que ele seja produzido e assim se arvore a responsabilidade da vítima⁷⁰.

Para se atribuir responsabilidade à vítima, deve-se pensar num princípio de autorresponsabilidade que consiste em uma liberdade de organização de um detentor de um bem jurídico em que lhe é conferida autonomia no exercício da titularidade do direito sobre esse bem, sem que haja uma intervenção instrumentalizante do autor do risco. Deve inexistir também um dever de cuidado do autor que produziu o risco em relação à vítima, pois dessa forma, o âmbito de responsabilidade por delito culposos fica excluído na imputação de um determinado resultado danoso que venha a suceder o risco. No caso do grande latifúndio, prevalece por norma constitucional a função social da propriedade, limitando-se o exercício desse direito aos detentores de glebas no meio rural, não impossibilitando que centenas de trabalhadores venham a ocupar essas propriedades, sem que pratiquem conduta típica alguma.

⁶⁹ CALLEGARI, André Luís, GIACOMOLLI, Nereu José. *Direito penal e funcionalismo*, p. 63-64

⁷⁰ ROXIN., *Estudos de direito penal*, p. 71.

O expediente da criminalização é o de considerar essas atividades como típicas, no momento em que a conduta é exercida e acaba por ser subsumida num tipo penal, e não quando ela é relevantemente produtora de um risco que o sistema jurídico não possa tolerar.

Pela análise que é feita da teoria da imputação objetiva por Roxin, faz-se uma comparação de uma conduta hipotética que observe um risco permitido e a conduta realizada pelo autor de uma conduta considerada típica. Se a conduta adotada pelo autor aumenta a possibilidade de lesão em relação àquela conduta hipoteticamente permitida, tem-se um tipo consumado. Ao contrário, se o risco não incrementa a conduta do autor, não há de se falar em imputação do resultado⁷¹. Ocorre que, se houver dúvida quanto à produção ou não de um risco não permitido para a produção de um resultado lesivo, imputa-se ao autor esse risco desde a sua criação, sendo ele responsável penalmente pelo resultado produzido. Sánchez cita a teoria de Schunemann, que reformulou posteriormente a teoria de Roxin, afirmando que se a regra de cuidado se mostra útil para manter o risco em níveis permitidos, deve-se imputar o resultado produzido com o risco. Assim, para os delitos culposos, por exemplo, havendo dúvida quanto à existência de um risco, aplica-se uma responsabilidade ilimitada pelos riscos, como se o homem fosse inteiramente responsável pelos seus atos, toda vez que praticasse uma ação inadequada.

Quanto aos delitos dolosos, Roxin entende que a teoria da imputação objetiva acaba por estreitar a dimensão do dolo na realização do tipo objetivo, visto que na preponderância de um desvio causal no curso da ação e seu resultado, não há de se falar em imputação por dolo, uma vez que o tipo não se encontra totalmente preenchido pela ausência de previsão total do autor do fato de seu nexos causal⁷². De fato, não haveria como se responsabilizar como criminosos militantes de movimentos sociais que ingressam em propriedade alheia, a fim de promover ocupações de terras por seus similares, se não se encontra comprovada na esfera subjetiva da conduta do realizador do ato, um conhecimento especial do autor do fato acerca da criação de um perigo ou de um dano que venha realmente a se realizar, como o caso daqueles posseiros que entram dolosamente nas propriedades, tão somente para furtar ou roubar objetos encontrados no interior das fazendas. Roxin não quer dizer que fatores subjetivos não são importantes no momento da imputação, mas de que tão somente eles não se constituem como valorativamente relevantes sob o ponto de vista jurídico na formação do tipo objetivo, mas sim se somam a ele quando realizados. Ele altera a importância da

⁷¹ SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. *Teoria da imputação objetiva*. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri/SP: Manole, 2003, p. 38.

⁷² ROXIN, Claus, Op. Cit, p. 119.

finalidade em relação ao tipo, colocando o tipo como valorado juridicamente, para somente após atribuir um sentido finalístico a ação promovida pelo autor do fato, que já se concretizou objetivamente.

Um dos problemas encontrados na teoria estudada por Roxin diz respeito ao chamado “incremento do risco”, no caso de condutas que concorrem riscos permitidos e não permitidos, e não é seguro imputar o resultado a um risco determinado, se, hipoteticamente, poderia o autor agir numa conduta conforme o direito. Isso acontece quando não há prova de que foi efetivamente a conduta realizada pelo autor que realizou o dano⁷³. Nesse momento, ocorre um problema na teoria de Roxin, quando transforma delitos de dano que não têm autoria comprovada em delitos de perigo, para dessa forma, atingir o autor. Em uma concorrência de riscos, há a necessidade de se verificar qual foi o risco que surgiu posteriormente e foi determinante para o resultado, e o transcurso de tempo entre a conduta realizada e seu resultado.

Sobre isso, também se pronuncia Feijóo Sánchez, ao comentar a teoria do incremento do risco de Roxin, propondo em seu lugar uma doutrina finalista da ação, a fim de afastar a concorrência dos riscos não permitidos com os permitidos. Quando ele utiliza o critério do “fim de proteção da norma”, Sánchez emprega o pensamento de Gimbernat Ordeig, ao analisar condutas em que o autor cria um risco não permitido, mas o resultado danoso se torna consequência de um risco permitido, entendendo que a norma penal somente desvaloriza certos riscos, fazendo com que o resultado de uma conduta só seja típico, porque se supõe que ocorreu um risco igualmente típico, mas não se atribui tipicidade a um risco permitido que acompanhe o não permitido. O que ocorre é que na teoria do “fim de proteção da norma”, se há uma concorrência de riscos típicos e riscos permitidos, é preciso verificar se a realização de um resultado foi produzida por um risco típico. O princípio básico dessa teoria é de que a norma de conduta (norma de cuidado) só diz respeito a determinados riscos, não tendo que evitar a realização de riscos permitidos, diferentemente da teoria do incremento do risco, que, ao contrário, expande a responsabilidade do autor de uma ação a todos os riscos que, eventualmente, ele possa ter produzido⁷⁴. Isso tem uma repercussão aguda no caso das ações praticadas por integrantes de movimentos sociais, como no caso do MST, em episódios que envolvem invasões de propriedade; no momento em que ingressam ilegalmente nessas referidas propriedades, seus integrantes já se encontram responsáveis por toda sorte de riscos

⁷³ CALLEGARI, André Luis, MELIÁ, Cancio. *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 80-81.

⁷⁴ *Ibid.*, Op. Cit., p. 50-51.

que possam vir a ser produzidos, dos permitidos aos não permitidos em condutas eventualmente culposas realizadas pelos participantes desses movimentos (crimes de dano, destruição de equipamentos, acusações de furto por desaparecimento de objetos, morte de animais que são abatidos como alimento, incêndios em plantações etc).

Quanto às condutas dolosas, Sánchez informa que a teoria do incremento do risco de Roxin encontrou um oponente à altura, na seara da discussão sobre a imputação objetiva de condutas, chamada “doutrina finalista da ação”. Por essa teoria, a delimitação do tipo estaria relacionada com as possibilidades de motivação dos sujeitos envolvidos com a ação, teria relação com a finalidade do autor. Contudo, Roxin repudia essa concepção por entender de forma diversa do finalismo, acerca da relação entre ação, finalidade e tipo⁷⁵. Para ele, o sentido da ação, tornando-a típica ou não, não é dado por conceitos pré-jurídicos, externos ao mundo do direito e dos valores cultivados pelas normas jurídicas, pois esses conceitos necessitam de valoração jurídica, para aí sim configurarem um tipo cuja finalidade é indicada por considerações jurídico-valorativas.

Nesse sentido, a concepção de Roxin aproxima-se do conceito do direito enquanto um sistema autopoietico, conforme a teoria sistêmica de Luhmann, ao entender que o conceito de ação e sua finalidade só podem ser retirados do próprio sistema do direito. Agora a maior contribuição de Roxin é transferir a teoria da imputação objetiva para o delito doloso, no momento em que ele indica que o objeto do dolo não é a causalidade, criticada pelo finalismo, mas sim a existência de um risco desaprovado pela norma penal⁷⁶.

Acerca da proibição do regresso, também merece destaque à menção de quanto esse conceito pode ser aplicado aos movimentos sociais, quando da não responsabilização dos integrantes desses movimentos por práticas dissociadas da agremiação, que pela sua virulência produzem polêmica e passam a ser objeto de crítica e questionamento nos meios de comunicação e tiveram, como no caso do Rio Grande do Sul, uma grande intervenção policial e punitiva. Roxin já estabelecia sua crítica ao *regressum ad infinitum* da teoria causal da ação, quando, na teoria causal, baseada na equivalência dos antecedentes, toda e qualquer circunstância poderia ser convertida para a realização de um resultado. Abria-se um amplo espectro de criminalização e penalização de condutas quando, toda vez que ocorresse um resultado danoso, fosse possível ao legislador todos os que de alguma forma participassem dele (por exemplo: na estimativa dos danos produzidos em uma fazenda em função de uma ocupação de integrantes dos sem-terra, todos os que participassem da invasão deveriam arcar

⁷⁵ Id., p. 64-65.

⁷⁶ Id. p. 68.

com a responsabilidade pelo dano praticado, sendo imputadas suas condutas, independente da finalidade). A proibição do regresso impediria que movimentos como o MST fossem taxados pelos órgãos de controle como organizações criminosas, uma vez que o comportamento de alguns de seus integrantes na realização de tipos penais preenchidos pelo dolo, não poderiam comprometer os demais, excluindo-se a imputação objetiva do comportamento, conforme pensa Jakobs, ao interpretar esse instituto⁷⁷. Não se pode responsabilizar, por exemplo, um militante do movimento que, numa assembleia, ao defender ideologicamente a luta armada como estratégia de ocupação de terras, face o conflito com latifundiários, depara-se com a situação de que alguns de seus ouvintes levaram ao pé da letra seu discurso, e armados de foices atacaram jagunços de uma determinada propriedade, vindo a lesionar ou mesmo matar algum deles.

Jakobs, por sua vez, opera um redimensionamento dos conceitos de autoria e participação, ao se referir à proibição do regresso nos casos em que é necessário uma concepção unitária de injusto em que atuem vários autores, numa espécie de injusto coletivo⁷⁸. Se o campo do punível tem que ser dado objetivamente e não subjetivamente, ou seja, não depende da vontade dos participantes da ação, mas sim que sua participação no delito é dada objetivamente. Essa objetividade é dada em termos comunicativos, em que o significado da ação de um também importe a todos os demais. Resumindo, para apurar o grau de comprometimento de cada um para o resultado delitivo, é necessário que na prática de uma conduta seus envolvidos estejam entrelaçados num projeto comum de realização da prática delituosa.

Assim, mediante a adoção de critérios quantitativos e não qualitativos, restaria ao intérprete da norma penal verificar no âmbito de certas condutas, até que ponto uma participação culposa numa ação dolosa tem realmente tipicidade⁷⁹. O que trata por dizer até que ponto pode ser feita a exclusão da imputação de alguém no momento em que este não pode responder por um resultado, que, necessariamente não concorreu. A teoria pode ser aplicada, por exemplo, nos casos de invasões de terra, como já foi comentado, em que um integrante de um movimento não pode responder por eventuais danos produzidos por alguns de seus integrantes, durante episódios de ocupações de propriedades fundiárias.

⁷⁷ Id., p. 66.

⁷⁸ PEÑARANDA RAMOS, Enrique. GONZÁLEZ, Carlos Suárez, MELIÁ, Manuel Canció. *Um novo sistema do direito penal*-considerações sobre a teoria de Gunther Jakobs. Tradução André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 93.

⁷⁹ CALLEGARI, André Luís. *Imputação objetiva*-lavagem de dinheiro e outros temas do direito penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 41.

Quanto à imputação objetiva na participação, Jakobs retorna à questão dos papéis comuns e especiais que devem ter os partícipes de uma determinada conduta, para que ela seja ou não imputada como um risco não permitido⁸⁰. Só viola um papel quem infringe normas que impõem que todos respeitem seus semelhantes, que é o caso da prática de crimes, como furtar, matar, roubar etc. Já na participação, pressupõe-se a existência de uma divisão do trabalho numa organização de pessoas, em que o trabalho para se alcançar determinada obra deve contar com a contribuição de cada um, que realiza a sua parte. No direito penal, essa obra é o delito, e daí se discute até que ponto outros indivíduos contribuem ou não para a sua realização, seja pela forma de induzimento, instigação ou auxílio, questionando-se até que ponto o partícipe pode ser responsabilizado pelos atos executivos se não tomou parte na execução de um delito, respondendo pelo seu próprio injusto e não pelo injusto alheio.

Jakobs estabelece que o injusto penal é apenas um, praticado por várias pessoas, sendo que o coautor, o partícipe ou cúmplice que não realizam atos executivos, tomam parte no crime quando a ação principal se torna punível. O que se discute é até que ponto o sentido do comportamento de cada um concorre, objetivamente, para a realização de um delito que é atribuído a todos. O critério da evitabilidade é empregado não por um desejo específico de alguém, no aspecto subjetivo, de desejar que uma conduta seja evitada e assim impede sua realização pelo outro, mas sim pelo critério objetivo de que a obrigação de evitar tem que fazer parte do papel de quem tem obrigação de evitar que o outro continue essa conduta⁸¹. Um bom exemplo acerca disso é o farmacêutico que vende medicamentos a uma pessoa que pretende utilizá-los para envenenar um inimigo.

Jakobs adianta que, mesmo se entre o autor e outra pessoa houvesse algo em comum, ainda assim isso não implicaria num risco especial, mesmo que o autor se valha de uma prestação de outrem para realizar o delito. É aqui que reside seu conceito de proibição do regresso⁸², definição extremamente relevante para sua teoria, ao qual pode ser aplicada nos casos de atividades delituosas isoladas, cometidas por integrantes de movimentos sociais como o MST. Trata-se da impossibilidade de recorrer, no marco da imputação, à pessoa que tiver concorrido de alguma forma, física ou psiquicamente para evitar o curso lesivo de uma conduta. São os casos em que, mesmo podendo ter evitado que o resultado lesivo acontecesse, os demais partícipes de uma conduta não são imputados, por não terem violado seu papel de cidadão.

⁸⁰ JAKOBS, 2010, p. 55.

⁸¹ Ibid., p. 63.

⁸² Idem, p.64.

Como se trata de uma teoria que se vale de critérios objetivos, o que irá interessar na imputação de condutas para Jakobs é até que ponto negócios habituais, interações comuns da vida cotidiana podem ou não se encontrar sujeitos ao espectro da imputação. O integrante de um movimento que defende ocupações de terra, que sabe que alguns de seus companheiros possam vir a depredar bens públicos ou particulares ou subtrair objetos de uma fazenda invadida, não responde pelos delitos praticados por seus colegas. A proibição do regresso só é anulada quando os papéis sociais mudam, e alguém deixa de ter um papel geral de cidadão ou mediante esse papel ele passa a assumir uma função diferente, como um garantidor, em que as próprias condições objetivas da participação façam presumir ter ele parte da responsabilidade por uma conduta delituosa que acontece. Poderia se responsabilizar, assim, os coordenadores desses movimentos, encarregados de definir a estratégia do grupo e as táticas de ocupação, com os devidos cuidados que devem ser feitos para não haver danos ou destruição de patrimônio público ou privado, mas nunca poderia a imputação atingir toda a coletividade ou a organização como um todo. Segundo Jakobs, “a proibição do regresso não anula deveres existentes, mas pode estabelecer que o comportamento atual é insuficiente, *per se*, para gerar responsabilidade”⁸³.

Na última de suas teses quanto à imputação objetiva na participação delitiva, Jakobs estabelece as duas hipóteses em que existe a responsabilidade de quem intervém no comportamento delitivo do autor que realiza a execução. O primeiro caso diz respeito a uma prestação do partícipe anterior à execução do delito que é, por si só, delituosa, porque se trata de um risco já proibido (o exemplo mais clássico é o do fornecedor de armas a quem não é autorizado). O segundo caso trata de quem, mesmo que não realize a prestação, pela sua condição de garantidor de materiais que não devem ser entregues, falta com o dever de cuidado a esse respeito, respondendo pelas consequências delitivas de ter faltado com esse dever. Em ambas as condições, Jakobs estabelece que não há influência do dolo na participação, uma vez que em sua teoria as circunstâncias psíquicas não são levadas em conta para a imputação do delito. O que importa, na verdade, é o sentido social de um comportamento, sempre atinente à violação de um papel, que é conferido socialmente ao integrante de uma organização. Não se pode exigir de componentes de movimentos sociais, pela condição de militantes desses movimentos, a condição de infratores pelo simples fato das ações empregadas pelo movimento produzirem resultados lesivos pela ação de seus integrantes isolados. De qualquer forma, prevalece nesses casos a proibição do regresso e a

⁸³ Ibid. , p. 66.

predominância de um caráter especial nos papéis sociais exercidos, sem que esses mantenham qualquer relação direta com práticas delituosas, uma vez que a condição de militante de um movimento social, ainda não é condição de imputação; não obstante, alguns representantes do Ministério Público, no Rio Grande do Sul, como já foi dito, defenderem o enquadramento do MST como uma organização fora da lei, por corresponder ao papel social assemelhado ao de um grupo terrorista, pela invocação do art. 16 da Lei nº 7.170/1983.

Outro problema encontrado na teoria de Roxin, e em que prepondera a crítica de Jakobs, é de como o primeiro funda seu princípio da imputação objetiva, firmado em imperativos de política criminal voltados para a proteção de bens jurídicos. Riscos só existem, para Roxin, porque afetam bens jurídicos e para isso é que se destinam as normas penais: a tutela de bens jurídicos. Jakobs não espousa do mesmo entendimento, entendendo, ao contrário, que as normas penais não protegem bens jurídicos, mas sim pessoas⁸⁴. Na verdade, ao se relacionar com os bens, as normas não mantêm relação com entes inanimados, mas sim com as pessoas que são titulares desses bens, impedindo que estes sejam ameaçados para que seus titulares não sejam atingidos. O bem esconde por trás de si uma expectativa garantida, que é isso que fornece a proteção das pessoas, pois a sociedade é feita de indivíduos e não de possuidores de bens, que desejam que as normas assegurem entre eles um mínimo de convivência. Jakobs faz sua leitura da teoria da imputação objetiva, vendo o crime não como uma lesão a um bem, mas como a infração de um papel, pois quem age em sua conduta conforme um risco permitido, atua segundo um papel, um modelo de comportamento que age dentro de âmbitos de responsabilidade⁸⁵. Aquele que não lesa, não é aquele que é incapaz de produzir qualquer efeito relevante que afete um bem, mas sim é aquele que não é responsável por uma lesão produzida a outrem. Em outras palavras, quando se argumenta que no caso das invasões de terra o que está se afetando é o direito à propriedade, na verdade está se afirmando que não é a propriedade o fator causal condicionante para que uma dada ação seja considerada típica, mas sim ver até que ponto o ato de invadir terras pode corresponder a um papel reprovado pela norma, e fora das expectativas daqueles que vivem numa sociedade gritantemente desigual, de excluídos que vão buscar ocupar o que não têm, e incluídos que podem ou não dispor de seus bens ou deles manifestar interesse. É nesse sentido que desperta uma visão crítica e sociológica do fenômeno criminal, bem ao gosto das teorias da reação social, pois alguns indivíduos podem atuar em seu risco próprio, sendo, inclusive,

⁸⁴ JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís, LYNETT, Eduardo Montealegre, JAKOBS, Gunther, MELIÁ, Canció. *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 36.

⁸⁵ *Ibid.*, Op. Cit. p. 38.

autorresponsáveis pela manutenção ou destruição de seus bens, não servindo o bem como critério para uma efetiva imputação de conduta.

Na verdade, a ênfase ao bem jurídico e a defesa do direito de propriedade, como mote para um processo de criminalização daqueles que se dedicam à ocupação de terrenos e bens imóveis, não pode contemplar a adequação típica de condutas relacionadas com uma ilicitude de bens, tais como os crimes contra o patrimônio como o furto ou roubo. Nessas figuras típicas, a valoração de conduta é dada juridicamente dentro de um espectro de expectativas em que possuidores de algum bem não venham a ser prejudicados por terceiros, no exercício da titularidade de um direito, por via de uma conduta dolosa, mas não encontram relação com os atos praticados por integrantes de movimentos sociais, quando tais ações são o reflexo do exercício de outros direitos, tais como: o direito à moradia e a liberdade de trabalho. É o paradigma positivista de direito, propiciador de solipsismos e discricionariedades na interpretação de normas jurídicas, e um franco processo estrutural de expansão punitiva no funcionamento do sistema social, que condicionam o surgimento de processos de criminalização de condutas, e a forçada caracterização de movimentos sociais como organizações criminosas paramilitarizadas. É preciso entender até que ponto o conceito de sociedade firmada sob a égide do modelo de pensamento liberal-positivista, foi fundamental no desenvolvimento do Estado burguês, para o surgimento de uma economia punitiva pautada pela punibilidade e não apenas pela coerção.

Quanto à imputação objetiva por riscos não permitidos, no caso da aplicação dos artigos 16, 17 e 20 da Lei nº 7.170/1983 às condutas praticadas pelos militantes do MST no Rio Grande do Sul, compete aqui fazer um contraponto, utilizando aspectos do finalismo, analisados por Gracia Martín, a fim de observar até que ponto a criminalização de um movimento social, colocando-o na condição de uma organização paramilitar ou terrorista é possível, diante das ponderações que podem ser feitas sobre o acerto ou não de empregar essa teoria em um processo de expansão punitiva e conseqüente tipificação de condutas de indivíduos, que realizam em grupo movimentos de protesto ou do exercício do direito de rebelião, ante condições sociais esdrúxulas.

Em primeiro lugar, o citado artigo 16 trata da conduta punível de quem integrar ou manter algum tipo de agrupamento (associação, partido, comitê, entidade de classe ou qualquer grupamento) que possua como objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de direito, por meio de atos violentos ou com emprego de grave ameaça, prevendo uma pena de um a cinco anos de reclusão. Já o artigo seguinte, trata da conduta individualizada (sem a presença de grupo) de tentar individualmente mudar o regime vigente ou o Estado de direito

também se valendo de violência ou grave ameaça. O artigo 20, que também interessa a este estudo, estabelece que a conduta do núcleo do tipo conhecido como terrorismo, caracterizada pelos verbos “devastar,” “saquear”, ”roubar”, “sequestrar”, “manter em cárcere privado”, “incendiar”, “depredar”, “provocar explosão”, “praticar atentado pessoal” ou atos de terrorismo, por motivos de inconformismo político ou para a obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas, enseja a aplicação de uma pena mínima de dois anos e de uma pena máxima de dez anos de reclusão. São dez verbos que se relacionam com condutas exaustivamente tipificadas pelo Código Penal, com a punibilidade prevista no âmbito do direito penal ordinário, mas que aqui são lidadas como uma modalidade especial de ilícito, como se o âmbito de imputação de conduta levasse a uma distinção entre o tipo objetivo e o subjetivo incutido pela finalidade específica de “mudar o regime vigente ou o Estado de Direito”, algo que pode ser questionado ao se analisar os pressupostos metodológicos da teoria penal que sustenta essa dicotomia.

Ora, percebe-se que em seu conjunto, os artigos 16, 17 e 20 da Lei nº 7.170/1983 carecem de um maior subterfúgio constitucional, uma vez que podiam adquirir sua plena validade e eficácia durante o período mais autoritário do regime militar instaurado no país por vinte anos; mas totalmente destoantes num regime democrático. Pergunta-se qual é o risco produzido por indivíduos que se associam em grupos, seja lá por quais vinculações político-ideológicas, uma vez que a própria Constituição garante as liberdades de reunião e associação.

Ao criticar a separação entre tipo subjetivo e objetivo nas teorias antifinalistas, Martín afirma que, na verdade, não prospera essa separação no momento da imputação, porque o tipo objetivo e subjetivo de uma conduta encontram-se fundidos numa mesma unidade de sentido⁸⁶. Martín indaga até que ponto é possível identificar o tipo objetivo de uma ação delituosa praticada, tão somente pela realização de uma ação, sem levar em conta o conteúdo da vontade direcionadora dessa ação. A teoria da imputação objetiva opera quando se comprovam que as circunstâncias que permitem a imputação pelo tipo objetivo (realização do risco não permitido) para, a partir daí, numa segunda fase do processo de imputação, ser verificado até que ponto o dolo (localizado no tipo subjetivo, independente do objetivo) concorreu para o resultado delituoso. Martín entende que essa forma de proceder requerida pela teoria da imputação objetiva esbarra em graves contradições, no momento em que a questão da criação de um perigo penalmente relevante não pode ser feita abstraindo-se a vontade do autor na realização do resultado. Para considerar uma conduta perigosa, produtora

⁸⁶ MARTÍN, Luis Gracia. *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 63-64.

de riscos, não basta que o autor do fato tenha conhecimentos necessários sobre as circunstâncias do fato, para poder ter agido dessa ou de outra maneira na produção de um resultado delituoso, é necessário que ele tenha a vontade de produzir tal resultado.

Assim, no tocante à aplicação do artigo 16 para punir integrantes de grupos, ou o 17 da Lei de Segurança Nacional, para punir condutas individuais isoladas, torna-se necessário distinguir até que ponto essa separação entre tipo objetivo e subjetivo se torna prejudicial a todos aqueles que podem estar potencialmente submetidos a um âmbito de imputação, tão somente por fazerem parte de um comitê ou grupamento. Trata-se de uma interpretação precária, concluir pela imputação como organizações subversivas ou violentas, aqueles movimentos que, supostamente, possam vir a ingressar na subsunção legal da norma do artigo 16, quando não se comprova o dolo de praticar em grupo atos de violência ou grave ameaça, com o intuito de modificar o regime. Sabe-se que, em qualquer organização, dentro de qualquer sociedade democrática, é permissível ver-se agremiações, associações ou partidos políticos que podem pregar a luta armada ou o advento de processos revolucionários violentos, como parte de argumentação de seu discurso ideológico. Isso é mais do que previsível na sociedade brasileira de hoje, por exemplo, que admite o pluripartidarismo e a liberdade de expressão. Resta saber até que ponto os atos violentos e condutas típicas descritas no artigo 20 do citado diploma legal, podem ser suficientes para entender que aqueles que se adéquam ao rol taxativo de aplicação da lei penal, estão comentando tais condutas com o dolo específico de produzir qualquer perigo ou dano que seja à integridade institucional de um regime político-social.

Como provar, por exemplo, que um indivíduo, ao ingressar em um movimento político social, seja um partido político ou um grupo de *skinheads*, estará atentando contra a democracia, o Estado de Direito e o regime vigente, pelo simples fato de, como diz o artigo 16 citado, “integrar ou manter associação” cujos propósitos políticos sejam a alteração do regime, de forma pacífica ou através da pregação da tomada de poder pelas armas? O que se pune em si são as condutas dolosas de se promover roubos, sequestros, ameaças, homicídios ou quaisquer atos violentos materializáveis que produzam danos em si e lesões a outrem, por serem crimes, puníveis no ordenamento e não pelo simples fato dos grupamentos aos quais são compostos por esses indivíduos terem o propósito ideológico de praticar essa ou aquela ação questionadora da ordem vigente. O ônus da conduta proibida, segundo Martín, só é acarretado a quem o pratica em função de uma unidade de sentido que unifica em uma mesma singularidade causal-final a ação praticada e a vontade pretendida na realização da ação considerada típica, e, nesse sentido, evita-se uma expansão punitiva desnecessária, que visa

somente tolher a liberdade de organização de movimentos, do que propriamente coibir condutas individuais praticadas ilicitamente.

Entretanto, se a teoria da imputação objetiva entende que o delito doloso é aquele em que o dolo está fora do tipo objetivo, e que somente são puníveis aquelas condutas cuja imputação recorre a critérios normativos e não subjetivos, então não se poderia, em contrapartida, punir uma conduta dolosa mesmo que seu autor confesse uma vontade de realização, tendo em vista que essa teoria não recorre a momentos subjetivos. Ao citar Welzel⁸⁷, Martín informa o quanto não são iguais dolo e finalidade. Na verdade, a finalidade é a vontade de realização de qualquer ação, enquanto que o dolo é a finalidade de se realizar uma ação típica; ou seja, é a vontade de realização dirigida à produção de um fato que o autor tem consciência de que se realizará. Mas como a teoria da imputação objetiva só se vale de critérios normativos e separa o tipo subjetivo do tipo objetivo, nada disso tem importância no momento primordial da imputação, pois o que interessa inicialmente é a configuração do risco como fator de perigo objetivamente considerado pela norma, e não na correlação do ocorrido com a vontade de que um determinado resultado danoso seja confirmado. Em diversas situações, pode-se ver o quanto tal concepção pode ser empregada tanto para refluir uma expansão punitiva (na proibição do regresso), quanto pode expandir as possibilidades de imputação, pela extensão do tipo penal (a materialização de riscos não permitidos pela norma ou a criação de novos riscos também proibidos, desconsiderados de seu aspecto subjetivo).

Por fim, reunindo as considerações que podem ser empregadas quanto ao emprego da doutrina da imputação objetiva no mundo globalizado de hoje, mormente no delicado aspecto da expansão punitiva que se dá contra potenciais produtores de risco e eventuais agentes promotores de perigos, é importante notar até que ponto nos imperativos de política criminal pode essa reflexão teórica contribuir ou não para um processo evolutivo de criminalização dos movimentos sociais, com a extensão de tipos penais herdados do período da ditadura militar até a recente democracia brasileira, para coibir condutas que, constitucionalmente, estão asseguradas no marco do ordenamento jurídico como a liberdade de associação ou de reunião. O emprego de dispositivos da anacrônica Lei de Segurança Nacional parece senão errônea, no mínimo temerária, diante de sua incompatibilidade com o princípio democrático e a possibilidade de uma abertura comunicativa na recepção de discursos de inclusão social, que recepcionem novos direitos, tais como o reconhecimento da liberdade de expressão por meio

⁸⁷ Ibid. p.70.

do exercício do direito de protesto e rebelião, ou, no caso do Movimento Sem-Terra, na consagração do direito à terra, ao trabalho e à moradia.

Possivelmente, a partir da crítica que possa ser feita aos pressupostos filosóficos do direito moderno, nos moldes do paradigma liberal-positivista, pode-se encontrar as raízes de um movimento de expansão punitiva e de concomitante exclusão social presentes no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo, na fabricação artificial de supostos “inimigos” do sistema jurídico-social, que podem ser elencados mediante uma observância dos postulados de prevenção geral positiva, da definição do regime de liberdades e da distinção entre indivíduos e pessoas, que pode ser encontrada no pensamento de Gunther Jakobs.

Mais adiante, numa perspectiva sistêmica do direito penal, cuja teoria dos sistemas sociais autopoieticos pode servir de base para uma análise mais refletida acerca da reprodução dos discursos penais presentes em diversas teorias comentadas na atualidade, como a imputação objetiva e o direito penal do inimigo, pode-se observar nos moldes de uma sociedade de risco, até que ponto reproduzem-se normas penais para lidar com situações sociais numa perspectiva de expansão punitiva, diante do quadro de supostas ameaças as quais uma sociedade de risco tem que lidar.

3. POR UMA PERSPECTIVA SISTÊMICA DO DIREITO PENAL – O PUNITIVISMO AUTOPOIÉTICO

3.1. A Sociedade de risco numa perspectiva sistêmica

Como se viu anteriormente na contribuição teórica dada ao desenvolvimento deste estudo, formulada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, no desenvolvimento de um modelo teórico sobre a realidade social, calcado no conceito de “sociedade de risco”⁸⁸, esta seria encontrada naquelas sociedades pós-industriais, que já passam a sofrer as consequências do desenvolvimento tecnológico, e em que a produção e o consumo tornam-se uma entidade própria e distinta a ponto de ameaçar os próprios cidadãos. Beck destaca que a sociedade atual não apresenta mais os riscos de perigos resultantes de desastres naturais, como ocorria outrora em função de terremotos, furacões ou pragas, mas sim riscos artificiais, produzidos pelos próprios homens, resultantes de sua atividade no processo de produção. Os grandes riscos tecnológicos resultantes do emprego da energia nuclear, o manuseio de produtos químicos ou de substâncias ou artefatos que prejudiquem o meio ambiente, a manipulação genética e outras práticas resultantes do avanço tecnológico em prol do incremento da produção e satisfação do consumo, produzem ameaças de destruição não apenas a uma comunidade isolada ou povo, mas a toda humanidade. É comum na literatura, nas obras de ficção científica e realismo fantástico, que são explorados em estórias fantásticas, a proporção e a dimensão dos riscos em filmes como o “Exterminador do Futuro” (dirigido em 1982 por James Cameron), ou o “Matrix” (dos irmãos Wachowski), em que o homem tende a perder o controle sobre a máquina e esta passa a exterminar a própria espécie humana ou utilizá-la como escrava.

De certa forma, os riscos da modernização são consequências secundárias do progresso tecnológico⁸⁹. Os riscos são efeitos indesejáveis e imprevistos do agir humano, perigos artificiais e de grandes dimensões, distintos dos perigos naturais a que a humanidade sempre esteve sujeita desde seu surgimento. Ocorre que essa nova dimensão de riscos, produzida na sociedade moderna, resulta numa imputação de responsabilidades pelas consequências indesejadas, implicando-se empresas e autoridades administrativas. A fixação de responsabilidades é outra característica da sociedade de risco, uma vez que, como são reconhecidos como riscos aqueles produzidos por suas próprias ações, a sociedade tem a

⁸⁸ BUERGO, Blanca Mendoza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madri: Civitas, 2001, p. 24-33.

⁸⁹ *Ibid*, p. 27.

necessidade de estabelecer mecanismos de prevenção e controle dos riscos, juridificando as relações existentes no processo de produção, em uma complexa cadeia de responsabilidades, cuja tendência é prevalecer um Direito Penal da Segurança. O sistema jurídico interviria na sociedade de risco não mais responsabilizando tão somente fatos individuais que produziram o dano, mas também afetaria a todas as pessoas, estabelecendo uma responsabilidade difusa para todos aqueles que, de certa forma, no âmbito da produção ou do consumo de riscos, poderiam assumir a culpabilidade pelos riscos, como consequência de suas ações individuais, tais como: o emprego de substâncias que danificam a camada de ozônio e produzem deterioração atmosférica, os surtos migratórios de segmentos sociais e étnicos indesejáveis, que seriam fator de produção de criminalidade⁹⁰.

O sentimento de insegurança subjetiva seria a terceira das características de uma sociedade de risco. Pode-se dizer que a sensação de insegurança é derivada de uma multiplicidade de fatores objetivos de perigo, resultantes das múltiplas ações humanas na sociedade moderna. Entretanto, o que interessa para que surja esse sentimento não é a existência dessa multiplicidade de fatores, mas sim sua percepção subjetiva como risco⁹¹. Essa percepção subjetiva da insegurança pode ser muitas vezes desproporcional em relação à realidade objetiva dos perigos, pois pode, inclusive, existir sem a presença efetiva de perigos reais⁹². Em uma sociedade de risco, seus integrantes podem viver numa realidade plenamente segura, em termos objetivos, porém, podem, subjetivamente, apresentar um crescente sentimento de insegurança que tende a gerar uma demanda normativa por mais segurança, a fim de enfrentar riscos e perigos, sejam eles existentes ou não. O binômio risco-insegurança gera, por sua vez, um reclame social por um Estado mais interveniente, para aplacar os sentimentos de insegurança, mediante uma produção normativa que reduza ou elimine os riscos, exterminando perigos. Esses perigos são de caráter sistêmico, pois, como se viu, é a própria sociedade na era moderna que produz os seus perigos, de caráter artificial. O risco, assim como os demais produtos resultantes das atividades humanas, são criações de seu sistema, vista a realidade enquanto uma construção dinâmica de operações internas de seus componentes, fundadas na comunicação.

⁹⁰ Para Blanca Buergo: "El dato del desconocimiento de los riesgos o de los mecanismos que puedan producir daños es, sin Duda, central em el concepto de la sociedad de riesgo, pues ésta a grandes rasgos supone que em la sociedad moderna las personas están produciendo para si mismas su propio peligro, en muchos casos através de ciencias avanzadas, de manera que los riesgos son desconocidos e incluso no cognoscibles". Ibid, Op. Cit., p. 30.

⁹¹ GARCIA, José Angel Brandariz. *Política criminal de la exclusion-el sistema penal em tiempos de declive del estado social y de crisis del estado-nación*. Granada: Editorial Comares, 2007, p. 53.

⁹² BUERGO, Op. Cit, p. 30.

Será a teoria sistêmica de Luhmann que irá apresentar a sociedade como esse ente dinâmico e autossuficiente, responsável por seus riscos e pelas autorreproduções de mecanismos normativos que atacam os riscos, mediante a intervenção do sistema jurídico. Como integrante desse sistema social maior que é a própria sociedade, o sistema dos meios de comunicação terá papel fundamental na identificação dos riscos, no momento em que irá trabalhar com a reprodução de informação reveladora desses riscos, identificando entre indivíduos e cidadãos, entre produtores e consumidores de riscos, aqueles que serão atingidos pela repercussão normativa das operações do sistema jurídico, no momento em que esse sistema qualifica aquelas condutas permitidas e repudiadas pelo direito.

Niklas Luhmann busca desconstruir o conceito de sociedade trazido pela sociologia do século XIX, pautado na distinção entre indivíduo e sociedade, aproveitando as contribuições da teoria dos sistemas sociais apresentada por Parsons⁹³. Entretanto, Luhmann inova ao estabelecer que o objeto da sociologia não é apenas o homem, mas a comunicação. A velha concepção funcionalista de que o conceito de sociedade passa pelos pressupostos de que a sociedade é formada por homens concretos que se relacionam entre si, que essa integração social se daria pelo consenso, em sociedades tidas como unidades regionais territorialmente delimitadas (como nações ou países) e que essas sociedades podem se observar internamente se forem observadas do exterior, não dão conta, necessariamente, da complexidade de fenômenos em nível global e local que acometem diferentes indivíduos e diferentes sociedades no âmbito do período histórico que pode ser hoje denominado como pós-modernidade. Se o conceito de sociedade como uma comunidade humana é vago demais e se é o mesmo conceito, pautado sobre a concepção de território também é limitado, como resolver o dilema sociológico de dizer o que é a sociedade? Luhmann buscará a solução das dificuldades de conhecimento sobre as relações entre seres humanos, à medida que vão se tornando mais complexos e diferenciados os sistemas sociais, com a recuperação da ideia de sociedade enquanto comunicação, extraindo da biologia o conceito de Maturana sobre “autopoiese”⁹⁴. Se a função de qualquer órgão do corpo é se autorreproduzir, por sua vez, as relações sociais, vistas como operações de um sistema fundadas em comunicações, também tenderão à autorreprodução.

⁹³ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Editorial Herder, 2007, p. 8.

⁹⁴ Idem. Op . Cit, p. 20.

Para Luhmann, a sociedade pode ser vista como um sistema social omniabarcador que além de incluir a si mesmo, inclui também todos os outros sistemas sociais⁹⁵. Se a sociedade é compreendida enquanto sistema, então este sistema, como todos os outros, situa-se em relação ao seu ambiente, seu meio externo, seu entorno. Entretanto, o que diferencia a sociedade de outros sistemas são suas peculiaridades autopoieticas, ou seja, o traço distintivo de um sistema que se fecha diante de suas autorreproduções, que segundo Luhmann, é manifestado através das operações típicas desse sistema: as comunicações. A definição de homem, a distinção entre os homens e animais, entre homens e mulheres, entre brancos e negros, entre adultos e crianças, dependem, portanto, das comunicações do sistema. A autopoiese da comunicação no interior do sistema traduz uma operação genuinamente social, cuja unidade não pode ser encontrada em uma consciência individual, mas sim como fruto de uma relação entre participantes presentes (quando a comunicação é falada), ou quando se encontram ausentes (comunicação escrita)⁹⁶. A comunicação também é social não porque produziria um consenso, um acordo de vontades, mas porque quando ela é iniciada, em sua autopoiese tende a gerar mais comunicação, perpassando os outros sistemas. A possibilidade de comunicação é, em si, infinita, pois pode se seguir esclarecendo o que se havia originariamente entendido. É por isso que a comunicação necessita de tempo para se enlaçar com outras comunicações entre os sistemas, propiciando um desacoplamento temporal entre o sistema e seu entorno. Cada sistema, limitado e no ritmo de suas operações, necessita de seu tempo próprio para se adequar às possibilidades das comunicações, e para isso, forma estruturas operacionais típicas, formadas por expectativas acerca dessas possibilidades, separadas do entorno.

Se a comunicação é uma operação genuinamente social que conduz a um fechamento operacional de sistemas sociais autônomos, como o direito, isso se dá devido à autopoiese do sistema social, que faz com que uma dada comunicação, na estrutura de expectativas daquele sistema, faça com que a comunicação seja entendida como comunicação do próprio sistema. É a partir disso que surge, para Luhmann, a auto-observação do sistema, pois a comunicação é uma operação dotada da capacidade de se auto-observar, ou seja, ao mesmo que ela comunica, ela comunica a si própria⁹⁷. Disso resulta que a auto-observação enquanto comunicação produz nesse tipo de operação uma diferenciação do entorno, o que torna a comunicação uma operação própria de cada sistema, diferenciada dos demais. É por isso, que o que é visto como

⁹⁵ Ao dizer que a teoria da sociedade é a teoria de um sistema omniabarcador, Luhmann refere-se à definição de Aristóteles, que em sua *Política* definia a comunidade cidadina (*koinomia politikê*) como a comunidade que engloba todas as outras. Ibid., p. 55.

⁹⁶ Ibid., p. 58.

⁹⁷ Ibid., p. 61.

certo ou errado por um dado sistema de valores éticos, pode ser visto como lícito ou ilícito para um sistema jurídico, e informação ou não informação para um sistema midiático. Da capacidade de auto-observação surge a diferenciação e da diferenciação surge a autorreferência do sistema, encerrado em suas próprias operações comunicacionais. Isso significa dizer que os sistemas sociais só podem ser chamados de sistemas se conseguirem reconhecer a si próprios, dotados de autonomia operativa.

Um sistema complexo como o sistema social, possui dificuldades de observação justamente porque, segundo Luhmann, nenhuma auto-observação consegue entender plenamente toda a realidade que o sistema engloba⁹⁸. Torna-se necessária a autorreferência e a heterorreferência como constitutivas do próprio sistema justamente para diferenciá-lo do ambiente que o circunda. A observação é policontextual, e por isso a sociedade constrói sua auto-observação dentro de uma lógica em que, diante de várias e sucessivas descrições sobre observações feitas, podem surgir diversos questionamentos de qual observação é a mais correta. Dizer, por exemplo, que uma dada prática é criminosa numa dada sociedade por violação de um direito de castas, pode ser inexistente diante de outra parcela dessa sociedade onde a distinção por castas seja irrelevante. Portanto, conclui-se que a sociedade nunca se descreve externamente, mas também somente nos limites da auto-observação de seu próprio sistema, dentro do aspecto das comunicações internas que são observadas pelo sistema e que conferem sua clausura operativa. Um sistema religioso, por exemplo, só percebe seus ritos, objetos e práticas como sagrados a partir de dentro, e não externamente, podendo nada significar para aqueles que não são adeptos de qualquer religião. A comunicação apresentada sob a forma de risco, assim como outras formas de comunicação que passam a ser observadas operativamente pelo sistema, ganha relevo perante esse sistema de acordo com a forma como esse sistema se diferencia dos demais, graças à auto-observação que esse sistema faz sobre esse risco, entendido como um risco inerente ao próprio sistema.

Percebe-se, portanto, a implicação da teoria dos sistemas autopoieticos na configuração de uma sociedade de risco no momento em que, no âmbito dessa sociedade, o risco tende a se autorreproduzir mediante sua leitura pelo próprio sistema social, e também pelos diversos sistemas abarcados por ele. Para o sistema econômico, por exemplo, o risco pode vir na forma da superprodução, o que implica em crise, e é o que ocorre periodicamente nos ciclos períodos do capitalismo, no processo de acumulação de capital, proporcionando as crises econômicas, como a recente crise econômica global, afetando os mercados financeiros

⁹⁸ Ibid. ,p. 63.

do mundo inteiro, carregando consigo outros riscos: o de desemprego em massa e recessão. Fartura e escassez são potenciais delimitadores de riscos, no momento em que o excesso de produção pode gerar especulação financeira e conseqüente quebra da produção, ou escassez de produtos pode gerar ágio, aumento de preços num surto inflacionário e desemprego crescente.

No sistema penal, enquanto subsistema do jurídico, o risco pode vir na forma do sentimento de insegurança coletiva, e, esse sentimento é autorreproduzido, no momento em que nunca se tornam plenamente eficazes as iniciativas de intervenção penal no controle do fenômeno criminal.

Vale salientar que, na sua teoria de sociedade e do direito, Luhmann rejeita o estruturalismo formalista, colocando em seu lugar um construtivismo operacional que vê a sociedade e o direito como sistemas dinâmicos, autônomos e contínuos em si mesmos, fundados em comunicações, pois, dessa forma, a abordagem metodológica das ciências sociais poderia ver com mais clareza os acontecimentos que permeiam as operações internas dos sistemas sociais, mediante uma redução de complexidade proporcionada por um código, que regeria essas operações, na autorreprodução do sistema, e não uma mera subsunção de acontecimentos por fatos sociais disseminados em ordenamentos contratuais por força de relações de solidariedade fundadas na divisão do trabalho, como pensava Durkheim⁹⁹.

As várias dimensões que o risco pode assumir na sociedade são resultantes, portanto, da policontextualidade das autodescrições que podem ser feitas sobre o risco, ao ser observado por distintos sistemas sociais, e pela própria forma diferenciada da sociedade como um todo, enquanto sistema omniabarcador. Luhmann salienta, entretanto, que essa mesma sociedade não tem propriamente uma essência, em uma unidade essencial que possa ser definida de dentro da própria sociedade¹⁰⁰. A unidade da sociedade só é formada a partir de fora, do seu entorno, a partir da heterorreferência feita por outras sociedades ou por quem se encontra fora dessa sociedade, enquanto um observador de segunda ordem. Um grande atributo do risco é o seu grau de incerteza, que é percebida na comunicação quando, segundo Luhmann, a comunicação produz um efeito paradoxal, ao negar dizer o que diz. É justamente o que faz o sistema dos meios de comunicação, ao produzirem informação dotada, primando pelo seu ineditismo, pela surpresa e pela insegurança que podem trazer com a notícia¹⁰¹. A comunicação funciona paradoxalmente enquanto operação quando perturba o observador,

⁹⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 26.

¹⁰⁰ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Editorial Herder, 2007, p. 64.

¹⁰¹ LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Paulus, 2005, p. 58.

fazendo com que ele não tenha certeza acerca do que observa; o que não prejudica a autopoiese do sistema, já que a incerteza, quanto ao paradoxo da comunicação, faz com que o risco seja observado enquanto incerteza e gerador de perigos, e isso é suficiente para que a partir daí sejam reproduzidos no interior dos diversos sistemas operações fundadas nas expectativas quanto a esses riscos. Tanto a certeza quanto a incerteza em relação aos riscos têm a mesma função de produzir autopoieticamente operações, que fecham o sistema, à medida que são observadas. Em uma sociedade pós-industrial geradora de riscos, é mais do que previsível de que os riscos sejam vistos como internos e próprios da própria sociedade.

3.2. Sociedade e meios de comunicação: uma relação entre o sistema midiático e seu entorno social

Segundo Luhmann, o sistema dos meios de comunicação produz sua autorreferência e diferenciação de seu ambiente social, ao mesmo tempo não se desacoplando da sociedade em seu fechamento operacional, pela invenção de tecnologias de difusão¹⁰². Mediante o emprego dessa tecnologia, não é mais necessária a presença física do receptor da informação; pelo contrário, quanto mais o distanciamento dos destinatários da mensagem transmitida pelos meios de comunicação, mais fechado operativamente ficará o sistema midiático, e mais eficaz será a sua transmissão. O sistema dos meios de comunicação não necessita da participação direta dos seus receptores, a não ser naqueles eventos jornalísticos de massa, em que se requeira a participação do público espectador, mediante a oitiva de entrevistados. Entretanto, toda e qualquer comunicação, segundo Luhmann, atua conforme o código binário de uma observação dos fatos feita pelo próprio sistema, definindo-se o que é informação e o que não é informação.

Em uma policontextualidade de informações interessa ao sistema dos meios de comunicação tão somente construir contextos de sentido que se adequem ao código adotado pelo sistema. Por isso, Luhmann estabeleceu o conceito de diferenciação autofortificada, típica dos meios de comunicação, que nada mais é do que uma autopoiese típica do sistema dos sistemas midiáticos. Trata-se de uma diferenciação produtiva, que sobre dadas condições, leve à emergência de sistemas que levem a sociedade a se adaptar a eles¹⁰³. Foi o que ocorreu com os meios de comunicação graças à difusão da informação por meio de novas tecnologias, cuja categoria do real deixou de ser uma relação entre aqueles presentes, para se tornar algo

¹⁰² LUHMANN, *A realidade dos meios de comunicação*, p. 36.

¹⁰³ Idem, Op. Cit. 36.

eminentemente visual e virtual. O sistema midiático se erige em sua auto-poiese graças a mecanismos de reprodução de suas operações em que um novo mundo é construído por detrás de câmeras de televisão ou celulares, telas de computador, altofalantes de rádio ou páginas de um jornal. Um outro mundo possível através do código de informação X não informação e, é nesse mundo, construído pelas operações midiáticas, que passam a ser atribuídos os sentidos, conferindo validade ao real ou mesmo tendo-se uma ideia sobre a realidade. Riscos imaginários se transformam em riscos reais na clausura operativa de um sistema fortemente diferenciado, como o dos meios de comunicação¹⁰⁴.

Os meios de comunicação trabalham com informação, mediante atributos de universalidade e seletividade de suas operações¹⁰⁵. Ao mesmo tempo em que, tudo pode se transformar em informação, graças à universalidade dos meios de comunicação, interessa tão somente ao sistema midiático aquilo que, conforme o código informação x não informação, passe por um processo de seleção de acontecimentos, prevalecendo aqueles que propiciarão uma difusão na forma de informação. O código é seguido de uma programação, em que o sistema apresenta um conjunto de regras consoantes ao código que resolvam o caráter paradoxal da informação. Aquilo que outrora parecia não ser informação ou não dizer nada sobre algo já que era conhecido, passa a valer como informação segundo a seletividade das operações do sistema. Luhmann afirma que em seu processo de seleção de informações, o sistema dos meios de comunicação produz no tempo um efeito de “dupla série”, onde em que o velho é substituído pelo novo, ou seja, novo e velho fazem parte do mesmo esquema de observação cujo sistema confere atributo de novo ou velho ao que seja atual revalorizando coisas antigas no sentido de dali extrair informações e transformar o fato tido como velho em notícia. Dessa forma, fatos criminosos que sempre ocorreram na sociedade e que mereceriam o atributo de velho, como o caráter hediondo de certos crimes como a tortura e o trabalho escravo, podem ser tidos não mais como informação, ou, ao contrário, quando ganham interesse midiático, podem configurar nas telas de televisão ou nas páginas de jornais como algo totalmente novo, repleto de ineditismo.

Nesse processo, não interessa necessariamente a verdade do fato ou acontecimento. A imprensa, e a função do jornalismo em geral, é de servir à sociedade, servi-la de informação, manter a sociedade desperta de seu sono sobre o que está acontecendo, produzindo uma redundância social, típica de toda comunicação, pois tudo o que é informado já era

¹⁰⁴ Segundo Luhmann, “*mesmo a informação de que algo é nenhuma informação é também informativa*”, revelando o quanto o código binário do sistema dos meios de comunicação pode trabalhar com informação que, por si, não possui qualquer conteúdo de compromisso com a verdade. Id, p. 39.

¹⁰⁵ Ibid., p. 50.

verdadeiramente conhecido¹⁰⁶. Porém, nessa função, o que é verdadeiro passa por condições restritivas, que só ganham importância naquilo que interessa a função de divulgar, própria dos meios de comunicação. Luhmann informa que o problema da verdade nas informações transmitidas pelos meios de comunicação é um problema de seletividade¹⁰⁷. Se em busca de sua clausura operativa, o sistema se fecha diante de seu meio externo, diferenciando-se, essa diferenciação implica em uma redução de complexidade, rompendo-se com as determinações externas sobre o mundo das coisas, interpondo-se os limites ou as fronteiras do que determina o próprio sistema, criando-se, segundo Luhmann, um excedente interno de possibilidades comunicativas, que se traduzem numa liberdade que o sistema tem de dizer o que é informação e o que não é¹⁰⁸.

O sistema dos meios de comunicação produz uma liberdade surgida com a autodeterminação do sistema, fechado operativamente, com a tarefa de selecionar informações, estabelecendo como critério para a feitura de reportagens e reprodução de notícias, o surgimento da informação como surpresa. O princípio da seleção ditado pelas exigências internas do sistema pressupõe que a informação selecionada seja sempre fator de surpresa, apareça como uma novidade para o ouvinte, o espectador, o receptor da mensagem. Diante de fenômenos criminais selecionados pela mídia como informação, para que se reproduza continuamente o sentimento de insegurança, como resultado das informações transmitidas pela mídia, o fato criminoso tem que ser visto sempre como uma surpresa, uma nova notícia, um arrebatador e surpreendente acontecimento. Quando o homicídio de filhos por seus pais, ou a mortandade de mulheres, vítimas de violência doméstica, parece ser fato corriqueiro, sobretudo, nos segmentos e camadas mais pobres da população; tais fatos quando atingem setores das camadas intermediárias (a chamada classe média), em reportagens diárias nos canais de televisão, parecem ser, segundo a cobertura jornalística dos meios de comunicação, sempre uma novidade aterradora; um fato que merece difusão, a surpresa pelo sentimento de indignação, repúdio, revolta, clamor social por justiça, e cobranças direcionadas ao sistema jurídico de resolução das impunidades.

O que garante surpresa no entendimento de Luhmann é descontinuidade da informação, ou seja, a notícia sempre tem que ser nova, no sentido de quebrar as expectativas existentes, ou então deixar em aberto um espaço de possibilidades que possam ser

¹⁰⁶ Ibid. p. 44.

¹⁰⁷ Ibid. p. 56.

¹⁰⁸ Aqui irá se encontrar o que Luhmann define como a distinção entre autoreferência e heteroferência do sistema, mediante a distinção entre complexidade interna do sistema e complexidade do meio externo. Ibid. p. 57.

mantidas¹⁰⁹. Não interessa ao sistema midiático a mera repetição de fatos; contudo, eles podem reproduzir um padrão de notícias, que podem ser reproduzidas em série, tais quais as reportagens sobre delitos e o acompanhamento de investigações policiais com grande destaque na mídia, noticiadas ao estilo dos grandes romances policiais, em que se cria uma grande expectativa a cada novo depoimento, a cada laudo a ser apresentado, a cada relatório das investigações ou resposta do Judiciário, mediante um pedido de prisão e sua resposta a ser divulgada, com intensivo acompanhamento das câmeras, dos microfones, das anotações dos representantes das redações. Luhmann afirma que nas notícias ocorre a preferência pelos conflitos, pelas opiniões dissonantes, pelos pareceres diferenciados de técnicos, especialistas, envolvidos no fato, ou do povo em geral, porque o conflito é mais atraente pela sua capacidade de trazer incerteza quanto à notícia produzida. A tensão produzida pela curiosidade quanto ao fato e, a incerteza quanto a sua resolução, atrai mais e mais busca de informação, e, em função disso, os meios de comunicação adiam informações apaziguadoras, perpetuam as reproduções das operações do sistema, mantendo, indefinidamente a dinâmica de suas comunicações, dentro de sua clausura operativa.

O sistema dos meios de comunicação, na seleção de informações, ocupa-se muito, também das quantidades. Por isso, Luhmann considera que o peso maior da informação reside nos grandes números. Vê-se muito nos noticiários a ênfase dada aos números para realçar grandes acontecimentos ou fatos que recebem um maior relevo do que a magnitude deles, tais quais: quantidade de mortos em acidentes, de vítimas de estupros ou violência doméstica, dos atingidos pelas ações de gangues, de furtos, roubos, a enorme extensão de fraudes etc. O acréscimo renovado a cada notícia serve para aumentar a incerteza e o sentimento de insegurança, mediante chavões jornalísticos como: a escalada da violência, o aumento da criminalidade, o avanço da impunidade. Além das quantidades, o sistema dos meios de comunicação se vale da relevância local de uma informação. Um fato local só ganha relevo em outras regiões, a ponto de ser divulgado, se a informação sobre ele denotar gravidade, estranheza, ou exotismo, proporcionando uma expansão maior da informação a ser divulgada, atingindo o maior número possível de receptores¹¹⁰.

Quando as informações são selecionadas pelo sistema dos meios de comunicação, em relação a aspectos normativos, interessa ao sistema selecionar as informações que impliquem

¹⁰⁹ Ibid, p. 58-59.

¹¹⁰ LUHMANN, Op. Cit, p. 60.

em transgressões de normas¹¹¹. Essas informações são produzidas a fim de gerar indignação e descontentamento, além dos sentimentos de expectativa e incerteza já mencionados, sob efeito das operações midiáticas do sistema dos meios de comunicação. Entretanto, Luhmann afirma que não foi a norma que propiciou sua transgressão, mas sim a própria transgressão que produziu a norma, uma vez que inexistente entre os espectadores em geral uma consciência de qual seja a norma a ser transgredida ou quais são os limites dessa normatividade. Antes de se saber qual norma foi transgredida, interessa à mídia chocar e gerar indignação pela notícia da transgressão, antes mesmo de dizer o que foi transgredido. Assim, meros suspeitos que são apanhados pela polícia, mas são apresentados pela mídia aos espectadores, mesmo que contra a sua vontade, debaixo de capuzes ou escondidos por detrás de camisas, cobrindo suas cabeças, é o suficiente para gerar a indignação a que se destina a notícia, produzindo seu real efeito no “linchamento moral” de suspeitos pela mídia; assim como ocorreu no “caso da Escola Base”, em São Paulo, em que, antes que fosse demonstrado que as acusações eram infundadas, a revolta e a indignação surgidas pela notícia foi suficiente para que paredes fossem pichadas, a escola depredada e os suspeitos ameaçados de serem feridos pela população¹¹². As transgressões das normas são transmitidas pelo noticiário para que proporcionem julgamentos morais. Por meio deles, as pessoas podem ser valorizadas ou desrespeitadas, e, é por isso que Luhmann considera que os meios de comunicação têm também a função de reproduzir a moral¹¹³. Mediante um mecanismo de autoirritação da sociedade, os meios de comunicação produzem uma sensibilidade moral que converte o código informação X não informação do sistema em outro código decorrente: boa ação X má ação¹¹⁴.

Isso implica em dizer que atributos de operações de outros sistemas, conferidos às operações do sistema midiático, e tão estranhos a ele, oriundos do meio externo, tais quais

¹¹¹ LUHMANN informa que na forma em que são expostas pela mídia, as transgressões de normas aparecem sob a forma de escândalos. Isso favorece a ressonância da informação, com o intuito de reavivar a cena política. Assim, dólares encontrados na cueca de assessores de políticos ou encontrados aos milhares em maços de notas na mesa do escritório de empresários, parentes de representantes políticos sob acusação de atos de corrupção, são destaques certos conferidos pela mídia, para expressar o alto teor escandaloso da transgressão. Ibid, p. 60.

¹¹² Em 1994, vários órgãos da imprensa divulgaram acusações de que seis pessoas que trabalhavam numa escola, no bairro da Aclimação, em São Paulo/SP, estariam promovendo abusos sexuais contra os alunos da escola., resultando no fechamento do estabelecimento. Os principais acusados eram os donos da escola: Ichshiro Shimada e sua esposa Maria Aparecida Shimada, além de seus funcionários. A acusação nunca foi provada e ao final, o inquérito foi concluído, sem que quaisquer provas fossem encontradas, acabando por ser arquivado pela Justiça. Várias ações judiciais foram promovidas pelos prejudicados contra vários jornais, mas os danos e o constrangimento havido já se tornaram inevitáveis. Jornal O Globo, Rio de Janeiro, publicado em 13 de junho de 2006, disponível em www.oglobo.com.

¹¹³ LUHMANN, op.cit. p. 62-63.

¹¹⁴ O conceito de irritação estabelecido por Luhmann refere-se à forma como um sistema pode produzir ressonância em relação aos acontecimentos que ocorrem no seu entorno, mesmo que suas operações só circulem internamente no sistema e não tenham a propriedade de se relacionar com o meio externo. Ibid, p.47.

aqueles que resultam no código decisão justa X decisão injusta, típica dos sistemas éticos e jurídicos, passa a integrar o sistema midiático como fazendo parte da própria informação. Como já foi dito, a apresentação dos acusados à mídia não é o suficiente para fazer com que os espectadores adotem condutas morais de proibido e permitido, conforme o código previsto no sistema jurídico. Contudo, o julgamento moral dos acusados, tão somente no âmbito da observação, permite dar vazão aquele sentimento de indignação e revolta, combinado com o de incerteza, mediante a frase lapidar e corriqueira dos ouvintes nas ruas, ao serem entrevistados no noticiário: “ahh! Isso já é demais! Cadeia ou pena de morte para esses meliantes. Para mim eles são os culpados!”. A condenação por meio de uma decisão que se traduz em operações normativas, típicas do sistema jurídico, passam a integrar o sistema dos meios de comunicação, nos julgamentos antecipados de réus pela mídia. Isso se dá porque, de acordo com Luhmann, a manifestação de opiniões, no sistema dos meios de comunicação, também é divulgada como notícia¹¹⁵. A opinião pública é vital para as operações do sistema, pois uma de suas funções é justamente formá-la, enquanto parte da estrutura operativa desse sistema, formado pelas expectativas quanto às possibilidades de observação. Em sua seletividade, os meios de comunicação buscam a notoriedade da reputação de suas fontes, para que possam influenciar na opinião, e assim poder divulgar como informação a opinião de seus leitores em suas seções de cartas, seus programas populares de auditório em horários de alta audiência, seus blogs na internet e espaços para comentários. Como efeito da opinião, a informação persiste, e com ela toda a carga de reações e investidas que podem vir a ser geradas com a informação e repercutidas em outros sistemas, como as iniciativas legislativas de redução da maioria penal, por exemplo, ou a defesa da aplicação de penas severas em casos de crimes realçados pela mídia, seja nos delitos violentos ou naqueles que envolvem criminalidade econômica.

Segundo Luhmann, os meios de comunicação não se ocupam, por exemplo, da normalidade quanto à evidência de que a criminalidade é praticada pelos mais jovens, e, por isso, geram-se demandas por políticas apropriadas de prevenção e educação que não passam por soluções penais. Ao contrário, pela busca do ineditismo do fato, a divulgação da transgressão como escândalo e a indignação e revolta que devem produzir, os meios de comunicação buscam na verdade, dominar o noticiário sobre as dimensões hediondas de um crime ou transgressão praticada por jovens e adolescentes, como no caso da adolescente Liana Friedenbach, cruelmente violentada e assassinada juntamente com seu namorado, no

¹¹⁵ Ibid.,p.67.

município de Embu-Guaçu, em São Paulo, mortos por um adolescente de 16 anos¹¹⁶. Apesar de ficar demonstrado por dados estatísticos que é reduzidíssimo o percentual de atos infracionais praticados por adolescentes que se assemelham a homicídio, o que ficou presente durante meses, nos debates promovidos pela mídia era a reforma da legislação penal e consequente responsabilização penal de menores de dezoito anos, propondo-se um verdadeiro desvio de normas, pois as normas penais em geral destinam-se a adultos e não a adolescentes. Para Luhmann, as normas são mais sensíveis a desvios do que os fatos e os meios de comunicação vão ater-se de fatos a fim de que estes produzam o efeito que, na verdade, deveria ser produzido pelas normas, no sentido de coibir as transgressões¹¹⁷.

Os meios de comunicação na sua auto-poiese convertem o mundo a um mundo conhecido tão somente através da notícia. Pela continuidade da informação difundida diariamente, o sistema midiático consegue inibir a percepção cotidiana sobre o mundo conhecido, não só através das notícias, mas também das reportagens, que não dependem de acontecimentos diários¹¹⁸. As reportagens não lidam com o tempo, e, ao contrário, são operações do sistema midiático que suspendem o tempo ao serem divulgadas, pois resultam de certo nível de conhecimento dos espectadores a que se destinam, na divulgação de fatos que são objeto dessas reportagens. Assim, fica mais fácil a perpetuação de um sentimento de insegurança quanto a riscos e perigos iminentes, se essa iminência é vista como independente do tempo, quando é revelada nas reportagens a particularidade de determinadas doenças, a violência cotidiana e permanente de certas áreas de delinquência, a realidade de conflitos sociais em um dado país ou continente, ou as degradações ambientais do clima ou de elementos do meio ambiente, como a poluição das águas, do solo ou aérea.

Entretanto, com a evolução das técnicas de difusão e a invenção de novas tecnologias de informação, notícias e reportagens podem ser armazenadas nos mesmos lugares, como que por meio eletrônico em bancos de dados ou *web sites*. É ali que o sistema continua a produzir informação continuamente conferindo valor informativo ao que era velho, dando-lhe roupagem de novo, requeitando notícias, transformando fatos corriqueiros e já conhecidos em reportagens, no sentido de propiciar ineditismos e fomentar riscos. É dessa forma, que antigos

¹¹⁶ Em 2003, a jovem Liana Friedenbach, de 16 anos, e seu namorado Felipe Caffé, foram acampar na região da Grande São Paulo quando foram surpreendidos por um grupo de bandidos, formado por três adultos e um adolescente. O casal ficou em cativeiro e Felipe acabou assassinado no matagal, com um tiro na nuca, enquanto que Liana foi estuprada por vários dias, até que seu algoz o adolescente a matou com várias facadas. O fato causou imensa comoção social e enorme repercussão de mídia, o que gerou debates inflamados sobre a redução da maioria penal. Jornal Folha de São Paulo, Folha *on line*, publicado em 24 de novembro de 2003, disponível em www.folha.uol.com.br.

¹¹⁷ LUHMANN, Op. Cit., p. 62.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 69.

modelos repressivos criminalizadores, típicos de períodos totalitários com supressão de liberdades, são reativados, conforme as notícias convergem para reportagens em que a velha solução da “Rota na Rua” serve como melhor medida de política criminal acerca de reportagens aterradoras sobre formas clássicas de criminalidade, galgadas agora à condição de supostas novas formas de organização da criminalidade na globalização, como o narcotráfico e o terrorismo¹¹⁹.

Os meios de comunicação constroem a realidade sobre o mundo descontextualizando a dimensão policontextual que possui a realidade social, identificando em cada contexto algo que surja como novo e não mais idêntico, a fim de que seja selecionado como informação e passe a ser tratado como notícia, como algo a ser divulgado. Nessa operação seletiva, os meios de comunicação identificam aquilo que querem transformar em notícia, sujeitando-o a um esquema conhecido pelo sistema¹²⁰. Assim, o sistema dos meios de comunicação demonstra sua autodiferenciação fortificada atribuindo significado aos fatos conforme a autopoiese do seu sistema; ou seja, segundo o que o sistema entende, por exemplo, em seu esquema de informações, do que seja violência no trânsito, essa violência pode ser lida nas operações internas do sistema como resultado do emprego de álcool ao volante, e, dessa forma, selecionar eventuais casos envolvendo a detenção de motoristas embriagados como informação sobre violência no trânsito, mesmo que eles não tenham, efetivamente, produzido acidentes violentos. Tais informações são convertidas em notícias produtoras de riscos, que concebem sentimentos de insegurança que só podem ser tolhidos mediante medidas criminalizantes de motoristas sendo pego embriagados, na direção de veículos. O que se traduzia em perigo abstrato, mediante a intervenção midiática de uma informação sobre um risco antigo, travestido de novo pela notícia, acaba por se transformar em perigo concreto.

Entretanto, uma pergunta que ainda não foi respondida: como um sistema autopoiético como o sistema dos meios de comunicação pode se relacionar com seu entorno, se esse sistema encontra-se fechado? Afinal de contas, como um sistema social pode fazer contato com seu entorno se ele só conta com sua própria autorreferência? Luhmann dá a resposta

¹¹⁹ O discurso da “Rota na Rua” refere-se especialmente à realidade das campanhas eleitorais para a Prefeitura de São Paulo, na década anterior, em que o candidato populista Paulo Maluf entoava um jargão muito comum àqueles preocupados com o avanço da criminalidade na metrópole paulistana, e pela necessidade de se opor uma forma de policiamento mais severo, outrora realizado pelas controversas “Rondas Ostensivas Tobias Aguiar”, batalhão da Polícia Militar de São Paulo, outrora encarregado do policiamento ostensivo, e, posteriormente retirado de circulação nas ruas, dadas as denúncias de truculência e violência policial. BARCELLOS, Caco. *Rota 66*. São Paulo, Globo, 2002, p. 67.

¹²⁰ Segundo Luhmann, na base de todas as seleções feitas pelos meios de comunicação, “há um agir integrado da condensação, da confirmação, da generalização e da esquematização”. LUHMANN, Op. Cit., p. 71.

através do conceito de acoplamento estrutural¹²¹. Esse conceito, na verdade, é extraído de Alberto Maturana (donde Luhmann já havia “tomado emprestado” o conceito de autopoiese) e aplicado aos sistemas sociais, diz respeito ao restrito campo em que estruturas autopoieticas podem conviver no meio de seu entorno. O acoplamento pressupõe uma adaptação do sistema ao seu ambiente, excluindo por meio das operações próprias do sistema, tudo aquilo do ambiente que possa interferir na autopoiese do sistema, e aproveitando, por meio de relações análogas, tudo o que exista no entorno que possa ser observado pelo sistema e convertido em uma operação própria do sistema. Os acoplamentos transformam as relações análogas em operações do sistema, e, dessa forma, realizam uma dupla função de manter a autodeterminação do sistema enquanto este se relaciona com seu entorno. Exatamente em função disso, como ocorre no sistema dos meios de comunicação, os acoplamentos produzem excedentes internos de possibilidades que compensam o desconhecimento que o sistema possa ter em relação ao seu entorno. Por meio dos acoplamentos, portanto, o sistema se reproduz autopoeticamente, ao mesmo tempo em que se adapta ao seu entorno, sem o temor de perder a integridade de sua estrutura, uma vez que pelos acoplamentos o sistema lida com a complexidade do entorno, reduzindo-a a uma parte que interesse ao sistema. Somente pelos acoplamentos o sistema mantém a autonomia de sua autopoiese, além de poder construir sua própria complexidade interna¹²².

Entretanto, Teubner se propõe a revisar o conceito de acoplamento estrutural empregado por Luhmann, uma vez que entende que a concepção de acoplamento estrutural, empregada pela teoria dos sistemas autopoieticos de Luhmann, não seria suficiente para lidar com problemas específicos de relacionamento entre o sistema do direito e seu ambiente social¹²³. Na verdade, para Teubner (2005), as diferenças entre o direito e outros campos sociais autônomos se dariam no contexto de uma única sociedade, uma vez que esse teórico tenta aliar os conhecimentos da teoria dos sistemas com a teoria pós-moderna do pluralismo jurídico.

Assim, ele se propõe a modificar a concepção de acoplamento estrutural, ao menos em três aspectos. O primeiro desses aspectos diria respeito aos chamados mal-entendidos produtivos, em que o conceito de perturbação de um sistema em outro não é suficiente para a compreensão do funcionamento de fechamento e abertura dos sistemas sociais, mas sim ao se trocar o conceito de perturbação, pelo de mal-entendidos produtivos, em que o sistema do

¹²¹ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Editorial Herder, 2007, p. 72.

¹²² Id., Op. Cit., p. 78.

¹²³ TEUBNER, Günter. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piraciba: Editora Unimep, 2005, p. 85-86.

direito entende mal os discursos de outros sistemas, utilizando-os como fontes para função normativa. Em segundo vem o conceito empregado por Teubner de instituições de ligação, também empregado no sentido de rever o conceito de acoplamento estrutural, que se trataria de instituições específicas do próprio sistema, que o conecta a uma multiplicidade de subsistemas funcionais e organizações formais. Por último, estabelece-se o conceito de responsividade, associado às instituições de ligação e produzida por elas, uma vez que a responsividade social seria a resultante da vinculação mais estreita do sistema a certos discursos sociais autônomos. No tocante aos acoplamentos entre sistema do direito e mídia, tais concepções defendidas por Teubner sofisticam a discussão sobre as influências dos meios de comunicação no direito, e contribuem para um estudo mais específico dos mecanismos internos de cada sistema que proporcionam a irritação, através das instituições de ligação.

Outro conceito caro à teoria de Luhmann e fundamental para se entender a dinâmica mantida na relação do sistema midiático com seu entorno social é o de esquematismo¹²⁴. Ao retomar um conceito da psicologia cognitiva, Luhmann trata do conceito de esquematismos (também chamados de *frames* ou *scripts*), para explicar como se dão as combinações de sentido na sociedade através da comunicação. A comunicação se vale de esquemas, perceptíveis na memória, a fim de que as operações inseridas na comunicação permaneçam gravadas na mente dos receptores, cuja consciência participante entende o que se quer dizer, como, por exemplo, identificar o vinho como uma bebida ou uma Ferrari com um automóvel. Segundo Luhmann, os esquemas servem como reduções de complexidade estrutural durante os acoplamentos entre sistema e entorno, construindo complexidade operativa. Isso permite ~~em~~ que o sistema se adapte às condições modificantes do entorno. Quando as notícias são divulgadas, os acoplamentos entre o sistema midiático e o sistema social se dão sob a forma de esquemas, e permanece na mente do espectador a visão esquematizada de operações que são lidas como informação. Assim, o esquema de ver o negro pobre e viciado da favela como bandido faz parte de um esquema mental muito utilizado pela mídia, contribuindo para a construção de uma memória coletiva sobre a criminalidade, muitas vezes associada à raça, pobreza, e a um desajuste individual, conforme os esquematismos desenvolvidos pelas operações do sistema midiático.

Para Luhmann, portanto, o sistema dos meios de comunicação tem a função de produzir uma memória social sobre o que é informado. Os sistemas psíquicos, assim como os sistemas sociais, constroem sua autopoiese selecionando aquilo que deve ser memorizado e

¹²⁴ Ibid., p. 80.

excluindo as informações que não lhe interessam¹²⁵. Os meios de comunicação não transportam informação dos quem sabem sobre os fatos para aqueles que os desconhecem, mas sim desenvolvem um saber contínuo com base na memorização de informações, que garantam, por exemplo, de um leitor que repassa a informação lida num jornal para outro, e assim sucessivamente, compartilhando de um suposto saber sobre o crime, por exemplo, quando são repassadas informações contidas nas crônicas policiais.

Os meios de comunicação mantêm com o entorno social diferentes acoplamentos estruturais a partir de notícias, reportagens, publicidade e entretenimento. No tocante aos acoplamentos com outros sistemas, como o sistema político, o sistema midiático acopla-se mediante a propagação de notícias, que irritam o sistema político, acabando por gerar operações internas nesse sistema. Sabe-se, por exemplo, que a chamada “notícia política” produz repercussões no âmbito do sistema correspondente, quando, por exemplo, o trabalho de jornalistas no caso Watergate, na década de setenta do século passado, nos Estados Unidos, contribuiu para a queda do presidente Nixon. Entretanto, Luhmann adverte que tais repercussões apenas se dão em casos isolados, tendo em vista que, no geral, o sistema político prossegue em sua autopoiese, realizando as operações naturais de seu sistema.

Já o sistema jurídico (e daí o especial interesse deste estudo) também participa de acoplamentos junto ao sistema midiático, notadamente no que tange à propagação de reportagens que mobilizam a opinião pública e contribuem para a formação de uma opinião jurídica. Luhmann recorda de julgamentos antecipados pela mídia, cobrando resultados dos órgãos judiciais, no tocante ao caso da agressão sofrida pelo trabalhador negro Rodney King, em Los Angeles, Califórnia, nos anos de 1992 e 1993.¹²⁶ O sistema midiático produz irritações em casos isolados no sistema jurídico, como na formação da opinião dos julgadores no caso da morte da menina Isabela Nardoni, cujas pressões do noticiário e a conseqüente manifestação da opinião pública condicionaram a decisão dos julgadores pela decretação da prisão e manutenção no cárcere dos principais suspeitos do crime, o pai da menina Alexandre Nardoni, e a madrasta da criança, Ana Jatobá, em um caso exaustivamente noticiado e de repercussão midiática nacional¹²⁷. Tratou-se de um caso clássico de irritação do sistema jurídico pelo sistema midiático.

¹²⁵ LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Paulus, 2005, p. 114.

¹²⁶ Id., op.cit., p. 118.

¹²⁷ Em março de 2008, no Edifício London, na cidade de São Paulo, foi encontrada agonizada uma menina de cinco anos, que supostamente teria caído do décimo andar do prédio onde havia visitado o pai, Alexandre Nardoni, que vivia com a madrasta da criança, Ana Jatobá. Investigações posteriores da polícia paulista descobriram que, na verdade, a criança havia sido morta criminosamente e os principais suspeitos do crime eram o pai da criança e sua madrasta. O caso ganhou repercussão midiática intensa, com cobertura extensa dos meios

É justamente na construção desses acoplamentos que é possível se verificar até que ponto as operações do sistema midiático podem repercutir no sistema jurídico, ou, por meio da autopoiese e do acoplamento estrutural das operações desse sistema, será possível vislumbrar no âmbito dessas operações, uma função normativa criminalizante, direcionada aqueles criminosos observados pelo sistema como inimigos.

3.3. A dinâmica do sistema jurídico

Os sistemas jurídicos, por sua vez, apresentam sua clausura operativa mediante a distinção que estabelecem entre o âmbito interno de seu sistema e o ambiente (o entorno). Apesar da antiga teoria dos sistemas de Parsons, ao propor uma forma de sistemas abertos, com *in puts* e *outputs* que beneficiarão a conservação do sistema, mediante a necessidade de contínuo intercâmbio com o seu entorno (os chamados *feedbacks*), Luhmann entendia que os sistemas operativamente fechados construíam sua própria complexidade e por isso, necessitariam de sua clausura operativa para permanecer e diferenciar-se de seu ambiente (seria preciso extrair ‘ordem do ruído’)¹²⁸. Se os sistemas autopoieticos estão presos às suas operações, eles definem as operações subsequentes e as moldam conforme a estrutura desse sistema.

Os sistemas jurídicos são, portanto, sistemas autopoieticos presos as suas operações que tanto produzem operações subsequentes quanto constroem suas próprias estruturas. Para distinguir como jurídicas as operações do sistema do direito das demais operações de outros sistemas, Luhmann recorre a uma tautologia proposital, cuja ideia de circularidade serve para explicar que a diferenciação de um sistema jurídico operativamente fechado de outros sistemas se dá pela autorreferência do sistema de suas operações jurídicas, que se veem como jurídicas¹²⁹. Os sistemas para Luhmann são sistemas históricos, e o caráter jurídico das operações do sistema do direito se dá a partir de uma situação jurídica historicamente dada, uma situação em que se reconheceu a necessidade de aplicação de normas jurídicas. Portanto,

de comunicação durante quase o ano inteiro, resultando na decretação de prisão preventiva do casal e permanência dos mesmos no presídio de Tremembé, até o julgamento definitivo da ação penal onde figuram como réus, em decisões judiciais questionáveis, tendo em vista que os acusados, via de regra, não preenchem os requisitos para a decretação da prisão. Porém, após sucessivos recursos impetrados pela defesa dos acusados, a manutenção de sua prisão permanece, sob alegação das cortes superiores de que a soltura dos suspeitos promoveria verdadeira comoção social e contribuiria para a perda de credibilidade do Judiciário.

¹²⁸ É quando Luhmann afirma que um sistema operativamente fechado deve pressupor a si próprio para pôr em marcha suas próprias operações. Idem. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Editorial Herder, 2005, p. 98-100.

¹²⁹ Id. Op. Cit., p. 112.

para Luhmann, não existe um marco inicial do direito, um começo do direito, mas sim situações historicamente dadas que podem ter dado origem à autopoiese do sistema, Nesse raciocínio, não há nenhuma dificuldade em se pensar a evolução do direito como a evolução de um sistema autopoietico.

Entretanto, apesar de operativamente fechado, o sistema jurídico se autodiferencia dos demais sistemas sociais, mas, paradoxalmente, depende dos demais sistemas para formar sua autopoiese. O direito de família, por exemplo, tem que derivar de um sistema familiar e clânico, o direito público de um sistema social embasado na concepção de cidade com seu governo e administração. O que ocorre é que, assim como se procede no sistema dos meios de comunicação, o sistema do direito seleciona estruturas sociais dominantes e as traz para o âmbito de suas operações, estabelecendo as distinções que serão relevantes para o sistema jurídico e mereçam ser identificadas como objeto de operações jurídicas¹³⁰. Dessa forma, diante das expectativas da sociedade, o direito se apresenta em seu entorno social de forma autônoma, apresentando uma estrutura de expectativas que vão ao encontro do desejo da sociedade, no que tange à regulação do conflito e ao gerenciamento de inseguranças e frustrações decorrentes da possibilidade de se assumir riscos quanto a essas expectativas.

O direito, para Luhmann, assim como os demais sistemas sociais, constitui-se de experiências que passam por possibilidades de complexidade e contingência, donde surgem expectativas que podem ser tomadas cognitivamente ou normativamente¹³¹. Enquanto que a complexidade gera, forçadamente, a necessidade de uma seleção de possibilidades, no sentido de reduzir o âmbito de experiências a fim de que elas possam ser lidas pelo sistema e geridas autopoieticamente, permitindo seu fechamento operacional e conseqüente distinção do entorno e autorreferência, a contingência carrega consigo o perigo do desapontamento quanto às expectativas geradas em relação às possibilidades previstas, e uma conseqüente necessidade de assumir o risco.

É nesse sentido que funciona o sistema do direito, no sentido de gerir, administrar a contingência, diminuir o risco. Se a criminalidade é um dos riscos de uma sociedade que não consegue prever a iniciativa de seus integrantes, quanto ao cumprimento de condutas sempre conforme o direito compete ao sistema jurídico domar essa expectativa, controlando o risco, evitando ou mitigando o desapontamento. Ocorre que na comunicação entre os homens há sempre uma dupla seletividade: alguém espera do outro o que o outro espera daquele alguém.

¹³⁰ Ibid., p. 115.

¹³¹ A complexidade diz respeito à existência maior de possibilidades que se pode realizar, enquanto que a contingência refere-se às possibilidades de experiências que podem ser diferente das esperadas. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 45.

Para que a comunicação tenha sucesso é necessário reduzir as expectativas até o ponto em que entre diversas comunicações possíveis seja selecionada uma, que garanta o entendimento entre os participantes, fazendo com que o que foi comunicado não seja mais uma seleção, mas sim um fato, uma escolha de possibilidade reconhecida por um e pelo outro¹³².

Na tarefa de redução de complexidade, tanto a mídia como o direito obscurecem alternativas no seu processo de seleção do que vai ser comunicado, no sentido de eliminar ou mitigar os desapontamentos. A mídia trabalha o desapontamento enquanto espetáculo, sob a forma de notícia, caracterizada pela surpresa e pela conseqüente inquietação, revolta e medo surgidos com a notícia do desapontamento, a divulgação do risco, a informação sobre os perigos. Já o direito, ao revés, lida com a aceitação dos riscos, mediante a reação normativa de expectativas quanto aos desapontamentos. É aí que irá surgir o direito diante da sociedade, segundo a análise de Klaus Gunther, ao estudar Luhmann, afirmando que o direito surge porque determinadas expectativas sociais são selecionadas a fim de lidar com a decepção normativa¹³³. A estrutura do sistema jurídico é formada quando uma quantidade de expectativas é generalizada de maneira temporal, social e objetiva, formando um *corpus* normativo. As expectativas têm que ser lidadas como um dever coativo, ao qual, em caso de descumprimento, pela decepção gerada, seja estabelecida uma sanção, que garanta uma reação ao desapontamento, permitindo a manutenção da expectativa, mesmo sob a ameaça dos riscos.

Assim, reside a distinção entre expectativas cognitivas e normativas na teoria de Luhmann. A diferença entre as duas se dá em termos funcionais, de acordo com a forma com que cada uma soluciona o problema da decepção¹³⁴. Ambas as expectativas absorvem antecipadamente os desapontamentos, mas no caso das expectativas cognitivas, elas tão e simplesmente aceitam o desapontamento quando ele vem, adaptando-se à realidade. Já as expectativas normativas não são passivas quanto a sua transgressão, e quando essa transgressão ocorre, as expectativas se mantêm, pois não se transformam ou não se tornam diferentes diante do desapontamento, porque a decepção é do autor do desapontamento e não da expectativa. A expectativa, tomada normativamente, não assimila o desapontamento, e, ao contrário, controla antecipadamente o risco de se desapontar com a ameaça da sanção. Por

¹³² Id., Op. Cit., p. 54.

¹³³ GUNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral-justificação e aplicação*. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 378.

¹³⁴ LUHMANN, Op. Cit., p. 56.

isso, Luhmann afirma que “as normas são expectativas de comportamento estabilizados em termos contrafáticos”¹³⁵.

Tal constatação da teoria sistêmica luhmanniana terá sérias repercussões no aprendizado de fatos tidos pelas normas como sujeitos às sanções penais. O sucesso de uma expectativa é que ela seja cumprida, e no caso do crime, trata-se de uma ação detectada no âmbito da experiência que se tornou uma possibilidade de difícil ou nula aceitação, na perspectiva das expectativas. O risco produzido numa sociedade pós-industrial e os perigos resultantes de sua propagação, só fazem com que as expectativas de comportamento, cognitivamente pelos seus membros, importem numa censura e numa não aceitação de mudanças de realidade na adoção de comportamentos, uma vez que essas expectativas não desejem se adaptar às frustrações, deixando de serem tão somente cognitivas e se clausurando enquanto sistema na dimensão interna de suas operações. Assim, mudanças de atitudes, novas tendências, novos ideais, valores ou contestações da juventude, em campanhas de mobilização pela descriminação do uso de drogas, por exemplo, como outrora foi o movimento *hippie* nos anos sessenta do século passado, ou a liberdade preconizada pelas gangues de motoqueiros *Hells Angels*, pregando o respeito ao seu modo de vida, nas rodovias e *pubs* norte-americanos, só podem ser vistos pelas expectativas normativas como transgressões, potencial agente de decepção, cuja conduta deve ser sancionada coercitivamente. Nesse sentido, o sistema dos meios de comunicação trata de pintar os diferentes como marginais, *outsiders*, transgressores das expectativas, e o direito trata de autuá-los e colocar atrás das grades, como é feito hoje na Europa com centenas de jovens imigrantes árabes, asiáticos e africanos, acusados de vadiagem, nos grandes centros urbanos da comunidade europeia.

Como o sistema jurídico é dotado de autonomia, ele pode generalizar com sucesso as expectativas de comportamento em uma sociedade complexa, lidando com a complexidade e a contingências das experiências através do legislador, enquanto que cuida do desapontamento através da jurisprudência, na aplicação das sanções. É por isso que o direito aparece como sistema normativamente fechado e cognitivamente aberto¹³⁶. O sistema mantém-se fechado, na sua clausura operativa, no momento em que os julgadores têm que decidir conforme o código conforme X discrepante do direito, pois é isso que configura a autoridade e a autonomia do sistema, já que tão somente o sistema jurídico pode fazer isso,

¹³⁵ As normas, diferentemente dos fatos, não têm sua vigência apenas no âmbito da experiência, em que elas se realizam, assim como os fatos, mas, também têm uma vigência institucionalizada, ou seja, permanecem independente dos fatos ou até mesmo contrariamente a eles, no momento em que eles não correspondem às suas expectativas. Ibid, p. 57.

¹³⁶ GUNTHER, Op. Cit, p. 380-381.

estabelecendo sua diferenciação do entorno. Mas em sua clausura operativa, o sistema permite-se conhecer, por via do aprendizado, o que vem de fora, mas dentro de seus parâmetros internos de autorreferência. Assim, o que é noticiado como certo ou errado, correto ou falso, bom ou mal, pode ser lido pelo sistema jurídico em suas expectativas como algo lícito ou ilícito, permitindo que o sistema se feche, mas ao mesmo tempo se comunique com os demais sistemas.

Dessa forma, o sistema jurídico consegue atravessar os outros sistemas, lidando com a complexidade e a contingência, solucionando problemas, tornando suportável a decepção. Isto se dá porque, segundo Luhmann, as expectativas normativas e cognitivas, durante toda a história da humanidade desde as sociedades primitivas mantiveram-se entremeadas¹³⁷. É isso que impede, por exemplo, que os homens se destruíssem entre si, contrariando suas expectativas, no momento em que um deles se valesse de seus egoísticos sentimentos de autotutela na resolução de conflitos, prevalecendo a solidariedade pela iminência da sanção. E é também no âmbito de uma sociedade de risco que essas expectativas se tornarão mais evidentes, e os perigos que dela resultam também, no momento em que, para se livrar das transgressões traduzidas nos desapontamentos quanto às expectativas de segmentos sociais tidos como perigosos, prevaleça um direito penal excludente, altamente sancionador, empregado para corresponder às expectativas, para sanar a insegurança, para combater o medo, garantindo a permanência da expectativa, mesmo sob o risco da decepção.

Função e código são dois conceitos básicos definidos por Luhmann que permitem reconhecer a autopoiese do sistema jurídico ao lidar com a contingência, gerenciando a insegurança e o risco, além de ser possível falar de autonomia desse sistema. A função diz respeito às operações do sistema e é reconhecida no sistema do direito, como a função correspondente das operações jurídicas, qual seja: produzir normas. Já o código binário empregado no direito permitirá observar as operações do sistema e reconhecer nessas operações o que está conforme o direito e o que é contrário ao direito¹³⁸. Através de ambos é possível haver a redução de complexidade em que o código, conforme ou contrário ao direito, pode ser utilizado como abertura autopoietica do sistema, em seus acoplamentos estruturais com outros sistemas, selecionando aquilo que importa para o sistema jurídico, ~~onde suas~~ cujas operações reproduzem a função de produzir normas no sentido de propiciar uma adequação de condutas às expectativas normativas que compõem a estrutura do sistema. Numa sociedade de risco, riscos esses, derivados da globalização como a imigração de levas e mais levas de

¹³⁷ LUHMANN, Op. Cit, p. 58.

¹³⁸ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Editorial Herder, 2005, p. 116.

estrangeiros vindos da América Latina pela fronteira do México até os Estados Unidos, ou imigrantes africanos e asiáticos para a Europa, serão selecionados pelo sistema como condutas contrárias ou não ao código do direito, vindo essas condutas a serem criminalizadas ou não, como no exemplo da imigração ilegal, por serem os imigrantes fator de produção de risco de criminalidade e terrorismo, segundo a ótica das agências de segurança dos Estados e conforme a tese de Jakobs sobre o direito penal do inimigo.

Entretanto, Luhmann (2005) adverte que código no sistema do direito não pode ser visto como uma norma. Como já foi visto acerca da teoria de Luhmann sobre a sociedade, as operações dos sistemas são vistas como comunicações, e o código não passa de ser uma dessas comunicações do sistema que, no caso do direito, é imprescindível para reconhecer o direito como direito¹³⁹. O código binário conforme o direito x contrário ao direito é uma comunicação interna do sistema jurídico que o caracteriza, que independe de uma norma fundamental ou superior para que se estruture enquanto sistema. Por sua vez, esse código é resultante da clausura operativa do direito, pois em nenhum outro sistema da sociedade um determinado fato ou situação poderia ser considerado conforme ou contrário ao direito, lícito ou ilícito. Quando um programa de televisão divulga a condenação de um réu como culpado em uma notícia divulgada no noticiário, tal notícia não tem relevância alguma para um sistema operativamente fechado como o direito, pois somente a repercussão dessa condenação dentro das operações do sistema do direito é que será submetida aos pressupostos de validade ou invalidade, de conforme ou não ao direito. É o código que proporciona a autodescrição das operações do sistema, e, portanto, sua clausura operativa, diferenciando-o dos demais.

Segundo Luhmann (2005), não basta que o sistema do direito processe expectativas normativas para se diferenciar dos demais sistemas. Na verdade, é código direito/não direito que proporciona essa diferenciação, conduzindo a uma unidade do sistema que surge como resultados das operações próprias do sistema do direito¹⁴⁰. O sistema jurídico por ser operativamente fechado não se desenvolve sozinho, ou independente de seu entorno. Não há direito sem sociedade, sem entorno social, sem homens, mas o que ocorre com o funcionamento do código enquanto comunicação típica do sistema é que, através dele, o sistema se relaciona com o entorno. A diferenciação do sistema com o entorno é feita por suas próprias operações internas, por operações que recorrem umas as outras dentro de uma clausura; ou seja, a abertura com o ambiente é proporcionada pelo fechamento¹⁴¹.

¹³⁹ Idem. *El derecho de la sociedad*. México: Editorial Herder, 2005, p. 124-125.

¹⁴⁰ Ibid., p. 128.

¹⁴¹ Ibid. p. 132.

Direito e meios de comunicação são sistemas distintos, em que a abertura cognitiva de um e a clausura normativa de outro acabam por produzir irritações típicas da intromissão de um sistema em outro. Exposto frequentemente a essas intromissões, o sistema jurídico acaba, segundo Luhmann, a operar em estado de corrupção¹⁴². É quando o direito ocasionalmente se funda com o sistema, continuando a funcionar normativamente, mas operando segundo valores que não ditados pelo próprio sistema, mas sim através de valores intrusos, postos oportunisticamente dentro do sistema, como forma de sujeitar o direito à política.

Uma política criminal voltada para uma sociedade de risco, cuja dimensão de inseguranças e incertezas quanto aos perigos é expandida e difundida pelo sistema dos meios de comunicação, cultiva aquela racionalidade moral universalizante de matriz kantiana, no sentido de configurar, na teoria do direito penal de Jakobs, uma sociedade de cidadãos e de inimigos. Os valores decorrentes dessa racionalidade invadem o sistema do direito, com um forte apoio dos meios de comunicação, no sentido de subordinar o sistema jurídico ao sistema político, nos ditames de um populismo penal que visa tão somente atender aos emergenciais sentimentos de insegurança coletiva engendrados numa sociedade de risco. O sistema do direito passa a ser invadido por valores distintos daqueles previstos em seu código próprio. Entretanto, Luhmann insiste em sua tese de observar o direito como sistema autopoieticamente fechado, ao entender que o sistema jurídico pode tomar em consideração (como toma) de fatos externos; mas esses fatos têm que ser lidos internamente como informação por meio das operações internas do próprio sistema do direito. O sistema do direito conhece cognitivamente os fatos, mas no momento em que lida com eles em suas operações, não mais está sujeito à surpresa, incerteza, conflito ou insegurança a que estão expostos os espectadores dos meios de comunicação, ao receberem as informações pela mídia¹⁴³. Sem estabelecer opiniões morais, como em geral, trabalham os meios de comunicação na formação da opinião pública, o posicionamento individual de um juiz, ao ser entrevistado em um canal de televisão acerca de um caso, não se trata de uma operação jurídica típica de seu sistema, mas tão e simplesmente uma operação típica do sistema midiático. Noticiar um julgamento e o ato de julgar são operações totalmente distintas, de âmbitos específicos de seus próprios sistemas autônomos e fechados. A abertura cognitiva do sistema só se dá dentro de sua autopoiese; portanto, o sistema jurídico, como diz Luhmann, converte a si próprio em lei. Se isso ocorre, a diferenciação entre lei e moral fica mais do que

¹⁴² Id., p. 137.

¹⁴³ Conforme afirma Luhmann: “*Dicho de otra manera: el sistema del derecho no puede atribuir a si entorno normas, pero si conocimientos*”. Id., p. 141.

estabelecida, e, dessa forma, a moral não terá utilidade jurídica, pois seu código bom X mal não tem relação com o código conforme o direito X contrário ao direito.

A unidade do sistema do direito é dada por sua fórmula de contingência, qual seja: a justiça¹⁴⁴. A fórmula de contingência confere sentido a um sistema autorreferencial e heterorreferencial, como é o sistema jurídico, permitindo a atualização de sua autorreferência. Por ser um sistema autorreferente, o sistema jurídico tem que ter a capacidade de reconhecer, reiteradamente, as operações que são tidas como suas realizadas mediante a distinção entre codificação e programação, mas que necessitem de um símbolo que enlace suas operações, para torná-las válidas e propiciar sua reutilização, na autopoiese do sistema. A ideia de justiça ganha relevância na teoria sobre o sistema jurídico, porque esse sistema, independente dos fatos, pretende-se justo¹⁴⁵. Naturalmente, para ser tida como justiça do próprio sistema, a justiça tem que ser lida normativamente, e é traduzida no sistema do direito como norma de harmonia social, pela autodescrição que é feita da justiça pelo sistema e pelo fato de que a justiça, assim como as normas, exercem a função no sistema do direito de estabilizar expectativas normativas. Nesse sentido, segundo Luhmann, um sistema pode designar a si próprio como justo, sem o ser; porém, será necessário descobrir qual o relevante papel que terá a ideia de justiça para a teoria dos sistemas do direito.

No interior do sistema, a justiça enquanto fórmula de contingência, “canoniza-se”, assegurada como irrefutável. Com isso, em seu relativismo, Luhmann questiona o absolutismo do jusnaturalismo, pois, para ele, não é por sua qualidade natural que a justiça é justa. Ao invés de se perguntar sobre a natureza da justiça, Luhmann se depara com a questão da autoespecificação da fórmula¹⁴⁶. A justiça enquanto fórmula de contingência tem uma conclusão circular, e é nisso que reside sua originalidade. A justiça vê a si própria como um princípio que se fundamenta a si própria, ou seja, ela não tem a necessidade de fundamentar-se. A justiça não é uma afirmação decorrente da natureza do direito e nem é um princípio fundador da validade jurídica, já que pela função normativa do sistema, podem-se ter tanto normas justas quanto injustas produzidas pelas operações do sistema. Para Luhmann, a fórmula de contingência é tão somente um esquema de busca de fundamentos ou de valores que não podem obter validade jurídica, a não ser sob a forma de programas¹⁴⁷. Isso implica em dizer que o código igualdade X desigualdade só ganhará seu fundamento se, as operações fundadas nesse código agirem mediante uma recursividade em que o sentido do código seja

¹⁴⁴ Ibid., p. 278.

¹⁴⁵ Ibid. p. 279.

¹⁴⁶ Ibid., p. 281.

¹⁴⁷ Ibid. p. 285.

dado pela fórmula de contingência, no caso: o conceito de igualdade como justiça. Isso implica em dizer que o conceito de justiça irá variar conforme o momento histórico pelo qual passa a sociedade e de qual fórmula de contingência irá adotar o sistema jurídico para designar uma dada realidade como justa como consequência do desenvolvimento das operações do sistema. Uma sociedade em que prevalece, por exemplo, uma concepção aristotélica de justiça, como uma justiça distributiva, deverá passar por um momento histórico e pela peculiaridade de ser uma sociedade com uma estratificação social aguda, levando a crer que a justiça somente se materializa nesse sistema quando se demonstra que os desiguais foram tratados como desiguais, conforme suas necessidades e peculiaridades, de acordo com uma relatividade histórica e sócioestrutural que complete as exigências da fórmula.

No que tange aos riscos produzidos em uma sociedade em que prevalece um sentimento de insegurança quanto a esses riscos, o sistema jurídico, em sua clausura operativa, converte o risco em suas operações, mediante a autorreprodução de mecanismos normativos de controle que reprimam os riscos. Luhmann informa que o direito não é capaz de solucionar todos os problemas da sociedade, e apenas faz a sua parte, reduzindo a complexidade, pois esta é a capacidade de resposta do sistema jurídico mediante os questionamentos da sociedade quanto à segurança e ao risco. Entretanto, a complexidade interna do sistema do direito só dá respostas às irritações do meio, conforme as decisões tomadas no âmbito interno do sistema se adéquem a sua fórmula de contingência, ou seja, sejam proferidas em um contexto em que tais decisões sejam lidas pelo sistema como justas.

O sistema jurídico tende a reduzir a complexidade da cadeia de responsabilidades pelo risco, mediante a aplicação de um direito pela segurança, cujos produtores de riscos são identificados, e, qualificados como inimigos, que são destituídos do sistema social, seja pela sua responsabilização pela imputação, seja por sua aniquilação com base na diferenciação indivíduo X cidadão. Em uma sociedade altamente diferenciada, permeada por subsistemas onde, em que, em cada um deles, podem existir produtores e consumidores de risco, só resta ao sistema jurídico, em sua codificação binária, e consoante sua fórmula de contingência, adotar aquelas soluções que sejam consideradas as mais justas dentro da fórmula que confere unidade ao sistema, numa programação de condutas em que serão puníveis aquelas que não estiverem conforme ao que seja entendido pelo sistema como conforme ao direito.

3.4. O Punitivismo Autopoético

Nesse momento de desenvolvimento deste estudo, compete ao estudioso das teorias sistêmicas, mediante a contribuição dada pela teoria dos sistemas autopoéticos, ingressar no estabelecimento de um conceito que talvez revele mais visivelmente como funciona o vigor punitivo do Estado, através da observação do sistema jurídico, em especial de seu subsistema penal em sua relação com o entorno social.

Sabe-se que a punibilidade é a possibilidade de aplicação da lei penal¹⁴⁸. Entretanto, mais do que isso, a punibilidade significa o exercício de um poder punitivo conferido apenas ao sistema jurídico enquanto sistema autônomo, fechado em sua clausura operativa. Essa possibilidade de punir é proporcionada pela congruência das expectativas normativas do sistema social filtradas pelo sistema jurídico, encarregado de lidar com sua frustração. Nelas, a sanção penal é vista como uma resposta à frustração de que uma dada conduta violadora da norma não irá afetar um bem jurídico tutelado por essa norma, pois isso implicaria no fracasso da própria norma e no comprometimento de sua vigência, visto que mais do que proteger bens, a sanção visa proteger a própria norma de um eventual descumprimento de seu preceito¹⁴⁹.

Entretanto, essa mesma punibilidade se dá no interior da autopoiese do sistema jurídico, entendido enquanto sistema fechado, que em sua abertura cognitiva permite a entrada de discursos de fundamentação prévios a que se referia Habermas, na construção do ordenamento jurídico enquanto um mundo vivido, acrescido posteriormente de uma dimensão ética conferida culturalmente no ambiente social¹⁵⁰. Ocorre que os discursos desse mundo não passam incólumes a um sentimento difundido de insegurança coletiva, que nos marcos da construção de um direito penal, acabam por se converter nas operações internas do sistema jurídico em normas punitivas. O sistema penal vive, portanto, uma certa lógica retributiva, proporcionada por uma retribuição comunicativa do sistema¹⁵¹, em que a cada expectativa produzida, reproduz-se a sanção sob a forma de pena, seja ela conforme um modelo supostamente ressocializador ou não.

¹⁴⁸ DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 761.

¹⁴⁹ JAKOBS, Gunther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? Tradução Manuel Cancio Melliá, Nereu José Giacomolli. In: CALLEGARI, André Luís, LYNETT, Eduardo Montealegre, JAKOBS, Gunther, MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 48.

¹⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 40.

¹⁵¹ JARA-DIÉZ. Carlos Gómez. *Teoría dos sistemas y derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 417.

Na escalada da expansão punitiva, detém-se um sistema pronto e acabado de produção e reprodução de sanções, voltado unicamente para a produção de penas. A pena é a síntese da atividade laborativa do legislador penal, e nela irá se concentrar a satisfação das expectativas que convergem para soluções punitivas diante de dilemas sociais. Não é outra a resposta diante da criminalização de movimentos que, sob o predomínio de relações sociais materialmente desiguais, subvertem uma suposta igualdade de direitos nos marcos da ideologia liberal-burguesa, e confrontam supostos bens jurídicos tutelados por essa sociedade socialmente dividida, tais como a propriedade, bem ao gosto de teorias criminológicas como a escola positivista e a escola liberal clássica¹⁵². O direito à propriedade é visto pelo legislador penal como supedâneo para uma nova economia do castigo e gestão das ilegalidades materializada na legislação penal¹⁵³. O sistema penal, enquanto um subsistema do jurídico acaba por reproduzir uma lógica punitiva que se auto-observa e se autodiferencia da economia de sanções produtivas em outros âmbitos do ordenamento jurídico, de natureza não-penal.

O dilema de movimentos sociais como o MST vem à luz com a dificuldade do legislador em conceber o direito à terra como autêntico direito social e não apenas como mera expressão da definição clássica do pensamento liberal-burguês do direito de propriedade. Isso se dá porque em nosso ordenamento jurídico, desde seu nascedouro, enquanto direito de um Estado-nação, desenvolveu-se um comprometimento básico com um ideal de sociedade dividida em classes, em que o exercício de direitos, mormente à liberdade, estava associado com uma dinâmica patrimonialista de acumulação de bens. No desenvolvimento do pensamento penal clássico ficava claro que, obter propriedade que não fosse senão pelas formas estabelecidas legalidade burguesa significa a prática de uma infração sujeita a um castigo. Foucault observa a realidade da comunidade rural europeia no final do século XVIII, para constatar que o problema da delinquência estava associado às novas formas de acumulação do capital e do novo status conferido à propriedade rural com a ascensão da burguesia que, despida dos encargos feudais, passou a ser propriedade absoluta, relegado o campesinato à condição de infratores, cada vez mais responsabilizados por pequenas a

¹⁵² Segundo Baratta, “as diferenças entre as escolas positivistas e a teoria sobre criminalidade da escola liberal clássica não residem, por isso, tanto no conteúdo da ideologia da defesa social e dos valores fundamentais considerados dignos de tutela, quanto na atitude metodológica geral com relação à explicação da criminalidade”. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 43.

¹⁵³ As novas formas de acumulação do capital e organização do direito de propriedade, nos moldes da economia capitalista e de uma sociedade catapultada pela burguesia, contribuem para um novo regime legal de intolerâncias, onde a delinquência sobre o patrimônio assume o lugar do direito à terra, pois a ilegalidade de direitos transforma-se numa ilegalidade de bens. FOUCALT, Michel. *Vigiar e punir*-história da violência nas prisões. Rio de Janeiro: Vozes, p. 106.

grandes infrações como quebra de cercas, invasões, roubo de gado ou incêndios. Para aqueles que acumulam capital ou dispõem de condições materiais suficientes no processo de produção de riquezas: a propriedade; para aqueles que não possuem os suficientes recursos providos pelo sistema econômico, e sujeitos a um sistema jurídico, que privilegia a justiça retributiva: a cadeia. A dimensão da propriedade no Estado burguês passou por gerar mais intolerância e exclusão a partir do campo, em que trabalhadores rurais, destituídos de suas relações de servidão, ou padeciam na condição de excluídos ou se tornavam obrigados a compor a mão-de-obra da nascente sociedade industrial, na condição de assalariados.

Na seletividade operada pelo sistema jurídico em seu processo de formação de normas, conforme uma autopoiese punitiva do subsistema penal, a invasão de terras como forma de aquisição de propriedade é considerada como uma violação, um questionamento da vigência da norma, fora dos limites permitidos pelo próprio sistema¹⁵⁴. É a frustração de expectativas normativas vinculadas a um modelo de sociedade confinado aos padrões valorativos do ideário burguês. O conceito de propriedade confunde-se com o de domicílio, ou a subtração desta por meio da ocupação de bens imóveis pode até mesmo ser tipificada como furto ou usurpação, uma vez que, assim como a liberdade, a propriedade é vista como um bem jurídico constitucionalmente tutelado, não obstante ser controvertida a manutenção da propriedade enquanto direito fundamental, nos marcos de um constitucionalismo dirigente e compromissário, vinculado aos ideais de um Estado de Bem-Estar Social¹⁵⁵.

Portanto, por punitivismo autopoietico pode-se entender como a face mais visível das operações desenvolvidas pelo sistema penal em sua função normativa, substituindo um estado de direito por um estado de polícia. Isso se dá num franco processo de expansão punitiva, que não se dá recentemente, mas sim desde sempre, na formação de uma sociedade socialmente desigual, cujos modelos de ressocialização e um welfarismo penal encontram-se francamente decadentes. Na percepção do sistema jurídico que se coloca na condição de observador de segunda ordem do sistema social, a desigualdade é filtrada no âmbito interno das operações do sistema de direito mediante uma redução de complexidade, cujas expectativas normativas são voltadas para práticas cada vez mais repressivas, uma vez que a desigualdade latente no meio social impõe mais exclusão. Nesse momento, a abordagem sistêmica de Luhmann ou de Jakobs não se distancia do quadro detectado pela criminologia crítica, no momento em que a

¹⁵⁴ Jakobs opera com um conceito eminentemente normativo de pessoa, pois o conceito de pessoa e norma são construções meramente jurídicas. Isso implica em dizer que os limites do direito são estabelecidos pelo seu próprio sistema, pois são as normas que dizem o que é direito e até onde vai esse direito. JAKOBS, Gunther. *Direito Penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 30.

¹⁵⁵ FERRAJOLI, *Derecho y razon-teoria del garantismo penal*. Madri: Editorial Trotta, 2009, p. 67.

seletividade do sistema penal denunciada por Baratta, acaba por se revelar claramente na produção normativa que visa restringir mais direitos, em prol de discursos de se estabelecer mais segurança.

É assim que o sistema midiático, por meio de um populismo sentido à luz da produção de notícias como sua autorreferência, faz com que os meios de comunicação produzam mais irritações no sistema político e jurídico, culminando com a emergência de um direito penal simbólico, aderindo à classe política ao discurso da repressão¹⁵⁶. A apropriação do discurso punitivo midiático pelo sistema político torna-se fator de irritação no sistema jurídico, uma vez que o predomínio da opinião pública nos julgados dos feitos criminais e a criação de solipsismos através da adesão de juízes a discursos francamente repressivos, resta por justificada a viabilidade de um processo de criminalização, que acaba por atingir os movimentos sociais.

Transformada numa sociedade de controle¹⁵⁷, a sociedade de risco encontra-se pronta para nos acoplamentos com o sistema jurídico, para proporcionar que o direito penal acabe por auto-observar e autoreproduzir uma lógica punitiva como essência de seu próprio sistema. Nesse sentido, o discurso por um direito penal mínimo perde sentido, quando toda produção interna do sistema jurídico está voltada para mais punição. A punibilidade deixa de ser um mero aspecto da coerção direta, como um dos aspectos da norma penal enquanto sanção resultante desta, para se transformar na própria norma. A autopoiese do sistema punitivo se completa quando os tipos penais passam a ser preenchidos pela inclusão de toda a sorte de riscos não permitidos, que serão associados, pela seletividade, aos principais produtores de risco: os indesejáveis.

Movimentos como o MST sentem fortemente a emergência dessa autopoiese punitiva quando o próprio exercício da liberdade de reunião e associação passa a ser considerada como um risco não permitido. A realidade da exclusão social acaba por ser legitimada por uma teoria da proteção dos bens jurídicos quando, ao serem considerados em seu aspecto patrimonial, a seletividade dos produtores de risco vai se dar intensamente naqueles que no conflito de classes são vistos a principal ameaça ao exercício da titularidade sobre essa propriedade. É nesse sentido que a proteção de vigência da norma defendida por Jakobs aparece com destaque, pois a norma violada é a opromotores da mudança social, encontrados nos discursos dos movimentos sociais.

¹⁵⁶ CALLEGARI, André, WERMUTH, Op, Cit, p. 52.

¹⁵⁷ GARCIA, José Ángel Brandariz. *Política criminal de la exclusión*. Granada: Editorial Comares, 2007, p. 26.

A autopoiese punitiva lida com a definição de culpabilidade enquanto um conceito construído operativamente em que a norma é vista nas comunicações do sistema como norma correta. Nesse plano comunicativo, a autopoiese punitiva tem campo fértil para prosperar, pois a violação da norma é vista operativamente como uma negação do próprio sistema¹⁵⁸. Jakobs prega, portanto, a necessidade de se estabelecer uma relação de reciprocidade entre fato punível e pena como a capacidade do autor do fato de configurar o mundo objetivamente, cuja pena tem duas dimensões: uma no plano simbólico e outra no plano físico, pois não apenas o fato configura o mundo externo dos indivíduos (aspecto físico), mas também sua reação diante do fato (aspecto simbólico). Jara-Díez estabelece sua crítica a Jakobs informando que na autopoiese do sistema jurídico, não interessa o mundo externo ao sistema (o meio social), mas sim o que comunicativamente tenha sentido para esse sistema. Em sua retribuição comunicativa, a pena proporciona uma maior possibilidade de êxito da comunicação no interior do sistema jurídico, quando demonstra através dela que as normas estão vigentes. A autopoiese punitiva completa seu ciclo na culpabilidade, pois se é entendido que as penas garantem a vigência das normas do sistema, o que irá fechar o ciclo punitivo será a reciprocidade comunicativa que se estabelece na conduta daquele que se manifesta contra a vigência da norma (o dito infrator).

A culpabilidade seria, portanto, a falta de fidelidade ao ordenamento jurídico baseada num questionamento da vigência da norma, por parte do autor, fora dos casos previstos pela própria norma que o habilitam a questioná-la¹⁵⁹. Jara-Díez entende que a culpabilidade é uma construção social, no plano comunicativo das pessoas de que a contribuição do autor do fato punível é tida como errônea e destruidora da estrutura do sistema, o que implica em dizer que se trata de uma conduta que não deve ser seguida, e sim, ser punida.

É nesse conceito comunicativo de culpabilidade que irá se desenvolver a expansão punitiva na criminalização de movimentos sociais como o MST, no momento em que aqueles que atacam o movimento, invocam os dispositivos da Lei de Segurança Nacional, para coibir suas ações. As leis penais exercem suas funções manifestas e latentes¹⁶⁰ durante a autopoiese punitiva do sistema jurídico, seja na seletividade da criminalização (extensão do tipo penal definindo condutas criminalizáveis, como no caso da autuação dos sem-terra nos crimes da Lei de Segurança Nacional) ou na adoção de medidas aparentemente não-penais, mas que na

¹⁵⁸ JARA-DÍEZ, Op. Cit, p. 417.

¹⁵⁹ Ibid.,p. 427.

¹⁶⁰ ZAFFARONI, Raul Eugênio, BATISTA, Nilo. Op. Cit., p. 88.

verdade, carregam consigo um poder punitivo (a suspensão de funcionamento das escolas montadas pelo movimento).

É bem sob a égide da teoria da prevenção geral positiva que gravita o conceito de culpabilidade que Jara-Díez desenvolve a partir de seu estudo do papel da pena na obra Jakobs. A culpabilidade irá se fundamentar na função manifesta da lei penal, que é a de estabelecer a sanção para assegurar a vigência da norma¹⁶¹. A criminalização viria, no aspecto dessa teoria, a produzir um consenso sobre a manutenção do sistema jurídico, a partir de uma produção de consenso oriunda do próprio sistema (a imposição da sanção). A prevenção geral positiva consolida a punibilidade autopoietica no momento em que criminaliza os culpáveis, sob um ponto de vista eminentemente normativo. Pune-se porque alguns indivíduos questionam a vigência da norma, comprometendo a manutenção da estrutura do sistema. Assegura-se a legitimidade social da punição pelo resgate da confiabilidade no sistema através da aplicação da pena, gerando um consenso de que o sistema é confiável porque pune quem deve ser punido, porque age contra esse sistema. É nesse sentido que se pune o protesto, se pune a mobilização, é punível a rebelião. Abre-se por essa perspectiva as dimensões de um Estado de polícia, a conviver paradoxalmente com um Estado de direito.

3.5. Coerção imediata e punibilidade no âmbito das expectativas normativas do sistema jurídico

Quanto às expectativas normativas, presentes no sistema jurídico, questiona-se a vigência de um Estado de direito e de um Estado de polícia, no momento em que essas expectativas são voltadas para uma economia punitiva pautada pela simples coerção imediata ou se o modelo penal exerce um regime de punibilidade¹⁶². Nesse sentido, compete observar nas operações internas de um sistema jurídico se este, ao produzir nas reproduções do sistema um segmento de excluídos em sua autopoiese punitiva, face às desigualdades encontradas em seu entorno social, se a função normativa está voltada correntemente para o exercício de um modelo repressivo, cuja punibilidade é a tônica presente e não exceção, e cujo regime de supressão de liberdades e renúncia dessas liberdades em prol da segurança, não serve como elo legitimador desse regime punitivo.

¹⁶¹ JARA-DÍEZ, Op. Cit., p. 430.

¹⁶² ZAFFARONI, Raul Eugênio, BATISTA, Nilo, Ibid., p. 93.

Ora, se, como afirma Brandariz Garcia, vive-se um período em que a sociedade disciplinar, pensada por Foucault, tornou-se uma sociedade de controle¹⁶³; então, pode-se pensar que todas as medidas adotadas sob a perspectiva de um welfarismo penal têm o escopo, na verdade, de autorreproduzir a lógica interna de um sistema que produz mais e mais criminalização, identifica mais e mais inimigos, segundo a terminologia empregada por Jakobs, e transforma a coerção imediata, como característica inata das operações internas do sistema jurídico conforme o código empregado lícito X ilícito, no código ditado pela punibilidade de punível X impunível ou criminalizável X não criminalizável. Trata-se não apenas mais de se estabelecer a correlata sanção coercitiva para cada conduta tipificada como proibida, mas sim de estabelecer todo um âmbito de criminalizações e punições quando as expectativas do entorno social são todas expressadas, mediante as observações internas do sistema jurídico, clausurado operativamente, como expectativas voltadas para a punição. Desenvolve-se a gênese a lógica dos desdobramentos da expansão punitiva através da autorreprodução natural de mais e mais punição mais e mais exclusão, tendo em vista que o sistema jurídico, em seu fechamento, já entende que determinadas relações desiguais, são regidas desigualmente pelas normas, mediante a aplicação de punições.

Como as expectativas normativas se voltam para mais coerção em um trajeto de expansão punitiva, revigora-se a tese de Jakobs acerca da prevenção geral positiva. De fato, em uma sociedade acometida de um sentimento generalizado de insegurança coletiva e diante de riscos que se tornam não permitidos, por serem, em si, fatores que promovam alarma social e emergência de medidas punitivas, dado o discurso do populismo penal, nada mais legítimo do que estabelecer a repressão e a punição das normas penais, assegurando sua vigência, como um expediente de reforço da confiabilidade no sistema. O sistema jurídico se torna confiável no momento em que lida com a frustração, mitigando o sentimento de insegurança coletiva pela via da criminalização, pela intensificação das punições, marcando a lógica interna das operações jurídicas com sinais claros de intervenção punitiva e uma expansão sistemática de redes de punibilidade. Procuram-se, inicialmente por meio de tipos penais abertos novas tipificações, novas condutas que possam se subsumir no modelo penal-repressivo traçado, a fim de prosseguir com o ímpeto punitivo do subsistema penal. O direito em sua autopoiese acaba por engendrar a autopoiese da punição¹⁶⁴.

Dessa forma, é possível identificar, por exemplo, a emergência de um direito penal simbólico, como se ateu Ripollés, ou pode também ser vislumbrada sob a perspectiva de

¹⁶³ GARCIA, Brandariz. *Política criminal de la exclusion*. Granada: Editorial Comares, 2007, p. 26.

¹⁶⁴ LUHMANN, Op. cit., p. 291.

outros autores, no desenvolvimento e crise do modelo garantista, em um direito penal de segurança¹⁶⁵.

Se é verdade que o atual estágio da modernidade, sobretudo nos países da América Latina, é da convivência social nos parâmetros de um regime democrático, resta saber se nesse mesmo estado democrático não se estará falando de uma política punitiva de emergência que apresente certa permanência na sociedade contemporânea¹⁶⁶. Para Agamben (2004), o conceito de estado de exceção é problemático no direito público no momento em que se estabelece o conceito nos termos de uma provisoriedade problemática, diante das relações entre o direito e a política. Contrariando concepções baseadas na existência de um patamar entre democracia e absolutismo, o filósofo italiano destaca que uma política coercitiva bélica, que aflige um contingente inteiro de indivíduos é mais uma técnica de governo, do que propriamente uma medida provisória e excepcional a fim de controlar situações de emergência, que requerem uma intervenção coercitiva.

O conceito de estado de exceção, como a firmar nos termos de uma política punitiva, a substituição da coerção imediata pela punibilidade, como pensam Batista e Zaffaroni, passa pela analogia formulada por Agamben entre estado de exceção e direito de resistência. Tanto em um quanto em outro, a dificuldade de regular constitucionalmente a legalização de um estado de exceção como medida excepcional, ou o reconhecimento da resistência dos cidadãos como um direito oriundo de uma escolha política, vem o problema do significado jurídico de uma ação extrajurídica. Resistência e exceção como categorias operacionais próprias do âmbito do sistema político e distintas do jurídico serão melhores delineadas na fase mais avançada deste estudo, quando serão observadas as teses que propõem ser a Constituição um acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico¹⁶⁷. Por enquanto, o que interessa notar é até que ponto o positivismo jurídico contribuiu para a manutenção do estado de exceção enquanto um direito subjetivo do Estado a sua própria autoconservação¹⁶⁸. Pode-se empregar o pensamento de Agamben que sugere transpor essa dicotomia entre dentro/fora do estado de exceção, posicionado como fenômeno extrajurídico, para encontrar a lógica da punibilidade dentro da cultura penal de emergência que se observa

¹⁶⁵ CEPEDA, Ana Isabel Péres. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madri: Iustel, 2007, p. 51.

¹⁶⁶ Segundo Agamben: “diante do avanço do que foi definido como uma “guerra civil mundial”, o estado de exceção tende a cada vez mais se apresentar como o paradigma do governo dominante na política contemporânea”. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 13-24.

¹⁶⁷ NEVES, Marcelo. *A constituição simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 54.

¹⁶⁸ Vide a concepção de estado de exceção em autores como Hoerni, Raneletti e Rossiter. AGAMBEN, Op. Cit., p. 38.

hoje no atual estágio da modernidade, ao se encontrar a zona de indiferença quanto à externalidade ou internalidade do conceito, para se verificar até que ponto o estado de exceção se aloca no sistema jurídico de uma sociedade.

A teoria da necessidade prega que esta serve como fundamento último para que o sistema do direito determine o que é lícito e o que é ilícito. Nesse sentido, a punibilidade e a emergência de uma cultura punitiva do Estado valem-se de um *status necessitatis* da aplicação da coerção que transpõe situações imediatas e se conduz por um preocupante e tortuoso caminho pautado em uma economia do castigo, em que se torna necessário punir, e mais punir. O surgimento subsequente e constante de novos tipos penais, a subjugação do legislador a certo populismo punitivo (o que será visto mais adiante) e o desenvolvimento de um processo de criminalização com vistas a tolher o direito à resistência e a manifestação do protesto no exercício da liberdade de associação e reunião, acabam por se apoiar em um fundamento de necessidade, que expõe as tentativas de um sistema social em manter sua autoconservação. A subjugação da lei à necessidade é que legitima a inclusão desta no ordenamento jurídico, de modo que, determinadas situações, outrora legalmente obrigatórias pela norma, tornam-se atípicas ou excepcionam-se quanto à aplicação do princípio da legalidade, como no caso do estado de necessidade em que se apoia a excludente do artigo 23 do Código Penal. Assim como o indivíduo alega a necessidade, como motivo para violar a lei, subsumindo sua conduta ao tipo incriminador previsto na norma penal, essa mesma norma o exclui da punibilidade, ao mesmo tempo em que a reforça, no momento em que legitima a violência e a força, com o emprego de armas, prisões e até a justificativa da morte de cidadãos nos casos de estrito cumprimento do dever legal, porque em ambos os casos (necessidade individual, cumprimento do dever estatal) estava presente o fundamento de necessidade. Alegam os defensores da expansão punitiva e da criminalização: prende-se, porque é necessário!

3.6. A criminalização dos movimentos sociais na lógica dos acoplamentos entre sistema penal e sistema midiático: como lidar com a contingência e o paradoxo?

Rorty, ao tratar da discussão sobre direitos humanos e racionalidade, cita uma reportagem feita pelo *New Yorker*, em novembro de 1992, durante a Guerra na Bósnia, feita pelo jornalista David Rieff, em que narra o massacre de muçulmanos por sérvios, mediante uma “faxina étnica”, movida por estupros coletivos de mulheres bósnias por soldados sérvios, além de torturas, sevícias, execuções e todo tipo de atrocidades cometidas pelo exército da

Sérvia¹⁶⁹. A reportagem assinala que os sérvios viam os muçulmanos não como humanos, mas como animais, operando com a mesma distinção ocorrida no tempo das Cruzadas entre homens santos e cães infiéis. A distinção: humano-animal, para Rorty, é apenas uma das várias pelas quais os homens inferiorizam o outro, maltratam a alteridade. Para os habitantes das democracias ricas ocidentais, por exemplo, ver um conflito sanguinário como o dos Balcãs, é motivo suficiente para identificar os estupradores sérvios como animais, assim como estes viam os muçulmanos no período do conflito balcânico. Entretanto, nada se fez na década de 30 do século passado para impedir a ascensão do nazismo em solo alemão, não obstante também os judeus naquela época serem definidos pelo discurso de Adolf Hitler como seres inferiores. Rorty afirma que além da distinção humano-animal, há também a distinção entre adultos e crianças, ou entre brancos e negros, como ocorria na América segregacionista, anterior aos movimentos pelos direitos civis. O movimento feminista, por sua vez, também surgiu devido ao fato de que a distinção entre homens e mulheres na sociedade conduzia a uma condição de inferiorização por gênero.

Os movimentos totalitários foram hábeis em eleger inimigos na ascensão dos movimentos nacionalistas e nazifascistas nas primeiras décadas do século passado¹⁷⁰. A distinção entre nós X eles, de cidadãos e inimigos da cidadania é típica do discurso excludente de sistemas repressivos que não lidam com a perspectiva da universalização, mas sim da unilateralização totalitária de determinados discursos e de um agir instrumental (citar Harend)??

Não obstante a diferenciação, por séculos, a filosofia, a partir de Platão até chegar a Kant, tentou estabelecer um traço comum entre todos os homens que os equivaleria a partir de uma singular natureza humana, detentora de uma obrigação moral transcultural por exigências da própria racionalidade dessa natureza. Rorty defende a teoria jusfilosófica do argentino Rabossi, ao dizer que a cultura dos direitos humanos é historicamente determinada, e não resultante de um traço moral que distinguiria os humanos de outros animais. Discorda, ele, portanto, da tese sobre a existência de uma natureza humana universal¹⁷¹. Se a cultura dos direitos humanos do Ocidente é moralmente superior a de outras culturas, isso não se dá por um atributo distintivamente humano, que leve a existência de um traço transcultural moral que perpassaria a todas as civilizações, mas sim ao fato de existir uma tentativa da cultura ocidental de se tornar a cultura de todos os seres humanos, no momento em que se demonstra mais consciente, poderosa e superior que as outras. Esse traço distintivo foi, para os filósofos

¹⁶⁹ RORTY, Richard. *Verdade e Progresso*. Barueri: São Paulo, Manole, p.199-201.

¹⁷⁰ ARENDT. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 340.

¹⁷¹ Id., Op. Cit., p. 204.

neoplatônicos, revelador da racionalidade da cultura dos direitos humanos. Entretanto, o relativismo cultural chega às raias de demonstrar que, ao contrário, predominam em algumas culturas até mesmo traços de uma irracionalidade; em que, por exemplo, conceitos como a dignidade humana não tem efeito ou aplicabilidade alguma.

Se for entendido que a filosofia moral é apenas uma parte da cultura ocidental e que é historicamente determinada, chega-se a conclusão de que a sociedade ocidental (que também é uma sociedade de risco) detém o atributo de todos os sistemas autopoiéticos que também são sistemas históricos, produzindo e conservando suas estruturas a partir do estado imediatamente anterior que o próprio sistema havia criado¹⁷². Assim, quando Jakobs refere-se a Hobbes e a Kant para dizer que existem sistemas punitivos diferenciados para quem se apresenta como cidadão e para aquele que é identificado como inimigo, está apenas reproduzindo um traço cultural distinto e dominante na sociedade ocidental, dotado de uma moralidade própria, de estrutura historicamente determinada, que na dinâmica de suas operações jurídicas, tende a criminalizar condutas de acordo com uma moralidade culturalmente construída no decorrer da história, por obra dessas mesmas operações¹⁷³.

O sistema social com seus conteúdos de moralidade, historicamente construídos, segundo Rorty, e dado seu caráter omniabarcador, como deduz Luhmann, tende a incidir na definição de indivíduos identificados como cidadãos e aqueles identificados como inimigos, para chegar a adotar um programa de seletividade de criminosos e não criminosos mediante esses conteúdos morais, tanto na autopoiese do sistema midiático quanto na do sistema jurídico, uma vez que esses sistemas, em seus acoplamentos com o entorno social, acabam por reproduzir em suas operações internas o mesmo traço cultural distintivo da cultura ocidental, pautada por uma moralidade historicamente determinada¹⁷⁴.

O sistema midiático, ao retratar criminosos, seguindo a programação ditada pelo código informação X não informação, também identifica nas operações de seu sistema o que é o criminoso. Para os meios de comunicação de massa, interessa definir o delinquente como o mau, o perverso, o monstro, o animal, o degenerado (assim como os estupradores sérvios viam suas vítimas muçulmanas ou como os indivíduos dos países democráticos viam esses criminosos de guerra). O conceito de inimigo trazido à tona por Jakobs ganha vulto nos relatos dos meios de comunicação. Nos excedentes de possibilidade em que o sistema midiático, por meio da auto-observação, descreve a realidade também se valendo de

¹⁷² LUHMANN, *El derecho de la sociedad*. México: Editorial Herder, 2005, p. 105.

¹⁷³ JAKOBS, Op. Cit., p. 29.

¹⁷⁴ RORTY, Op..Cit.p. 205.

juízos morais e induzindo a massa da audiência de espectadores a fazer os mesmos juízos, há, portanto, uma forte influência da filosofia moral como traço característico da cultura ocidental e midiática, desde a reflexão platônica até o legado kantiano para a modernidade.

Ocorre que, tanto o sistema dos meios de comunicação quanto o sistema jurídico são sistemas históricos. As operações de um sistema como o jurídico, por exemplo, não são idênticas, e, ao contrário, à medida que se sucedem, vão modificando as operações anteriores dentro de uma evolução do sistema¹⁷⁵. Isso já seria suficiente para fundamentar a crítica de Rorty ao pensamento platônico e servir como questionamento à concepção kantiana de uma obrigação moral universal. Muçulmanos podem não ser tão ameaçadores para o cidadão da França como eram para os sérvios na Bósnia; porém, tornam-se fatores de risco e suas práticas sociais fundadas em condutas religiosas passam a ser julgadas como irracionais, por uma moral racional historicamente determinada no povo europeu, tendendo a identificar jovens imigrantes muçulmanos como suspeitos de terrorismo, por exemplo, no âmbito de uma sociedade de risco.

Rorty faz uma crítica quanto à tese de Platão sobre uma universalidade da verdade e concepção de Kant acerca da existência de uma obrigação moral universal opondo os conceitos de racionalidade e sentimentalidade¹⁷⁶. Dessa forma, segundo Rorty, Platão entendia que o modo de fazer com que os homens se entendessem e vivessem em paz se daria através da identificação de um traço comum: a racionalidade. Segundo Kant, a consciência comum entre os povos acerca de uma moralidade universal seria suficiente para que eles não se destruíssem e convergissem para um fim comum ditado por uma racionalidade intrínseca a essa obrigação moral universal. Entretanto, Rorty faz apelo à sentimentalidade, ou seja, ao sentimento de não se sentir parte de uma cultura, grupo ou sociedade, mas sim de pertencer a uma identidade social própria, para contrapor às teses racionalistas expostas, dizendo que a filosofia moral platônica e kantiana acabou por criar um paradigma moral de um sistema cultural distinto como o ocidental, que acaba por excluir as identidades daqueles que não se identificam com esse sistema. Assim, fica fácil para Jakobs argumentar que mulheres, negros, homossexuais, viciados em drogas, imigrantes ou terroristas, podem ser identificados como infratores ou inimigos, no momento em que suas condutas não sigam o código conforme o direito X desviante do direito. O sistema jurídico reproduz essa moral racional excluindo no âmbito de suas operações aqueles que não são portadores de racionalidade ao identificar e

¹⁷⁵ LUHMANN, *El derecho de la sociedad*, p. 113.

¹⁷⁶ Id., Op. Cit., p. 212.

diferenciar cidadãos de criminosos. Dessa forma, irracionais podem ser identificados e criminalizados, como no caso de imigrantes do norte da África islamizada que decidem prosseguir com suas práticas culturais no solo europeu, praticando condutas que são localmente definidas como crime, tal como a excisão dos genitais femininos, com a mutilação ou amputação do órgão sexual de meninas, assim que chegam à idade suficiente para isso¹⁷⁷. O sistema jurídico reproduz autopoieticamente a exclusão porque no código do sistema já é feita a diferenciação entre o que é considerado lícito e o que é ilícito, dentro dos parâmetros ditados por uma racionalidade moralmente estabelecida pelo sistema social a que pertence o direito. Assim, no âmbito das comunicações que formam uma consciência sobre o objeto das operações internas do sistema, as expectativas normativas de comportamento já condicionam o que é visto como prática criminosa e o que não é o que seria totalmente distinto e longe de ser definido como criminoso no país de origem dos imigrantes, em que vigora outro sistema e outra moral social decorrente. Pela lógica de exclusão do sistema, o inimigo é sempre o outro, o que não compartilha das expectativas operativamente construídas pelo sistema, em seus subsistemas moral e jurídico.

Não haveria, segundo a tese de Rorty, a possibilidade de se invocar uma universalidade do código moral, que tivesse validade no âmbito de todos os sistemas jurídicos, a ponto de se sustentar, por exemplo, uma definição moralmente racional do que seja indivíduos e o que sejam cidadãos, como quer Jakobs. Luhmann afirma que a clausura normativa do sistema do direito serve como um primeiro obstáculo a uma validade imediata da moral, dentro do sistema jurídico¹⁷⁸. A sociedade moderna revelaria a impossibilidade da validade imediata da moral dentro do sistema jurídico por razões que dizem respeito à unidade do sistema, necessária para firmar sua autorreferência, enquanto que as avaliações morais não apresentam essa unidade, apresentando-se de forma pluralista e, muitas vezes, sem consenso. Pode existir um código moral, assim como o código jurídico, baseado em um esquematismo binário. Entretanto, a programação desse código dentro das divisões entre bom X mal, certo X errado são incapazes de consenso. Pode ser feita uma crítica moral do direito, mas não se pode exigir uma obediência jurídica à moral. O juízo moral não teria como

¹⁷⁷ Caso célebre ocorrido em 1989, na França, foi narrado por Rouland, em seus estudos de antropologia jurídica sobre o relativismo cultural, ao descrever fato que envolveu a imigrante malinesa Fofana Dalla, da etnia solinke e adepta do islamismo. Ela e seu marido imigraram para a França. Na ocasião, após ter perdido o primeiro filho, Fofana engravida e, ao nascer sua filha, é advertida pelo Centro de Proteção Materna e Infantil da França que a prática da excisão é ilegal no país. Mesmo assim, Fofafa desobedece à orientação, e por isso sua conduta é sancionada como criminosa, gerando um debate em solo europeu sobre a eficácia da legislação local para imigrantes oriundos de culturas distintas. ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 197.

¹⁷⁸ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Editorial Herder, 2005, p.134.

produzir consequências jurídicas imediatas, dado que o direito está sujeito às consequências de suas próprias operações, regidas por um código próprio do sistema. A tese, portanto, de que um imigrante árabe ou judeu não possa circuncidar o filho por produzir uma lesão corporal em uma criança não pode ser tomada juridicamente como crime, tão e simplesmente pela conduta ser moralmente condenável, sob um ponto de vista universal. O mesmo ocorre na suposta diferenciação entre cidadãos e indivíduos, considerados estes últimos como adeptos de condutas moralmente reprováveis e por isso considerados inimigos, por não compartilhar de uma obrigação moral de honrar um pacto societário¹⁷⁹.

Em função disso é que Luhmann entende que somente havendo um direito diferenciado das comunicações morais, com critérios jurídicos próprios, é que se falará de um sistema de direito propriamente dito.¹⁸⁰ O sistema do direito permanece aberto cognitivamente, pois suas expectativas normativas podem ser lidas como cognitivas, ao se separarem os níveis de observação, e se saber, por exemplo, quais operações serão tidas como jurídicas ao lidar com as decepções frente a essas expectativas. Portanto, a diferença de papéis entre um observador de primeira e de segunda ordem, segundo a leitura de Luhmann, em que o segundo sempre verá o sistema na sua unidade como uma complexidade muito maior, mas numa certeza maior ainda quanto à clausura operativa do sistema, quando, por exemplo, o jurista sabe discernir um julgamento moral de um julgamento jurídico de uma determinada prática tida como delituosa. É dessa forma que operações jurídicas que exercem funções normativas como as sentenças judiciais, não permitem a intervenção de julgamentos morais feitos pela mídia quanto a casos criminais polêmicos, estando a salvo essas operações de irritações de natureza moral, graças a sua clausura operativa.

É bem verdade, conforme afirma Luhmann, que a clausura operativa não implica em sustentar a tese de uma estabilidade definitiva das normas perante as decepções, pois a dureza contrafática das expectativas normativas ao antecipar o resultado de tais expectativas não significa que as normas não estejam sujeitas a aprender com as decepções, e por isso mesmo se modificarem. Isso ocorre permanentemente no sistema jurídico, mas não implica em dizer que essas modificações se dão num contexto cognitivo, como no caso do advento de uma legislação penal mais repressiva frente às pressões dos meios de comunicação, e, conseqüentemente da opinião pública. Na verdade, o aprendizado das operações do sistema mediante as contingências e incertezas se dá internamente e normativamente, através da recursividade das operações desse sistema. Como o sistema se autorreferencia, é possível

¹⁷⁹ JAKOBS, Op. Cit., p. 28.

¹⁸⁰ LUHMANN, Op. Cit., p.135-137.

pensar que as operações do sistema recorrem umas as outras para lidar com a incerteza e a frustração, no momento em que as normas são chamadas pelo ambiente para se modificar. Pergunta-se, portanto, numa rede de operações jurídicas, se a modificação de uma norma não viola a legalidade ou a constitucionalidade do contexto normativo geral das operações, levando-se em conta que em um sistema operativamente fechado como o direito, sujeito ao código: conforme ou divergente do direito, uma dada modificação da norma pode tanto ser vista como constitucional, pois a norma modificada recorreu a uma norma de maior hierarquia dentro do próprio sistema e também sujeita ao código; ou se essa modificação não se tratou, na verdade, de uma violação dessa norma, uma arbitrariedade contra o sistema, vítima de irritações externas ao sistema¹⁸¹. Foi isso que ocorreu, por exemplo, por ocasião do julgamento da inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos, quanto à proibição da progressão do regime prisional, visto pela Corte Constitucional como algo que contrariava um princípio jurídico oriundo do próprio sistema do direito.

O senso comum teórico dos juristas, mediante o predomínio de um exegetismo formal do pensamento positivista e a supremacia do princípio da legalidade, sempre tendeu a encarar os criminosos como sujeitos de condutas antijurídicas, prejudiciais à manutenção de bens jurídicos, numa visão conformista de mundo, preenchida por ficções e fetiches coercitivos, deslocando os conflitos sociais para os domínios da lei, tornando menos visíveis esses conflitos a um observador de primeira ordem¹⁸².

A teoria de Jakobs irá contribuir para esse senso comum, no momento em que esse penalista germânico formula um conceito de infratores no direito penal, que assumem no âmbito de uma sociedade de risco globalizada o epíteto de inimigos, e não de cidadãos, situados à margem do sistema social¹⁸³. A tradição do pensamento jurídico ocidental foi de apostar na racionalidade para a garantia de poder, pois dessa forma, o sistema jurídico conferia legitimidade ao sistema político. Segundo Warat, a ciência do direito participa de um sistema de representações místicas que governam a produção de mecanismos de subjugação. Quando Warat fala que a força da comunicação na ciência jurídica não apenas coage seus atores por sua força normativa, mas também os encanta como se fosse uma magia, isso faz refletir o quanto o discurso jurídico foi tomado daquela aura de moralidade a que pretendia

¹⁸¹ “La apertura cognitiva siempre se da bajo la condición autopoietica de integrar el caso particular (o la norma modificada) a la praxis presente y venidera de las decisiones del sistema. Un acto de arbitrariedad sustentado en la afirmacion autoritaria del sistema político, seria reconocible en el sistema de derecho como una violacion”. Ibid., p. 137.

¹⁸² WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito-a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 57.

¹⁸³ JAKOBS, *Direito penal do inimigo*, p. 47.

Kant, ao tratar de uma obrigação moral universal. Na verdade, retornando ao pensamento sistêmico de Luhmann acerca da diferenciação entre códigos jurídicos e códigos morais, e a falta de importância desses últimos para a autopoiese do sistema jurídico, chega-se a uma conclusão preliminar de que, na verdade, sem medo de cair num relativismo, cada sistema social identifica seus pretensos infratores de acordo com o código e a programação que o sistema adota na seleção de fatos, situações ou condutas que serão tidas como próprias do sistema. Dessa forma, a definição de indivíduo, cidadão e inimigo trazida pelo sistema político, pela filosofia moral e pelos meios de comunicação, só irá interessar ao direito no momento em que, sob a égide de um sistema recursivamente integrado no âmbito de suas operações, tais definições se adequam ao esquematismo binário do sistema jurídico, assentado na sua estrutura constituída de expectativas, cujas operações reproduzem normas, sentenças, princípios e decisões.

Nesse sentido, sistemas jurídicos e sistemas midiáticos contribuem entre si, nos seus acoplamentos estruturais, na reprodução e autorreprodução de representações sobre a conduta criminal, possibilitando a produção de mecanismos de dominação. Informação midiática e senso comum teórico se interligam, porém dentro do ambiente das operações internas de cada sistema, lidos sob a mesma qualificação de risco, e de potencial fator gerador de inimigos a serem combatidos pela sociedade: no caso da mídia, seres animalizados e colocados à margem da sociedade para serem eliminados; no caso do direito, infratores destituídos da condição de cidadania.

Rorty introduz os conceitos de segurança e compreensão para tentar justificar os comportamentos que iriam de encontro a essa racionalidade pensada pelos filósofos clássicos. Segurança corresponderia ao conjunto de condições de vida suficientemente livres de risco, enquanto que a compreensão implicaria naquela tolerância suficientemente estabelecida por um alguém quanto ao outro, para que esse alguém não visse o outro como um inimigo, como um potencial gerador de perigo¹⁸⁴. Para estabelecer esses sentimentos de segurança e compreensão, Rorty apela para a filósofa contemporânea Annette Baier, que prega que a noção moral fundamental deveria substituir o conceito de “obrigação” pelo conceito de “confiança”. Nesse sentido, popularizar uma cultura de direitos humanos na defesa da dignidade da pessoa humana deveria ser vista não como uma exigência da lei moral (como pensava Kant), mas sim como uma resultante de um “progresso de sentimentos”. Entretanto, Rorty alerta para a ideia de que a razão é mais forte do que os sentimentos, e de que somente a

¹⁸⁴ RORTY, *Verdade e progresso*, p.216.

insistência na incondicionalidade da obrigação moral pode fazer com que os homens se relacionem melhor, ainda é uma tese muito persistente¹⁸⁵.

O sentimento de insegurança coletiva e até mesmo a histeria provocadas pela difusão de acontecimentos que merecem o estigma de informação e notícia, mediante sua veiculação pelos meios de comunicação, acaba por produzir no sistema jurídico uma leitura por meio de suas operações de que os autores de delitos (sobretudo, aqueles mais sanguinolentos, que impactam pela sua “notícia”), são praticados por indivíduos que nunca poderiam ser considerados moralmente como idênticos aos seus semelhantes na sociedade. Na autopoiese de seu sistema e pela função normativa que ele desempenha, o jurídico acaba por transformar em conduta proibida pela norma, e, em inimigos, os destinatários das normas penais, segundo o código binário indivíduo X cidadão trazido pela teoria de Jakobs, traduzindo o sentimento de insegurança coletiva produzido no sistema midiático, sob a forma agora do chamado “clamor público”, do interesse social, ou pelo imperativo de ordem pública. A consequente decretação da prisão preventiva do casal Alexandre Nardoni e Ana Jatobá, no ano de 2008, por exemplo, após a acusação de homicídio da filha pequena do primeiro, a menina Isabela Nardoni, num fato que ganhou forte repercussão de mídia, simboliza o momento em que os sentimentos de insegurança coletiva diante da impunidade pela não efetuação da prisão do casal, acabou superando a certeza da responsabilização penal, mesmo tendo sido o casal formalmente acusado, uma vez que para o entendimento dos julgadores que decretaram e mantiveram a prisão dos acusados, a liberdade dos acusados, antes da decisão final do processo criminal, não acarretaria prejuízos para a instrução criminal e nem para o prosseguimento do processo. Entretanto, como o imperativo de ordem pública foi sustentado, tendo em vista que a liberdade deles implicaria num movimento de comoção social que produziria até mesmo revoltas de rua, passeatas, xingamentos contra membros do Judiciário, ou prejudicar a credibilidade da Justiça, o segundo voto proferido pelo desembargador Luiz Soares de Mello, do Tribunal de Justiça de São Paulo, relator do processo dos acusados em recurso interposto pela defesa, enfatizou que não levar os acusados da morte da menina Isabela a júri popular seria um “contrassenso brutal próximo da aberração” diante da materialidade do crime, sustentando em seu voto que a manutenção da prisão de ambos

¹⁸⁵ Afirma Rorty, formulando as seguintes questões: “*Se seguirmos o conselho de Baier, consideremos que a tarefa do educador moral não é responder à questão do egoísta racional - “Por que eu deveria ser moral? - mas, antes, responder à outra questão, colocada com frequência muito maior - “Por que eu me preocuparia com um estranho, alguém que não é meu parente ou afim, com uma pessoa cujos hábitos considero detestáveis?” A resposta tradicional a esta última questão é: “Porque o parentesco ou a afinidade e os costumes são moralmente irrelevantes, irrelevantes em relação às obrigações impostas pelo reconhecimento de fazer parte da mesma espécie”*. Ibid., p. 218.

naquela época, seria necessária pela manutenção da ordem pública e credibilidade da justiça¹⁸⁶.

Ora, formula-se a seguinte pergunta: Por que a credibilidade da Justiça ficaria afetada, por estar seguindo os dispositivos legais e as normas constitucionais ao adotar o princípio da presunção da inocência, e conceder liberdade provisória aos acusados, se fosse o caso? Ocorre que os sentimentos de incerteza difundidos no meio social, mediante informações prestadas pela mídia, adotando seus critérios sistêmicos de surpresa quanto ao fato noticiado, a preferência pelo conflito, as quantidades de fatos informados sobre um mesmo acontecimento (com sequências dignas dos melhores romances policiais), a relevância local da informação, e a ênfase nas dimensões de transgressão da norma acerca do fato noticiado, produziram uma irritação tal no sistema jurídico, que acabou por fazer com que as operações desse sistema se autorreproduzisse na direção apontada por Jakobs: de criminalização de indivíduos e identificação de inimigos. Ora, se antes, o código binário conforme o direito X contrário ao direito já ensejaria uma programação de criminalização de condutas, agora o código cidadão X indivíduo serve para incrementar as operações punitivas do sistema, resultando na necessária prisão dos acusados, segundo o entendimento dos julgadores do caso, mesmo que essa medida prisional se desse eventualmente sem observação dos critérios constitucionais próprios do âmbito interno do sistema jurídico, mas fosse fundamentada muito mais por pressões de um sentimento de incerteza, produzido por outro sistema: o sistema dos meios de comunicação.

Sabe-se na teoria sistêmica de Luhmann que toda a estrutura dos sistemas sociais carrega consigo, de maneira imanente, o desapontamento¹⁸⁷. Isso ocorre porque o ambiente dos sistemas é sempre mais rico em complexidade, dificultando o conhecimento do homem quanto a um oceano de possibilidades cognitivas; e esse desapontamento produz medo. Esse medo obriga estruturas como a do sistema midiático e do jurídico a lidar com a incerteza, sendo que o código informação X não informação seleciona o risco, enquanto desapontamento acerca da conduta do outro, a ser controlado pelo sistema jurídico, mediante a fixação de expectativas normativas.

Mídia e direito se comunicam porque apesar de ser um sistema fechado, o sistema jurídico encontra-se na sociedade, enquanto um subsistema do sistema social, e por isso, não está imune às comunicações e nem a acoplamentos estruturais ou irritações com outros subsistemas. Tanto as leis como decisões judiciais podem ser divulgadas como informação

¹⁸⁶ Jornal *O Globo*, Rio de Janeiro, 31 de março de 2009.

¹⁸⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 55.

pelos sistemas dos meios de comunicação. As sessões de julgamento dos tribunais, por exemplo, podem ser filmadas por canais de televisão específicos (como a TV Justiça, no Brasil), assim como podem ser produzidas reportagens sobre crimes cometidos ou publicizadas pelos meios de comunicação denúncias de consumidores sobre preços abusivos de produtos destinados ao mercado. Os meios de comunicação podem influenciar investigações e promover instauração de processos, por promotores e juizes, através da veiculação de supostas notícias sobre fatos delituosos. O sistema jurídico não fala enquanto sistema com a sociedade; porém, seus limites são transparentes para a comunicação¹⁸⁸. Ao funcionar a comunicação, o sistema jurídico aceita ou rejeita algo que advém de seu entorno, conforme o funcionamento interno de suas operações.

As operações jurídicas, nas suas características específicas, podem, portanto, contribuir conforme as irritações do entorno, para a formação de um sistema do direito repressivo, aniquilador de inimigos, e sujeito aos ditames de uma razão moral autoimposta pelo sistema social, contaminada por sentimentos de insegurança advindos com os riscos, e não por sentimentos de compreensão e confiança, que poderiam debelar o risco. Nesse sentido, de acordo com a mudança social, o sistema jurídico tanto pode reproduzir uma cultura de extermínio de inimigos, como pode, ao contrário, contribuir para uma política criminal racional, e por uma nova gama de estratégias, que permitam a disseminação de uma cultura de direitos humanos, ao invés de uma cultura de violência.

Ao contrário, diante do acirramento da desigualdade e do conflito social, mediante experiências de confronto enfrentadas pelos movimentos sociais, no exercício do seu direito de protesto ou na manifestação de rebelião, surge na ânsia da expansão punitiva e dentro de uma perspectiva midiática e jurídica, embalada pela necessidade de retomada da confiabilidade no sistema (prevenção geral), o fenômeno resultante da autopoiese punitiva do subsistema penal, que pode ser o de estender o alcance do tipo, no sentido de criminalizar e tornar imputáveis determinadas condutas, outrora distantes da imputação criminal, pregando-se a prisão como alternativa a tentativas de protesto ou rebelião, com sensíveis reflexos para o sistema penal como a expansão carcerária¹⁸⁹. A tentativa de se caracterizar o MST como uma organização criminosa torna-se exemplo cabal disso, quando a própria definição de crime organizado ou organização paramilitar acaba por se tornar vaga e ambígua, diante de tipos penais abertos presentes no sistema jurídico, como aqueles que destacam na criticada Lei de Segurança Nacional.

¹⁸⁸ LUHMANN, *El derecho de la sociedad*. México: Editorial Herder, 2005, p. 112.

¹⁸⁹ GARCIA, Brandariz José Angel. *Política criminal de la exclusion*. Granada: Editorial Comares, 2007, p.162.

Como observam Callegari e Wermuth, muito em função das alterações promovidas na legislação nacional e internacional em decorrência da globalização e da expansão punitiva decorrente, mediante a identificação de novos riscos já apontados neste estudo por Beck, essa expansão do direito penal fez com que fossem introduzidos cada vez mais tipos penais abertos, crimes de perigo ou normas penais em branco na definição de crime organizado e organizações criminosas, criando uma verdadeira insegurança jurídica sobre como, por que, e a quem punir¹⁹⁰. As dificuldades de conceituação do crime organizado e o alargamento punitivo da extensão do tipo penal para a criminalização de atos preparatórios, anteriores à execução do delito, acabaram se tornando um campo fértil para a proliferação da definição de inimigos, bem sob a lógica da interpretação da teoria de Jakobs, no momento em que o simples fato de um grupo se reunir em uma organização que questiona os valores e leis dominantes já se encontra passível de criminalização. Observa-se isso ao verificar como o Ministério Público do Rio Grande do Sul promoveu uma ação contra o MST, acusando esse movimento de se comportar como uma organização criminosa, elencando sua mobilização, assembleias, reuniões e preparações de invasões de terras, como atos preparatórios típicos de organizações criminosas, que ensejariam, na opinião dos doutos promotores, a aplicação de leis penais. Com essa iniciativa, estar-se-á diante de um modelo de sistema que, baseado no código autopoietico punível X não punível, acaba por resvalar num suposto direito penal do inimigo, pensado por Jakobs, só que traduzido com outro nome, no ordenamento jurídico brasileiro.

Na verdade, se for pensado esse fenômeno de criminalização, efetuado pelas operações internas do sistema jurídico, com grandes contribuições havidas do acoplamento entre meios de comunicação e direito, ou entre notícias X fatos ilícitos, o que se verá é que a autopoiese punitiva do subsistema penal brasileiro não é de agora, mas ocorre desde os primórdios do sistema de direito no Brasil, face às desigualdades de seu entorno social e devido à seletividade própria das sociedades capitalistas, urbano-industriais e de modernidade tardia como a brasileira, cujos excluídos sempre receberam o epíteto de desajustados, baderneiros ou inimigos do Estado. É assim desde as grandes insurgências no século XIX após o processo de independência e formação do Estado brasileiro, com revoltas de origem popular, como a Balaiada e a Sabinada, e desde as Ligas Camponesas de Francisco Juliã, até os atuais militantes sem-terra da organização de João Pedro Stédile, movimentos de despossuídos,

¹⁹⁰ CALLEGARI, André Lui, WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 102.

questionadores da ordem vigente, foram classificados como bandidos, criminosos ou integrantes de organizações inimigas do Estado e da sociedade liberal-burguesa da época¹⁹¹.

Um grande problema na correlação de movimentos sociais controversos e que se valem, por vezes, do conflito armado, como é o caso do MST, é o de identificá-lo com organizações criminosas, e, portanto, deduzir pela permanência de uma manifestação delitiva, pelo simples fato de um grupo se organizar em reunião ou associação, e por isso intuir que se trata, no caso, de uma organização criminosa que contém uma estrutura que, pelo simples fato de existir, já produz delitos, podendo sua existência gerar perigo de lesão a bens jurídicos e passar seu funcionamento a ser definido juridicamente como um risco não permitido¹⁹². Seria um enorme retrocesso na vivência democrática e um verdadeiro atentado a direitos fundamentais como a liberdade de reunião e associação, tornar proscritos esses movimentos, no momento em que é atribuída à chaga punitiva da imputabilidade, quando passam essas agremiações a serem identificadas como organizações criminosas, à luz de tipos penais abertos de complexa elucidação e de possível criminalização, tendo em vista o alargamento da extensão do tipo penal.

Na autopoiese do sistema jurídico e, em particular, no funcionamento autopoietico do aparato punitivo, encontra-se presente a ideia de paradoxo, segundo o qual o sistema, em sua autorreferência, tem que lidar com aquilo que é determinado pelo próprio sistema e aquilo que permanece indeterminado, na abertura e fechamento do sistema, ou durante sua clausura operativa¹⁹³. Isso importa em dizer que, pelo aspecto da criminalização, condutas que seriam tidas como de natureza não-penal passam a ser penalizadas, no momento em que a autopoiese do sistema dita operações reiteradas de expansão punitiva, por meio da função normativa do sistema, baseada em termos penais no código punível X não punível. No âmbito de um sistema em que, no momento de sua abertura, a autorreferência o obriga a conferir determinação a situações e esquemas até então indeterminados pelo sistema jurídico (o que pode se chamar de lacunas, no jargão formal-positivista), e que se encontram no meio social, a solução do subsistema penal é extrair a determinação e solucionar o paradoxo mediante a tipificação. O tipo e sua extensão ao fato, nas operações internas do sistema jurídico, passam a estabelecer como âmbito de determinação a delimitação dos riscos permitidos e dos não permitidos, tentando através da sanção, e especificamente, por meio da sanção penal, resgatar

¹⁹¹ ARBEX JÚNIOR, Op. Cit. p. 180.

¹⁹² CALLEGARI, Op. Cit., p. 102.

¹⁹³ ROCHA, Leonel Severo da. *A verdade sobre a autopoiese do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 35.

a confiabilidade do sistema e a eliminação da frustração diante das expectativas normativas, por via da punição.

Assim, no caso do MST, a predominância de um tipo penal aberto como o descrito no artigo 16 da Lei nº 7.170/1983, para imputar condutas delituosas aos integrantes daquele movimento social, revela a necessidade de um regime repressivo se firmar pela autopoiese punitiva do sistema jurídico. Os integrantes do movimento sem-terra foram acusados pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, de formarem uma associação destinada a mudar o regime vigente, por meio de atos violentos ou com emprego de grave ameaça, por supostamente rejeitarem esses indivíduos a legalidade e as decisões judiciais vigentes. Trata-se da criminalização da rebelião e do protesto, numa flagrante contradição entre uma norma constitucional que estabelece a liberdade de associação e outra infraconstitucional, que lida com a repressão dessas associações. O paradoxo é resolvido pela própria autorreferência do sistema punitivo, quando as operações internas do subsistema penal lidam com situações não determinadas inicialmente em seu âmbito como extensões do tipo penal e não como normas asseguradoras de direitos fundamentais. Nesse caminho, os meios de comunicação, ao se acoplarem com o sistema jurídico vinculam o fato enquanto notícia sobre um crime (por exemplo: a invasão de terras ou a existência de um grupo armado destinado a invadi-las é visto como uma ocorrência delituosa) e não como notícia sobre o exercício de um direito (a liberdade de associação e o direito a rebelião e o protesto como meio de exercício da liberdade de expressão).

Se, na crítica de Jakobs a Roxin, a norma penal destina-se à proteção da vigência da norma e não de bens jurídicos, tais como o direito de propriedade; então, mais uma vez, reforça-se para esse pensador germânico a teoria da prevenção geral positiva, como meio de se estabelecer uma confiabilidade do sistema na satisfação de expectativas, protegendo pessoas das camadas mais abastadas dos detentores de propriedade, do que protegendo a propriedade em si mesmo¹⁹⁴. Ocorre que na autopoiese punitiva do subsistema penal, a forma dessa promoção ocorre por meio da criminalização e da punição.

Se a punição se relaciona com a culpabilidade, e é de autores culpáveis de que trata a intervenção punitiva do Estado, ao tomarem a iniciativa de criminalizar um movimento social, na sua interpretação da norma penal, os promotores gaúchos acabaram por subsumir as condutas dos integrantes do MST, nos tipos penais descritos na Lei de Segurança Nacional.

¹⁹⁴ JAKOBS, Gunther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In : CALLEGARI, André Luís, LYNETT, Eduardo Montealegre, JAKOBS, Gunther, MELIÁ, Manuel Canció. *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 55.

Isso ocorre e tal exegese foi permitida, graças a uma relação de reciprocidade comunicativa entre culpabilidade e pena, segundo aponta Jara-Diéz, ao interpretar a possibilidade de aplicação da lei penal e sua vigência como parte das operações comunicativas do sistema jurídico¹⁹⁵. Se a pena consiste no restabelecimento comunicativo da vigência das normas, são as normas que conferem à culpabilidade um sentido jurídico-penal. Em outras palavras, o subsistema punitivo penal se assenta na proteção de pessoas, como deseja Jakobs, e a construção do homem médio, que entende o caráter delituoso de seus atos, fundamenta-se numa construção do próprio ordenamento jurídico, em seu fechamento operacional. A única forma de se sustentar a culpabilidade dos integrantes do MST, em condutas que possam encontrar sua descrição típica na Lei nº 7.170/1983, é solucionar o paradoxo liberdade de associação X proibição de auto-organização, auferindo-se a culpabilidade pelas características jurídico-penais de pessoa, que são observadas comunicativamente na operação interna do subsistema penal como eventuais infratores. Isso vale também para o sistema dos meios de comunicação, no momento em que, sob as câmeras de televisão e máquinas fotográficas dos jornais, a pessoa que aparece ao vivo para a plateia de espectadores, é a figura do infrator, do criminoso; mas que sob as lentes de um sistema específico em suas operações internas como o sistema midiático não é apenas um infrator, mas aquele que é visto como o indesejável, o perigoso, um pária, um produtor de riscos, enquanto que o sistema jurídico-penal o vê revestido sob a figura do acusado, do réu, como um criminoso, um reles e culpável infrator.

O problema do sistema jurídico de lidar com o paradoxo mediante sua autopoiese punitiva, transformando em ilícitos e riscos não permitidos o que outrora era considerado por esse sistema como exercício de um direito (liberdade de associação x criminalização de associações), tem em Jean Clam uma crítica ao pensamento de Luhmann, que talvez sirva para expressar melhor as dificuldades do sistema jurídico, e externas mais enfaticamente as vicissitudes do subsistema jurídico-penal, conforme vai evoluindo o processo de criminalização. Se for resumido o dilema da criminalização e da expansão punitiva como problemas de contingência e paradoxo, pode-se entender, em um primeiro momento, que a contingência diz respeito à capacidade flutuante que possui uma sociedade de integrar aquilo que ela havia anteriormente excluído¹⁹⁶. Clam (2006) define como anômico ao âmbito de ação das condutas que são proibidas, aquelas comunicações que não possíveis no âmbito de uma sociedade. É a transgressão da proibição que gera as sanções negativas por parte da sociedade,

¹⁹⁵ JARA-DIÉZ, Carlos Gómez. *Teoria de sistemas y derecho penal*. Granada: Editorial Comares, p. 425-426.

¹⁹⁶ CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade-contingência, paradoxo, só-efetuação*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006, p. 20-22.

conferindo efetividade à norma proibitiva. A rigidez das proibições produz um duplo efeito: por um lado operacionaliza a contingência, aumentando a efetividade da norma através de sua adesão pelos membros da sociedade, e de outro lado exclui uma multiplicidade de possibilidades comunicativas, restringindo o espaço da comunicação.

É detectado o primeiro problema da contingência, seguindo-se o pensamento de Clam, quando em sua primeira expressão de comunicação, a sociedade, através da proibição determina o que tem que ser excluído, mas não finaliza o âmbito do espaço de inclusão. Na verdade, quando dominam e prevalecem em uma sociedade certos tipos de conduta, é porque no campo do socialmente possível se desenvolve um reduzido leque de possibilidades geradas através da exclusão. É o surgimento do âmbito do permissível, daquilo que não pode ser definido com precisão e que pode ser resgatado dos limites do inimaginável. A contingência assim pode se expressar em nível forte ou fraco, dependendo de considerar contingente aquilo que surge na comunicação como algo novo, diferente e imprevisível e também entender algo socialmente contingente como uma variação normal e constante das comunicações, apesar de também imprevisível.

O problema do reconhecimento de novos direitos pode-se encontrar, portanto, no plano do inimaginável, conforme a teoria sobre a contingência esposada por Jean Clam, e da materialização dessa contingência¹⁹⁷. Para que uma grande quantidade de comunicações não seja excluída ou descartada, é necessário que sejam estreitados os campos de imaginação existentes, a fim de que a contingência deixe de ser considerada como algo desestabilizador, temeroso, assustador e passível de gerar medo e insegurança, e passe a se desenvolver na multiplicidade comunicacional, nos limites do esperável. Isso implica em dizer que novos direitos tais como o direito à moradia, o direito de rebelião, o reconhecimento de normatividades desenvolvidas no interior dos movimentos sociais, enquanto subsistemas de um aparato comunicativo maior denominado sociedade, ou a reinterpretação de determinados tipos legais, no sentido de justificar ou eliminar a expansão punitiva, dependem de que forma uma sociedade estará suficientemente aberta para conhecer um “novo alternativamente possível”, nos dizeres de Clam (2006), abrindo-se ou fechando-se a sociedade para o futuro. As sociedades tradicionais tendem a reprimir tudo que não reproduz os padrões dominantes de conduta que permeiam sua comunicação, transformando a conduta excluída num ser anômico.

Paradoxalmente, a Era Moderna é caracterizada pela abertura para a contingência, para um novo universo comunicativo, e nesse sentido, pode-se entender nesse momento, uma

¹⁹⁷ CLAM, Jean. Op. Cit, p. 23.

primeira observação, que o problema da expansão punitiva com um constante processo de criminalização e alargamento da extensão dos tipos penais é um problema de margem da comunicação¹⁹⁸. Estendendo-se a capacidade dos limites do espaço comunicacional até o limite do permissível, é possível se falar em um processo de criação de margens, em que novos direitos e novas normatividades possam ser reconhecidos e incluídos.

Sabe-se que no Brasil a controvérsia sobre o direito à terra esbarra na concepção tradicional sobre direito de propriedade. Na formulação descrita na norma constitucional entre os direitos fundamentais, a partir do inciso XXII, até o inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal, entende-se que, conforme a teorização de Clam, trata-se de um caso de integração da contingência pela comunicação no ambiente social, no momento em que a função social da propriedade é empregada no texto como um corolário da conclusão interpretativa sobre o que seja o direito de propriedade, havendo uma redefinição da margem de comunicação acerca do que é definido como propriedade.

A integração da contingência envolve uma circularidade em que, para se haver a criação da margem, é necessário que ocorra uma oscilação do sistema, entre a contingência interna de suas operações e uma contingência reconhecida como vinda de fora, que deve se localizar às margens da primeira contingência. Se o sistema jurídico enquanto sistema fechado se abre e se fecha operativamente, até para delimitar seu âmbito de exclusão, é no momento de sua abertura que a comunicação amplia suas margens, abrindo-se para a contingência, de forma diferente com o que opera nas suas irritações e distúrbios operativos produzidos pelo sistema midiático. Clam (2006) revela diversas dimensões onde essa contingência oriunda de fora possa ser aceita e reconhecida internamente pelo sistema, na amplitude da margem comunicacional, desde uma dimensão extensiva, passando pelas dimensões mediais e psíquico-individuais até chegar uma dimensão operativa e outra institucional¹⁹⁹.

O que interessa saber das dimensões da contingência, classificadas por Clam, é que na dimensão psíquico-individual, tanto quanto na dimensão operativa da contingência, gera-se um postulado de inclusão do “Outro”, quando as margens comunicacionais abrem um espaço em suas bordas de natureza psicoafetiva. Isso quer dizer que, a exemplo do que já foi dito sobre o pensamento de Rorty, ao trabalhar o conceito de sentimentalidade no lugar de racionalidade, Clam entende que é através de uma dimensão da contingência que mexe com os afetos, com a sensibilidade despertada de que excluídos podem vir a ser incluídos, que poderá aquele que inclui assim o fazer, por um movimento de concessão de rostos, onde o

¹⁹⁸ Ibid, p. 29.

¹⁹⁹ Id., p. 30-43.

rosto que passa a ser incorporado se torna empático, torna-se reconhecível, desconstruindo-se a alteridade quando o “apenas nós” deixa de ser um argumento de exclusão para se tornar um argumento inclusivo; pois o “apenas nós” se transforma em um “nós, que poderíamos ser vocês”. Isso ocorre por uma produção de empatia daquele que inclui com quem é excluído e pelo medo da angústia de se colocar na mesma situação²⁰⁰. Entretanto, Clam (2006) alerta que dimensão operativa da contingência, assim como eleva a sensibilidade criando-se margens nas bordas da comunicação, também pode ser elevada a insensibilidade, no momento em que as comunicações, no âmbito social, operacionalizam-se em termos de uma codificação e processamento tão autonomizados em relação ao entorno, que passam a se tornar fonte de insensibilidade.

O sistema se torna insensível quando, na dimensão operativa que ganha suas comunicações ao lidar com a contingência, essa operativização se dá de maneira funcional, trivializando os temas centrais da comunicação a ponto da comunicação se tornar reificada, pragmaticamente separada afetivamente do participante da comunicação, onde se banalizam sentimentos e situações. A banalização da violência em programas de televisão ou telejornais, o distanciamento da angústia e do afeto e a produção crescente de indiferença em relação à pobreza e a miséria, mediante uma reiteração operativa dessas desigualdades a ponto de torná-las tão evidentes, quanto aceitáveis, acaba por, concomitantemente à elevação da empatia com os excluídos e medo ou angústia de se tornar como eles, também gerar insensibilidade, alheamento quanto ao sofrimento do outro, cabendo, portanto, a intervenção do sistema dos meios de comunicação, como agência promotora de sensibilidade ou mantenedora de insensibilidade.

A mídia e a publicidade, segundo Clam, têm um papel decisivo no despertar da sensibilidade ou de uma insensibilidade da sociedade ao lidar com a contingência, na perspectiva de sua dimensão operativa, substituindo a encarnação dos afetos coletivos, que eram impulsionados, outrora, pelas instituições religiosas, pois passam a encarnar a canalização dos afetos por meio da atenção midiática. Assim, a escandalização e rebelião coletiva contra a injustiça, pobreza ou desigualdade, acabam por depender das comoções produzidas ou não pelos meios de comunicação de massa. Assim, numa dimensão de acoplamentos entre sistemas, episódios como o do conflito entre policiais da Brigada Militar gaúcha e os sem-terra na Praça da Matriz, em Porto Alegre; episódios como o massacre de

²⁰⁰ Jean Clam entende que na sociedade moderna ocorre um aguçamento da sensibilidade do homem, superior aos limites morais da sociedade tradicional, mediante processos psicoafetivos de aprendizagem com o sofrimento dos outros. Id. p. 39.

Eldorado dos Carajás, no Pará, ou a glamourização e ingresso no mundo da fantasia com novelas de televisão e noticiários com fatos abonadores ou desabonadores sobre movimentos sociais, podem culminar por meio do noticiário na recente criminalização do MST no Rio Grande do Sul, através da tipificação das condutas de seus integrantes nos crimes definidos na Lei de Segurança Nacional. Isso irá depender de como o sistema dos meios de comunicação veicula a notícia para despertar ou afugentar sensibilidades quanto a uma empatia por um movimento social. Ao contrário, a difusão de um sentimento de insegurança, medo e perigo em relação a esses movimentos, pode indicar um fechamento operacional do sistema jurídico, no sentido deste se firmar autopoieticamente numa punibilidade geradora de mais e mais inimigos, firmando-se o marco da expansão punitiva com a criminalização desses movimentos sociais.

A dimensão institucional da contingência²⁰¹, que se segue e é complementar das dimensões psíquico-individuais e operativas, segundo a terminologia empregada por Clam, serve para configurar a moderna sociedade democrática, que diferentemente das sociedades tradicionais, incapazes de acolher a contingência, mantém-se aberta a processos de transformação social, à medida que reconhece o novo como alavanca modernizadora da sociedade. Clam recorre à expressão “autossustentabilidade”, utilizada por John Rawls, para afirmar que a sociedade democrática cria margens de comunicação que permitem a inclusão, porque os indivíduos dessa sociedade entendem que ela é dotada de tamanha robustez e estabilidade, que todos os desafios que lhe aparecem, surgem como se viessem de dentro, e não como alarmas de fora, sendo possível lidar com a contingência sem que isso implique em risco de desintegração violenta dessa sociedade. É aqui que são feitos alguns reparos na concepção de risco, adotada por Beck, enquanto um diferencial dos riscos pessoais, numa concepção de risco social advindo da era industrial e da dificuldade de uma sociedade lidar com a acumulação de riquezas²⁰². Para Clam, diferente de Beck, as sociedades modernas sabem lidar com o risco porque se encontram em condição de autossustentabilidade que lhes permite lidar com o futuro, pois o futuro é visto como algo que lhe pertence. A dificuldade de sociedades menos desenvolvidas e de modernidade tardia como a brasileira, talvez seja a de conferir essa natureza de dimensão institucional que propõe Clam, no sentido de modelar toda novidade que ingressa na comunicação, em uma margem aberta, voltada na aceitação da

²⁰¹ Ibid. , p. 44 - 45.

²⁰² BECK, *Sociedade de risco*, p. 25.

contingência²⁰³. Essas sociedades tendem a não internalizar o problema da justiça, pois consideram que a justiça transcende a sociedade, depositada em uma dimensão cósmica incapaz de ser alcançada internamente numa seletividade operativa realizada pelo sistema social.

Revela-se aqui, no estudo sobre a dimensão institucional da contingência, a primeira grande crítica encontrada na teoria de Clam, que pode ser empregada contra o pensamento de Jakobs. Se é estranho à sociedade moderna incluir apenas os bons e rejeitar os maus, uma vez que essa sociedade sabe que não existem critérios de seleção para separar maus dos bons, e sim que as únicas seleções cabíveis se dão operativamente no contexto interno do sistema social, pressupondo-se que todos em seu interior se encontram de certa forma incluídos, como pensar uma exclusão em torno da separação entre cidadãos e inimigos? As sociedades, que internalizam a justiça como algo próprio de sua estrutura social, tendem a lidar com a transformação sem que os conflitos e choques de interesses que ocorram em função disso dinamitem essa estrutura. É bem diferente da concepção de entender a existência de inimigos que, uma vez mantidos à margem do pacto, podem contribuir para a destruição da integridade social. Operam com a seletividade de bons ou maus àquelas sociedades que na busca de intenções de sentido contingentes, as processam tão somente através da integração ou da exclusão, repelindo o novo como descartável e punível, porque incompatível com a própria substância dessa sociedade ou porque a extensão dos riscos a serem produzidos, faz com que essa sociedade necessariamente se feche, frustrando a perspectiva da abertura comunicativa, pelo medo do comprometimento de sua integridade operacional.

É nesse sentido que Clam opõe ao risco a confiança, pois entende que na abertura comunicativa do sistema social há espaço para um agir em que as diversas negociações sobre a aceitação da diferença tornam os riscos suportáveis. Devido a uma plasticidade da comunicação superestimada por conta da autossustentabilidade do sistema social, a tendência é acreditar que o sistema político seja capaz de intervir no entorno social, resolvendo as diferenças e solucionando os conflitos justamente pela flexibilidade que se confere por um lado ao sistema social, em sua abertura comunicativa, e outro por uma confiança na capacidade do sistema de lidar com a alteridade, dissipando-a pela integração, no seu fechamento operacional. De qualquer forma, Clam alerta que uma sociedade excessivamente autoconfiante na sua própria capacidade de absorver os tipos possíveis de variação, também

²⁰³ Para Jean Clam, nas modernas sociedades democráticas, o novo se torna um fator de equalização social, recebido com um forte sentimento de confiança pela sociedade de que os conflitos gerados com seu ingresso na sociedade, serão resolvidos com rapidez, face a robustez dessa própria sociedade. CLAM, *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade*, p. 48.

pode ter de lidar com a eventualidade de revogar parcialmente os êxitos de assimilação da variância, quando se der esse fechamento operativo.

Por outro lado, Jean Clam também trata do paradoxo, quando se reporta ao direito como um sistema autopoietico em que seus pressupostos estão previstos internamente, dentro de si mesmo, e não fora, como antes se pensava o direito das sociedades tradicionais, cujo fundamento de sentido encontra-se numa ordem transcendente (como o direito religioso de povos do Islã)²⁰⁴. O problema do direito de lidar com o paradoxo é um problema de lidar com a complexidade de produções de sentido e fazer com que suas operações internas lidem com a indeterminação, reduzindo a complexidade da fragmentação cultural em tempos modernos e globalizados, através de uma autorreferência em sua própria positividade²⁰⁵. O paradoxo é aquilo que hoje é, e que amanhã poderá não ser ou vice-versa; pois, por detrás do paradoxo está uma temporalidade descrita na ruptura entre passado e futuro, típica das sociedades complexas, a qual o sistema jurídico tem que aprender a lidar.

O sistema tende, segundo Clam, a orientar a produção de sentido através de sua endogenização no interior do sistema. O sistema molda o mundo multifacetado, dessa forma, de acordo com sua autorreferência. No âmbito do direito, a diferenciação do sistema em relação ao mundo se dá por meio da decisão. Se a codificação das comunicações jurídicas se dá entre conforme o direito X contrário ao direito, ao nível dessa codificação o direito permanece fechado operativamente, mas para operar com a decisão, como forma de lidar com o paradoxo, o direito tem que se valer de operações no interior de sua autopoiese que levem à satisfação de expectativas normativas, por meio da dogmática jurídica e do procedimento jurídico²⁰⁶. A dogmática jurídica realiza as operações do sistema jurídico de auto-observação do sistema enquanto que o procedimento conduz à autorreprodução do sistema por meio da decisão. No direito penal, a diferenciação que a dogmática jurídica faz do que pertence ao mundo do direito e do que se encontra no entorno (condutas típicas e atípicas) é que produz a estabilização do direito por meio da vigência protegida, a que se debruça Jakobs. Por isso, o enorme papel de construção da dogmática no momento da abertura operativa do sistema, trazendo para seu interior formas de lidar com o paradoxo, a partir da formulação do que é criminalizável ou não criminalizável, no âmbito do subsistema penal, e de como a norma materializada no procedimento culminará com uma decisão que corresponda à

²⁰⁴ Ibid., p. 110.

²⁰⁵ ROCHA, Leonel Severo. *A verdade sobre a autopoiese do direito*, p. 35.

²⁰⁶ JARA-DÍEZ, Carlos Gómez. Op. Cit. p. 413.

autossustentabilidade do sistema requerida por Clam, no momento de se deparar com o contingência e o paradoxo.

Esse direito autodiferenciado que tem que lidar com paradoxo a partir de um poder originário que lhe confere positividade, funciona a partir do paradoxo do nascedouro do próprio direito, fundado para estabilizar, mas nascido na desestabilização. Isso implica em dizer que todo ato originário do direito vem de uma decisão dotada de um grau de violência, cujo poder confere existência ao direito²⁰⁷. A ordem normativa nasce no paradoxo de se iniciar ato decisório violento e se desenvolver na forma de inibir a violência por meio da estabilização normativa. Talvez seja aí que resida o fundamento do direito de rebelião, contraposto a um direito fabricante de inimigos, como resultante do pensamento de Jakobs. A paradoxalidade do direito, segundo Luhmann, decorre de uma mutualidade circular entre regra e decisão: a decisão exige a regra como seu pressuposto, assim como o procedimento necessita da dogmática, produzindo as operações internas do sistema jurídico. Entretanto, esse ciclo é inconcluso, pois os fundamentos desse sistema não são dados de imediato pela regra ou pela decisão, mas por assimilações gradativas, realizadas operativamente no interior do sistema jurídico. O direito vai se positivando de acordo com a demanda de seu entorno social, mas se torna válido porque sua validade não é questionada internamente por se apoiar esse direito em seus pressupostos internos (decisões vinculadas à regras e vice versa), num círculo hermenêutico que não esgota a paradoxalidade de um direito que nunca é completo, porque depende continuamente das mudanças históricas que ocorrem em seu entorno social.

É por isso que, apesar de fechado, o direito iniciado paradoxalmente continua paradoxal à medida que tem lidar com a realidade social. Instituir uma regra que garante a liberdade de associação aos movimentos sociais, ao mesmo tempo em que tolhe essa liberdade sob a égide de um suposto direito à segurança, na manutenção de bens jurídicos, como a propriedade, ou que faz com que as regras se direcionem à satisfação de expectativas normativas para proteger pessoas, como sustenta Jakobs, revela mais ainda a existência desse caráter paradoxal no sistema jurídico, e que o sistema tem que lidar a fim de manter sua integridade e funcionalidade.

O poder é o paradoxo fundamental do direito, pois ele não se inicia senão por um ato violento de poder²⁰⁸. Por isso, o acoplamento necessário entre sistema político e sistema jurídico, pois é a política que confere poder ao direito, conferindo-lhe efetividade. Enquanto os direitos naturais são direitos absolutos, direitos que nascem sem um sistema, o direito

²⁰⁷ Clam, Jean. Op. Cit. p. 116.

²⁰⁸ Ibid. p. 123.

positivo necessita de mecanismos de poder baseados num poder ordenado para lhe ser conferida validade. Assim, com o estabelecimento do poder na fundação do direito tem-se a problemática relação entre direito e ordem, o que releva mais uma dimensão paradoxal. Por se tratar de um sistema que nasceu através de um ato violento, o direito se vale da ordem para assegurar uma estabilização das relações mantidas em seu interior, em prol da civilidade, buscando, entretanto, a civilidade ameaçada pela violência individual empregando sua própria violência ao estabelecer a ordem. Essa equação foi solucionada anteriormente neste estudo, ao se debruçar com as formas como Kant e Hegel viam o emprego da força, enquanto exercício do poder estatal na manutenção do direito.

Se a ordem normativa é violenta por provir de uma decisão inaugural fundada num ato violento que gera o direito, resta saber até que ponto, em nome dessa ordem, uma lei é paradoxalmente protetora e violenta no uso da coerção, produzindo exclusão no momento em que reduz a complexidade da contingência para satisfazer expectativas normativas, excluindo do interior do sistema o indeterminado, carente de produção de sentido para o sistema. Segundo Young, na ordem social, não se trata de uma sociedade abominar “o outro”, de vê-lo como um inimigo externo, mas sim vê-lo como minoria, como um ser distinto e objetivo, cujos valores são contestados, sujeito à assimilação e inclusão, mas que enfrenta barreiras contra estranhos em função de seu pretense déficit de socialização²⁰⁹. A sociedade passa de inclusiva à excludente quando o modo de produção passa do fordista para o pós-fordista e, dessa forma, aqueles que outrora eram assimilados socialmente, por conta de sua participação na fábrica, acabam por ser alijados dessa participação pela revolução cultural do individualismo e a instabilidade econômica, com a flutuação do mercado de trabalho, gerando multidões e mais multidões de excluídos economicamente e a redefinição de valores quanto à relevância do trabalho e da família, com o advento do consumismo.

É o que ocorre com o desenvolvimento histórico do MST, como foi comentado no início deste estudo, acerca de seu papel no país após o desenvolvimento de uma sociedade capitalista pós-fordista de modernidade tardia, em que o movimento sindical declinou no decorrer da década de noventa, após o processo de redemocratização, e os movimentos pela ocupação de terras, em grandes propriedades rurais, passaram a ser a tônica dos movimentos sociais, gerando novos atores dentro dos conflitos entre o sistema político e o sistema social. O esvaziamento da fábrica com o fim da era fordista e o surgimento de novos excluídos do processo de produção fabril, e seu retorno ao campo gerou, nos dizeres de Giorgi (2006), um

²⁰⁹ YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 22.

novo segmento social chamado por ele de “multidão”, composta por uma massa crescente de indivíduos desprovidos do mercado fabril e sem a devida cota de especialização e conhecimento intelectual requerido por um novo modelo de organização que privilegia mais uma força de trabalho imaterial que material²¹⁰. Esse segmento corresponderia a uma massa indissociada de indivíduos que não corresponde mais ao conceito marxista de classe, tendo em vista que não é mais na fábrica, e sequer na cidade que se encontra esse novo segmento de excluídos. A multidão dispersa enquanto força de trabalho é paradoxalmente incluída como consumidora por um mercado que a exclui, e na dinâmica dessa exclusão x busca de inclusão, toda uma massa de indivíduos passa a se dispersar pelo campo, ocupando terras, na tentativa de galgar a posição de consumidores incluídos, de neoproprietários de terras, valendo-se de um movimento social que lhe garanta essa nova forma de inclusão.

O problema da tese da autossustentabilidade do sistema a que Clam se reporta, como ambiente satisfatório à inclusão, porque sua estrutura suporta a transformação e lida com o indeterminado, assimilando-o, é o foco inicial das questões abordadas por Young, ao analisar a fonte da violência tanto de indivíduos quanto da sociedade. O deslocamento do mercado de trabalho exclui o trabalhador da fábrica por um lado, mas gera a voracidade do consumo por outro. Mais uma vez, o sistema jurídico é obrigado a lidar com um paradoxo de um mercado que exclui cada vez mais trabalhadores, mas que, em contrapartida, inclui uma gama imensa de novos consumidores. Young parte da tese de que a tensão entre mercado e consumo gera uma violência que o poder político só contém mediante o emprego de outro ato violento, da geração de outra violência que é a criação do direito, conforme considera o pensamento de Clam. A forma de lidar com a frustração das expectativas no ambiente social se dá por via da coerção direta emanada na norma. O poder que concebe o direito é o poder que garante a força e a ordem para dissipar o paradoxo, a partir de sua integração na autopoiese punitiva do sistema jurídico. A formação da metrópole punitiva, como pensa Giorgi, é dada pela concepção de pós-fordismo como um “processo de transformação global da economia que sanciona o esgotamento do modelo industrial fordista e projeta, ao mesmo tempo, uma configuração de todo inédita das relações de produção”²¹¹. A mudança de um regime de pleno emprego para um de desemprego estrutural, e a passagem da classe operária para a constituição de uma nova força de trabalho dissociadas nos termos de uma multidão, equivalem bem ao que pensa esse criminólogo italiano ao lidar com movimentos sociais como o MST. Os sem-terra figuram como essa multidão excluída na metrópole punitiva, vítima da

²¹⁰GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 77.

²¹¹GIORGI, Alessandro de. Op. cit., p. 64.

mesma violência praticada tanto pelos que ingressam na criminalidade, quanto na violência contida no discurso indignado dos ditos cidadãos respeitáveis quanto à necessidade de punição²¹².

O desemprego, para Giorgi (2006), deixa de ser um problema conjuntural para ser estrutural. É da estrutura do próprio sistema social a exclusão do trabalho e a não participação integral de todos os trabalhadores no processo de produção pós-fordista pelo advento do progresso tecnológico informático. O risco das novas tecnologias, observadas por Beck, são o risco do fomento à miséria e a criminalidade, pela exclusão social no mercado de trabalho. O MST ingressa no paradoxo de exclusão do trabalho e maior participação no consumo, no momento em que a pregação do movimento por obtenção de terra mantém, por um lado, a exclusão do trabalhador da produção fabril, voltando o indivíduo para o campo, mas por outra forma uma legião de novos consumidores, de novos proprietários de terras. Pode-se afirmar, portanto, pela análise do paradoxo pelo sistema jurídico, que a relação que o sistema dos meios de comunicação e o sistema jurídico têm com os movimentos sociais como o MST, parte da tensão entre mercado e consumo na economia pós-fordista.

Essa tensão havida no entorno social, que acaba por produzir toda uma gama dicotômica de excluídos da produção, mas incluídos no consumo, chamados agora de multidão, encontra na paradoxalidade do direito espaço para a expansão punitiva e a criminalização desses excluídos que se organizam enquanto movimento social. Em primeiro lugar, é importante ressaltar que, segundo Clam, o paradoxo para Luhmann não se trata de uma contradição lógica ou o atestado lógico da impossibilidade real de algo, mas sim é o movimento que gera o sistema enquanto sistema operativo, através de riscos e bifurcações que geram uma multiplicidade de possibilidades²¹³. Portanto, seguindo esse pensamento, o enriquecimento da comunicação se dá pela não-compatibilidade inicial entre dois conscientes: a comunicação por causa da não-comunicação, o direito por causa do não-direito. O paradoxo gera as operações do sistema porque essas operações são os desvios produzidos pelo paradoxo, as bifurcações que servem para superar a estagnação da estrutura do sistema, expandindo o âmbito do possível. Em outras linhas, isso significa dizer em termos do sistema jurídico que, na comunicação, quando o direito (consciente) deixa de ser produzido nas operações de seu sistema, a comunicação volta a cair na violência e na impossibilidade de se manter o direito. O direito funciona operativamente para lidar com o paradoxo sem poder alcançar o seu fim total de resolver por completo o paradoxo, definindo precisamente aquilo

²¹² YOUNG, Jock. Op. Cit., p. 26.

²¹³ CLAM, Jean. Op. Cit., p. 131.

que é direito e aquilo que não é direito. É esse movimento de operação sistêmica constante, que tende a tentar superar uma situação inicial sem saída é o que se pode chamar de autopoiese²¹⁴. A paradoxalidade fundamental dá-se na autodiferenciação do direito ao surgir enquanto sistema, tendo que lidar com a situação daquilo que não é direito, e passando a funcionar operativamente enquanto um sistema distinto, que produz ininterruptamente diferenças de sentido para poder lidar com as situações que ocorrem em seu interior. O paradoxo proporciona a introdução criativa de novas produções de sentido pela necessidade mesma que tem o sistema de se manter funcionando, mediante o desenvolvimento de suas operações. Por isso, o paradoxo não é um obstáculo, mas sim a constatação de que toda ordem de sentido irá conter conteúdos paradoxais que não serão resolvidos completamente pelo sistema, pois o direito não foi feito para extinguir o paradoxo, mas sim para resolvê-lo, sem que obtenha nunca uma resposta definitiva para as questões paradoxais com que o sistema jurídico se depara.

Em termos de expansão punitiva, entende-se que esta se converteu em uma das operações de uma estrutura específica que o subsistema penal passou a apresentar em sua autopoiese punitiva, lidando com o paradoxo de lidar com a assimilação da contingência, reconhecendo incluídos enquanto consumidores na sociedade pós-fordista, como também excluindo indivíduos do mercado fabril, através da superação do não-direito, pelo direito, quando de sua opção pela via punitiva. Isso significa dizer que aquilo que é paradoxalmente colocado como não-direito (a ocupação de terras) e o direito de punir do Estado se contrapõem, no caso de se criminalizar movimentos sociais como o MST, pois o sistema é obrigado a exacerbar sua violência diante de uma situação sem saída e na necessidade de sua abertura para a contingência, lidando com fatos que poderiam ser entendidos como direitos, mas não o são, passando a classificá-los como fatos tipificados em ilícitos criminais (a liberdade de associação e o direito de rebelião de um grupo, transformado agora em organização paramilitar).

Para o sistema dos meios de comunicação, que trabalha o código informação X não-informação, o despertar da sensibilidade quanto à contingência, como já foi visto, vai depender da forma como esse sistema se depara com a contingência e impulsiona os fatos coletivos quanto ao advento do novo. No aspecto penal, entende-se que é por via do populismo penal, como agente impulsionador da expansão punitiva, que o surgimento de inimigos na multidão, no segmento coletivo de excluídos, será firmado, produzindo uma

²¹⁴ Ibid., p. 134.

intensificação da punibilidade e a manutenção de um Estado de polícia a coexistir com um Estado de direito, numa sociedade de risco transformada em sociedade de controle.

4. O POPULISMO PENAL NA EXPANSÃO PUNITIVA

4.1. Direito Penal e Meios de Comunicação: a propagação de “inimigos” pelo populismo penal e da militarização do sistema criminal pelo sistema midiático, como operações do sistema jurídico

Pelo que foi demonstrado até o presente momento, já se observou que pelo populismo penal, através de uma visão deformada dos meios de comunicação acerca do fenômeno criminal, o crime é veiculado enquanto notícia, e sua manutenção enquanto instrumento propagador de alarma social contribui para a expansão punitiva, produzindo um déficit de racionalidade no subsistema penal, devido à alimentação de mais demandas por segurança, em termos populistas, tendo em vista que o legislador é, por vezes, chamado a legislar sob os efeitos de uma cultura de emergência, em que assuntos criminais são tratados à base de imperativos punitivos com soluções bélicas ou questões sociais são transformadas em caso de polícia²¹⁵.

O déficit de racionalidade, obtido após um processo de irritação do sistema jurídico pelo sistema midiático, ocorre quando o clamor social veiculado pela notícia acaba engendrando operações de uma autopoiese punitiva, voltada tão somente para a realização de uma norma penal como norma-instrumento, e não como norma-realização.

Por norma-instrumento entende-se aqui a norma penal utilizada por outro sistema que não o jurídico, numa heteropoiese ocorrida quando o sistema midiático, na qualidade de observador de segunda ordem, relê a norma não como um preceito dotado de sanção responsável pela manutenção da vigência do ordenamento jurídico, mas sim como um instrumento a serviço das operações de outro sistema social, distinto do jurídico, passando a funcionar a norma também como notícia, enquanto uma produção de informação a serviço do discurso punitivo de caráter populista, o discurso propagado pelos meios de comunicação de mais e mais repressão.

Diferentemente do caráter comunicativo que possui a norma jurídica dentro de seu próprio sistema, realizando sua distinta função de assegurar a vigência do sistema por conta de sua aplicabilidade e significado no próprio sistema (norma-realização), no sistema midiático a norma jurídico-penal não se realiza enquanto norma. Na verdade, a norma penal para os meios de comunicação deixa de ser norma, enquanto sua definição operativa no

²¹⁵ CALLEGARI, André Luís, WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Op. Cit., p. 52.

interior do sistema jurídico, passando a ser convertida em notícia. É justamente por conta de sua transformação por obra de outro sistema, que não o jurídico, que a norma se reifica em outra realidade, desprovida de seu conteúdo genuíno conferido pelo sistema de onde foi extraída, a passa a ser um mero instrumento a serviço do discurso midiático. É nesse horizonte que a satanização de inimigos por uma ordem social desigual, pode legitimar o surgimento de inimigos e abrir um campo fértil para a criminalização.

A imprensa no Brasil contribui enormemente para essa demonização dos movimentos sociais, num processo que não é atual, mas ocorreu de acordo com o desenvolvimento histórico e a acomodação de uma luta de classes na sociedade brasileira. Desde a Revolta de Canudos, lideranças desenvolvidas no campo como Antônio Conselheiro foram objeto de uma ação intensa e sistemática da mídia, no sentido de vender a imagem de que os rebeldes atentavam para a segurança nacional, na qualidade de inimigos do Estado²¹⁶. Hoje em dia, diversos jornais e publicações dos meios de comunicação classificam os integrantes do MST como bandoleiros, bandidos ou até mesmo terroristas. No período de 1996 a 1997 a novela televisiva *Rei do Gado*, exibida pela Rede Globo de Televisão, iniciou-se apenas dois meses após o incidente no Pará, no massacre de Eldorado dos Carajás, em 17 de abril de 1996, a Polícia Militar do Pará, sob pretexto de conter um distúrbio numa estrada produzido por militantes do MST, matou a tiros dezenove deles, funcionando como um marco emblemático da relação havida entre Estado e movimentos sociais. O MST, demonstrado na novela da rede Globo de televisão, tratava-se de uma fábula sobre a aliança entre o latifúndio e a pobreza, revelando um movimento social domesticado, desinformando o público sobre a realidade dos conflitos no campo²¹⁷. Da mesma forma, o papel de jornalistas é não raro o de reproduzir o pensamento das camadas eminentemente dominantes da sociedade, dentro de um entorno social desigualmente dividido em classes, donde se destaca em sua autopoiese o sistema jurídico. Apesar de autônomo em sua clausura operativa, o sistema do direito não permanece alheio às movimentações que se dão em seu entorno social, e de lá, através do discurso midiático, são fabricados os inimigos.

A fabricação da imagem do criminoso enquanto notícia e a instrumentalização da norma a partir do discurso midiático sob a égide do populismo penal tem como efeito irritações no âmbito do sistema jurídico como pôde ser observado no caso do policial militar Valdecir, morto sob degola no conflito entre a Brigada Militar Gaúcha e os sem-terra na Praça de Matriz, na cidade de Porto Alegre, há mais de vinte anos, precisamente, em 8 de agosto de

²¹⁶ ARBEX JÚNIOR, José. Op. Cit, p. 150.

²¹⁷ Ibid. p.155.

1990. As recusas por diversas vezes, das autoridades judiciais, em conceder os pedidos de revogação da prisão preventiva dos colonos envolvidos no conflito naquela época, por exemplo, é sintomático da influência do sistema dos meios de comunicação na formação de supostos “inimigos” do subsistema penal²¹⁸. O silêncio midiático imposto a uma segunda versão do caso, envolvendo a tese da legítima defesa dos colonos, bem como as razões que a autoridade judicial expôs para manter os militantes presos, sob a alegação de que eles voltariam a se organizar, enquanto um movimento social articulado revela uma faceta de um Estado de polícia contraposto a um Estado de Direito, que utiliza argumentos de segurança, ao invés de argumentos de preservação de direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e de associação, para manter encarcerados militantes dos movimentos sociais. O risco não aprovado pelo ordenamento jurídico passa a ser a criminalização de algo que era tido constitucionalmente como um direito, pois não se aprova mais a organização política e social de um movimento que pregue a ocupação de terras, tendo em vista que a forma de lidar com o paradoxo passa pela expansão punitiva e pelo caminho da criminalização, estendendo-se o alcance dos tipos penais até uma completa fragilização das liberdades individuais e sociais.

Acerca do papel da propaganda na indicação de supostos “inimigos” do sistema e fabricação da imagem de alguém a ser combatido, Hannah Arendt estabelece interessante reflexão sobre a função dos meios de comunicação no advento de movimentos totalitários que começam a surgir no seio de um ambiente democrático. A propaganda totalitária se vale do uso de insinuações ou da propagação de supostas ameaças, em que um cientificismo torna-se atributo dessa propaganda, com a pregação de profecias quanto o futuro e a exigência de uma adequação à realidade desse cientificismo ideológico²¹⁹. Isso implica em dizer que, não obstante muitas regiões e países viveram o franco exercício de um regime democrático, a pregação de discursos xenófobos na Europa contra a imigração, os discursos de pregação das teorias da “tolerância zero” e “janela quebrada” contra os moradores de rua nos Estados Unidos e a pregação da intolerância a movimentos de trabalhadores sem-teto ou sem-terra no Brasil, com franca intervenção do aparato punitivo pelo uso do aparelho policial do Estado, é possível se vislumbrar nos meios de comunicação discursos que promovem uma insidiosa desqualificação dos movimentos sociais, passando-se a se tratar seus integrantes como párias ou bandidos. A dimensão científica da propaganda na utilização da técnica na comprovação de supostas “teses” sobre a criminalidade (os conhecidos discursos dos meios de comunicação envolvendo a conhecida tese do aumento dos efetivos policiais nas ruas, como solução para a

²¹⁸ LERRER, Débora Franco. *A degola do PM*, p. 117.

²¹⁹ ARENDT, Hanna. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 394.

queda dos índices de criminalidade), conforme o pensamento de Arendt funciona apenas como um substituto do poder. Assim que o poder é exercido, as demonstrações “científicas” somem da pauta da política criminal, uma vez que o principal objetivo da propaganda (a retirada dos indesejáveis das ruas) já demonstrou seus efeitos. A pregação de determinadas reportagens nos meios de comunicação exortando o papel do trabalho e a função da indústria na reabilitação dos apenados, nas colônias penais industriais²²⁰, revelam o quanto a propaganda de uma política criminal baseada na ressocialização dos presos, está mais relacionada com um processo de docilização dos corpos na produção capitalista, do que na reabilitação de um indivíduo ao convívio em sociedade. Por trás do discurso que propagandeia a eficácia de modelos penitenciários, por exemplo, está uma dependência da política criminal em relação aos processos econômicos de reorganização do trabalho e exclusão social. Os modelos de política criminal apontados como a saída científica para o problema da criminalidade pelos meios de comunicação acabam justificando novas formas de exploração social de um amplo segmento de excluídos do processo de produção.

Pode-se dizer que o cientificismo que está contido dentro da propaganda totalitária analisada por Arendt está relacionada com a submissão dos corpos pela relação de poder fundadas num saber sobre a figura daqueles a quem o sistema pretende subjugar²²¹. Esse saber é propagandeado, é difundido através de programas de televisão, de entrevista em jornais e periódicos com supostos *think tanks* da política criminal baseada na exclusão e na estigmatização de classes e camadas sociais tidas como indesejáveis, em uma onda punitiva baseada na propaganda acerca de um sentimento geral de insegurança coletiva e a necessidade de se estabelecer um discurso supostamente científico sobre alternativas ao problema da criminalidade e os riscos provocados por novos fatores criminógenos como o desemprego, a imigração ilegal, o narcotráfico e o terrorismo.

Em todos esses casos, a solução militarizada para os conflitos e distúrbios havidos em momento de comoção social, impulsionados por movimentos de protesto e pela manifestação direito à rebelião como supedâneo do princípio da liberdade, acaba ser revelando quando efetivos bélicos são chamados para conter manifestações de rua ou para expulsar manifestantes de terras ocupadas ou espaços públicos. A propaganda, nesses casos, tem um efeito midiático fundamental, no sentido de apresentar os representantes desses movimentos

²²⁰ Os modelos filadelfianos e auburnianos de penitenciária tem por base uma mesma matriz ideológica, qual seja: a de promover a exploração do trabalho carcerário como forma de manter os condenados, excluídos da fábrica, no processo de produção capitalista, explorando ainda mais intensamente a mais-valia do trabalho daqueles que por estarem aprisionados, sequer são assaliarados. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, p.498.

²²¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 133.

como supostos infratores, indivíduos perigosos, produtores de risco, ou, simplesmente criminosos. A cobertura jornalística das ações como a dos sem-terra, nos últimos vinte anos, reflete bem um processo de criminalização fomentador de um populismo, que contou com a farta contribuição de boa parte da imprensa brasileira²²².

É curioso notar que, no caso da criminalização da pobreza através dos movimentos sociais, num fenômeno de expansão punitiva que vem se revelando de longa data, mas ganhando contornos característicos nessa fase da modernidade, com o desenvolvimento da globalização atual, como o tecnicismo e o gosto pelas experimentações policiais e penais típicas da experiência norte-americana de segurança²²³, parecem estar também presentes no discurso propagandístico dos meios de comunicação no Brasil, estimulando o populismo penal em políticas de combate à delinquência contidas no discurso dos legisladores e representantes do executivo, mormente em campanhas eleitorais. Modelos de política criminal que combinam teorias como a “janela quebrada”, e “tolerância zero” com os princípios do policiamento comunitário adotado em Chicago, nos EUA. Junta-se a isso, que iniciativas de cooperação internacional no combate ao tráfico de drogas que se traduzem numa política criminal de opção por uma intervenção bélica, como ocorre com o desenvolvimento do chamado “Plano Colômbia”, firmado através de parceira do governo dos EUA com o governo colombiano, traduz-se na adesão midiática à lógica de um cientificismo do discurso baseado muito mais na repressão severa, na utilização de um aparato militarizado do Estado na condução de problemas criminais, do que numa intervenção normativa regrada pelo respeito a princípios constitucionais e direitos fundamentais como a dignidade humana, o devido processo legal, a liberdade de expressão e associação e o direito de reunião. Parece que para determinados setores da imprensa brasileira, por exemplo, o exercício do direito de protesto e de rebelião parece se confundir com práticas delituosas a quem compete reprimir, por vezes, através do emprego de exércitos ou de efetivos militares, como bem se observou em casos ruidosos, ocorridos em Eldorado dos Carajás ou na Praça da Matriz em Porto Alegre, na década passada.

O cientificismo da propaganda consiste em reproduzir a técnica de que já tratara Luhmann ao lidar com o sistema dos meios de comunicação, tratando-se de uma arte de dominação dos espectadores a fim de que se produzam os resultados esperados de um

²²² Em reportagem da revista *Época*, reproduzida na revista *Caros Amigos*, de dezembro de 2000, o jornalista Luís Costa Pinto afirmava em Porto Alegre: “o MST é dirigido por um “núcleo duro” que, na verdade, não quer a reforma agrária, mas sim instrumentaliza o movimento para atingir seus próprios fins”. ARBEX, Op. Cit., p. 156.

²²³ WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres-a nova geração da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

processo de experimentação da notícia. Assim como na propaganda comercial, o que se pretende é “vender uma imagem”, algo plenamente assimilável pelo expectador da notícia é que dê retorno com o despertar de sua sensibilidade para a mensagem que se pretende transmitir. Dessa forma, no contexto da repressão a movimentos de protesto, as imagens que divulgam crimes, destruição ou atrocidades, como a ênfase dada à morte de um policial militar por “degola”, no episódio da Praça da Matriz, em Porto Alegre, em 1993, ou as recentes publicações impressas em alguns periódicos nacionais, acusando os integrantes desses movimentos da prática de crimes, correspondem a uma estratégia propagandística de se pregar alternativas e soluções que podem recorrer a meios bélicos para solucionar supostas ações paramilitares e prejudiciais ao Estado de Direito e à segurança nacional, como o que vem sendo relatado acerca da perseguição sofrida pelo MST.

As alternativas de um Direito Penal Bélico, conforme acentua Cepeda, podem vir junto com essas pseudodemonstrações científicas da necessidade de um acirramento do discurso punitivo e da expansão de medidas coercitivas na base do emprego da força²²⁴. Mescla-se o direito penal com a guerra no momento em que determinadas condutas não são vistas apenas como práticas delituosas, sujeitas à coerção penal, mas sim em verdadeiros atos de guerra, contrárias à manutenção do Estado de Direito vigente, e comprometedoras à segurança nacional, tendo em vista a pregação midiática de um suposto “Estado Paralelo”, criado à revelia dos cidadãos, e formado por inimigos encontrados no seio da criminalidade. A realidade dos morros e favelas cariocas, por exemplo, durante muito tempo no cotidiano da segurança pública no Rio de Janeiro, foi tida como ambiente em que apenas soluções militarizadas seriam possíveis, seja com a ocupação dos morros pelo exército, seja pela atuação de grupos táticos especiais da Polícia Militar, a fim de combater o narcotráfico desenvolvido na região. Tornou-se mais do que comum por mais de uma década, assistir nos telejornais a ação bélica da polícia contra traficantes, resultando em previsíveis e esperados danos colaterais, com a morte de civis inocentes no fogo cruzado dos tiroteios entre policiais e traficantes. Enquanto isso, nos meios de comunicação, em programas de rádio e televisão alardeava-se a necessidade da polícia subir o morro fortemente armada, sustentando-se a tese de que somente com o emprego de mais força militar seria possível reduzir a violência da criminalidade armada, de traficantes equipados com fuzis, pistolas e metralhadoras. No campo, por vezes, os efetivos policiais militarizados são chamados para coibir manifestações de movimentos organizados como o MST, para coibir a ação desses grupos, atuando

²²⁴ CEPEDA, Op, Cit., p. 130.

repressivamente, no contexto de uma ação bélica a supostos crimes praticados por seus integrantes, apresentando uma reação ao crime como se fosse um ato de guerra.

Para se ter uma ideia do conteúdo cientificista de determinadas políticas criminais que ganham ressonância através de sua propagação pela mídia alimentando o populismo penal, vale tecer considerações aos estudos de Wacquant quanto às agências oficiais de propaganda formadas nos Estados Unidos nas últimas décadas, que vem pregando uma “construção material e simbólica do Estado Penal.”²²⁵. Graças a explosão da mídia quanto aos casos de violência nas escolas e conflitos disciplinares entre alunos nas salas de aula ou nos períodos de recreio, ao invés de uma solução disciplinar oriunda do próprio estabelecimento de ensino, através do exercício da autoridade pedagógica, o que se viu foi a criação da figura do “policia de referência” em cada *high scholl* norte-americana, em que os transtornos disciplinares de alunos não deveriam mais ser comunicados à direção da escola, mas sim ao delegado da região, pois um problema escolar se transformava em caso de polícia. A proposta de se intervir na escola com técnicas punitivas direcionadas à delinquência em geral como uma suposta “alternativa pedagógica” de correção da violência entre jovens nos ambientes de ensino, apenas revela até que ponto a expansão do discurso punitivo com base em pseudoafirmações técnicas de validade de uma prática repressiva como meio de experimentação social no controle da violência, redundando na mais completa criminalização de condutas outrora abissalmente distantes de quaisquer soluções de natureza penal. Nesse sentido, o destaque dado pelos meios de comunicação a essas práticas repressivas como salutares para a manutenção da ordem e da disciplina no convívio social são bem emblemáticas dessa expansão.

Não poderia ser de outra forma o destaque que é dado pelos meios de comunicação à atuação de movimentos sociais de envergadura nacional como o MST, no momento em que periódicos ou telejornais estampam em suas manchetes a ação destruidora de militantes desses movimentos, na ocupação de terras, conflitos com policiais e fazendeiros, e esdrúxulas comparações desse tipo de movimento a focos de guerrilha e movimentos armados como as FARC colombianas. A divulgação de tramas, envolvendo o suposto comprometimento de governos identificados ideologicamente com as causas do movimento, como forma de estabelecer uma presumível leniência dos governantes com as ações desses grupos, a fim de promover o descrédito político de setores do segmento político simpáticos aos movimentos sociais, traduz-se em um conteúdo totalitário presente no discurso propagandísticos de

²²⁵ WACQUANT, Loïc. Op, Cit., p. 70-71.

agências da mídia nacional, não muito diferentes de órgãos de comunicação comprometidos, outrora, com governos autoritários e contrários ao exercício democrático da manifestação social. Os governantes de estilo populistas, que galvanizaram credibilidade pública graças a um forte apoio popular de contingentes sociais integrantes desses movimentos, parecem ser o primeiro alvo do discurso midiático, em uma propaganda acusada por muitos desses governantes como repleta de interesses golpistas, como se a democracia somente fosse salutar quando não contrariasse os interesses de grupos que controlem o sistema midiático dominante.

Os mesmos argumentos usados na propaganda da mídia brasileira, por exemplo, para justificar a queda do presidente Hugo Chavez na Venezuela²²⁶, na frustrada tentativa de golpe, em 2002, que acabou com que ele retornasse ao poder, foram empregados no Brasil para justificar a reeleição de Lula, mesmo acossado por denúncias de corrupção veiculadas pela mídia brasileira, como o caso do suposto “mensalão”. Em ambos os casos, líderes carismáticos, com forte apoio popular, tiveram sua autoridade questionada, mediante um “denuncismo” que beirava a panfletagem, com críticas estimuladas por entrevistas feitas a economistas, políticos e intelectuais neoliberais ou conservadores. No Chile, mediante as sucessivas greves e paralisação da atividade econômica durante o governo democrático de Salvador Allende, a mídia teve sua cota de participação no golpe ministrado pelos militares, sob o comando de Pinochet, divulgando sucessivamente notícias desabonadoras sobre o regime, assim como no Brasil, diversos meios de comunicação anunciavam a decadência do governo João Goulart, rendido às corporações sindicais, partidos de esquerda, ligas camponesas e movimentos sociais liderados por comunistas, dando espaço para que fosse dado o golpe militar em 1964²²⁷. Se no Brasil, a propaganda totalitária não vem de movimentos totalitários, ao menos nos órgãos da mídia, em muitos de seus setores, reproduz-se um discurso próprio de propagandas totalitárias, estimulando práticas golpistas e alternativas punitivas como a criminalização dos movimentos sociais, mormente quando esses movimentos questionam a vigência de um status social dominante e um quadro geral e desolador de desigualdade, que impulsiona a mobilização desses movimentos.

O populismo penal, com o auxílio do sistema dos meios de comunicação tem, portanto, sua origem nos primórdios da relação entre mídia e poder político. Desde a concessão pública de emissão de sinal às emissoras de rádio e televisão, até a isenção fiscal para esses órgãos de comunicação de massa e proprietários de empresas jornalísticas para que

²²⁶ ARBEX JÚNIOR, O., Cit, p. 133.

²²⁷ GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p.302.

essas empresas atuassem em conformidade com os ideais do regime dominante denunciam que, por vezes, a divulgação da notícia tende a relevar um discurso punitivo subliminar ou expresso em relação ao tratamento penalmente desigual de setores aliçados do processo histórico de dominação política. No momento em que se vive um novo marco legal de legalidade e Estado democrático, a partir do desenvolvimento da sociedade brasileira após a promulgação da Constituição de 1988, ao menos no que tange a antigos interesses de dominação de classe, na preservação de um modelo social de exclusão e manutenção das desigualdades, os meios de comunicação no Brasil com suas grandes agências e empresas jornalísticas, sob o vulto da liberdade de imprensa, mantém ainda um totalitarismo implícito na eleição apressada de “inimigos” a serem combatidos às expensas do aparato repressivo estatal, por meio de uma propaganda que aponta os destinatários do rigor punitivo durante um evolutivo processo de criminalização de indivíduos supostamente perigosos.

Assim como na Alemanha nazista, o mito da conspiração mundial judaica²²⁸ serviu como tema para que a propaganda totalitária aperfeiçoasse suas técnicas quanto à difusão de uma sensação de alarma social, medo e insegurança coletiva quanto a um grupo ou segmento social, da mesma forma, os meios de comunicação no Brasil, por boa parte de seus órgãos de imprensa e mídia, procura criar um segmento de indesejáveis que sejam a encarnação do mal. O interesse para despertar a atenção pública para a figura do judeu na Alemanha dos tempos de Hitler é semelhante ao despertado na mídia brasileira com a figura do militante sem-terra, do sem-teto invasor de prédios urbanos, ou do morador da favela, de capuz e fuzil que guarda uma “boca de fumo” em alguma favela ou subúrbio da grande urbe, no país. Ambos são tratados como delinquentes, como agentes da baderna, promotores da desordem e de caos, e perigosos produtores de riscos. No caso do MST, seus militantes são apresentados como conspirados que integram um movimento organizado contrário à ordem vigente, e que tramam à destruição do Estado de Direito, por meio de ações violentas e criminosas. É dessa forma que a pregação midiática pela aplicação da Lei de Segurança Nacional ganha seus contornos na irritação do sistema jurídico pelo sistema dos meios de comunicação, passando a norma jurídica a figurar como instrumento nas operações internas de outro sistema autônomo, distinto do direito, mas baseado em uma prática totalitária de exercício do poder de uns sobre os outros, na base da classificação de inimigos e indesejáveis.

²²⁸ ARENDT, Hanna. Op, Cit, p. 403.

4.2. O Direito Penal do Inimigo e a existência ou inexistência de seus reflexos no direito brasileiro: a proteção de bens jurídicos ou a manutenção da vigência da norma?

Como já foi dito anteriormente, se for pensado o desenvolvimento do arcabouço jurídico-penal brasileiro em termos de um punitivismo autopoético, o sistema jurídico sempre foi excludente, deixando para os alijados da desigualdade social a aplicabilidade de normas penais e sua responsabilização pelos tipos penais definidos na delinquência clássica, numa seletividade própria de sociedades capitalistas e liberais-burguesas, proporcionando maiores chances a um dado segmento social de ser criminalizado²²⁹.

Em nosso ordenamento jurídico, conforme salienta Andrade: “a clientela do sistema penal é constituída de pobres, não porque tenham uma maior tendência para delinquir, mas precisamente porque têm maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como delinquentes”. Nesse diapasão, o sistema jurídico-penal, em sua autopoiese punitiva, já produz em suas operações internas, no âmbito de sua seletividade conforme o código lícito X ilícito, quem serão os principais destinatários das normas penais. Na verdade, teorias criminológicas como o *labeling approach* e a criminologia crítica já analisadas por Baratta demonstravam com perfeição esse funcionamento do sistema, no âmbito da individualização de condutas de sujeitos componentes de setores ou camadas sociais tidas como indesejáveis. A novidade é como, com o avanço de movimentos sociais organizados no último decênio da globalização e diante dos parâmetros de uma sociedade de risco pós-fordista, agora coletividades inteiras e comunicados organizados sob o emblema de movimentos efetivamente engajados em manifestações sociais e atos de conflito com a legalidade, podem ser estigmatizados como inimigos do sistema jurídico e social.

Conforme já foi visto, o populismo penal oriundo dos acoplamentos entre o sistema midiático e o jurídico fornecem pistas acerca dos desdobramentos do fenômeno de expansão punitiva no país. Se não é novo o trato repressivo quanto às reivindicações sociais de setores organizados e mobilizados da sociedade, resta saber até que ponto há, de fato, uma repercussão doutrinária do conceito de direito penal defendido por Jakobs nessa fase histórica da globalização, estabelecendo a distinção entre cidadãos e inimigos, e até que ponto os meios de comunicação de massa têm um papel significativo no estabelecimento dessa distinção.

Agora, em termos de invenção da mídia no direito penal e conforme os acoplamentos já descritos, numa perspectiva sistêmica do sistema dos meios de comunicação com o sistema

²²⁹ ANDRADE, Vera. *A ilusão da segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 270.

jurídico, entende-se o populismo penal como o âmbito de decisões tomadas pelo legislador na esfera da política criminal, que se pautam não por evidências racionalmente comprovadas, mediante o discurso crítico da teoria penal, mas sim mediante elucubrações simplistas de uma opinião pública desinformada²³⁰. Assim, o legislador adquire um bom capital eleitoral, no momento em que sua imagem passa a ser identificada como um provedor de segurança, atendendo anseios simplistas tais como: mais punições, penas mais altas e severas, novas criminalizações e novos delinquentes, como que tentando, de forma tosca, reforçar o sentimento de confiabilidade social no sistema jurídico, que é buscado na teoria da prevenção geral positiva.

O populismo penal se configura como a mais pronta e acabada ausência de racionalidade do sistema jurídico penal e de rendição de um agir comunicativo baseado na própria operação interna da autopoiése do sistema jurídico à sua irritação externa pelo sistema midiático. Em outras palavras, o sistema jurídico na obtenção de decisões deixa de se pautar em suas próprias operações internas, na busca de soluções jurídicas para as decisões, e acaba por adotar soluções típicas daquelas esboçadas pela reação social, diante do aparato midiático. A classe política, donde saem os legisladores, acaba por propor soluções de fora do âmbito jurídico, em que a coerção imediata, típica das operações jurídicas e característica natural das normas, no processo de formação da estrutura do sistema jurídica, em sua função normativa, transforma-se em efetiva punibilidade, pautada por discursos obtidos de fora do direito, baseados num oportunismo emergencial ditado pelo alarma, pela insegurança e pelo medo²³¹.

Entra em voga novamente, no âmbito desta reflexão, a discordância entre Roxin e Jakobs acerca da finalidade das normas penais. Para Roxin, as normas penais servem para proteger bens, para Jakobs, as pessoas. Por trás dessa discussão, encontra-se a tese da prevenção geral positiva esboçada por Jakobs e criticada por Zaffaroni. Para Jakobs (2009), a função do direito penal é reafirmar a vigência da norma, e, nesse sentido, o direito penal do inimigo emerge com toda sua força, pois a medida punitiva aplicada ao inimigo (distinto daquela aplicada ao cidadão) também reforça a vigência normativa, através da contenção do inimigo, que deve ser a proposta da norma, no combate a produtores de perigos.

Zaffaroni atesta a boa fé de Jakobs quanto à manutenção de um Estado constitucional de direito²³², pois não pretende o penalista germânico afirmar que todo direito penal é voltado para os inimigos, mas sim introduzir um conceito de inimigo que não é recente na história do

²³⁰ Laurrari Pijoan apud CALLEGARI, Op. Cit, p. 54.

²³¹ ZAFFARONI, Op. Cit, p. 66.

²³² ZAFFARONI, Raul E. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 158.

direito penal, mas que ficou muito tempo oculto na consciência do penalismo²³³. Na verdade, Jakobs revela seu propósito de que sua teoria sobre a existência do inimigo no direito penal seja aplicada apenas enquanto exceção, e não regra. Contudo, não é de hoje que o criminoso pôde vir a ser tratado como inimigo na linguagem dos penalistas e nos discursos da política criminal de “guerra ao crime”, mas a adoção de uma solução jurídica não-bélica no tratamento do inimigo sempre foi questão muito delicada no pensamento jurídico penal. Afinal, inimigos não são cidadãos, e se assim forem encarados como não detentores de direitos, é natural pensar que indivíduos tratados como inimigos possam ser aniquilados. O problema de Jakobs é querer manter a figura do inimigo dentro do Estado de Direito, o que não é possível, segundo Zaffaroni, em sua leitura da obra de Schmitt, pois, segundo esse autor: “o conceito jurídico de inimigo só é admissível em um estado absoluto”²³⁴.

Jakobs entende que a medida de contenção do inimigo se dá por conta de sua periculosidade, pela imprevisibilidade de sua conduta, contrariando sua cognição pela frustração das expectativas estabelecidas na norma, o que compromete sua vigência. Só resta a saída de privar o inimigo da condição de pessoa, a fim de que ele possa ser neutralizado, e a vigência da norma seja mantida. Assim, dentre as normas que asseguram o direito de propriedade, a propriedade da terra será mantida e o direito assegurado na norma não será afligido no momento em que se estabelece a contenção; ou seja, conttenham-se os invasores. Se o inimigo é tratado com a guerra, Jakobs não deixa de assegurar que essa guerra deva ser travada dentro das limitações normativas, e por isso vem o problema encontrado por Zaffaroni nesse pensamento, pois se o inimigo está relacionado com o Estado Absoluto não existem limitações possíveis ao que possa ser feito contra ele. Não existe, na verdade, como pensa Jakobs, uma carta de direitos do inimigo, como se ele pudesse voltar ao regime jurídico-social de direitos assegurados ao cidadão, quando cessasse sua periculosidade, ou aceitasse ele a participação no pacto, retornando ao convívio social. Inimigos devem assim ser tratados, e isso pressupõe a possibilidade, inclusive, de sua aniquilação.

Sob a égide da Lei nº 7.170, é possível a reclusão de indivíduos considerados perigosos ao Estado de Direito, mas a norma constitucional também abre uma lamentável brecha na admissão da pena de morte, como exceção em caso de guerra, ou por decretação de

²³³ Pode-se afirmar que Jakobs não se distancia da pregação da manutenção de um Estado de direito, nos moldes em que as democracias modernas pretenderam alcançar nas últimas décadas; porém, ele tenta demonstrar que sua teoria sobre o inimigo é uma das saídas para os dilemas atuais do Estado de Direito, como se o conceito de “inimigo” fosse um termo mal resolvido na ciência criminal: “o Direito Penal do Inimigo não constitui um código de normas para a destruição ilimitada, mas sim, no Estado de Direito gerido de forma inteligente, uma *ultima ratio* a ser aplicada conscientemente como exceção, como algo que não se presta a um uso duradouro”. JAKOBS, Günther Jakobs, *Direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 41.

²³⁴ ZAFFARONI, *Ibid.*, p. 160.

mobilização nacional, nos termos do artigo 5º, inciso XLVII, combinado com o artigo 85, inciso XIX, do texto constitucional. Ora, seguindo a interpretação legal, nada impede que forças militares sejam acionadas contra grupos considerados comprometedores da segurança nacional, e até mesmo com movimentos declarados proscritos pode ser considerada a aplicação de uma medida coercitiva de caráter bélico. Volta-se a mesma solução do período ditatorial: aos pés descalços as baionetas, ao invés de pão. Parece que o episódio de Eldorado dos Carajás não serviu de lição.

Se os inimigos são distintos das pessoas, e se pessoa for considerado aquele detentor de direitos que não gera perigos (cidadãos), na concepção de Jakobs quanto mais indivíduos são considerados perigosos, mas eles deixam de possuir as características de pessoa (periculosidade associada à despersonalização). Zaffaroni observa que a distinção entre cidadãos e inimigos não é uma invenção recente, mas sim com uma proposta de contenção que percorreu todo o direito penal no século XX²³⁵. Na verdade, é através do antigo conceito de periculosidade que entra a figura do estranho, do inimigo a ser neutralizado. Como já foi observado neste estudo, à medida que os riscos concebidos na sociedade são tidos como não permitidos, conforme o pensamento de Roxin; ou que passam a ser produtores de incerteza e insegurança, como alude Beck, percebe-se que abre-se o espaço da despersonalização, observado por Zaffaroni ao analisar Jakobs, no momento em que os perigosos, os produtores de perigo e aqueles cujas condutas superam as expectativas e passam a se traduzir em ameaça à vigência da norma, tem-se a rápida solução para amenizar o dilema penal: coisifica-se o inimigo.

Como o inimigo é um ente despersonalizado, distinto da pessoa (detentora de direitos fundamentais), é possível a norma penal tutelar as expectativas daqueles cujas condutas são plenamente reconhecidas e esperadas (os cidadãos), tutelando-se, por sua vez, os bens jurídicos relacionados com a manutenção dessas expectativas. Um direito penal voltado para a proteção de bens e na normatização dos riscos é também um direito voltado para as pessoas, como deseja Jakobs, pois ao proteger bens como a propriedade no caso do furto, por exemplo, estar-se-á protegendo as expectativas quanto às condutas relacionadas com a aquisição ou destituição de bens materiais regulados pelos contratos (a compra e venda é a mais nítida representação dessa relação contratual). A proteção da vigência da norma no pensamento de Jakobs e a proteção de bens jurídicos na teoria de Roxin convergem para os moldes de uma sociedade disciplinar, cujos mecanismos penais de contenção de inimigos estão a serviço de

²³⁵ ZAFFARONI, *Ibid.*, p. 162.

uma autopoiese do sistema jurídico, em produzir e reproduzir controle, na manutenção do sistema social vigente.

Silva Sánchez estabelece uma feroz crítica a essa teoria de Jakobs, ao falar da impropriedade do termo para definir uma teoria do direito penal, uma vez que uma das maiores carências desse conceito adotado pelo penalista alemão é a sua ausência de virtude analítica²³⁶. O Estado não lida com entes despersonalizados no momento de aplicar as normas penais, e, se de fato o Estado, ao se portar contra um inimigo, deve colocar-se como igual, em relação ao delinquente a relação não se dá da mesma forma. O delinquente é colocado numa situação de inferioridade em relação à sociedade e ao Estado, exatamente porque o criminoso se contradiz ao tentar obter uma vantagem indevida com o crime, passando a se sujeitar às penas fixadas pela lei, porque sua aplicação demonstra a superioridade do Estado, quando é chamado pela sociedade para se impor à conduta do criminoso, reprovando-a. O Estado assim atua porque age conforme a proteção de um bem comum, enquanto entre Estado e inimigo não há esse bem comum. Portanto, um delinquente não pode ser tratado como inimigo.

Por outro lado, se for pensado o direito penal no tocante à produção de bens jurídicos, também é possível na seletividade do sistema jurídico perceber quem são os reais destinatários desses bens, em uma economia de trocas e acumulação de capital. Em uma sociedade socialmente desigual, como é a sociedade decorrente da economia capitalista, detentores de bens jurídicos são aqueles reconhecidos como cidadãos, mas esse seu reconhecimento, no aspecto punitivo, dá-se muito mais pelo pertencimento a uma classe ou categoria social privilegiada do que a um reconhecimento meramente formal-normativo, inserido num diploma legal. Através das “instituições de ligação”²³⁷, observadas por Teubner, o sistema jurídico observa o sistema social e realiza suas operações internas, decodificando as informações repassadas pelo entorno. Se o entorno social é composto de desigualdades, e diferenças de tratamento entre etnias, castas, clãs, classes ou categorias sociais, tais diferenças naturalmente são reproduzidas internamente no âmbito do sistema jurídico, no sentido de passarem a se aplicar normas de forma distinta a situações distintas de classe. Portanto, o que pode ser um furto para um indivíduo da classe inferior, pode ser uma invasão a domicílio para quem se situa num estrato social superior.

A venda de CDs ou DVDs piratas por camelôs a populares nas praças e calçadas dos centros urbanos, pode ser vista como um crime de violação de direito autoral, ou como um

²³⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 78.

²³⁷ TEUBNER, Op. Cit, p. 165.

deslize contratual, caso seja feito a reprodução não autorizada de uma cópia áudio ou videofônica por uma gravadora. Por diversos âmbitos em que se colocam situações a serem lidadas por normas penais, a violação de bens jurídicos e a ameaça à vigência da norma podem ocorrer *paripassu* às condições materialmente e estruturalmente postas como situações de classe e diferença social. É nesse sentido que marca o processo de criminalização e expansão punitiva.

4.3. A criminalização dos movimentos sociais segundo as operações internas do sistema jurídico-penal

Quanto ao sistema do direito, por não estar imune aos acoplamentos, observa-se que pela abertura cognitiva do sistema jurídico diante de seu entorno social, os reflexos midiáticos da designação de segmentos e grupos classificados como inimigos perigosos e indesejáveis, não deixa de ter efeito sobre o sistema de direito. Como já foi dito, por meio de instituições de ligação²³⁸, o sistema jurídico, em suas operações internas, passa a ver como parte integrante do sistema os destinatários do meio social que a norma jurídico-penal visa atingir, num processo de seletividade comunicativa. Assim, o invasor de terras que participa de mobilizações, ocupa uma propriedade rural ou prédios públicos como a sede de repartições, obstrui rodovias em passeatas, destrói cercas que circundam fazendas ou plantações, promove saques em caminhões ou supermercados, e que é veiculado pelos meios de comunicação como a figura de um promotor da desordem ou infrator, é tido pelo sistema penal como autor de ilícitos como dano, roubo, furto, ou como um inimigo da ordem nacional, cuja conduta necessita da aplicação da norma e de sua correspondente sanção penal.

As espécies delitivas contidas nos tipos penais funcionam como as instituições que ligam o sistema social ao mundo jurídico, por meio da autopoiese punitiva do subsistema penal. Para cada conduta proibida pela norma, atribui-se uma sanção a sua violação, a fim de garantir sua vigência, conforme já foi analisado na teoria de Jakobs. No caso da criminalização dos movimentos sociais, o que ocorre é uma extensão dos tipos penais de condutas distintas, individualizadas sob a égide da norma penal, que passam das figuras clássicas da criminalidade tradicional para figuras delitivas previstas em uma legislação específica, que pretende responsabilizar penalmente quem compõe determinadas coletividades. São esses grupos que recebem o estigma punitivo de corresponderem a classes

²³⁸ TEUBNER, Op. Cit. p. 86.

e segmentos sociais perigosos, produtores de riscos, a que se destina a aplicação de um novo contingente de leis penais, conforme o desenvolvimento da expansão punitiva.

Assim como o sistema do direito funciona dentro de uma programação orientada sob o código lícito x ilícito, no subsistema penal o que interessa ao código dominante é se a conduta é típica x atípica. Ocorre que, se a subsunção penal ocorrer na forma como é expressamente concebida por Jakobs, e de maneira velada pelo sistema penal no século passado (cidadãos x inimigos), o juízo de tipicidade a ser feito pela norma penal confunde-se com um juízo de periculosidade, em função do mencionado princípio da necessidade, invocado pelo Estado, que se vale da solução coercitiva como forma de manter sua autoridade e a vigência normativa. Aplica-se a norma penal, não porque ocorram lesões efetivas a direitos, mas sim porque existem perigos que devem ser sanados, combatidos. Assim, na órbita interna do sistema jurídico, tudo o que aparece como produção de perigos gera uma medida coercitiva consequente, que, dependendo do grau de perigo que gere, acaba por operar com uma despersonalização dos produtores de perigos, a ponto de serem transformados em inimigos, até seu completo alijamento do sistema social.

Essa dinâmica operativa do sistema jurídico assemelha-se ao conceito de Estado de direito concreto, estabelecido por Jakobs²³⁹, baseado em um juízo de necessidade de que possui o soberano acerca da aplicação da medida coercitiva aos produtores de riscos e geradores de perigo. A determinação dos inimigos fica, então, à mercê de uma decisão política, emanada de um Estado liberal-burguês em que os interesses de classe ainda predominam, e a definição de quem é ou não é perigoso depende dos riscos que determinadas condutas humanas poderão causar ao *status quo*. Não raro se vê nos meios de comunicação, como órgãos formadores de opinião, um discurso de vitimização e de insegurança para as classes médias que, temerosas de um “perigo vermelho”, na atuação ideológica de militantes marxistas no interior do MST, tendem a condenar as invasões de terras como atos terroristas, praticados por fanáticos integrantes de organizações paramilitares, imbuídas de ideologia de esquerda.

Jakobs entende que, ao introduzir o inimigo no direito penal, esse inimigo não pode ser eliminado, mas sim contido²⁴⁰. O Estado de direito concreto de que trata Jakobs, seria, assim, uma anulação do Estado de direito abstrato, ou seja, aquele fundado enquanto um princípio norteador da constituição do próprio Estado democrático. Se o Estado de direito abstrato constitui-se de princípios, então se pode entender que o Estado é antes visto

²³⁹ ZAFFARONI, Op. Cit., p. 164.

²⁴⁰ Id., p. 165.

simbolicamente, enquanto uma carta de princípios englobante, que encerra propósitos políticos de legitimidade do sistema legal a partir do reconhecimento de todos os indivíduos como cidadãos, no momento do estabelecimento do pacto de convivência. Já o Estado de direito concreto, submetido às regras e mais distanciado dos princípios, revela uma instrumentalização do conjunto normativo (normas-instrumento) às decisões políticas conferidas ao soberano, de definir quem é ou não é inimigo. Ocorre que, em uma América Latina tradicionalmente composta por ordenamentos que agem seletivamente na escolha dos destinatários das normas punitivas, os inimigos acabam por se revelar cotidianamente nos segmentos e classes sociais menos abastados, e que em um processo de mobilização coletiva representada pelo exercício do protesto e da rebelião, podem muito bem ser catalogados como inimigos.

Na verdade, quando se observa o desenvolvimento histórico do sistema jurídico-penal nos países de modernidade tardia como o Brasil, observa-se que os princípios constitucionais de um Estado de direito abstrato, como apresentado por Jakobs, mormente no que tange à individualização da pena e o respeito ao princípio da igualdade, na verdade, em termos concretos, sempre agiram ao contrário do que estabelecem os princípios constitucionais tendo em vista a seletividade do próprio sistema. As operações internas do sistema jurídico em sua função normativa, mormente no surgimento dos tipos penais, já em seu nascedouro, constroem tipos penais voltados para segmentos diferenciados, tendo em vista o imenso contingente de encarcerados, que constituem maciçamente setores mais pauperizados e menos privilegiados economicamente da sociedade. Cidadãos e inimigos já são diferenciados durante a persecução penal, tendo em vista que, a suposta generalidade das normas jurídicas no tratamento penal dos indivíduos desigualmente considerados, mas igualmente distribuídos pelas diversas camadas e segmentos sociais, revela uma larga vantagem no âmbito da manutenção da garantia de direitos para os segmentos e classes mais abastados, como o devido processo legal e a ampla defesa, no que tange aqueles indivíduos pauperizados, sujeitos à assistência jurídica gratuita, sob a forma das defensorias públicas ou de advogados para os mais pobres. Processos penais envolvendo a participação de latifundiários em delitos praticados contra posseiros e trabalhadores rurais sem-terra, revestem-se do argumento a princípios como a legítima defesa ou exercício regular de direito, de proprietários de terra que simplesmente reagiram diante da ação violenta de invasores. Já no caso dos envolvidos em fatos havidos como produzidos por organizações violentas e perigosas, como no triste

episódio na Praça da Matriz em Porto Alegre, e com a suposta “degola” de um policial militar, em agosto de 1990²⁴¹.

Portanto, medidas de contenção que visem deter supostos indivíduos ou classes perigosas, não são alternativas inéditas no sistema penal, e traduzem um velho ideário do positivismo jurídico que se encontra por detrás dos discursos de lei e ordem. Se movimentos integrados por questionadores do sistema, ameaçam à vigência da norma estatal, contrariando as expectativas fundadas no texto normativo editado pelo Estado, então que se apliquem as penas da lei aos supostos infratores, violadores das normas, e que sejam tratados como inimigos sujeitos às medidas de contenção, caso sua periculosidade esteja fundada na incerteza e falta de confiança quanto ao seu comportamento futuro. Excluídos do processo de produção e menos abastados economicamente, podem se tornar indivíduos perigosos, dentro dessa visão de funcionamento do ordenamento, quando se voltam contra esse mesmo ordenamento, quando questionam sua validade. Um sistema jurídico imerso em um entorno social em que predominam as desigualdades, e que já opera com a seletividade dentro das diversas relações sociais em seu interior, naturalmente será um sistema jurídico seletivo e discriminatório. O cenário propício para a produção de riscos e a criminalização de indivíduos considerados perigosos para o sistema, encontram-se determinados dentro do universo de lutas sociais que se travam entre segmentos e classes. Outrora, as mulheres eram discriminadas e tidas como infratores, prostitutas ou histéricas, se questionassem seu espaço de subserviência na sociedade. O mesmo poderia ser dito para negros, menores de idade e imigrantes, num Brasil historicamente num muito distante, nas primeiras décadas do século passado²⁴².

Em diversos períodos históricos do processo de acomodação e diferenciação de classes no país, segmentos sociais foram tidos como indesejáveis, e seus integrantes, não raro ficaram sujeitos à tutela estatal através da via punitiva. Se hoje o alvo da ação criminalizante do Estado na expansão punitiva, são movimentos sociais como o MST, outrora, outros movimentos, como os quilombolas no período da escravatura, os anarco-sindicalistas nos primórdios da formação da classe operária no Brasil, e o movimento estudantil, estiveram sujeitos ao aparato repressivo do Estado, por meio de uma codificação lícito X ilícito que permeou o direito penal brasileiro, no sentido de se encontrar supostos violadores de normas,

²⁴¹ A versão predominante nos meios de comunicação da época, reforçavam a culpabilidade dos integrantes do MST presentes no episódio que resultou na morte do brigadiano Valdeci de Abreu Lopes. Em jornais como *Zero Hora*, do dia 09 de agosto, via-se a seguinte manchete: “Tensão. Tumulto e morte: sem-terra ocupam Praça, chocam-se com a Brigada e matam soldado a golpe de foice”. LERRER, Débora Franco. Op. Cit., p. 64.

²⁴² FAUSTO, Boris. *Crime e cotidiano???*

inimigos do sistema, cuja norma destinaria sua contenção. Ao reconhecer o inimigo no direito penal, Jakobs tenta desvanecer uma zona cinzenta, nunca dita anteriormente em plenas palavras de que o direito penal; na verdade, sempre teve seus inimigos, muito em função do constrangimento que tal reconhecimento poderia gerar nos operadores jurídicos interessados muito mais em encobrir um real e diferenciado tratamento de classe que o sistema jurídico-penal sempre dispôs, em relação aos seus principais destinatários. Jakobs propõe reconhecer o inimigo a fim de deter um avanço totalitário e desteminado da expansão punitiva, através de um Estado vinculado direta e objetivamente à regras de emergência, a critério do soberano, mediante situações de perigo (no Estado de direito concreto), e não mais como um cotidiano repressivo do direito penal, diuturnamente voltado à contenção dos socialmente perigosos, dos inimigos de classe. A Constituição brasileira revela facetas dos moldes desse Estado de direito pensado pelo professor de Bonn, quando em suas linhas, decreta a inafiançabilidade de delitos como a tortura ou o terrorismo, ou quando recepciona os dispositivos da antiga Lei de Segurança Nacional. A grande contribuição de Jakobs foi descobrir que o avanço totalitário na perseguição a inimigos pelo sistema penal é de caráter belicista²⁴³; pois, na realidade dos movimentos sociais, como foi tristemente presenciado em Eldorado dos Carajás, na Praça da Matriz, na Porto Alegre dos anos noventa ou nos recentes episódios envolvendo uma repressão ostensiva às atividades do MST no país, mormente no Rio Grande do Sul, essa realidade bélica está mais do que se materializando. Jakobs também acerta no momento em que o sistema jurídico, na seletividade de suas operações internas, depara-se com indivíduos considerados em sua programação normativa, como perigosos. Esses indivíduos perigosos deixam de ser considerados como pessoas.

O conceito de inimigo de Jakobs parte do conceito de pessoa que ele vê estabelecido em Luhmann²⁴⁴, no qual a inclusão ou exclusão da pessoa no sistema do direito será fundamental para se delimitar a existência de inimigos dentro desse próprio sistema, a partir da diferenciação. Na distinção entre cidadão e indivíduo, Jakobs firma a separação entre aqueles que serão incluídos como sujeitos de direito e aqueles que serão excluídos dessa condição²⁴⁵. Analisando o conceito subjetivo idealista de Fichte e o conceito instrumental de Von Litz, Jakobs pretende demonstrar que o infrator pode ser tratado como uma pessoa ou não. Na teoria de Fichte, o infrator que viola a norma, que descumpre o contrato social, ao declarar rescindida sua relação com o Estado, deixa de ser considerado como pessoa pelo

²⁴³ ZAFFARONI, Op. Cit. p. 165.

²⁴⁴ LUHMMAN, Niklas. *A sociedade da sociedade*. México: Editorial Herder. Universidad Ibero Americana, 2007, p. 474.

²⁴⁵ JAKOBS, Gunther. *Direito penal do inimigo*. p. 75.

Estado, passando a ser tratado como mera coisa. Em Von Litz, a pena não tem sentido algum para o infrator, tem apenas a função de coagi-lo ou neutralizá-lo. É sobre a neutralização dos indivíduos considerados perigosos ou irrecuperáveis que se atém Jakobs, entendendo que o infrator entendido como pessoa, vive uma experiência paradoxal em que sabe que tem que cumprir determinadas expectativas normativas, mas as viola; porém, sabe que somente escapara ele da coerção pelo descumprimento da expectativa, se comprovar enquanto pessoa que sua conduta é irrelevante. Até mesmo o agressor, considerado conforme às expectativas normativas de legítima defesa, ao repelir a agressão injusta de outrem, pode, dependendo do caso, ser excluído da condição de pessoa ou não. Tudo depende de como a possibilidade de escolha de um comportamento ingressa no âmbito de um risco permitido ou não; e daí retorna-se à teoria de Jakobs quanto à função do sistema penal de assegurar a vigência da norma; considerando que o pressuposto para se entender alguém como pessoa é a forma como se comporta diante de um risco permitido ou não permitido contemplado pela norma. Pessoas assumem livremente o risco de violar normas, assim como podem também ingressar num âmbito de condutas que são previamente permitidas pelas normas, mesmo em casos extremos, como os da destruição dos outros ou de si próprio. Assim como é possível prever a exclusão de indivíduos, privando-os da condição de pessoas, por terem assumido riscos não permitidos, e também possível verificar até que ponto pessoas continuam a ser consideradas dessa forma, quando se legitima, nas expectativas presentes na comunicação normativa, a possibilidade de um estado de necessidade agressivo.²⁴⁶

A distinção entre indivíduo e cidadão que Jakobs irá encontrar inspirado em Luhmann, tem supostamente seus fundamentos no conceito de diferenciação estabelecido por este último, que se trata de um conceito de diferenciação sistêmica encontrado propriamente em Luhmann²⁴⁷. A diferenciação é um processo típico de evolução da sociedade, em que se produz o diferente para que se possa lidar com ele, possa haver ao mesmo tempo o reconhecimento de uma coletividade, e de um indivíduo o que dela difere. Para Luhmann os sistemas sociais também se diferenciam, pois todo enlace operativo gera uma diferença entre sistema e seu entorno. A diferenciação, portanto, aparece inicialmente como um entorno, um meio distinto ao sistema que opera, só que essa diferenciação não é obrigatoriamente, externa ao sistema social, mas sim pode vir dele. Na verdade, o sistema se reconstrói internamente na medida em que se forma dentro dele outros sistemas que dele diferenciam, tornando-se seus entornos internos. É a divisão entre sistema-total e sistema parcial que irá nortear a sociologia

²⁴⁶ JAKOBS, Op. Cit., p. 78.

²⁴⁷ LUHMANN, Ibid., p. 473.

de Luhmann, e a partir dessa diferenciação é que poderá ser observada a relação entre exclusão e inclusão.

Em sociedades altamente complexas e estratificadas, a diferenciação pode dar causa a um processo de transformações estruturais que varia de acordo com a diferenciação de uma sociedade (se tribal, formada em castas ou distribuída em classes sociais). Uma transformação de um sistema parcial é, ao mesmo tempo, a transformação do entorno de outros sistemas parciais. Isso implica em dizer que, se há alterações na economia, nas relações de trabalho e na forma como o homem desenvolve a produção no campo; naturalmente essas transformações no entorno social afetam um possível processo de transformação do sistema do direito, no que tange às relações geridas pelo direito civil ou das normas que regulam o direito de propriedade. Os sistemas se tornam autopoieticamente fechados²⁴⁸, porque no curso desses enlaces operativos entre os sistemas, existe uma margem de indiferença, pois a relação entre sistemas totais ou parciais é de dependência, mas também de independência. Se os sistemas são abertos cognitivamente, mas fechados operativamente, isso quer dizer que no momento da produção das normas, para se conferir uma certa estabilidade ao sistema jurídico, há a necessidade de uma certa indiferença, uma certa independência do sistema do direito para indicar qual conduta é lícita, e qual é ilícita.

Se, é a partir das distinções que se constrói uma unidade, Jakobs tenta construir uma sociedade de cidadãos diferenciada de um contingente de inimigos. Como se fosse possível nessa unidade excluir aqueles que não considerados como parte dela, Jakobs propõe uma análise um tanto quanto limitada do conceito de diferenciação de Luhmann, para elaborar sua teoria sobre um Direito Penal do Inimigo. Sabe-se que na relação de um sistema com o outro, o sistema só compreende o mundo ou a sociedade que o rodeia a partir de fragmentos, que lhe são úteis no momento em que se produz a diferença, para que seja construída a unidade do próprio sistema e possa ele funcionar operativamente com identidade definida; pois, como já foi dito, o sistema reconstrói o mundo e a si próprio a partir da diferença (de uma distinta observação sobre a diferença: uma observação de segunda ordem). Os acoplamentos estruturais só são possíveis se não suprimirem a autopoiese de cada sistema parcial. Luhmann fala de integração, não como uma perspectiva de formação de unidade entre sistemas ou de sujeição de sistemas parciais a um sistema central, em uma relação de partes com o todo, mas sim de uma redução dos graus de liberdade dos sistemas parciais, por meio de um trato em

²⁴⁸ LUHMANN, Ibid, p. 475-478.

que os sistemas operam com certo grau de cooperação, mesmo que sejam sistemas que apresentem certo grau de conflito.

Isso implica em dizer que um Plano Nacional de Reforma Agrária proposto enquanto projeto político, apesar de não ter qualquer repercussão imediata no sistema do direito ou no sistema econômico, pode vir a se tornar um acontecimento tanto político, quanto jurídico e econômico, quando tal proposta é apresentada no Congresso. Para Luhmann, os acontecimentos se integram e desintegram a todo tempo no dia a dia dos sistemas, e uma vez sendo plenamente compatível com a autopoiese dos sistemas parciais, a integração é possível, apesar de momentânea, pois momentâneos são os acoplamentos entre sistemas, de acordo com as operações que cada um deles realiza em relação a seu entorno.

Se os sistemas sociais são construídos e reconstruídos por meio de diferenciações, Luhmann apura no pensamento sociólogo quatro formas distintas de diferenciação, que acompanharam o desenvolvimento histórico da sociedade²⁴⁹: segmentária; centro e periferia; estratificada e funcional. De acordo como se desenvolveram os sistemas sociais, e os sistemas parciais em seu interior, numa diferenciação segmentária, as diferenças entre os integrantes de uma sociedade se dão por meio da descendência (pais e filhos, ancestrais e descendentes) ou a partir das habitações comunitárias. Já a diferenciação entre centro e periferia se dá no âmbito de sociedades estruturadas sob a forma de clãs, que no interior deles, estabelecem uma diferença interna entre os integrantes da tribo, por meio do pertencimento a famílias distintas, casas familiares ou clãs superiores aos demais. A diferenciação estratificada é mais complexa, pois pressupõe uma estrutura social hierarquizada, composta por castas ou estamentos medievais, na diferença entre nobreza e povo. Já a diferenciação funcional, é caracterizada, segundo Luhmann, tanto pela desigualdade como pela igualdade dos sistemas parciais. Isso implica em dizer que não existe uma única desigualdade, nem uma sociedade total de iguais, mas sim numa relação de diferenciação que se forma a partir do estabelecimento das diversas funções.

Entretanto, acerca da tipologia de diferenciações apontadas acima, Luhmann formula sua crítica, entendendo que nenhuma delas dá conta do processo de diferenciações que ocorre numa sociedade durante seu desenvolvimento histórico. A pergunta que não quer calar no pensamento de Luhmann é: em quais condições a sociedade irá reconstruir sua própria unidade mediante uma diferença interna? O primeiro ponto de partida, para Luhmann, não se dá por meio da diferenciação de uma sociedade em castas, estamentos ou classes, mas sim por

²⁴⁹ LUHMANN, Ibid. p. 485.

meio da idade e do sexo. Como toda relação social é uma comunicação, deve ser pela comunicação que deve ser indicado até que ponto surge a diferenciação. Uma estrutura inicialmente tida como igual, pode se tornar desigual, conforme as comunicações que se desenvolvem no sistema, parecem a operar com diferenciações, que a partir daí geram todo tipo de controle e subjugação (com o surgimento do poder patriarcal sobre as mulheres e do poder parental sobre os filhos). Os problemas decorrentes da diferenciação que passam a surgir internamente em uma sociedade, obrigam uma sociedade a se diferenciar mais ainda de seu entorno, formando as sociedades que historicamente puderam evoluir historicamente e serem conhecidas com suas formações distintas, até hoje.

Luhmann alerta, entretanto, que as formas de diferenciação são também formas de integração da sociedade²⁵⁰. Se foi dito que a unidade de um sistema se constrói a partir de sua diferença, será essa diferença que produzirá a integração, perseguida no pensamento de Luhmann, e, que, nesse momento, destoa da forçada exclusão que quer ver estabelecida Jakobs, na sua distinção entre cidadãos e inimigos. Para Luhmann, a sociedade moderna é hiperintegrada, pois dentro dela procedem continuamente diversos acoplamentos estruturais e operações que, por outro lado, podem produzir diversas irritações (como já foi visto ao se analisar os acoplamentos entre o sistema dos meios de comunicação e o sistema do direito). As irritações são possíveis graças aos acoplamentos, e esses, por sua vez, derivam dos momentos de diferenciação em que o sistema social produz suas integrações, mesmo fechado autopoieticamente, e conservada sua unidade. Daí torna-se necessário esclarecer a distinção que Luhmann estabelece entre inclusão e exclusão.

Segundo Luhmann, as condições de inclusão variam de acordo com a diferenciação da sociedade²⁵¹. Nas sociedades modernas, em que as diferenciações são maiores, devem também aumentar as possibilidades de inclusão, tendo em vista que diferentemente das sociedades tradicionais, hierarquizadas por conta de clãs, castas ou estamentos, as sociedades mais complexas tendem a não possuir os padrões tradicionais de inclusão, presentes em sociedades fechadas.

Isso implica em dizer que a sociedade moderna passa a impressão de que a inclusão está à disposição de todos, e exclusão só é possível porque numa sociedade existe inclusão. Todos os excluídos seriam aqueles que não participaram dos esquemas de oportunidade de inclusão, e, de alguma forma, permanecem como excluídos. O esquema igual X desigual permanece, sob novas formas, distintas daquelas pensadas na sociedade antiga ou numa

²⁵⁰ Ibid., p. 489.

²⁵¹ Id.p. 491.

sociedade feudal. Na perspectiva da teoria dos sistemas autopoieticos, a inclusão seria a predisposição que o sistema social confere às pessoas de assumir determinados lugares a fim de que possam agir de acordo com determinadas expectativas. Luhmann utiliza a expressão “sentir-se em casa”, para denotar o grau de inclusão a que quer se referir ao definir esse conceito em sua teoria sociológica.

Como a inclusão depende das formas de diferenciação de uma sociedade, são essas diferenças que irão movimentar o esquema inclusão X exclusão de acordo com o desenvolvimento e repetição das comunicações em uma sociedade. Em uma sociedade segmentária, a inclusão segue o ritmo das segmentações, surgindo desde o ambiente familiar (pertencimento a uma família ou casta) até classes sociais (produz-se a exclusão em decorrência da carência econômica). A exclusão surge, em contrapartida, como uma ruptura das expectativas de reciprocidade²⁵² e o sentimento de solidariedade com os excluídos somente se dá de forma artificial, por meio de uma obrigação religiosa. Por outro lado, os excluídos passam a reagir de forma contrária às expectativas estabelecidas para aqueles que se sentem incluídos. Os excluídos passam a se constituir em ameaça, pois frustram as expectativas dos incluídos.

Reside aqui mais uma vez uma das bases da teoria de Jakobs, acerca do tratamento diferenciado entre cidadãos e inimigos. Se a sociedade se diferencia o tempo inteiro, então é natural que nessa diferenciação surjam incluídos e excluídos. O que Jakobs não aproveita no pensamento de Luhmann é que essas exclusões não são permanentes, e, ao contrário, se há de se falar em abertura do sistema, surgem sempre oportunidades de excluídos se tornarem incluídos; ou seja, de inimigos não mais serem tratados como tais. Se inicialmente a proposta de Jakobs é até louvável, no sentido de perceber que numa sociedade excludente, o direito penal sempre tenderá a excluir alguns por força do viés punitivo, por outro lado não é possível sustentar a exclusão por meio de uma teoria sobre a norma jurídica penal. Como se a exclusão feita pela aniquilação do outro fosse um evento normal no sistema do direito.

Numa diferenciação funcional da sociedade, a inclusão está aberta pelo sistema autopoietico a todos, tendo em vista que no sistema todos os indivíduos devem participar das comunicações. Se a diferenciação pode ser dada internamente no sistema, como já foi visto na teoria de Luhmann, o sistema total se diferencia de seus diversos sistemas parciais; mas são nesses sistemas parciais que ocorrem as formas mais diferenciadas de inclusão. É por isso que, diferentemente do que poderia estabelecer Jakobs, ao querer excluir determinados

²⁵² Id., p. 494-495.

indivíduos da sociedade (os inimigos), no sistema social, por conta de sua diferenciação e por seus diversos acoplamentos estruturais, sempre haverá inclusão. A inclusão não depende mais do pertencimento exclusivo a uma casta, estamento ou classe social, mas sim depende das oportunidades diferenciadas de comunicação que são estabelecidas na sociedade. Cada um pode, a sua maneira, ser eleitor, ser sujeito de direito, ser contribuinte, ser consumidor, ser membro de uma família ou munícipe de uma cidade. Em sociedades complexas, a figura tradicional do cidadão, cumpridor do pacto, fragmenta-se nas diversas possibilidades de inclusão que podem ocorrer no sistema social na multiplicidade de seus sistemas parciais e nos acoplamentos que eles podem realizar entre si. Luhmann afirma que a sociedade moderna passa a lidar com a exclusão como um problema sócioestrutural²⁵³.

A lógica totalitária surge quando um sistema é pensado somente em termos de inclusão e não de exclusão; quando a exclusão é eliminada do âmbito de possibilidades em um sistema, o que, em si, elimina a diferenciação; já que o esquema inclusão X exclusão depende da diferenciação. O perigo do totalitarismo na eliminação da inclusão é justamente no não reconhecimento do excluído, e assim pensar-se a sociedade somente em termos de incluídos (de cidadãos, de membros do pacto social). É o risco que corre a teoria de Jakobs, apontado exatamente no pensamento de Luhmann, ao qual o professor de Bonn supostamente recorreu na formulação de sua teoria. Como as formas de inclusão da sociedade dos dias de hoje diferenciam-se daquelas previstas no tempo das sociedades tradicionais e hierarquizadas, questiona-se o grau de pertencimento a uma sociedade de indivíduos cujo conceito de cidadão torna-se, para alguns, de difícil aplicabilidade (o caso dos imigrantes árabes e africanos na Europa, por exemplo). Luhmann detectara que os conceitos de “identidade” e “autorrealização” tornaram-se problemáticos na sociedade atual, cuja aceitação do outro depende muito de se saber quem é esse outro. No momento em que não se aceita a existência do outro, firma-se a lúgubre necessidade de sua inevitável eliminação.

Segundo Luhmann, se a inclusão passa, na sociedade moderna, por uma autocompreensão dos indivíduos (saberem com quem estão lidando, uns com os outros), isso envolve uma nova semântica, em que o conceito de ser humano é essencial para se firmar a primeira forma de inclusão. O reconhecimento do outro como humano a partir permitindo a inclusão do indivíduo à sociedade²⁵⁴. A semântica da inclusão passa pelos direitos humanos no século XVIII, cujos conceitos de liberdade e igualdade passam a superar a diferenciação do

²⁵³ LUHMANN, Op. Cit., p. 496.

²⁵⁴ A inclusão social inicia-se a partir do nascimento, com o reconhecimento do indivíduo como ser humano; pois, segundo Luhmann “La inclusion social com ello - apesar de todas las diferencias en su realizacion – está asegurada de antemano por la creacion y por la naturaleza”. LUHMANN, Ibid. p. 498.

sistema. Luhmann entendeu que sob a égide da ideologia dos direitos humanos, a exclusão continuou a se arrastar no decorrer dos séculos. Todavia, na modernidade, a exclusão passou a ser identificada como uma não realização completa desses direitos ao redor do globo, entre todos os povos, nações e sociedades. Entretanto, Luhmann analisa o contraste entre os discursos iluministas da ideologia dos direitos humanos surgida na Ilustração, com as condições precárias e decadentes dos presídios e a expansão punitiva, a partir do aumento da legislação penal e das penas de morte²⁵⁵.

Na sociedade moderna, segundo Luhmann, há um desacoplamento entre semânticas normativas e razões de exclusão. Isso implica em dizer que não são mais as heresias religiosas (típicas da sociedade tradicional-feudal) ou o descumprimento de infrações legais que leva à exclusão. Bem diferente da forma como Jakobs aborda a questão, Luhmann estabelece que o tratamento diferenciado dos violadores de normas não é mais como questão de exclusão, mas como questão de controle. É interessante notar até que ponto, nesse momento, os pensamentos de Luhmann e Foucault convergem, quando o primeiro reconhece que nos séculos XVIII e XIX o aumento da legislação punitiva, combinado com o diagnóstico das patologias traduz-se numa política criminal que lida com o delinquente como uma espécie de enfermo, alguém que necessita de cuidados terapêuticos; enquanto o segundo entende que a sociedade moderna deixa de ser uma sociedade eminentemente disciplinar para se tornar uma sociedade de controle²⁵⁶.

O problema da exclusão para Luhmann tem razões mais ocultas do que aquelas relacionadas com a exclusão religiosa ou racial. Não se trata de uma mera diferença entre justos e condenados, mas como um problema da estrutura da sociedade moderna; já que o postulado da inclusão total de todos os seres humanos encontra seu dilema de realização na diferenciação funcional da sociedade. Como não existe um sistema central que se sobreponha aos sistemas parciais, em uma relação centro x periferia, o fato de um indivíduo estar sem dinheiro, excluído do sistema econômico, não significa que ele esteja excluído do sistema político, assim como um indivíduo que se considere sujeito de direito no sistema jurídico, pode não estar incluído no sistema econômico, ou um indivíduo aceito numa comunidade religiosa como incluído no sistema religioso, pode não ter participação política alguma. É bem verdade que a sociedade atual convida o indivíduo a ser incluído por todos os sistemas

²⁵⁵ Ibid, p. 498.

²⁵⁶ GARCIA, Brandariz José Angel. *Política criminal de la exclusion* Granada: Editorial Comares, 2007, p. 31-32.

(quando a legislação diz, por exemplo, que alguém pode ser possuidor de terras, quando na verdade não as tem), mas um estado de inclusão geral continua sendo ilusório.

Luhmann destaca que as margens dos sistemas geram exclusões que levam a uma integração negativa da sociedade²⁵⁷, visto que a exclusão integra com mais força do que a inclusão. Se a integração foi entendida outrora como uma limitação do grau de liberdade das seleções efetuadas pelos sistemas, a sociedade se integra mais nas camadas inferiores da sociedade do que nas superiores. Os excluídos comunicam-se entre si, desenvolvem no âmbito de seus sistemas periféricos acoplamentos, enquanto que se desacoplam dos demais sistemas funcionais. Isso implica em dizer que, em alguns sistemas parciais, o código lícito X ilícito empregado no sistema do direito entendido enquanto direito oficial, nada ou pouco tem de relevante para sistemas cujas normas jurídicas oficiais não se acoplam às realidades distintas de comunidades determinadas. Volta-se a discussão sobre o conceito de instituições de ligação²⁵⁸, explorado por Teubner, para propiciar um aprofundamento da análise desse espaço de integração entre os excluídos, iniciada por Luhmann. Se o surgimento das instituições de ligação dependem de acoplamentos fracos e fortes entre o sistema do direito com seu entorno social, e esse sistema opera seletivamente, então o grau das seleções conduzirá a mais fortes ou mais fracos acoplamentos, dependendo da integração negativa realizadas nos segmentos mais excluídos da sociedade. Para se ter uma ideia, em determinados assentamentos do MST, o conceito do direito à terra converge muito mais para a experiência dos assentados, nos seus processos próprios de criação de expectativas normativas, mediante uma criação de regras que se dá no âmbito de seu sistema social, do que do conceito tradicional de propriedade, que é trazido pelo sistema do direito formalizado em normas estatais²⁵⁹. Terra equivale à cidadania, e em seu processo de aquisição a ocupação de uma propriedade rural é vista muito mais como uma conquista na busca da dignidade, do que como uma infração, a invasão ilícita de uma propriedade. Dentre os excluídos, como já foi dito na teoria de Luhmann, a tendência de integração entre os diferenciados pela exclusão é maior no sentido de convergirem expectativas de comportamento que, ao contrário de frustrar expectativas (como se dá no caso dos proprietários incluídos em relação aos excluídos da propriedade), acabam por unir sob um mesmo padrão de conduta uma série de comportamentos que tem como desiderato princípio o

²⁵⁷ LUHMANN, Op. Cit . p. 500.

²⁵⁸ TEUBNER, Op. Cit. p. 164.

²⁵⁹ Vale salientar o interessante estudo desenvolvido pela professora Sandra Vial, no Assentamento Lagoa do Junco, no município de Tapes/RS, com a coleta de depoimentos de diversos trabalhadores assentados e sua percepção acerca do direito à terra: “a terra tem vários significados para os integrantes do MST. Nota-se que foi através da conquista da terra, a qual se deu pelo ingresso no MST, que eles conseguiram credibilidade da sociedade, casa, educação, crédito, dignidade, direitos, felicidade etc”. VIAL, Sandra Regina Martini, FORTES, Cristina Lazzarotto. *O direito à terra como terra do direito*. Porto Alegre: Evangraf. 2005, p. 124.

exercício da cidadania pela ocupação de terras. É natural que por sua diferenciação em relação ao entorno social e as exclusões decorrentes de sua diferenciação, o sistema autopoietico do direito, clausurado operativamente em torno dos seus institutos e regramentos formalizados pelo direito oficial, tenda a observar com estranhamento o funcionamento de tais condutas, vistas por aqueles que a cometem como exercício de direito.

Se for entendido, conforme pensa Luhmann, que a variação inclusão x exclusão acaba por mediar os códigos dos sistemas funcionais,²⁶⁰ enquanto sistemas parciais presentes em uma sociedade ominiabarcadora, a distinção entre validade e invalidade do sistema jurídico terá que levar em conta não apenas as operações presentes na sua programação interna (de definir o que é conforme o direito, e o que é contrário ao direito), mas também o que vem de fora, a partir não apenas daqueles que são incluídos no sistema do direito, mas também daqueles que se encontram excluídos. O problema da insegurança jurídica é de como firmar expectativas em torno de excluídos, que, necessariamente, não estão incluídos nos paradigmas do direito oficial. Nem todos são proprietários ou adquirentes de propriedade, nos termos da legislação civil, por exemplo, mas muitos são aqueles que possuem, a título precário, posses, que convertidas em moradia, não deixam de ter legitimidade diante de uma situação normativa em que o direito à terra é mais do que reconhecido, para comunidades inteiras de assentados.

Qual a solução para o problema da exclusão face à funcionalidade dos sistemas sociais? Para Luhmann, a exclusão está muito mais voltada para uma questão de exclusão de corpos do que a inclusão, que por sua vez, inclui pessoas. A violência física, a satisfação impulsiva das necessidades transtorna as expectativas de reciprocidade previstas no âmbito da inclusão, revelando as limitações de uma proposta de inclusão geral de todos, no interior de uma sociedade funcionalmente diferenciada. Luhmann não encontra a solução desse problema dentro dos sistemas funcionais, mas sim através da criação de um novo sistema secundário de funções que se ocupe dos efeitos da exclusão por conta da diferenciação funcional²⁶¹. Ao invés de uma inclusão distante, pouco integrada, poderia ser pensada uma inclusão que partisse dos demais aspectos dos sistemas outrora diferenciados, como o sistema jurídico, o político e o econômico, no sentido de se criar uma mudança estrutural de sistema, voltado para a autoajuda. Luhmann revela-se um defensor da integração funcional dos sistemas autopoieticos, como forma de solucionar o problema da exclusão, no momento em que os diferenciados sistemas parciais identificam no marco da inclusão, o surgimento da exclusão,

²⁶⁰ LUHMANN, Ibid. p. 501.

²⁶¹ LUHMANN, Ibid. p. 600.

que põe em perigo a estabilidade de casa sistema, na frustração de suas expectativas internas. Trata-se de incluir diferenciadamente, do que diferenciar para excluir, e nesse sentido, a teoria de Luhmann está muito distante das teses que pautam a manutenção do sistema, por via da legitimação da exclusão, sobretudo pela exclusão que é feita pelo aparato punitivo penal.

Entretanto, a crítica formulada por Zaffaroni permanece, tendo em vista que a solução coercitiva proposta por Jakobs acaba por não ser apenas inviável, mas pior do que as soluções repressivas que o subsistema penal já vinha utilizando para seus infratores. Não há como se delimitar um Estado de polícia em harmônica convivência com um Estado de direito. No momento em que é conferido a um ente soberano, a discricionariedade para definir quais momentos ou situações envolvem a produção de riscos não suportados pela norma, pois contrários às expectativas de certeza quanto a comportamentos futuros, e a definição conseqüente de quais são os indivíduos perigosos (inimigos e não pessoas), estar-se-á diante de uma incontrolável expansão punitiva que acaba por comprometer todo o sistema jurídico, transformando o Estado de direito em um Estado absoluto. O solipsismo permitido aos julgadores e governantes, na discricionariedade de atos que se afastam dos princípios consagrados num Estado de direito abstrato, no momento em que se apresentam situações de emergência, que conduzam a aplicação de medidas de contenção, acabam por se afastar totalmente de um Estado outrora tido como democrático, e comprometem toda a racionalidade do direito penal, empregado anteriormente, sob o viés garantista, como uma *ultima ratio* diante de fenômenos conflitantes de violação de normas, que podem postular ou não medidas coercitivas penalizantes, mas sempre tendo em vista o respeito a direitos fundamentais; tendo em vista em que, em todos os casos, eventuais infratores também sempre serão efetivas pessoas.

5. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E SEUS REFLEXOS PARA A MANUTENÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS, NUMA SOCIEDADE DE RISCO OU A PROTEÇÃO DA VIGÊNCIA DA NORMA, SEGUNDO A PREVENÇÃO GERAL POSITIVA?

5.1. Os modelos de sistema penal e a teoria da prevenção geral

Nos meandros de uma sociedade de risco, soçobram modelos tradicionais de sistema penal, oriundos do pensamento iluminista, revelando as falhas do modelo penal ressocializador. Alia-se nessa crise a deficiência do modelo penal garantista, paladino do respeito aos direitos fundamentais avalizados pela Constituição, na ausência de respostas prontas e imediatas ao clamor alarmista dos assentados na cultura do medo, contaminados pela síndrome da saída emergencial a qualquer preço, a ser aplicada para o fenômeno da criminalidade e da insegurança. O sentimento de insegurança coletiva, vitaminado pelo ardor dos defensores dos discursos da lei e da ordem, da tolerância zero ou do combate ao inimigo na “guerra ao terror”, redundando na formulação de um modelo penal consentâneo com essa sociedade do alarma, vislumbrado na forma de um modelo penal de segurança cidadã²⁶². Tal modelo se edifica na formação de um sistema punitivo extremo, em que a ideia de responsabilidade social é suprimida num movimento de diabolização do criminoso e de supremacia da vítima ao interesse público. O crime deixa de ser visto como um mal social, para ser visto apenas como um mal do indivíduo. Limitam-se ao mínimo possível às alternativas no lugar da pena de prisão, e, ao contrário, concebe-se uma economia punitiva baseada na restrição de liberdades, na diminuição das garantias processuais, na fixação de regras restritas para obtenção da liberdade condicional durante o regime de cumprimento da pena. O modelo penal de segurança cidadã edifica um direito de Estado, e não um direito de sociedade²⁶³. Nesse modelo, a sociedade alarmada aceita renunciar a uma parcela significativa de suas liberdades, face o sentimento coletivo de insegurança. Paga-se o preço por mais coerção, mais punição, mais Estado presente na vida dos indivíduos, através das tecnologias punitivas. A prisão volta a ocupar o imaginário coletivo a todo vapor, como panaceia para os dilemas da violência e da ineficácia dos mecanismos de controle social.

²⁶² Ao se falar de modelo de segurança cidadã, Ripollés irá entender a partir de seus estudos feitos sobre Garland acerca da cultura de controle que os modelos de intervenção penal refletem as crenças e formas de vida da sociedade moderna, que no caso de uma atual sociedade de alarma, engendram naturalmente um novo modelo de intervenção penal. RIPOLLÉS, Op. Cit., p.69, p. 147.

²⁶³ CEPEDA, Op. Cit., p. 130.

É nesse horizonte social que teorias penais como as da prevenção geral negativa ou positiva ganham relevo, sobretudo, em períodos de grande insegurança coletiva em que são requeridas soluções penais para conflitos oriundos das tensões sociais cotidianas da sociedade de risco, preponderando determinados modelos penais na política criminal que recebem a chancela política para propagar uma expansão punitiva. Entre a oscilação de quais bens jurídicos a sociedade global pretende proteger ou quais sistemas de normas não devem ser violados, é que se dá a expansão punitiva na autopoiese do subsistema penal, já comentada neste estudo, e que ganha agora um impulso fundamental mediante a interpretação e aplicação das leis penais de acordo com as finalidades que se estabelecem para o direito penal. O surgimento de pretensos inimigos do sistema, no decorrer desse processo, dá-se com as maneiras com as quais o aparato punitivo concebe a conduta humana como um mal, no âmbito da sociedade atual, e de como esse mal será debelado, mediante a intervenção de dispositivos que regulem a conduta através de sanções punitivas que intimidem ou resgatem um sentimento de confiança nas normas que, por outro lado, ao se tornarem confiáveis, possibilitam sua própria expansão, na autopoiese do sistema. Observe-se, agora, como se dá esse processo.

Para Silva Sánchez, a discussão sobre a teoria da prevenção geral parte de uma concepção utilitarista de que o Estado somente legitima sua intervenção punitiva manter os delitos e as reações sociais contra eles em níveis razoáveis²⁶⁴. Compete ao direito penal reduzir a violência social, mas ao fazer isso deverá também reduzir a violência punitiva do Estado. A discussão sobre a prevenção geral torna-se mais complexa, quando é analisada sob dois âmbitos: a prevenção negativa e a positiva. Quanto à primeira, diz-se que a prevenção geral negativa é constitutiva das finalidades do direito penal, uma vez que a intimidação é característica presente em todo fenômeno punitivo. Sanchez analisa a teoria da “coação psicológica” de Feuerbach, segundo a qual o delinquente é dissuadido do cometimento de um delito através de um diálogo racional estabelecido entre a norma e o delinquente, em que a imposição do mal estabelecido pela norma seja superior ao mal que o criminoso desejaria realizar com sua conduta delituosa.

A crítica de Sánchez à teoria de Feuerbach quanto à prevenção geral negativa diz respeito a um aspecto de legitimação axiológica e empírica da intimidação, que no tocante ao primeiro caso pode encontrar seu fundamento em Hegel quando estabelece que “a pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da

²⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, Op. Cit., p. 330.

vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir, o seu direito”²⁶⁵. O problema de legitimidade axiológica da prevenção geral negativa é que não é a prevenção em si que legitima a intervenção penal, mas sim o esforço para que essa intervenção se aproxime da consecução dos fins garantistas da prevenção, quais sejam os da utilidade social da intimidação e a garantia dos direitos individuais de quem é intimidado. Quer com isso se dizer que a mera intimidação pelo simples fato de intimidar não tem fundamento axiológico, mas sim por estar dirigida a um algum fim social, que não seja apenas o de retribuir um mal a quem pratica um delito.

No tocante à legitimação empírica da prevenção geral negativa, Silva Sánchez observa que, para o direito penal se legitimar, é necessário que a prevenção geral possa ser executada com eficácia.²⁶⁶ Essa eficácia intimidadora não pode ser medida pela erradicação do delito, mas pela possibilidade que o direito penal tem de contribuir para contê-lo. Entre aqueles que negam essa eficácia encontram-se os abolicionistas, que entendem que o direito penal não intimida, e, ao contrário, produz uma dor desnecessária ao ser aplicado, devendo-se abolir sua aplicação. Já para os que entendem, como Sánchez, que o direito penal tem, de fato, um efeito intimidador, essa intimidação não se dá através de processos conscientes da racionalidade, como pensaria Feuerbach, mas sim em um nível subconsciente das funções psíquicas humanas, que influenciam os comportamentos individuais em relação às normas.

Se o direito penal realmente intimida, sob a ótica da prevenção geral negativa, isso não se dá, segundo Silva Sánchez, pelo aumento da severidade das penas, mas sim pela certeza da sanção.²⁶⁷ Isso explicaria por que o direito penal intimida mais estando presente do que ausente, revelando que, de fato, esse subsistema jurídico exerce uma forma de intimidação. A certeza do castigo, apesar das imperfeições do sistema estatal, demonstra o alcance do direito penal enquanto uma forma de controle social que, caso ausente, não conseguiria fazer com que outras formas de controle fossem tão eficazes quanto. Além disso,

²⁶⁵ Acerca da teoria da pena, Hegel critica a doutrina clássica do direito penal, acerca da malignidade do delito, que atribui ao crime enquanto um mal, outro mal destinado ao criminoso, que seria a sua supressão através da pena (a pena vista também como um mal). Ora, o delito não é nem um bem e nem um mal, e o autor do crime não responde pela malignidade de sua conduta, mas sim pelo fato de ter cometido um injusto, em detrimento do que é tido como justo. A definição do crime parte, portanto, por uma definição objetiva de justiça, que foge aos conceitos abstratos que o jusnaturalismo tentou impor ao direito. A pena é uma modalidade de justo que se manifesta enquanto vontade de supressão do injusto que é o delito²⁶⁵. Todo crime enquanto vontade enseja, portanto, uma vontade de sua negação que é a pena, apenas alterando-se em sua forma exterior a gradação de valor entre o que pode ser uma pena mais severa, e uma menos severa. O que vale para a pena em sua essência não é seu valor punitivo, mas sua existência enquanto uma vontade direcionada a outra vontade, que é a do criminoso. HEGEL, Georg Wilhelm Friederich. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.89.

²⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 339.

²⁶⁷ *Ibid.*, p.3 42.

para provar o contrário, seria necessário que a despenalização de condutas demonstrasse, efetivamente, que o direito penal enfraqueceria sua eficácia preventiva, chegando ao ponto de se tornar desnecessário.

Mas, se se chega à conclusão com Silva Sánchez de que o direito penal é necessário, mesmo que, sob lógica de uma intervenção mínima, o aspecto intimidador das normas penais estará sempre presente na prevenção de delitos, mas sua interiorização pelos indivíduos continua se dando de maneira diferenciada. Já foi observado que na análise de Teubner sobre o pluralismo dos diversos subsistemas sociais presentes na sociedade, nem sempre os mecanismos de controle social informal (através da família, da escola ou da religião, por exemplo) ou o controle formal estabelecido pelo direito penal se dão da mesma forma. Sánchez concorda com o ponto de vista de que não existe uma transmissão uniforme dos conteúdos do sistema penal para todas as instâncias do corpo social²⁶⁸. Entretanto, o sistema dos meios de comunicação, como já explorado em capítulos anteriores, por meio da difusão de informação em sua seletividade operativa, distribuem os conteúdos do direito penal para diversos segmentos da sociedade, apresentando a mensagem intimidadora da norma penal. A opinião pública tem contato com esse potencial intimidador e, dessa forma, os destinatários da informação se portam de acordo com essa intimidação, dentro das observações internas de cada um desses indivíduos organizados em seus grupos enquanto sistemas sociais parciais da sociedade de risco.

Em resumo, a prevenção geral negativa, conforme o pensamento de Silva Sánchez, parte do entendimento que a norma jurídico-penal não estatui apenas um juízo de valor baseado na interiorização de conteúdos através da socialização, mas estabelece também um comando imperativo, com caráter intimidatório, que motiva os cidadãos a não cometer delitos, pela ameaça do mal da pena como resultado de um ato contrário a essa motivação. Resta saber até que ponto a necessidade do sistema jurídico de ter essas normas intimidadoras não contribui para sua expansão desordenada ou irracional, nos moldes de uma sociedade de risco, na manutenção de modelos penais que sustentem um sistema criminal basicamente focado na intimidação, em detrimento da manutenção de um regime de liberdades constitucionalmente asseguradas. É nesse sentido que a teoria da prevenção geral positiva irá surtir efeito.

Voltando sua análise do direito penal para a teoria da prevenção geral positiva, Sánchez recorda que, no decorrer da história das ciências penais, existiram várias teorias que já tratavam de uma missão educativa do direito penal, mais do que sua função intimidadora. A

²⁶⁸ Idem, p. 346.

prevenção positiva consiste, portanto, nos efeitos preventivo-gerais de natureza não intimidadora do sistema penal, no momento de aplicação das suas normas²⁶⁹. Com isso, entende-se que não compete ao direito penal tão somente a intimidação de autores potenciais de delitos, mas também deve influir na implantação social de normas, reforçando a consciência jurídica da comunidade acerca da necessidade do cumprimento dessas normas. A prevenção geral positiva teria, então, uma função estabilizadora, de estabilização da norma. Quanto à aplicação da pena, esta serve para formar a consciência ética da coletividade acerca da importância da norma, no momento em que é aplicado, no caso de seu descumprimento.

O direito penal soma-se a outros mecanismos de controle social ao proporcionar integração social, favorecendo processos de socialização através da obediência às normas. Nessa missão, as normas penais ingressam no foro íntimo dos cidadãos, gerando atitudes de convencimento e fidelidade ao Direito. Para seus defensores, a prevenção geral positiva é muito mais eficaz do que a negativa, tendo em vista que não se baseia na mera intimidação, mas sim na conscientização dos destinatários da norma. Entretanto, não é apenas por uma mensagem conscientizadora que a norma penal se torna eficaz, mas sim pelo seu efetivo cumprimento quando a sanção penal atinge o infrator.

É aqui que residem os aspectos mais recônditos, inexplorados por detrás das belas palavras e intenções dos defensores da prevenção geral positiva, e que mediante um viés totalitário ou sob o molde de modelos penais autoritários, pode engendrar todo um processo de expansão punitiva. A necessidade de aplicação da sanção penal decorre do risco de perda de confiança no sistema, caso a pena não seja aplicada, ensejando uma autorreprodução de dispositivos sancionatórios punitivos, a fim de que a integridade do sistema seja retomada. Assim, se a teoria da prevenção geral negativa é a teoria da cominação abstrata, a prevenção geral positiva torna-se a teoria da pena imposta, cuja sanção necessita ser aplicada para que a norma consiga realizar sua função educativa em relação aos demais destinatários das normas penais. O direito penal somente conquista a população se suas penas são efetivamente aplicadas, se os destinatários do castigo realmente recebem o que a norma estabelece.

É um por trabalho de convencimento que as normas penais operam, na autopeiose punitiva do sistema penal, quando pretendem se estabilizar numa dada sociedade, afetando pessoas e grupos, mais do que a intimidação²⁷⁰. Silva Sánchez alerta que uma concepção do direito penal dessa natureza acaba por estimular o intervencionismo penal na vida social, no momento em que para se tornar eficazes, as normas penais precisam convencer os cidadãos de

²⁶⁹ Idem, p. 353.

²⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, Op. Cit. p. 360.

suas virtudes, a ponto de outras soluções normativas não-penais não serem mais empregadas para regular conflitos sociais. A aplicação da sanção justa não decorre mais de uma reflexão sobre princípios, mas sim sobre uma atenção às demandas da população. Dessa forma, se sentimentos de insegurança pautados por uma irracionalidade em relação aos riscos em função do medo do desconhecido, face à invisibilidade ou desconhecimento do risco, transformam-se em uma reação contra a ameaça ou perigo que os riscos podem vir a apresentar a ponto de serem considerados proibidos, a tendência do sistema penal é expandir seu alcance, ver proliferar suas normas, a fim de que a integração e a estabilização social, por meio das normas penais, seja efetivamente alcançada.

Sánchez não tem dúvidas de que a prevenção geral positiva exerce uma função psicologia profunda na sociedade, fazendo surgir uma necessidade subconsciente da pena na coletividade, a ponto de que os sentimentos de vingança são todos canalizados para o sistema penal. Com essa dinâmica de aplicação das sanções penais com vistas à satisfação das expectativas frustradas da sociedade, que vê no direito penal uma solução para sua frustração, é comum que se projete no percurso o surgimento de bodes expiatórios, partindo pelo caminho da estigmatização de delinquentes, como meio necessário para legitimar a intervenção penal. Afinal, aplicando-se o castigo aqueles que não confiam no sistema, demonstra o quanto os infratores da norma são merecedores da sanção, em virtude de quererem contribuir para a desestabilização do sistema, tão essencial para a vida social que sem ele a sociedade não viveria; pois, ao menos este é o discurso entabulado pelo populismo penal, quando pretende reforçar a autoridade das normas penais, como se estas fossem as mais importantes do edifício normativo que se encontra inserido no sistema jurídico.

Os defensores da prevenção geral positiva afirmam que ela é mais adequada à tarefa de promover a eficácia das normas penais do que a prevenção negativa, tendo em vista que na sua função estabilizadora, a prevenção positiva aplica a pena “justa”. Por justa, entenda-se a pena que mais representa os anseios coletivos da comunidade, supostamente conscientizada pelo sistema penal através da aplicação de suas normas. O problema é que tal concepção subverte todo o *status* axiológico das garantias individuais no sistema jurídico, uma vez que estas deixam de ter um conteúdo próprio, baseado em valores, na consistência de um dever-ser calcado em princípios, e passam a depender de constatações empíricas, de acordo com necessidades sociais, muitas vezes variáveis. Pode-se argumentar que, nesse momento, justifica-se o porquê de uma tradição positivista ter conseguido, durante tanto tempo, relevar a eficácia dos dispositivos constitucionais a um segundo plano, enquanto permaneciam em plena vigência e dotadas de eficácia normas infraconstitucionais como as penais, tendo em

vista que, independente dos princípios, ao sabor dos acontecimentos, as normas penais sempre estiveram mais em evidência no sentido de atender anseios imediatistas de uma comunidade assombrada pelo medo, e que encontrava na confiança no sistema penal, a melhor solução para encampar seus assombros, mesmo que isso ocorresse em prejuízo da manutenção de direitos e garantias constitucionais. Para satisfazer sentimentos coletivos de vingança não serviriam as normas constitucionais. Bastam as normas penais, que garantem à satisfação coletiva diante do risco e do perigo que ele possa representar. Em síntese, na crítica de Sánchez, a prevenção geral positiva se apresenta como uma doutrina autoritária, discriminatória e intervencionista, no momento em que pretende ingressar na esfera dos valores dos cidadãos, inculcando-lhes uma visão sobre o caráter indispensável da punição²⁷¹.

Há uma tentativa de autores de teorias jurídicas como Hassemer, Zipf e Roxin, de conferir um caráter louvável à construção do direito pela prevenção geral positiva, segundo Silva Sánchez²⁷², no momento em que são estabelecidos os limites da prevenção através de princípios garantistas. Por essa concepção, a tendência ao terror pela intimidação pode ser coibida no momento em que, num Estado democrático de direito, são impostos limites à prevenção geral por meio de princípios constitucionais como a proporcionalidade, levando em conta sempre a proteção de bens jurídicos no momento em que a aplicação das normas penais tenha por escopo uma função estabilizadora.

Sob essa concepção limitadora da prevenção geral positiva, a necessidade de reforçar a confiança na norma por meio da aplicação da sanção, evita a aplicação de penas desnecessárias ou desproporcionais, evitando assim que aspectos emocionais ou irracionais sejam levados em conta na confiança que a coletividade despeja no sistema, no momento em que as penas são aplicadas. A Constituição, na proteção das garantias individuais, tem um papel extremamente relevante nessa concepção, no momento em que o diploma fundamental serve como instrumento de harmonização das convicções sociais com os princípios jurídicos programáticos, contidos no texto constitucional. No caso de discordância, segundo o enfoque garantista, prevalece sempre a solução constitucional, evitando-se assim que a prevenção geral positiva transforme o sistema penal num conteúdo de masmorras, sempre à espera do próximo infeliz que venha a ser punido. Entretanto, Silva Sánchez alerta para o que ele acha que pode ser uma das consequências da manutenção de princípios garantistas na limitação da prevenção geral, no momento em que se questiona o grau de maturidade da comunidade em relação ao que vige na Constituição e o que vigora na própria coletividade sobre qual será o

²⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, p. 367.

²⁷² Ibid., p. 369.

conceito adequado de pena justa. Nesse momento, adotando-se a diretriz da prevenção geral positiva, questiona-se, em prol da integração social, se não seria mais oportuno prescindir dos princípios, no momento em que estes estejam num estágio muito superior que os anseios sociais, correndo o risco de exercer um papel desestabilizador ou desintegrador, mais do que integrador, como se propõe o sistema penal, na teoria da prevenção positiva.

Observe-se o quanto à questão apontada acima é problemática no cotidiano de sociedades assoladas pelos chamados discursos de “Guerra ao Terror”, mediante uma realidade de confronto com ameaças e medos provenientes do terrorismo ou de outras formas de criminalidade global. Pela pregação da prevenção geral positiva, a solução mais adequada para a insegurança coletiva seria a plena aplicação das normas, com suas sanções decorrentes, muitas vezes, independente da proporção com que são aplicadas, levando muito mais em conta o respeito aos sentimentos de revolta e emoções que passam a tomar conta da comunidade, no momento em que seu respeito e confiança na norma são questionados, a partir da verificação de sua aplicação ou não. Nesse momento, como se deu nos Estados Unidos da América, pós-11 de setembro, os *Patriot Acts* e todos os outros atos normativos que legitimaram práticas de intensificação das sanções penais e penas duras, nada brandas, direcionadas aos autores ou suspeitos de terrorismo, passam a ganhar um relevo e consideração maiores do que os princípios constitucionais e as cartas internacionais de direitos fundamentais, protetoras desses direitos. A prevenção geral positiva volta a gerar um precedente perigoso de incremento do autoritarismo do Estado no funcionamento do sistema penal, dando espaço, no âmbito das políticas criminais, ao surgimento de modelos penais como o da segurança cidadã, que se apresentam como uma resposta à ineficácia das demandas de insegurança direcionadas ao modelo garantista, e que, se ainda não se encontram presentes na realidade brasileira, estão muito próximos de acontecer por força de discursos penais populistas, conforme o desenvolvimento histórico dos sistemas penais na América Latina, em sua autopoiese punitiva, onde se revelam claros mecanismos de exclusão social.

Experiências de policiamento e gestão de modelos de segurança com utilização de aparato bélico, como no “Plano Colômbia”, por exemplo, aplicadas a partir de esquemas comparativos à realidade nacional, servem para legitimar a intervenção do exército nos morros cariocas, para que possam ser vistas como sinônimo de eficiência de intervenção do sistema penal, e conquistam até o apoio dos partidos de esquerda, sem se dar conta dos prejuízos à manutenção das liberdades e de direitos fundamentais, a muito assegurados num moderno e constitucional Estado Democrático de Direito. A incapacidade que possui a racionalidade do modelo garantista, de dar respostas ao emergencialismo das demandas

sociais por segurança, acaba por ceder ao irracionalismo da cruenta intervenção de um direito de Estado baseado unicamente na punição e na repressão²⁷³. Retorna-se, paulatinamente, às trevas de um regime de exceção, a exemplo das ditaduras que tanto assolaram o continente latino-americano. Se antes, no tempo sombrio da ditadura militar, os inimigos do sistema eram os subversivos, agora, aqueles a combater e eliminar podem ser localizados em qualquer canto, em qualquer lugar: nos morros, nas vilas, nas favelas ou cortiços, nos condomínios de classe média, ou nas ruas e praças das grandes cidades. O inimigo está em toda parte, e contra ele, os remédios penais tradicionais aplicados à delinquência clássica não mais são suficientes. Segundo os defensores de tal visão da delinquência (baseada na imagem de um inimigo a combater), é apenas pela aniquilação, através da ação policial militarizada, que poderá dar-se um fim a gana violenta das classes reprimidas, indesejáveis e perigosas. O requentado lema do “bandido bom, bandido morto”, volta a ocupar a fala contemporânea das urbes no país.

O modelo penal de segurança e a teoria da prevenção geral positiva caminham *pari passu*, uma vez que a difusão do primeiro serve para reforçar a dimensão punitiva alardeada por essa teoria, como que ao defender a expansão punitiva como meio de garantir a vigência do sistema normativo, e com ele, a segurança e a confiabilidade da sociedade no direito, promovendo-se uma suposta segurança jurídica, pela harmonização de expectativas numa sociedade de risco, correntemente atingida pela frustração. Em termos gerais, é como se a criminalização e a geração de novos riscos, não permitidos com o aumento do alcance dos tipos penais permitisse uma maior credibilidade para o direito, na difusão de uma política criminal que privilegiasse a repressão. Nesse sentido, o discurso de legitimação da propriedade, a tônica da resolução de casos difíceis por via do aparato punitivo, transformando-se questões sociais em caso de polícia, acaba por revelar o advento de um modelo de manutenção do *status quo* com base em mais e mais repressão, bem sob a dinâmica própria de uma sociedade de controle, diante da crise de modelos como o ressocializador e o garantista²⁷⁴.

A exclusão social se torna crescente com a renovada gestão do aparato punitivo penal, mediante a ênfase na responsabilidade individual do infrator. Como age o infrator, segundo a lógica da prevenção, de forma consciente, ao afrontar a vigência da norma, conforme essa visão, não compete mais a criminologia indagar dos pressupostos do modelo reintegrador,

²⁷³ A autolimitação da intervenção penal proposta pelo modelo garantista, a ponto de apresentar um “direito penal mínimo”, acaba por produzir uma incompreensão social quanto à eficácia desse modelo no controle social, exercido pelo direito penal. RIPOLLÉS, Op. Cit., p. 65.

²⁷⁴ GARCIA, Brandariz. Op. Cit., p. 44.

mas sim de administrar riscos provenientes da conduta de alguns que contrariam as expectativas firmadas por uma sociedade.

Alia-se a prevenção geral a uma análise econômica do direito, observada no pensamento de autores como Garland e De Giorgi. Se o infrator é um autor racional de uma conduta, que de acordo com seu comportamento, sopesa as vantagens e os custos de ter de se adequar a determinadas expectativas, isso significa que na crise de soluções para a insegurança coletiva pelo welfarismo penal, irá ser proposta a substituição do modelo garantista por um que administre a exclusão, por via da intervenção punitiva. O problema da exclusão não passa mais por uma solução assistencial, mas sim penal, e a finalidade intimidadora da pena terá todo seu suporte teórico, na manutenção de expectativas que a vigência da norma exige como função do direito penal. Como já foi dito no pensamento de Luhmann, se a inclusão gera exclusão, surge na política criminal um pensamento de que essa exclusão é muito mais onerosa de lidar através de medidas assistenciais, do que na implementação de práticas eminentemente punitivas.

O controle, na nova gestão punitiva do problema da exclusão, dirige-se para a administração dos riscos, uma vez que é sempre mais fácil identificar os riscos a partir da indicação de perigos e sua supressão, do que mediante uma intervenção assistencial mais duradoura, que implique em onerosos custos para o Estado. Ao invés de se discutir uma efetiva redistribuição de terras, num programa agrário nacional de reforma das condições sociais no campo, em detrimento do agronegócio, é mais convidativo entoar o discurso das más condições de segurança na manutenção da grande propriedade rural, e os riscos de invasão de terras e destruição de propriedades, por um séquito de supostos vândalos organizados. Se a vigência da norma civil que assegura a propriedade e a norma penal que a tutela como bem jurídico são alvo de violação, prevalece a função repressiva da norma penal nas operações do sistema do direito, com fins a manter separados do meio inclusivo de proprietários, a camada social dos não-proprietários, pois estes, na qualidade de excluídos, frustram continuamente as expectativas contempladas pela vigência das normas.

A passagem do *Welfare* para o *Workfare State* como modelo socioeconômico de regulação da sociedade pelo Estado²⁷⁵ fundamenta-se no predomínio de uma visão economicista do trabalho enquanto obrigação e não como direito. Os reflexos desse modelo no campo se dão pela concepção de que as expectativas firmadas entre os incluídos são as de que os excluídos não produzam riscos na relação de trabalho; ou seja, cabe a cada um adaptar-

²⁷⁵ GARCIA, Op, cit. p. 45.

se às condições de trabalho que são colocadas por meio do trabalho temporário e assalariado, mesmo que precarizado, sob a forma de trabalhadores que são contratados em períodos de safra ou se tornam meros proletários do agronegócio, sem terra ou trabalhos fixos por um longo espaço de tempo. A descontinuidade e a mobilidade do mercado de trabalho em tempos de pós-fordismo e o processo de acumulação de capital que se dá atualmente no campo com o desenvolvimento do agronegócio, acaba por galvanizar uma crescente desigualdade social, fomentando a exclusão, com formas de trabalho cada vez mais precarizadas. Diante dessa realidade, os movimentos sociais se organizam, e é mediante essa organização, que em contrapartida o sistema penal passa a adotar um maior protagonismo na gestão da exclusão denunciada pelos movimentos sociais.

Qualquer forma de rejeição dessa obrigação formulada pelo mercado de aceitar específicas condições de trabalho agrário, dentro do marco estabelecido hodiernamente pela economia capitalista na produção do campo, passa a ser vista como mero parasitismo (os excluídos que não querem trabalhar e que recorrem ao assistencialismo estatal como meio de sobrevivência por meio de programas sociais) ou como prática criminosa, quando movimentos sociais passam a materializar o exercício do direito de protesto sob a forma de ocupações de terra. A solução penal surge por meio de uma saída coercitiva que administre o risco, como forma de assegurar a vigência normativa.

Nas sociedades urbano-industrializadas dos dias atuais, o critério da inclusão está centrado na capacidade de consumo²⁷⁶. Se a sociedade moderna pretende, no discurso liberal-individualista, tornar-se inclusiva pelo convite à participação individual na inclusão e essa participação se dá por meio do consumo. Como os despossuídos de terras, condições de trabalho ou alimento não conseguem sequer atingir níveis básicos de consumo, restam a eles a exclusão, e uma conseqüente falta de normalização completa por meio de processos disciplinares, uma vez que se torna cada vez mais difícil ou quase impossível disciplinar um contingente enorme de pessoas cujas condutas passam a se tornar mais imprevisíveis, e, por isso, dotadas de maior periculosidade, pois se tornam comportamentos que frustram expectativas e são fomentadores de risco. No momento em que segmentos dos excluídos organizam-se sob a forma de movimentos reivindicatórios e de protesto, e quando o protesto assume a forma de comportamentos inesperados, imprevisíveis e que não estão contidos nas expectativas normativas daqueles que se encontram incluídos, no âmbito do sistema social.

²⁷⁶ GARCIA, *Ibid.* p. 49.

A exclusão passa a ser vista no âmbito do sistema num aspecto de normalidade, de modos que o problema da exclusão passe a ser tido como insuperável e inevitável. Como a exclusão não pode desaparecer, surge a necessidade apenas de administrar os riscos decorrentes da exclusão. A teoria da prevenção geral positiva surge no sistema jurídico-penal como uma alternativa gerencial ao problema da exclusão, pois, ao invés da saída assistencialista, busca-se a gestão penal da exclusão dos riscos não permitidos durante a vigência da norma.

Ocorre que essa gestão por meio do aparato penal da exclusão social sempre tende a ser problemática, uma vez que o sistema penal revela uma impossibilidade e incapacidade de administrar o problema da exclusão²⁷⁷. Como a exclusão social é crescente, surgem maiores fatores de risco, fazendo variar a lógica operativa do sistema penal, redimensionando-se a gestão dos riscos pela redistribuição dos mecanismos de controle e vigilância. Surge a necessidade de identificar potenciais agentes produtores de riscos e os locais onde a intervenção penal será necessária, pondo em relevo um processo de expansão punitiva por meio da criminalização de setores e movimentos considerados como indesejados ou potencialmente perigosos. Nos espaços de maior conflito social, a tendência é de ser montado um aparato penal altamente seletivo e discriminatório. Questões de violência e dano associados a conflitos agrários e problema de redistribuição de renda para o homem do campo, tendem agora a serem tratados como questões penais e de segurança nacional, num novo modelo penal que tende a se desenvolver no âmbito da sociedade pós-fordista, com um sentimento de insegurança coletiva produzida a partir dos riscos presenciados nessa sociedade, altamente superdimensionados pelo sistema dos meios de comunicação e por um populismo penal, preocupado tão somente em dar satisfação a esse sentimento de insegurança, na busca de culpados e responsáveis pela geração dos riscos, mormente identificados nos segmentos mais excluídos da população.

Conforme já foi visto na leitura de Beck, e de acordo com os acréscimos interpretativos de Brandariz Garcia, o sentimento social de insegurança é derivado nem tanto pela existência de fatores objetivos de perigo, mas sim pela percepção subjetiva e coletiva de tais fatores como efetivos riscos²⁷⁸. Isso é demonstrável pelo fato de que o temor subjetivo ao delito não tem necessariamente correlação com índices elevados de criminalidade ou vitimização, pois a percepção subjetiva de riscos como fator de geração de insegurança é flagrantemente desproporcional com a realidade objetiva de existirem perigos.

²⁷⁷ Ibid, p.50.

²⁷⁸ GARCIA, Id.,p. 53.

Pelo viés punitivo, a criminalização é uma das formas de reduzir a sensação social de insegurança; sem, contudo, conter a criminalidade, tendo em vista que não interessa ao sistema penal combater crimes, mas sim produzir normas penais que, uma vez vigentes, produzam uma sensação social menos aflitiva, pois aparecem estas normas como hábeis para a contenção dos fatores de risco, mola propulsora na produção de perigos.

Como já foi visto, soma-se à consolidação de um novo modelo punitivo, a exclusão gerada na sociedade pós-fordista através de um mercado de trabalho flexibilizado, em que não existe a menor garantia de permanência perene de direitos, mas sim uma precarização da mão de obra e o surgimento crescente de um contingente de desempregados, não aproveitados no processo de produção. A crise econômica, produtora de excluídos materialmente dos meios de acumulação de renda e riqueza, alia-se à crise de valores identitários e de socialização, que perpassam as operações internas do sistema social, e onde já se viu em Luhmann, é o ambiente de desenvolvimento e possíveis integrações e acoplamentos dos sistemas parciais. É na família, na classe social e na nação que o modelo patriarcal, o modelo capitalista de socialização, e o modelo de organização do Estado, respectivamente, entram em crise na sua dinâmica interna, face às constantes irritações proveniente de uma exclusão que se dá no entorno desses sistemas (como já foi visto no capítulo anterior), tornando-se uma inusitada fonte de riscos e manancial para o surgimento de perigos. A crise do referencial identitário (quem sou eu? Irmão, companheiro de classe ou cidadão?) produz um decréscimo dos níveis de coesão social e solidariedade comunitária²⁷⁹, gerando, por sua vez, altos graus de incerteza e insegurança social. As expectativas se frustram quanto à certeza de quais serão os comportamentos futuros, e, a alternativa para essa incerteza, na visão de autores como Jakobs, é de que a vigência da norma seja garantida através da coerção prevista na norma penal, que por seu caráter coercitivo, deve assegurar a manutenção do atendimento das expectativas, uma vez que a norma destina-se à proteção de pessoas, e não de bens²⁸⁰. No âmbito da autopoiese dos sistemas parciais, a crise vivenciada internamente pelos sistemas quanto a seus referenciais identitários (aquilo que pode ser reconhecido e observado no âmbito da inclusão do sistema), e o sentimento subjetivo quanto à existência de perigos no reconhecimento de riscos, revela-se em operações internas que tendem a se desenvolver internamente no âmbito do sistema jurídico nos termos de uma punibilidade (a punibilidade autopoietica, já referida

²⁷⁹ GARCIA, Id. , p. 60.

²⁸⁰ JAKOBS, Gunther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? Tradução Manuel Canció Melliá, Nereu José Giacomolli. In : CALLEGARI, André Luís, LYNETT, Eduardo Montealegre, JAKOBS, Gunther, MELIÁ, Manuel Canció. *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.???

neste estudo). A crise do controle social informal no âmbito da punibilidade de um sistema comunitário clausurado operativamente, como se dá nas pequenas comunidades ou sociedades tradicionais, dá lugar a um aumento da punibilidade estatal, no momento em que o sistema do direito oficial vigente, regido pelo código lícito x ilícito, entra em ação por meio da severidade do sistema penal, galgado à condição de *prima ratio* para a solução das demandas sociais e para a administração dos riscos resultante da crise que perpassa por todos os sistemas parciais.

Um modelo penal de segurança cidadã²⁸¹ parece ser uma etapa atual da política criminal dominante no ocidente e nos países de modernidade tardia, em que pode se perceber um predomínio de um sentimento coletivo de insegurança, uma exacerbação do interesse da vítima, um populismo penal desenvolvido a todo vapor, por conta da politização partidária do problema criminal, com um conseqüente endurecimento do rigor penal para os segmentos e classes tidos como indesejáveis. Enquanto isso, nos meandros desse modelo punitivo, permanece o discurso pela manutenção de um modelo penal de dupla velocidade; que beneficia enormemente as camadas mais abastadas da sociedade, pois ficam os detentores do poder político e econômico, isentos da pena de prisão, visto que a delinquência clássica permanece destinada aos setores mais pobres da sociedade, enquanto que aos ricos e poderosos privilegiam-se sanções atenuadas, a cuja velocidade punitiva diminui diante do poder aquisitivo daqueles envolvidos em ocorrências criminais.

Segurança cidadã e prevenção geral combinam- em um arcabouço punitivo, no sentido de privilegiar um modelo penal privado da mais arguta racionalidade. O medo do delito e o sentimento de insegurança decorrente desse medo acabam por comprometer a política criminal, a ponto de produzir um déficit de racionalidade. As proposições do legislador e as decisões do julgador tendem a ser menos baseadas em argumentos de técnica punitiva, na construção bem elaborada de uma economia do castigo, conforme princípios como a proporcionalidade e a razoabilidade, e passam a ser impulsionadas mais por ditames emergenciais de desconfiança quanto à eficácia do aparato estatal na resolução do problema criminal, resignação e conformismo quanto à criminalidade dos poderosos, uma incompreensão quanto à figura do delinqüente e um extremado apego à indignação e aflição das vítimas. Tudo isso se resume num extremado rigor na aplicação das leis penais, num desenrolar da expansão punitiva e num crescente movimento de criminalização de condutas e seletividade de destinatários dos rigores penais, tudo conforme um modelo autopoietico de

²⁸¹ GOMES, Luiz Flavio, MOLINA, Antonio-Garcia Pablos de. *Criminologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 484.

direito, que reproduz internamente em suas operações jurídicas, mais e mais normas punitivas. O dilema de teorias como a prevenção geral é de que todos podem ser considerados delinquentes em potencial, e, ao invés de uma proposição acerca da resolução de conflitos que engendrem soluções não-penais, o que se vê, ao contrário, é a transformação do direito penal em uma *prima ratio* das adversidades surgidas com os rumos tomados pela modernidade e pelo processo de modernização capitalista, com todos os seus efeitos de exclusão e geração de inimigos, aos quais o sistema se arvora no direito de combater.

Fenômeno curioso dessa expansão punitiva, por meio de um modelo penal de segurança cidadã é o suposto protagonismo da comunidade na intervenção punitiva contra a delinquência e as implicações disso quanto à relação da comunidade com os movimentos sociais. Prega-se no país a filosofia do policiamento comunitário, onde se pugna por uma implicação maior da sociedade na luta contra a delinquência, através da colaboração da comunidade com a polícia, para prevenir o delito, numa inicialmente louvável proposta de parceria entre os poderes públicos e as comunidades.

Ocorre que, entretanto, ao se adotar a perspectiva subjetivista da teoria da prevenção geral, no tocante ao se avaliar quem serão os preferenciais produtores de risco, e conforme as diretrizes ideologicamente traçadas por um modelo de segurança cidadã, projetos hoje tidos como modelo no combate à violência, como a implantação das Unidades de Polícia Pacificadora, nos morros e favelas do Rio de Janeiro, podem se transformar em polo de criação de milícias privadas armadas, no momento em que a lógica do inimigo se sobrepõe à atividade preventiva de se lidar com as mazelas sociais mediante proposições não punitivas, e medidas coercitivas baseadas na mera repressão irracional, motivada pelo medo coletivo, suscitam a expansão da segurança privada²⁸² e o estabelecimento dos serviços de segurança como um mero bem de consumo, um item que aquece que o comércio ilegal de contratação de serviços policiais para satisfazer interesses privados, como ocorre na cooptação de policiais por comerciantes e líderes comunitários, tão e simplesmente para serem os vigilantes privados ou jagunços, de grandes extensões de propriedade rural.

A prevenção geral positiva protagonizada por Jakobs prevê a proteção das expectativas normativas da sociedade, como forma de restabelecer a comunicação jurídica, pelo restabelecimento da vigência da norma, perturbada por uma infração a seu cumprimento²⁸³. Ora, se a função do direito penal é a de proteger expectativas para garantir um bom funcionamento do sistema social diante dos riscos, e não a de proteção de bens

²⁸² GOMES, Luiz Flavio, MOLINA, Antonio-Garcia Pablos. Id, p. 487.

²⁸³ BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de perigo abstracto*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 108.

jurídicos, então um modelo repressivo baseado na concepção de segurança cidadã, muito bem se enquadra nos moldes de uma política criminal que tenda a penalizar supostos produtores de risco, encontrados no cerne dos movimentos sociais. O alarmismo ditado por esse modelo (a necessidade de segurança a qualquer custo; ou seja, sob o peso da renúncia de liberdades em prol da segurança), acaba por identificar, entre os produtores de risco: os inimigos nomeados pelo sistema, a quem compete o aparato repressivo combater e aniquilar. Não se extinguem apenas direitos fundamentais que deveriam ser preservados e garantidos, aniquilam-se também os titulares desses direitos.

Acerca da teoria da prevenção geral, Muñoz Conde e Hassemer estabelecem uma sólida crítica à concepção teórica vigente na doutrina penal de que pela prevenção geral estaria assegurado um modelo de controle social suficientemente eficaz, a fim de garantir à satisfação de expectativas de comportamento de uma sociedade, como pretende conceber Jakobs:

Se se considera a cominação penal e a execução da pena como fenômenos jurídicos isolados, logo se percebe, analisando com mais cuidado, que são fenômenos demasiadamente débeis para garantir a prevenção geral e demasiadamente questionáveis desde o ponto de vista normativo, porque não são capazes de outra coisa a não ser intimidar as pessoas, ameaçando-as.²⁸⁴

Ora, além dos penalistas acima citados, percebe-se que em vários segmentos da doutrina penal, prevalece uma flagrante condenação das tentativas de determinados teóricos, tais como Jakobs, de tentar estabelecer um direito penal terrorista, baseado na intimidação, que prejudica o processo de socialização por não ceder espaço a outras formas de controle social, não baseadas na coerção direta. Apesar de Jakobs defender sua teoria da prevenção geral, não simplesmente baseado nos efeitos negativos que ela possa produzir através da intimidação nas condutas individuais de infratores, observa-se que na sustentação da tese de que a pena serve para restabelecer a confiança na vigência das normas²⁸⁵, encontram-se os pilares do modelo penal de segurança, em que a firmeza da sociedade na manutenção da vigência de suas normas essenciais, confunde-se com uma severidade na aplicação das penas, conforme a imputação de condutas.

²⁸⁴ CONDE, Francisco Muñoz, HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 252.

²⁸⁵ RAMOS, Enrique Peñaranda, GONZÁLEZ, Carlos Suárez, MELIÁ, Manuel. *Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. Barueri: Manole, 2003, p. 3.

A crítica formulada por Baratta²⁸⁶ à teoria de Jakobs, quando é proposta a substituição do princípio da ressocialização pelo princípio da prevenção geral positiva, é de que dada teoria não levaria em conta a possibilidade de que a função de estabilização expectativas de comportamento poderia ser feita por instituições sociais diversas daquelas presentes no controle penal, coincidindo com o que Hassemer e Muñoz Conde entendem existir em outros setores do controle social que não o penal²⁸⁷. Na verdade, Peñaranda Ramos, Gonzáles e Cancio Meliá já detectaram na teoria de Jakobs que não é por falta de alternativas à pena como meio de solução de conflitos, que peca o teórico alemão, mas sim pelos escassos critérios normativos que poderiam ser estabelecidos nos casos em que se poderia prescindir da sanção penal. A relevância dessa constatação é por demais importante para a manutenção de direitos fundamentais diante da expansão punitiva, no momento em que continuamente são propostas soluções penais com suas respectivas sanções para conflitos sociais, como o dilema das invasões no campo e as disputas agrárias pelo direito à terra e moradia. Sob a égide da prevenção geral e pelos seus fins de subordinação das questões sociais à aplicação da pena, parece que reivindicação de direitos tornou-se caso de polícia.

A ausência da concorrência de outros meios de controle social e a utilização da teoria da prevenção geral como uma teoria da coação²⁸⁸, no sentido de que pela tese da necessidade de manutenção da vigência da norma, deve-se intimidar os supostos produtores de riscos, acaba por dar espaço à concepção do Direito Penal do Inimigo, posteriormente defendida por Jakobs, e de suposta aplicabilidade plena, diante da realidade do terrorismo e da criminalidade global, além de novas formas transnacionalizadas de delinquência. Somam-se a isso os riscos que podem produzir movimentos que propõem invasões no campo, sob o pretexto de exercer seu direito de protesto, diante da ausência de atendimento de reivindicações sociais. A missão do Direito Penal converte-se na missão de estabilizar uma realidade social conflituosa, pela ausência ou distância de outras formas de reação social à desigualdade, procedendo-se com a exclusão do outro como inimigo. As consequências para a manutenção da democracia e de direitos fundamentais assegurados constitucionalmente são aterradoras.

²⁸⁶ Ibid.,p.11.

²⁸⁷ CONDE, Op.cit.,p.253.

²⁸⁸ Ibid.,p.270.

5.2. A cultura penal de emergência e o surgimento de inimigos no direito penal como parte do processo de criminalização e ameaça à preservação de direitos fundamentais

Ao definir o inimigo penalmente considerado, Jakobs estabelecerá inicialmente a distinção entre indivíduo e cidadão, a partir da definição hobbesiana de ruptura do contrato social.²⁸⁹ Para Hobbes, segundo Jakobs, o delinquente ainda mantém sua condição de cidadão. Porém, num caso entendido como rebelião, de ruptura com o pacto social e de retorno ao estado de natureza, o delinquente passa a ser visto como inimigo. Da mesma forma pensavam Rousseau, Fichte e Kant, para Jakobs, pelo qual na visão kantiana, quem não participa da vida em comunidade, participando de suas regras, deve ser retirado dela. O delinquente seria o inimigo da comunidade que deveria ser expulso, ou então submetido à custódia, para não necrosar o tecido social, sendo retirado do convívio dos demais. O delinquente deixa de ser tratado como pessoa, e passa a ser tratado como inimigo, indivíduo desprovido do *status* de cidadão.

Com o direito penal do inimigo, reforça-se, numa cultura penal de emergência, a adoção de soluções coercitivas militarizadas, típicas de um estado de guerra. Assim como nas guerras fronteiriças, ao se entender o fenômeno criminal como uma faceta de guerra ao crime, usa-se e abusa-se de modelos de intervenção penal que marcam uma passagem de um *ius puniendi* para um *ius ad bellum*²⁹⁰. O “Direito Penal de Guerra” torna-se o sucedâneo necessário de um Direito Penal do Inimigo. Assim como no estado de beligerância, numa cultura assediada por um modelo de intervenção penal militarizada, as liberdades individuais são suprimidas em prol de um conceito de segurança, elevado a um valor supremo de uma sociedade alarmista. A delinquência torna-se objeto de pacotes punitivos, reforçadores desse modelo de intervenção militarizada, ao invés das soluções comumente adotadas para a delinquência clássica, nos moldes do anterior modelo iluminista de concepção da segurança, enquanto ideal ressocializador ou mecanismo de garantias constitucionais²⁹¹. Na popularização do regime de exceção, todas e quaisquer condutas passíveis de criminalização, são sujeitas a aplicação de regramentos punitivos, que colimam a extirpação dos males individuais que acometem os inimigos do sistema, voluntários violadores do pacto, e ameaça

²⁸⁹ JAKOBS, Gunter. *Direito penal do inimigo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 27.

²⁹⁰ CEPEDA, Op. Cit, p. 131.

²⁹¹ Já que o direito constitucional garante ao direito penal uma margem de legitimação no âmbito interno, no ordenamento jurídico nacional, os direitos humanos também poderiam, da mesma forma, ser eficazmente aplicados numa sociedade globalizada. Nesse sentido, Cepeda cita Ferrajoli, para quem graças ao caráter supraestatal dos direitos fundamentais, estes podem ser reconhecidos em sede internacional, produzindo garantias de que devem ser protegidos no âmbito de cada Estado. CEPEDA, Op. Cit., p. 68.

a integridade do tecido social. Dessa forma, desde manifestações delituosas típicas da globalização, como o desenvolvimento do crime organizado, até rebeliões promovidas por imigrantes, insatisfeitos com sua condição social e falta de reconhecimento, nos movimentos de rua nas metrópoles do continente europeu, são vistos como a mesma face do inimigo, que deve ser combatido a todo custo, mesmo que em prejuízo da manutenção dos direitos fundamentais.

Ana Isabel Cepeda explica que são qualificados com o atributo de inimigo os seguintes tipos delinquentes: o terrorista, o traficante, o integrante do crime organizado, o delinqüente sexual, o imigrante, o autor de maus tratos e o reincidente²⁹². No tocante aos maus tratos, torna-se mais fácil vislumbrar, porque a polícia de São Paulo e os meios de comunicação necessitaram tão rapidamente de um culpado pela morte da menina Isabela Nardoni, no caso envolvendo um dos crimes de maior repercussão midiática dos últimos anos no país. É necessário qualificar e quantificar os inimigos. No caso da violência no campo, cada vez mais se avolumam teses do que o Movimento dos Trabalhadores Sem-Terra (MST), menos do que um legítimo movimento organizado da sociedade civil de trabalhadores, mais seria um grupo paramilitar integrado às organizações tidas como terroristas como as FARC na Colômbia. A todos esses destinatários seriam gravados epítetos de violadores da ordem social e causadores da ruptura do pacto. Ao invés de encarar o problema interno como imanente à própria natureza do sistema, o Estado moderno capitalista, no âmbito do risco produzido no âmbito social e dado o sentimento de insegurança coletiva, prefere optar pela escolha de inimigos, o qual deverá prevalecer um modelo de segurança baseado na criminalização e na punição severa de delinqüentes, com o conseqüente encarceramento de contingentes e mais contingentes de indivíduos.

Qual o resultado desse modelo de Direito Penal? Num primeiro momento, visivelmente vê-se que, a transformação do Direito Penal em um Direito Penal do Inimigo, contribui para o extermínio físico de delinquentes ou para a anulação de indivíduos. Não se procura ajustar condutas, mas sim destruir condutas a partir da destruição de seus agentes. Voltou-se ao tempo do martírio de condenados, como no Antigo Regime medieval, sendo que os martirizados agora não são enforcados ou degolados em praça pública, mas degradados moralmente pela opinião pública²⁹³. Jovens casais são julgados por antecipação e condenados

²⁹² Ibid., p. 402-417.

²⁹³ A sociedade enquanto sociedade midiática não deixa de ser uma sociedade baseada no controle e na disciplina, em que a tecnologia do poder na seara penal parece reproduzir, com o apoio dos meios de comunicação, uma forma de execução pública dos delinqüentes através dos discursos punitivos, como que sujeitos a uma forma de martírio, tal qual ocorria nos eventos em praça pública, nos tempos do Antigo Regime.

pelo homicídio de crianças na mídia. Adolescentes negros e pobres de periferia são humilhados, espancados, entregues aos bandidos por soldados do exército e executados a tiros por traficantes, no Rio de Janeiro. No país inteiro, motoristas são estrangidos em barreiras policiais e levados à prisão por terem ingerido um cálice de vinho ou uma lata de cerveja. No exterior, estudantes de diversas origens e etnias são impedidos de desembarcar e detidos em aeroportos, nos países da União Europeia ou em solo norte-americano, por apresentarem características étnicas suspeitas, que comprometem seu passaporte. Invadem-se militarmente as fronteiras de um país vizinho, comprometendo-se a soberania e provocando um conflito internacional entre nações sul-americanas como a Colômbia e o Equador, a pretexto de levar a cabo políticas de intervenção penal militarizada a grupos inimigos como as FARC. Todos esses fatos e mais outros, são produto de uma nova ótica punitiva sobre a intervenção penal, que não ameaça apenas a manutenção de direitos fundamentais, mas também compromete a paz entre Estados. Esse novo modelo militarizado de sistema penal, resultante de uma cultura de emergência, é por demais prejudicial para a harmonia e a paz global²⁹⁴.

Como alternativa a esta cultura de emergência, resta saber se ainda existe espaço para uma saída garantista de defesa dos direitos humanos e invocação de uma jurisdição baseada em um texto constitucional compromissário e dirigente. Sabe-se à luz do constitucionalismo, que os princípios constitucionais, como resgate da dignidade humana, implicam em sérios limitadores das intervenções punitivas, e disciplinadores de um direito penal voltado para a defesa dos direitos fundamentais. Não se pode pensar na eleição da segurança como bem supremo, em detrimento de outros bens jurídicos fundamentais como a vida, a liberdade, a intimidade e a inviolabilidade física. Um direito e um processo penal que descuidem da aplicação de princípios caros, tais como o contraditório, a presunção da inocência, a individualização e a humanização da pena, correm o risco de se tornar meros expedientes cruéis e desumanos, a serviço dos tiranos de ocasião. A um povo amedrontado e preocupado quanto às incertezas dos rumos de sua sociedade, há de se apontar a Constituição como um farol normativo, uma bússola política a orientar a decisão dos administradores do sistema penal, e como instrumento de defesa e conscientização de seus destinatários. Somente assim

“A execução pública é vista então como uma fornalha em que se acende a violência”. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 13.

²⁹⁴ Segundo Cepeda, a supressão das distinções entre guerra e crime, no momento em que se legitima uma intervenção militarizada, tanto por motivos políticos contra Estados ou grupos políticos organizados (distinção de guerra clássica), quanto por motivos econômicos e sociais de segurança interna, contra o crime organizado ou contra o terrorismo, acaba por conferir à segurança a qualidade de um valor supremo a que todo comportamento deve se submeter, havendo, portanto, uma militarização do controle social. CEPEDA, Op. Cit., p. 132.

pode-se reverter o quadro de guerra, tão precipitadamente e tão infantilmente estabelecido por aqueles que lucram com a massificação do lema do quanto pior, melhor.

5.3. Expansão interna e externa do sistema penal e a teoria do risco compartilhado de Ripollés

A modernização do Direito Penal, segundo Ripollés, está associada a uma ampliação dos conteúdos punitivos, para além dos limites estritos até então conferidos pelo ordenamento jurídico à intervenção de normas penais. Essa expansão desenvolve-se na sociedade de risco sob a forma de criminalização de novas condutas, para situações até então não tipificáveis e fora do âmbito de aplicação de regras penais, sob a forma de expansão interna; ou então, pela intensificação da punibilidade através do aumento de punição a certos tipos da delinquência clássica²⁹⁵.

Ao justificar o porquê dessa expansão punitiva, Ripollés atribui à vontade política, diante da estabilização de altas taxas de medo na sociedade, uma das responsáveis pela expansão punitiva numa forma populista de solucionar, midiaticamente, as pressões da opinião pública. Os argumentos de racionalidade das propostas garantistas, de um modelo penal consentâneo a um Estado Democrático de Direito, conseguem pouco eco diante de sentimentos de insegurança coletiva generalizada, cujos temores somente são aplacados com medidas emergenciais de visibilidade, que busquem dar pronta resposta ao chamado clamor público, conceito tão exortado em discursos legislativos ou nos termos de decisões judiciais em matéria penal, mas incerto e indefinido quanto a sua extensão e aplicabilidade diante de sucessivas taxas de incidência do fenômeno criminal, declamado e popularizado na emissão diária de informação pelos meios de comunicação de massa.

Une-se ao argumento político de apaziguamento de temores pela expansão punitiva, a apresentação de justificativas firmadas sobre afirmações, quanto à incapacidade das estruturas convencionais do direito penal, de lidar com a delinquência clássica. O agravamento da desigualdade social, em seu ritmo frenético de exclusão, com a produção massiva de contingentes de mais e mais marginalizados, e a conseqüente elevação de estatísticas quanto ao avanço da criminalidade patrimonial, sugere insinuações de que devem ser abertas novas vias punitivas para a contenção social da criminalidade dos mais pobres, revelando a ineficácia das intervenções estatais em outras dimensões da prestação social do Estado,

²⁹⁵ RIPOLLÉS, Op. Cit., p. 156-159.

acabando por resvalar em soluções punitivas, como suposta saída para as mazelas produzidas pela exclusão econômico-social. Dessa forma, teorias como a da “janela quebrada”, são aplicadas como forma de debelar a criminalidade dos mais pobres, através da repressão severa de condutas de menor potencial ofensivo, como uma deturpação do conceito de prevenção social, como se meios inibitórios de condutas reprováveis pela via punitiva fossem os mais adequados para conter a escalada da violência e o advento de fenômenos criminais²⁹⁶.

Faz parte da expansão punitiva também, a repressão disseminada de formas mais sofisticadas de delinquência como a criminalidade organizada, categorizando-se socialmente os inimigos mediante uma catalogação de tipos penais, que mereceriam a construção de novas subsunções tipificadoras, mediante a complexidade do fenômeno criminal, em segmentos da delinquência clássica, desenvolvidos e fortalecidos com a globalização e o conseqüente avanço tecnológico, tais quais: a criminalidade organizada mediante malhas de tráfico de drogas e quadrilhas de sequestradores, redes de pornografia infantil, grupos paramilitares ou terroristas ideologicamente sustentados. Simultaneamente, reprimem-se condutas, não pela sua culpabilidade, mas tão somente pela sua aludida periculosidade; como no caso da autuação de grupos suspeitos de formação de células terroristas, face meramente seu discurso ideológico, punindo-se a reles cogitação, como se tais condutas fosse necessariamente preparatórias de delitos²⁹⁷. A indefinição e as contradições do sistema penal em definir, em tipos penais fechados, o que seria efetivamente o crime organizado, leva à prática repressiva e a violação de direitos fundamentais tais como: o sigilo das comunicações, mediante uma utilização indiscriminada de interceptações telefônicas, sob alegação de combate a modalidades organizadas de delinquência coletiva, com nos tristes e recentes episódios de suspeita de grampos telefônicos de altas autoridades do poder Executivo e Judiciário em Brasília, no ano de 2007.

²⁹⁶ Sabe-se que a ideologia da defesa social surgiu na época da revolução burguesa, juntamente com a cientificidade e a codificação do sistema jurídico penal. Dentre um de seus princípios, está o da prevenção social, onde se vê que a pena não tem somente a função de retribuir o mal praticado pelo ofensor, como pensava Carnelutti, mas sim prevenir o crime pela possibilidade de aplicação da sanção, como adequada contramotivação ao comportamento criminoso. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 42. Porém, teorias como a da “vidraça quebrada”, desenvolvidas em 1982, por James Q. Wilson, em que a tese preponderante é de que devem se castigar severamente as pequenas infrações para recuar as patologias criminais, é apenas uma corruptela do princípio de defesa social, típico do direito penal clássico, de caráter liberal-burguês. WACQUANT, Op. Cit. p. 25.

²⁹⁷ Cepeda recorda da legislação do período Bush, especialmente da Lei de 26 de outubro de 2001, denominada de *Patriot Acts*, aprovada pelo Congresso Americano que reduz as garantias individuais, reduzindo o papel da defesa na interposição de *habeas corpus*, afligindo as liberdades individuais, como nos casos de deportação, incomunicabilidade e detenção de simples suspeitos de participação em células terroristas. CEPEDA, Op.Cit., p. 168.

Talvez o modelo penal de segurança cidadã, consentâneo a uma sociedade de risco, no momento em que perduram as indefinições quanto às reais dimensões do crime organizado, seja melhor explicado, não por uma expansão externa da intervenção penal, mas sim pelo seu contrário. A expansão penal interna, segundo Ripollés, constitui-se não mais na criação de novos tipos penais, diante das novas formas de delinquência, associadas a uma sociedade tecnológica e mundializada, como a surgida com a globalização, mas sim na intensificação de intervenções penais em tipos associados com a delinquência clássica. Lembra Ripollés, que as tendências dos sistemas penais atuais, no âmbito da sociedade de risco, consistem na exclusão social de indivíduos não pelo caminho da ressocialização, sob a forma de controle panóptico visando uma docilização de condutas pela disciplina prisional, como meio de reintegração precária desses indivíduos numa visão foucaultiana, mas sim pelo total e completo isolamento pessoal deles ou até mesmo sua definitiva eliminação, como faz pensar o Direito Penal do Inimigo. A sociedade legitima a expansão interna e o acréscimo de severidade na punição penal, como o isolamento completo dos mais perigosos, não como forma de promover a expiação interna dos acusados pela sua culpabilidade, mas sim mediante a identificação emergencial de perigos, eliminando-se sumariamente a ameaça das condutas perigosas, livrando-se dos produtores de risco. Dessa forma, o controle penal ganha primazia sobre outras formas de controle social, na medida em que produz na sociedade um analgésico para seu sentimento de medo, mediante a escusa de responsabilidade sobre o destino de seus delinquentes. O que se busca é a exclusão incontinente dos inadequados ao sistema, dos marginalizados; porém, é obtido esse resultado mediante a repressão acentuada dos mais variados delitos, desde os menos ofensivos até os mais graves, redundando quase que totalmente na privação da liberdade e na manutenção dos encarceramentos, num despejo que a sociedade faz de sua responsabilidade sobre o sistema prisional²⁹⁸.

Outra dimensão da expansão interna que se vê no direito penal, diz respeito ao fenômeno da reincidência, onde, em que numa sociedade desvencilhada de sua responsabilidade quanto ao fenômeno criminal, o que se vê é o que delinquente habitual passa a assumir o custo de sua delinquência. O enfoque valorativo prepondera na discussão sobre a responsabilidade social pela delinquência, visto que num modelo penal de segurança cidadã se firma a convicção de que a criminalidade é explicada pelo livre-arbítrio do delinquente, que, no caso da reincidência, por livre e espontânea vontade retornou a delinquir. Não se atribuem aos riscos à explicação de que carências sociais poderiam justificar os comportamentos

²⁹⁸ WACQUANT, Op. Cit., p. 80-86.

delitivos, e, ao contrário, trabalha-se uma visão maniqueísta e pessoal da criminalidade, em que a visão predominante sobre o delinquente é de um indivíduo racional que tão e simplesmente decidiu, de livre vontade, obter vantagens ilícitas no meio social, agindo de forma reprovável, com o intuito deliberado de promover a desagregação de uma ordem social estabelecida²⁹⁹.

Em tese sustentada por Lenio Streck, que firmou jurisprudência nas câmaras criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, insurgiu-se o jurista gaúcho contra o instituto da reincidência no Código Penal, alegando sua inconstitucionalidade, ao ferir o princípio da proporcionalidade, tendo em vista que o agravamento das penas para os reincidentes viola o princípio da proibição do excesso, elemento constitutivo da proporcionalidade³⁰⁰. Ora, o expediente estatal de afligir ao condenado uma pena já cumprida por ele, já é feito com frequência pelo atual sistema penal criminalizador, dentro dos moldes de um movimento de expansão punitiva observado por Ripollés. O instituto da reincidência tem sido uma das mais freqüentes manifestações de expansão interna do sistema penal, com vistas ao agravamento da sanção para os tipos penais da delinquência clássica, não obstante o entendimento de alguns tribunais acerca da violação flagrante de direitos fundamentais, a partir da aplicação dessas normas repressivas.

Observando-se a distribuição de riscos como forma de disseminar a expansão punitiva, Ripollés desenvolve a teoria sobre a ideologia do risco compartilhado, em que indivíduo e sociedade devem compartilhar de forma razoável os riscos do delito. O que ocorre, contrariamente, é que a sociedade costuma repassar integralmente os riscos para o delinquente. Os cidadãos em geral são vistos como consumidores de riscos produzidos por seus delinquentes, a quem competiria unicamente a responsabilidade e as consequências da prática desses riscos produzidos. O Direito Penal do Inimigo, concebido por Jakobs, torna mais difícil ainda distribuir os riscos entre sociedade e indivíduos, pois a expansão punitiva com a intensificação da gravidade das penas apenas serve para acentuar a exclusão, onde os delinquentes acabam por responder por todos os riscos, sendo privados do caráter de cidadãos ou mesmo de pessoas. Isso explica a crise do modelo ressocializador, uma vez que a sociedade passa a se ver como desprovida da incumbência de se responsabilizar pela reintegração social de seus delinquentes³⁰¹.

²⁹⁹ CEPEDA, op.Cit.p. ???

³⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 130.

³⁰¹ O colapso do modelo ressocializador ocorreu desde meados dos anos setenta do século XX, em boa parte produzido pelo sentimento de desânimo de seus apoiadores quanto à eficácia das técnicas do tratamento penal; pela cortina de fumaça que velava as responsabilidades da sociedade no tratamento do delinquente; o

Uma teoria de compartilhamento dos riscos teria, entretanto, desdobramentos. Seria um novo tratamento jurídico-penal dos casos de delinquência habitual quanto aos reincidentes, no momento em que ao invés de tão e simplesmente punir com mais gravidade, fossem exploradas as raízes sociais que levam a habitualidade de reiteradas práticas delituosas, que não passem pelo modelo penal de atribuir a delinquência tão somente à vontade do criminoso³⁰². Desfaz-se a expansão punitiva por meio de um compartilhamento de riscos, já na gênese do fenômeno criminal, em que a atuação de um direito sancionador de natureza não-penal poderia produzir eficácia, mediante um ajustamento de condutas, orientando por um controle social não apenas repressivo. Sabe-se, que, via de regra, o ambiente onde se desenvolve a criminalidade habitual, é mais determinado do que aquele em que ocorre a delinquência ocasional. Por isso, a emergência de políticas públicas, voltadas para a promoção comunitária de formação da cidadania, nas áreas mais necessitadas, poderia ser um sinal expressivo de distribuição racionalizada de riscos, onde a sociedade civil poderia então se ver como real responsável pelo controle e administração de seus riscos. Não adianta, portanto, o empreendimento capitalista investir seus recursos na formação de áreas de segregação nos grandes centros urbanos, como no bairro do Morumbi, em São Paulo, em que o distanciamento social entre os mais privilegiados e os menos abastados chega a ser grotesco, com longas faixas de condomínios residenciais murados e protegidos, ao lado de favelas, cortiços e comunidades suburbanas, se tal realidade somente faz preponderar um sentimento estimulado pela mídia de insegurança e de conflito social. O capital, portanto, assim um risco, que uma sociedade de desiguais não quer mais se responsabilizar, e seu resultado é o movimento crescente de expansão punitiva³⁰³.

5.4. Retórica da segurança na sociedade de risco com a expansão do direito penal

questionamento quanto às reais mudanças provocadas no comportamento do delinquente com o cumprimento da pena; a prevalência de teses acerca da intimidação e neutralização do delinquente mediante a adoção de penas cuja intensidade correspondia à gravidade do delito praticado, mais do que o interesse pela ressocialização (aplicação da proporcionalidade). RIPOLLÉS, op.cit, p. 67-68.

³⁰² Ibid, p.164.

³⁰³ A delinquência de rua (*criminalidad callejera*) passa a ser tratada dentro dos parâmetros de risco, numa sociedade assolada por um sentimento de insegurança coletiva, donde se propõe a expansão penal como uma alternativa a esse fluxo de criminalidade. RIPOLLÉS, José Díez. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana-un debate desenfocado. In: CALLEGARI, André Luís (org.). *Política criminal, estado e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 93.

Ana Isabel Cepeda comenta o fenômeno de expansão penal observado por Ripollés, enquanto um comprometimento da aplicação do direito penal enquanto *ultima ratio*, e pela violação de princípios político-criminais, constitucionalmente regidos, através da flexibilização normativa quanto à imputação, que implica numa redução de garantias penais e processuais³⁰⁴.

Assim como Ripollés, Cepeda procura destacar as causas da expansão a partir da aparição de novos riscos, inicialmente veiculados ao avanço tecnológico, que caracteriza as sociedades modernas. Esses riscos convertem-se em situações de perigo para bens jurídicos coletivos ou individuais, numa sociedade pós-industrial herdeira de um Estado de Bem-Estar, onde dentre eles destacam-se: os danos que podem ser vislumbrados, por exemplo, na nova genética, através das técnicas de reprodução assistida; como também os riscos relacionados ao uso de determinadas fontes de energia; ou aqueles decorrentes da exploração abusiva de recursos naturais; assim como os riscos desenvolvidos através dos meios e procedimentos da informática.

Cepeda alude às posições de Silva Sanchez quanto à mudança de foco do direito penal, que, outrora, limitava-se a uma reação posterior a um dado fato lesivo individualmente praticado, para se converter num direito de gestão punitiva de riscos generalizados. A jurista espanhola denuncia a politização do direito penal, através do uso político da idéia de segurança, que simplifica o discurso político-criminal, deixando de lado propósitos emancipatórios, para se dedicar à satisfação de demandas conjunturais cobradas pela mídia e de forte apelo populista³⁰⁵. A generalizada sensação coletiva de insegurança, potencializada pelos meios de comunicação, transforma a criminalidade em instrumento de propaganda política, e a ideia de segurança se dilui em técnicas e regras de controle social.

A expansão punitiva diante de uma retórica sobre a segurança, pautada num recurso à legislação penal como solução para os problemas sociais, como afirma Sanchez, é conseqüência da supervalorização do sujeito passivo da relação penal: a vítima. Por um novo modelo punitivo, a lei penal se transforma numa espécie de “Carta Magna da vítima”, em que atuam Organizações Não-Governamentais diretamente relacionadas aos interesses das vítimas de delitos, que atuam junto aos governos formando *lobbies* e grupos de pressão, assim como mobilizando a opinião pública³⁰⁶. Não é raro no Brasil, por exemplo, diante de casos

³⁰⁴ CEPEDA, op.cit., p. 308-322.

³⁰⁵ Ibid. p. 310.

³⁰⁶ Para Sanchez, citado por Cepeda, as associações e ONGs em matéria penal, dentro do fenômeno de expansão punitiva, acabam se convertendo em “gestores atípicos da moral”, cuja lei penal identifica-se mais com o sujeito passivo do delito (a vítima) do que com o sujeito ativo (o autor do fato). Isso não deixa de servir como um

rumorosos que envolvem crimes violentos, com a participação de adolescentes inimputáveis, como a morte da estudante Liana Friedenbach e seu namorado Felipe Caffé em novembro de 2003, ou a morte trágica do menino João Hélio, em um assalto no Rio de Janeiro em fevereiro de 2007, surgirem, em meio a forte comoção social difundida pelos meios de comunicação, movimentos organizados por grupos ou associações de familiares de vítimas, reivindicando a redução da maioridade penal, assim como o estabelecimento da prisão perpétua e da pena de morte, com não raro a participação de artistas, lideranças populares e figuras conhecidas da mídia.

Outro fator que revela a expansão do sistema punitivo, diz respeito às novas tipificações de condutas delituosas relacionadas a riscos econômicos, tais como: os delitos tipificados pelo direito penal econômico, os delitos ambientais, além da criminalidade associada com a globalização, como o crime organizado, a lavagem de dinheiro e a corrupção.

A nova retórica quanto ao discurso sobre a política criminal leva o legislador a flexibilizar critérios dogmáticos de imputação e a reduzir garantias de direito material ou processual. Nesse sentido, a transformação de delitos de perigo em concreto em perigo em abstrato, a punição igualmente grave da tentativa em relação à consumação, a punição da cogitação, assim como a proibição da liberdade provisória, o regime integralmente fechado de cumprimento da pena e a ausência de protesto para novo júri, podem configurar alguns resultados específicos desse fenômeno de expansão punitiva, onde princípios constitucionais são deixados para trás³⁰⁷.

Cepeda assevera por fim que, uma legislação elaborada tão e simplesmente para propiciar essa expansão punitiva, adquire contornos de um mero controle pela aparência, preocupada tão somente com indicadores presumivelmente objetivos, mas que na verdade servem apenas para satisfazer a opinião pública. Punem-se comportamentos não porque eles sejam socialmente inadequados, mas sim porque eles recebem punição para que se tornem socialmente inadequados.

Quanto aos riscos tecnológicos da política criminal atual, Cepeda volta à teoria sobre os riscos, explicando os estudos de Beck, realizados em 1986, em que surgiu inicialmente o conceito de risco, relacionado com a realidade das sociedades pós-industriais desenvolvidas e

“prato cheio” para os apologetas de um populismo penal, plenamente defensor de uma expansão punitiva, por uma nova economia do castigo, através da severidade de penas. Ibid, p. 311.

³⁰⁷ Para Cepeda, o Direito Penal, enquanto instrumento de intervenção estatal, não irá surgir mais como um instrumento de uma política estrutural proativa, mas sim como política reativa, destinada a recair sobre a responsabilidade individual. Desta forma, todas as formas de controle social irão convergir para a aplicação de estatutos repressivos que tenham por escopo a erradicação do risco, e, consequentemente, a penalização dos criminosos, mesmo que em detrimento de seus direitos individuais. Ibid, p. 319.

daquelas que vieram a se desenvolver no fim do século XX, caracterizando hoje todas as sociedades ocidentais e em escala progressiva a sociedade mundial. Esses riscos produzidos na sociedade poderiam ser qualificados como artificiais, em virtude de que seria resultado da ação do homem, e trariam concretamente conseqüências colaterais e inevitáveis no âmbito de uma sociedade complexa, no momento em que foram desenvolvidas novas tecnologias, e atividades industriais e científicas. São riscos imprevistos, não percebidos e indesejáveis, de difícil antecipação, incluídos os crimes relacionados à manipulação genética, os delitos de informática, os crimes com emprego de energia nuclear, os crimes ambientais ou aqueles vinculados à fabricação ou utilização de substâncias perigosas. A sociedade de risco seria, portanto, uma representação da vida contemporânea, um retrato da realidade da sociedade moderna face o uso de novas tecnologias.

Cepeda adianta que uma das mais profundas conseqüências dos riscos é a acentuação das desigualdades em diferentes partes do mundo, pois enquanto que os países do Terceiro Mundo são vítimas da fome ou de catástrofes naturais, os países ricos veem-se as voltas com crises econômicas, tal como a recente crise econômica norte-americana em 2008, como conseqüência do progresso econômico, tecnológico e industrial. Na relação dos riscos com a política criminal, a intervenção penal divide os riscos entre aqueles permitidos e os que são proibidos, como forma de limitação da incriminação, tendo em vista que na sociedade de riscos, estes são calculados numa relação de custo-benefício, em que, do ponto de vista do direito penal, são medidos aqueles riscos socialmente adequados ou não³⁰⁸. O perigo do risco não diz respeito a sua natureza, mas sim a seu caráter normativo. Isso significa que o perigo normativo do risco, diz respeito à probabilidade de que esse risco venha a produzir ou não uma lesão a um bem jurídico considerado, caso em que, havendo a probabilidade da lesão ocorrer, o risco possa vir a ser incriminado.

A chave para se entender, portanto, a relação dos riscos com a expansão punitiva, segundo Cepeda, está na periculosidade normativa em abstrato, que é atribuída aos riscos, pois daí se justifica a transformação de um princípio de intervenção penal mínima em intervenção máxima. Ora, se os riscos aumentam com o desenvolvimento científico e tecnológico, é razoável pensar que, normativamente falando, novas condutas poderiam vir a surgir como derivadas desses riscos, que implicariam numa possibilidade de lesão a bens

³⁰⁸ O injusto penal não se relaciona, conforme pensava outrora a doutrina penal, com a causação de um resultado ou a finalidade da ação humana, segundo Roxin, mas sim com a realização de um risco não permitido. ROXIN, Claus. *A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal*. Tradução André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 41.

jurídicos, tutelados por normas penais. Dessa forma, em uma tese sustentada em uma sociedade segura, livre de riscos, ou onde esses riscos poderiam ser toleráveis ou aceitáveis (tais como num discurso capitalista: a produção da pobreza), a política criminal se fundaria numa racionalidade econômica do cálculo de custos e benefícios, cuja atividade criminal seria encontrada nos riscos não permitidos. A cada risco não permitido, uma norma penal incriminadora correspondente.

No cálculo dos riscos pela política criminal, a responsabilidade individual pelo delito, pela prática de uma ação efetiva, desaparece diante da imputação de perigos, pois o que se pune não é a conduta em si, mas sim o risco perigoso que ela venha a oferecer. Crescem, portanto, as imputações por perigos abstratos, como reflexo da necessidade de contenção penal dos riscos, pois riscos não produzem efetivamente danos, mas produzem perigos. Quando a imigração para os países ricos de enormes contingentes de indivíduos oriundos da África ou do Oriente Médio, devido às más condições econômicas de seus países de origem, pode significar um risco de aumento da criminalidade, das taxas de favelização ou moradores de rua, nas grandes áreas urbanas das metrópoles europeias, justifica-se, por esse argumento, a adoção de um controle penal que contenha o risco, estabelecendo o que é permitido ou não, criminalizando as condutas não permitidas³⁰⁹.

O Direito Penal deixa de ser um protetor do cidadão, para ser mero instrumento da intervenção do Estado, que tem a missão de prevenir os perigos, dentro de sua responsabilidade político-institucional de administrar os riscos. Cepeda apresenta a alternativa da auto-regulação social no lugar do direito penal, como forma democrática de instituir um controle social que se oponha a processos lesivos, instituído em mecanismos como: o direito à informação da opinião pública e um direito civil punitivo com novas formas não aflitivas de sanção³¹⁰. Contudo, Cepeda recorda os estudos de Roxin, dizendo que o mestre alemão alerta que o conceito de auto-regulação penal faria o Estado perder a sua autoridade diante dos cidadãos. Contudo, a jurista espanhola ainda confia que o direito penal não fornece instrumentos adequados à reparação de danos produzidos em certos âmbitos, e que meios alternativos são mais desejáveis sempre que possível. Isso se deve pela desconfiança quanto ao legislador dentro da sociedade de risco, que prefere utilizar o aparato repressivo do Estado para debelar tipos desmesurados de perigo produzidos por riscos imprevistos. Cita-se como

³⁰⁹ Cepeda extrai do pensamento de Beck a concepção de risco na sociedade atual, relacionada com a política criminal, uma vez que o aprofundamento das desigualdades globais nas diversas partes do mundo, e a atualidade das atividades sociais oriundas dessas desigualdades sociais e econômicas, passam a ser fatores geradores de risco significativo, controlados pela intervenção penal, no cálculo de riscos permitidos e não permitidos. CEPEDA, Op. Cit.p. 315.

³¹⁰ Ibid, p. 324.

exemplo de medidas alternativas ao modelo penal de solução de riscos a aplicação do princípio da subsidiariedade em matéria ambiental, enquanto apresentação de uma alternativa de controle social distinta daquela proposta pelas normas penais, quando os acusados de produzir perigos ao meio ambiente simplesmente renunciam ao consumo de determinadas energias ou produtos como consequência da sanção pelos atos praticados. Em relação ao crime organizado, em termos de lavagem de dinheiro, por exemplo, as ameaças penais seriam dispensáveis, se os bancos estivessem obrigados a comunicar ao fisco todos os grandes movimentos de capitais de seus correntistas.

5.5. Os problemas do Garantismo - Uma leitura crítica sobre a teoria de Ferrajoli

Por que o modelo constitucional de direito penal para uma sociedade democrática cedeu diante da retórica da segurança? Por que não são reconhecidos como eficazes, os dispositivos normativos vinculados a preceitos principiológicos de respeito à dignidade humana e preservação dos direitos fundamentais, na aplicação das normas penais? Para Ripollés, o pecado original do garantismo reside no seu imobilismo³¹¹. Diante das múltiplas necessidades emergenciais da sociedade de risco e os consequentes sentimentos ansiosos e alarmistas de resolução dos problemas penais, o garantismo por ser demais apegado aos princípios, não conseguiu dar respostas a esses sentimentos de insegurança, convertendo-se em peso morto, a estabelecer uma força negativa de obstrução a qualquer iniciativa de controle, dirigida a novas necessidades sociais, sem que apresentasse de fato alternativas não penais, tão eficazes e imediatas quanto às pretendidas pelos discursos criminalizantes. Ripollés explica a realidade de inércia e inoperância do garantismo, dentro de três aspectos: a) o desprezo a todo tipo de argumento que venha a substituir os princípios garantistas, ignorando certas realidades e se mantendo inerte diante das transformações sociais por que passa a sociedade moderna (o problema atual do consumo e tráfico de drogas diante de uma crise individual quanto aos valores da sociedade, pode ser citado como exemplo); b) a conversão do garantismo em um princípio poliédrico e confuso de intervenção mínima, onde são desqualificadas várias iniciativas de intervenção do direito penal no controle de perigos básicos, tais quais os que se dão sob a forma de criminalidade econômica ou o emprego de normas penais para conter o fenômeno da violência doméstica (especialmente nos casos de violência contra a mulher, recentemente regulados no Brasil pela chamada Lei Maria da

³¹¹ O jurista espanhol denuncia que o garantismo se tornou um princípio tão poliédrico e confuso quanto à intervenção mínima. RIPOLLÉS, Op. Cit., p.101-102.

Penha); c) um apego dogmático demasiado ao princípio da legalidade, sem que se analisem os vaivens políticos dos legisladores, as elaborações teóricas e as construções normativas necessárias para se interpretar as leis, deixando em último caso, que as decisões proferidas segundo princípios garantistas sejam estabelecidas por uma corte constitucional.

Alguns autores como Stratenwerth e García Martín propõem uma nova dogmática penal que se ofereça como alternativa ao garantismo, com uma proposta de antecipação preventiva dos efeitos penais quanto a situações conflitivas, por meio do fortalecimento do Poder Executivo e do abrandamento do princípio da reserva legal como forma de antecipar a aplicação de normas penais, com o intuito de assegurar as expectativas normativas de uma sociedade, ameaçadas por riscos potenciais³¹². Ora, o modelo que se desenha com o desenvolvimento de uma atuação preventiva do aparato penal por meio do Poder Executivo coaduna-se com o modelo de segurança cidadã já analisado neste estudo, e que se propõe a ser, por meio do populismo penal (que difunde os discursos pragmáticos de lei e ordem) a solução para as mazelas e omissões do garantismo. Na verdade, o garantismo, na forma como foi desenvolvido nas últimas décadas do século passado, acabou de servir como porta de entrada para os discursos punitivos legitimadores das ideologias propagadoras da política criminal de *Law & Order*.

Ripollés denuncia que sob a roupagem do garantismo, parte da esquerda europeia e dos socialistas acabou por aderir a políticas criminais de lei e ordem, num movimento semelhante ao que pode ser descrito no Brasil, atualmente, pela propagação de discursos punitivos por meio do sistema dos meios de comunicação. Não obstante a defesa de um aparato repressivo cumpridor das normas, subjugado ao princípio da legalidade e respeitador dos direitos humanos, como princípios constitucionalmente consagrados, as propostas legislativas quanto à segurança, no âmbito das grandes cidades brasileiras, acabam por adotar o discurso apontado por Ripollés como discurso de resistência. É nesse sentido que é desenvolvido reativamente diante da criminalidade, um sistema de policiamento comunitário baseado, tão e simplesmente, no patrulhamento e na integração forçada entre o efetivo policial e lideranças da comunidade. Não obstante, mantém-se o financiamento estatal para compra de armamento e viaturas, em detrimento de serviços de inteligência hoje precariamente desenvolvidos, e que atuam para debelar efetivamente algumas modalidades de crime organizado como o tráfico de drogas. É nesse contexto que se ergue a tese do Direito Penal do Inimigo, adotado para diversas formas de delinquência, inicialmente para aquelas novas

³¹² BOTTINI, Op. Cit., p. 106.

figuras típicas desenvolvidas com a globalização, como o terrorismo, até as modalidades mais comuns previstas na delinquência clássica³¹³. O quão diferente seria a realidade do Brasil da realidade europeia de países como a Espanha, onde nas últimas décadas, tanto governos considerados de direita ou de esquerda, tem importado a ideologia repressiva da tolerância zero, oriunda dos Estados Unidos, quando, ao mesmo tempo em que se defende o policiamento comunitário, destinam-se mais recursos para grupos policiais militarizados de ação tática para ocupação de morros e favelas, como o BOPE no Rio de Janeiro?

O garantismo parece não dar respostas iniciais a esse modelo punitivo, pois está vinculado ao seu próprio modelo. Não obstante o modelo de segurança cidadã ser, em suas linhas gerais, bem distinto do modelo garantista, o que se vê é uma realidade de dupla face, onde por um lado defendem-se princípios constitucionais, nos termos da defesa inquestionável e intransigente do Estado Democrático de Direito, e por outro lado, devido à omissão garantista, através do apego ao princípio da legalidade, acaba o direito penal por resvalar em um novo sistema repressivo, em que quaisquer violações a direitos fundamentais são vistas mais como exceções ou acidentes de percurso na lógica do sistema, do que efetivamente a essência desse próprio sistema³¹⁴. As dezenas de mortos, nos conflitos havidos entre a polícia e criminosos, na periferia das grandes cidades brasileiras, são vistas apenas como baixas de ocasião, vítimas de balas perdidas, diante da perdição do sistema penal, de sua incoerência garantista ao chancelar a expansão punitiva, e da ausência de respostas adequadas frente às transformações sociais.

Na abordagem garantista de Ferrajoli o Estado de Direito passa por um processo histórico de relação do direito com a dor, e nesse sentido, é conhecido seu estudo do direito enquanto uma dor sofrida e uma dor infligida³¹⁵. Entre o Estado Liberal de Direito e o Estado Social, Ferrajoli esclarece que o direito regula a dor no desenvolvimento do Estado Moderno por meio do direito penal, na tutela dos direitos de liberdade e incolumidade pessoal, ao lidar com as respostas à dor infligida, estabelecendo proibições e sanções quanto às ofensas de produzidas de uns contra outros, limitando o exercício das liberdades através de seu poder de

³¹³ CEPEDA, Op. Cit., p. 167.

³¹⁴ Jakobs chega a dizer que não é contra direitos humanos com vigência universal, porém diferencia seu estabelecimento, de sua garantia. Isto implica em dizer que aqueles direitos que não são concedidos aos que não conferem ao *status* de cidadão, são produtos de uma exceção do sistema, uma brecha na legalidade que é núcleo desse sistema. JAKOBS, Op. Cit. p. 48.

³¹⁵ Para Ferrajoli., ao analisar os escritos de Natoli, o direito nasce racionalmente da necessidade de combater os males oriundos da dor; ou seja, o direito surge como um remédio para o sofrimento: “todos los derechos fundamentales son configurables como derechos a la exclusion ou la reducción del dolor”. FERRAJOLI. Luigi. *Democracia e garantismo*. Madri: Editorial Trotta, 2008, p.123.

proibir, configurando como delitos àquelas atividades que podem proporcionar dor, sempre dentro dos limites impostos pelas garantias processuais.

Já o direito desenvolvido no Estado Social de Direito, segundo Ferrajoli, direcionado à tutela dos direitos sociais, age em relação à dor estabelecendo um sistema de respostas à dor sofrida, ou seja, àquela constituída pelas enfermidades sociais, através da ausência de direitos como a saúde, a educação, a assistência e prevenção social. O direito penal mínimo concebido por Ferrajoli surge como uma decorrência nacional do direito suportar e dar respostas à dor infligida, enquanto que o direito social trata das demandas relacionadas com a dor sofrida. Observa-se debaixo desse esquema teórico toda uma operacionalidade autopoética de sistemas parciais distintos, mas que lidam com a exclusão de forma diferenciada, pois, enquanto que o direito penal, na lógica garantista, exclui, operando seletivamente na categorização daquelas condutas cuja dor (risco) e suportável, aceitável ou permitida, na relação de um indivíduo com seus semelhantes, na órbita dos direitos sociais as operações do sistema lidam de forma diferenciada, gerando inclusão, pelo reconhecimento do diferente como alguém passível de sofrer uma dor, por sua condição social, e, portanto, sujeito a inclusão por meio da função normativa do sistema de conceber direitos que devem integrar todos os destinatários de tais expectativas; ou seja, todos aqueles dependentes de políticas e intervenções sociais por parte do Estado.

Entretanto, o modelo garantista parece seguir uma autopoiese que poucas aberturas concedem às irritações provenientes do sistema social, ao mesmo tempo em que seu fechamento operativo permite irritações que conduzem a movimentos contrários de propagação da intervenção coercitiva mais severa e da expansão punitiva. Como isso ocorre? Ao questionar o jusnaturalismo e sua crença de que o direito seria um reflexo da ordem natural, Ferrajoli cita Hobbes e invoca o princípio da legalidade, confirmando sua tese de que o direito surge como uma exigência racional do Estado moderno, por conta da ideia hobbesiana do contrato social. Reportando-se à tradição iluminista, assim como Kant e Rousseau, já formulada neste estudo, Ferrajoli funda a existência do direito não no poder que emana de Deus ou da natureza, mas sim no consenso firmado entre os contratantes. A lei emana do consenso racional, cujo pacto de convivência está cimentado nos direitos fundamentais e todo o arcabouço normativo que surge daí serve para reforçar esse pacto: tanto o direito penal, que surge para assegurar o pacto, excluindo dele aqueles que infligem dor a seu semelhante, quanto o direito social, aquele destinado a incluir para assegurar que as cláusulas do pacto quanto à manutenção dos direitos fundamentais sejam seguidas.

O problema nesse pensamento é que ao se voltar para a sacralidade do pacto, como o elemento inicial que funda racionalmente todo o direito, Ferrajoli em seu neopositivismo, fundado na crença veemente na lei como expressão de todo direito racional, acaba por legitimar todo aquele aparato estatal repressivo que o teórico italiano desejava que fosse mínimo. Na verdade, nesse momento da construção teórica, Ferrajoli se aproxima de Jakobs. Enquanto o teórico alemão se funda no pacto como forma de conceber a divisão entre cidadão e inimigo no Direito Penal, seu colega italiano prende-se a mais pura tradição iluminista para dizer que, de fato, que o Direito Penal exclui ao submeter sob sua intervenção aqueles que infligem dor (e que, por sua vez, não se sujeitam ao pacto). O direito penal que Ferrajoli deseja ver mínimo, acaba por se tornar máximo, no momento em que na evolução da expansão punitiva, no autopoiese do sistema jurídico, mais e mais indivíduos são identificados, dentro da seletividade operacional, como produtores de dor, produtores de risco, agentes de perigo e iminentes ameaças. O garantismo e o direito penal mínimo não conseguem dar resposta a esse movimento punitivo, por que deram vazão a que ele se desenvolvesse. Como se falar em defesa de direitos fundamentais e em intervenção penal mínima sob os auspícios do princípio da legalidade, se é a própria legalidade que legitima um aparato punitivo e repressivo, sob o argumento de proteger e manter esses mesmos direitos fundamentais?

O grande problema do esquema garantista de desenvolvimento do direito, pensado por Ferrajoli, é que ao conceber o direito enquanto regulador de uma dor infligida, lidando com as expectativas de uma sociedade, esse modelo de regulação da dor não conduz necessariamente a um direito penal mínimo, como pensa o nobre teórico italiano, mas sim ao contrário, contribui para a expansão de um direito punitivo, no momento em que, ao efetuar sua leitura sobre Hobbes, Ferrajoli reconhece que o pacto celebrado pelos integrantes da base social acaba por, numa leitura luhmanniana, contribuir para gerar a exclusão e a autopoiese do sistema jurídico-penal. É nesse sentido que se torna até louvável a iniciativa de Jakobs, de trazer à luz um modelo punitivo excludente que esteve sempre presente no desenvolvimento do direito penal moderno, apenas agora delimitando claramente o espaço de tratamento penal entre os inimigos do contrato social, e aqueles que conservam ainda o respeito ao pacto, protegidos sob o manto de cidadãos.

Se em um sistema segmentado em que prevalecem divisões de classe, diferenciações por diversas categorias de indivíduos entre os diversos sistemas parciais, então é legítimo conceber que a expansão punitiva tem seu lugar no modelo garantista formulado por Ferrajoli. Quando esse teórico estabelece sua crítica à epistemologia antigarantista, ele se convence de

que o objeto do tratamento penal numa concepção substancialista (como a do jusnaturalismo, criticado anteriormente por Ferrajoli), é de que esse objeto não é tanto o crime enquanto uma definição formal, prevista em lei, mas sim se trata do desvio, que é visto como uma conduta imoral, antissocial e contingente atribuída à pessoa do delinquente³¹⁶. Em seu neopositivismo de proposta garantista, Ferrajoli procura ressaltar o princípio da legalidade como um antídoto para o decisionismo penal e o subjetivismo inquisitivo; acreditando que, através de critérios rígidos, fixados em lei, estabelecidos objetivamente, baseados em referências fáticas determinadas, é possível estabelecer limites ao etiquetamento e ao poder inquisitivo do juiz, que sob o caráter potestativo do juízo, influenciado ideologicamente pelas técnicas de prevenção e defesa social, pode atribuir ao problema criminal razões que só dizem respeito às qualidades pessoais do réu, sua natureza criminal e sua periculosidade social (a crítica aos tipos penais do autor). Porém, é sob a margem dessa mesma legalidade que opera um sistema jurídico autopoieticamente fechado, e que sob a dinâmica de suas operações internas, continua a produzir seus inimigos, seja pela discricionariedade que é conferida pelo próprio sistema ao julgador, seja pela forma com que se dirige o código lícito X ilícito em relação aos destinatários preferenciais das normas penais, em um entorno social cujas diferenciações são crescentes e se avolumam com o desenvolvimento da sociedade e a clausura operativa do sistema jurídico em não se abrir para a contingência.

Ao questionar o autoritarismo do direito penal através do garantismo, e contrapondo cognoscitismo ao decisionismo, prova contra inquisição, razão sobre a vontade e verdade no lugar de poder³¹⁷, Ferrajoli sintetiza sua visão do aparato penal como um saber-poder, uma combinação entre conhecimento (verdade) e decisão (autoridade), para questionar o conceito de verdade processual e assim definir como se deu a evolução do sistema penal durante a modernidade, até chegar ao limiar de um Estado Democrático de Direito. O teórico italiano sabe que a função judicial na aplicação do direito penal difere de outras funções do Estado porque não se trata de mera atividade cognoscitiva, mas sim uma atividade de expressão de poder. Ora, já foi visto aqui neste estudo que o poder, ao conceber o direito, tem como ponto de partida o exercício da violência e o emprego da força, mas essa força se encontra legitimidade pelo pacto social que funda o Estado moderno, dentro da concepção contratualista. A alternativa entre autoritarismo e garantismo parte até que ponto essa verdade buscada pela função penal é legitimada pela lei, mas a própria lei confere, em maior ou menor grau, uma margem de discricionariedade que não impede um levante autoritário do sistema e

³¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razon*, p. 41.

³¹⁷ FERRAJOLI, Ibid., p. 45-46.

não uma expansão dos tipos puníveis e a possibilidade de incriminação crescente, pelo funcionamento operativo do sistema jurídico. A diferença de fundo que Ferrajoli pretende implementar entre a decibilidade da verdade processual e a decibilidade da verdade científica para tentar superar o autoritarismo do sistema pela via garantista, parece não ter efeito diante de sistemas fechados como o sistema do direito. Ferrajoli reconhece a deficiência do garantismo³¹⁸, ao afirmar que o problema do garantismo penal é elaborar técnicas de aplicação de leis a fatos julgados, que se tornem vinculantes no plano normativo e que assegurem a sua efetividade no plano fático. Na verdade, Ferrajoli prende-se, naturalmente, às soluções normativas para a dissolução dos problemas criminais, em conformidade à dimensão operativa do direito e a autopoiese do direito, tendo em vista que o sistema jurídico só irá reconhecer o crime enquanto um problema penal se for concebido e pensado nos termos de seu sistema, enquanto uma comunicação que necessita do respaldo normativo típico das operações jurídicas. Entretanto, o mero recurso ao modelo normativo como garantidor da racional aplicação da lei penal não é suficiente diante do fenómeno da insegurança coletiva que domina o entorno social do sistema jurídico. Parece que o modelo penal garantista não oferece meios e nem os procura para solucionar a desenfreada expansão punitiva e o problema da irracionalidade do populismo penal, porque não está preparado epistemologicamente para isso. O modelo garantista parece ter se tornado refém de seu próprio esquema, daí sua ineficácia.

O problema a ser enfrentado pelo garantismo, que lhe garanta operacionalidade além dos meandros de seu discurso legitimador da intervenção mínima, como única opção racional possível para o direito penal, consiste na temática da universalização dos direitos e do questionamento do caráter unicamente nacional e territorial da constitucionalidade. Se, como autores como Ferrajoli pensam, o conceito de constitucionalidade transpõe, com o mundo globalizado, os muros das fronteiras nacionais, isso implica também em reconhecer o direito como uma nova ordem reguladora de pluralidades. O Estado Constitucional e a noção de constituição como algo há mais na tradição moderna ocidental, do que simplesmente pensá-la nos termos formalistas do positivismo jurídico, preso ao princípio da legalidade como princípio relativo ao direito interno e infraconstitucional, pode ser uma das saídas para a encruzilhada teórica que acabou por se encontrar o garantismo.

Ferrajoli compartilha da convicção de que o paradigma do Estado Constitucional de Direito herdado pela tradição ocidental encontra-se em crise³¹⁹. Entretanto, sua defesa da

³¹⁸ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p.70.

³¹⁹ FERRAJOLI, *Democracia e garantismo*. Madri: Editorial Trotta, 2008,p. 129.

Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos como aspectos de uma esfera pública planetária, parecem ter dado pouco resultado no enfrentamento contra a expansão punitiva. Retorna-se ao velho problema do pacto e de quão vaga e imprecisa pode ser a definição de inimigo. Afinal, a Corte Penal Internacional foi fundada a fim de combater os crimes contra a humanidade, revelando propósitos mais do que louváveis no que tange à responsabilização criminal de genocidas e criminosos de guerra; mas o que dizer daqueles que, no âmbito do direito interno de seus Estados, dizem indivíduos sob o pretexto de combater inimigos, revestidos por uma política criminal de combate a terroristas e inimigos do Estado, e no meio do caminho violam direitos humanos, atingem direitos fundamentais como a liberdade e a dignidade humana, e restringem tudo às intervenções bélicas, muitas vezes, com vítimas civis? Episódios como o massacre de trabalhadores em Eldorado dos Carajás, no Brasil; os constrangimentos e violações de direitos a imigrantes e cidadãos de origem islâmica, nos Estados Unidos da Era Bush, detidos pela polícia nas ruas ou em aeroportos; e a ação de grupos paramilitares, com o apoio do governo local, promovendo o extermínio coletivo de pessoas, no suposto combate ao terrorismo das FARC, talvez sejam sintomas emblemáticos de uma sociedade de risco, em que o discurso da militarização do aparelho de Estado e o aproveitamento da política criminal como metáfora para a expansão punitiva, desarmam os argumentos garantistas de maior racionalidade do sistema penal, diante do avanço de um modelo de segurança que coloca a liberdade do cidadão em segundo plano. Mediante o fracasso do modelo penal ressocializador, a tônica agora é reprimir.

5.6. O Direito penal de terceira velocidade e as alternativas ao garantismo

Vista a expansão do direito penal como uma espécie de metástase punitiva, cuja rede repressiva parece ser ampliada *ad infinitum*, aliada a concepção de Direito Penal do Inimigo, surge um novo conceito formulado por Silva Sanchez, denominado “Direito Penal de Terceira Velocidade”³²⁰. Esse conceito é útil para entender como se deu a passagem do modelo garantista de sistema penal para um modelo de segurança cidadã. O direito penal operaria historicamente em três velocidades sucessivas referentes aos modelos de sistema penal estudados, de acordo com as novas necessidades da sociedade de risco e conforme as novas formas de delinquência relacionada com o avanço científico e tecnológico. É no intervalo entre a passagem de uma segunda para uma terceira velocidades, dentre aquilo que se

³²⁰ CEPEDA, Op. Cit. p.181-184.

denominou na primeira velocidade, como modelo clássico de sistema penal, de proposta ressocializadora, passando pelo modelo assentado no garantismo, até o atual modelo de sistema repressivo encontrado na atualidade, é que haverá uma flexibilização das garantias, em prol da resolução dos problemas criminais, encontrados no advento de um sistema de terceira velocidade.

Ora, o que se percebe é que nos momentos distintos de velocidade do sistema punitivo, é que determinadas formas de criminalidade são diferencialmente tratadas de acordo com a respectiva passagem de um modelo penal para outro³²¹. Com o advento do garantismo e da proteção constitucional de direitos, mediante a alusão a princípios em matéria penal, as formas de criminalidade econômica foram tipificadas de acordo com as violações de normas penais que afligissem as políticas adotadas pelo Estado de Bem-Estar Social. Assim, vendo-se a prestação social do Estado na forma de garantias positivas, quanto ao ajuste das desigualdades sociais, quaisquer ações que afrontassem essa prestação, tais como: o expediente de fraudes contra recursos públicos; a danificação da atividade econômica, por riscos quanto à produção; ou então riscos em matéria ambiental, seriam condutas cujas repercussões frustrariam os propósitos assistenciais do Estado, ao prejudicar atividades econômicas que financiassem esses propósitos. Ao contrário, na terceira velocidade de um modelo repressivo de segurança cidadã, a delinquência econômica ficaria excluída, pois estaria associada a um direito penal de segunda velocidade. Esse direito de terceira velocidade estaria relacionado com outras formas de criminalidade, dentro da cultura emergencialista e de perigo da sociedade de risco, tais como: o terrorismo, o narcotráfico, o crime organizado, a delinquência sexual violenta³²².

Ripollés justifica o caráter mais repressivo, no conteúdo do conceito de direito penal de Silva Sanchez, ao afirmar que na terceira velocidade, o direito penal se legitima pela conveniência do sistema penal em reagir energicamente diante de condutas especialmente graves, por se traduzirem em negação frontal de modelos de convivência social, e pela necessidade de assegurar a efetividade da reação penal diante dessas condutas. Para isso, a sociedade estaria disposta a renunciar à suas quotas de liberdade para reforçar a segurança, e assegurar o sucesso do sistema penal.

As propostas político-criminais do direito penal de terceira velocidade se materializariam na antecipação da intervenção penal, em fases prévias à execução do delito, como se dá, por exemplo, no crime organizado, como também no incremento das penas de

³²¹ RIPOLLÉS, Op.Cit. p. 181.

³²² Ibid, p.183.

prisão e possibilidade de redução ou eliminação de garantias penais e processuais aos acusados pelos delitos atingidos por esse direito.

É importante notar que tanto o conceito de direito penal do inimigo de Jakobs, como o de terceira velocidade de Silva Sanchez, estão configurados dentro do movimento de expansão punitiva detectado por Ripollés e comentado por Cepeda. Em ambos, vê-se a manifestação do direito através da acentuação da gravidade das penas aos delitos, sendo que o sistema penal de Silva Sanchez está menos preocupado com os perigos produzidos por potenciais inimigos do sistema, havendo uma maior preocupação com a capacidade de reação da sociedade perante novas formas organizadas de criminalidade. Contudo, Sanchez manifestou preocupação quanto aos abusos desse conceito de direito penal, asseverando que as medidas punitivas previstas no conceito, somente deveriam ser adotadas em casos excepcionais, tanto no que diz respeito às categorias sociais atingidas, quanto à vigência dos institutos normativos dele derivados. O Direito Penal de terceira velocidade não estaria imune às limitações dos princípios constitucionais, principalmente aqueles atinentes à proporcionalidade e à subsidiariedade. Isso implicaria em dizer que, não obstante seu forte teor repressivo, o conceito de direito penal de Silva Sanchez jamais poderia ser vista como *prima ratio* para a resolução dos conflitos e necessidades sociais.

5.7. O modelo penal do Estado Latino-Americano através de um Direito Bélico: FARC e MST - semelhanças e diferenças no âmbito de dois projetos de criminalização

O modelo de segurança adotado pela Colômbia a partir de 2002 revelou uma aliança implícita entre os setores paramilitares da sociedade colombiana e seu corpo político, numa plena materialização do conceito de inimigo trazido por Jakobs, agora traduzido na forma da figura do terrorista, e o reconhecimento como tal de integrantes da organização guerrilheira intitulada FARC (Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia). Independente do quão vago e aberto seja o tipo penal que defina o que é terrorismo, Jakobs defende que a pena, em um Estado de Direito, não se aplica ao terrorista, ao comentar o Código Penal Alemão:

“embora a perturbação da segurança pública somente possa ser distinguida de forma relativamente difusa, fazem-se necessárias cominações penais mais severas, para evitar ações mais agressivas, pois somente o Direito Penal – mas não o Direito Policial, competente para repulsa de perigos propriamente ditos – pode estilizar os responsáveis pela associação perigosa em agentes, mais precisamente agentes nos

termos do art. 129^a do Código Penal, congelando-os por longo tempo com a prisão preventiva e a prisão permanente”³²³.

Jakobs entende que a contaminação do direito penal por um direito policial está sujeita a críticas, mas nem por isso ele descarta essa contaminação. Pelo contrário, por entender que a finalidade do Estado de Direito não é o de possibilitar a maior segurança possível de bens (a norma penal tutela pessoas e não bens), mas sim o de providenciar a eficácia efetiva de um direito, a figura do terrorista é vista como aquele que não oferece um alicerce cognitivo para sustentar uma expectativa normativa, e, por isso, deve ser punido de forma diferenciada. Como Jakobs opera seu conceito de direito e sociedade dentro de um quadro geral de expectativas sociais acerca da fidelidade à norma, ele defende a tese de que o terrorista, por sua recusa em adotar um comportamento fiel ao direito, viola todas as expectativas acerca de qual deveria ser a conduta correta, e desta feita, prejudica uma eficácia jurídica que tem que ser necessariamente efetiva, a fim de não atingir a segurança do sistema do direito. Em outras palavras: para o terrorista, a exclusão definitiva.

Se for procurado um conceito de terrorismo ou terrorista, Hobsbawn define o terror como uma faceta típica da sociedade e do Estado modernos, surgido no processo histórico de construção da democracia no Estado liberal, em contraposição ao autoritarismo vigente em Estados ditatoriais, a partir da transformação de uma generalizada violência social em violência política³²⁴. Assim, movimentos sociais cujas atividades são postas na clandestinidade, que se valem da violência na prática de seus atos, podem ser classificados como terroristas e ensejar medidas punitivas de natureza bélica, da mesma forma como são tratados os inimigos de Estado. Para o Estado, o terrorista é, sobretudo, um inimigo, um estranho não convidado ou não integrado ao pacto social, a quem, conforme desejam autores como Jakobs, deve ser destinada uma medida de segurança para que seja excluído do convívio social e assim não afete a estabilidade do sistema.

É sob a lógica de se punir o terrorista, colocado como alvo de uma ação bélica, que no ano 2000 adotou-se o Plano Colômbia, graças a uma aliança financeira e militar entre a Colômbia e os Estados Unidos³²⁵. A partir desse acordo entre nações, em cinco anos, a Colômbia recebeu uma ajuda financeira de cinco bilhões de dólares, tornando-se o país colombiano o terceiro beneficiário do mundo dos EUA no fornecimento de recursos para o armamentismo de um Estado policial, após Israel e o Egito. Sob o pretexto de se sofisticar

³²³ JAKOBS, Gunther. *Direito penal do inimigo*, p. 54.

³²⁴ HOBSBAWN, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 124.

³²⁵ PÉCAULT, Daniel. *As FARC: uma guerrilha sem fins?* São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 95.

uma política criminal de “guerra às drogas”, iniciou-se um périplo de caçada a terroristas, com objetivos militares de se eliminar a guerrilha, sob o custo de milhares de vidas, atingidas no fogo cruzado entre militares, paramilitares e guerrilheiros.

Atenta-se para o fato de que o Plano Colômbia foi criado sob o pretexto de se estabelecer uma política criminal para combate ao narcotráfico que envolvesse a participação de efetivo bélico não só do próprio país, mas também com a colaboração militar dos Estados Unidos, tendo em vista as enormes toneladas de droga que após seu refino, eram enviadas para a América do Norte, um dos principais consumidores globais de cocaína. Sob o revestimento desse modelo de intervenção penal, sobretudo, com a “doutrina Bush” e a ascensão ao poder do presidente Álvaro Uribe, dobra-se o orçamento militar do Estado policial colombiano, além de se propiciar uma proliferação dos grupos paramilitares, responsáveis por uma política de extermínio e violação de inúmeros direitos fundamentais, com a prática de torturas e execuções sumárias.

O paramilitarismo com a formação de milícias armadas, como produto típico de uma sociedade de risco e de uma cultura penal de emergência, tendo em vista que o emprego da força e violência contra inimigos são vistos como uma necessidade, vê seus correlatos não apenas na experiência colombiana, mas muito na formação de milícias formadas por policiais ou ex-policiais no Brasil, no exemplo do Rio de Janeiro, como também na formação de exércitos particulares, mercenários pagos por empresas privadas, como é o caso da norte-americana *Blackwater*, em plena atividade num Iraque ocupado militarmente. Não obstante a existência de efetivos policiais uniformizados, responsáveis pelo patrulhamento e policiamento ostensivo, em todas essas regiões o que se percebe é o advento de um novo modelo de segurança, alicerçado em diretrizes políticas de um Estado comprometido com soluções imediatistas acerca da nova criminalidade global, como o narcotráfico, o crime organizado e o terrorismo, mesmo que à revelia dos dispositivos constitucionais garantidores de direitos.

O paramilitarismo colombiano é um fenômeno social que surgiu na Colômbia desde a década de oitenta do século passado, e tem suas raízes na formação de organizações de autodefesa, autorizadas pelo governo colombiano, a fim de combater o domínio das FARC, em parte do território sujeito a sua intervenção. Atualmente, essas organizações se constituem de formas diversas, desde milícias rurais ou empresas de segurança, até a formação de pequenos grupos de mercenários, contratados a soldo da iniciativa privada.³²⁶. Assim como na

³²⁶ PÉCAULT, Daniel. Op. Cit, p. 97.

Colômbia, nas regiões ocupadas pela FARC, houve um incentivo do governo à formação desses grupos na resistência contra a guerrilha, que acabaram por se constituir em organizações criminosas, no Brasil, em capitais como o Rio de Janeiro houve certa tolerância do governo local fluminense quanto ao surgimento e desenvolvimento das milícias privadas, formadas em sua maioria por integrantes das polícias, residentes nas comunidades, no combate a traficantes, que acabaram por se transformar em quadrilhas e bandos de criminosos que vivem graças à prática de venda de proteção, controle de sinais de televisão a cabo e no fornecimento de abastecimento de água e gás. Tanto os paramilitares colombianos como os brasileiros possuem braços nos poderes institucionalizados, com representantes clandestinos no Poder Legislativo, e sob a lógica da autotutela violenta, contribuem ainda mais para as irritações do sistema jurídico-penal, a partir de uma intervenção bélica em problemas criminais, sobretudo, o narcotráfico.

O modelo colombiano, exortado nas políticas nacionais punitivas pelos estados da federação, a partir de suas secretarias de segurança, tomando como referência a bem sucedida experiência da cidade de Bogotá no controle da criminalidade e da violência, não revela em suas linhas iniciais o verdadeiro propósito do sistema penal na repressão daqueles indivíduos tidos como indesejáveis, mas sim se apresenta como estratégias científicas inovadoras de controle do fenômeno criminal, a exemplo do surgimento das Unidades de Polícia Pacificadora - UPPs, modelo penal experimentado pelo governo do estado do Rio de Janeiro, a fim de restabelecer o controle da polícia sobre os morros cariocas, outrora ocupados por traficantes.³²⁷

Salienta-se que a forma de criminalidade exposta hoje com o novo período de globalização, tal como o crime organizado, tem seu pressuposto histórico no desenvolvimento do fordismo como forma de regulação de indivíduos por seu aproveitamento produtivo na atividade econômica, transformando-se num instrumento de controle social com repercussões na seara penal. Se o fenômeno da expansão punitiva e separação entre cidadãos e inimigos pode ser recorrente na América Latina tanto no ambiente urbano onde prosperam grupos paramilitares ou milícias como no Rio de Janeiro e paramilitares nas cidades colombianas, também o mesmo ocorre quanto ao emprego de uma severa intervenção bélica a grupos guerrilheiros como as FARC na Colômbia e contra movimentos sociais como o MST, na área rural. Em ambos os casos, graças ao discurso midiático, tanto integrantes do grupo guerrilheiro colombiano, como militantes sem-terra foram estigmatizados como “terroristas”,

³²⁷ TARDÁGUILA, Cristina. Polícia, câmara e ação: como as Unidades de Polícia Pacificadora ocuparam dez favelas e todo o noticiário do Rio. *Revista Piauí*. Rio de Janeiro: Editora Alvinegra, nº 47, agosto 2010, p. 56.

por diversos veículos de comunicação, ensejando a aplicação de dispositivos penais de natureza bélica, que propunham intervenções severas quanto a supostos inimigos do Estado de Direito vigente e fatores de risco para a segurança nacional.

Entretanto, urge salientar as semelhanças quanto à origem e as diferenças quanto às táticas de organizações como as FARC e movimentos sociais como o MST. Ambos têm sua origem no campo, entre trabalhadores da zona rural, inconformados com sua condição social de excluídos do processo de produção pela ausência de reforma agrária e seu alijamento da produção agrícola, orientados por um programa doutrinário de inspiração marxista-leninista. Em termos de desenvolvimento histórico, as FARC tiveram seu início nos movimentos agrários de ocupação desordenada de terras, devido ao atraso do Estado em estabelecer uma regulamentação do setor fundiário³²⁸. A formação de latifúndios com a dominação expressa de setores mais bem aquinhoados da sociedade com a centralização de terras, produziu consequentes conflitos e litígios quanto à posse da terra e a necessidade de uma reforma agrária, o que muito se assemelha, inicialmente, ao processo político de se discutir alternativas para o campesino, como ocorreu na realidade brasileira desde a formação das Ligas Camponesas até o surgimento do MST.

Um diferencial da ação política desenvolvida pelas FARC, e que aí denota sua diferença abismal com a estruturação do MST, é que na Colômbia o processo político foi mais dramático pelo trauma com a morte do carismático líder político de esquerda, Eliecer Gaitán, em 9 de abril de 1948, e a reação popular com a formação com o recrudescimento da violência estatal no governo colombiano, face o fim prematuro de um período populista de lideranças históricas como Gaitán na Colômbia, que viriam a surgir e prosperar no cenário político de seus países, como Perón na Argentina e Vargas no Brasil. Foi um conjunto de fenômenos ocorridos na Colômbia chamado de *La Violencia* que proporcionou o surgimento de uma organização guerrilheira como as FARC. Tanto conservadores como liberais passam a resolver suas contendas políticas por meio de atos violentos, formando grupos armados que disputam a aquisição do poder, proporcionando o surgimento de movimentos rebeldes em áreas tradicionalmente convulsionadas por conflitos agrários e propensas à difusão da ideologia comunista³²⁹. Durante as décadas de cinquenta e sessenta do século passado esse conturbado período político serviu como embrião para a construção das FARC. Em 1966 o grupo é oficialmente formado, e sob a liderança de Manuel Marulanda Vélez e Jacobo Arenas inicia suas ações armadas, que culminariam com o status que hoje possui o movimento, diante

³²⁸ PÉCAULT, Daniel. Op, Cit., p. 20.

³²⁹ Ibid., p. 24.

do desenvolvimento de uma criminalidade voltada para o narcotráfico, e que corresponde ao período de flexibilização econômica do capitalismo e surgimento do estado posterior da modernidade, já comentados nos capítulos anteriores desta tese.

No Brasil, movimentos sociais surgidos no campo com a defesa da reforma agrária aparecem na região nordeste, nos anos cinqüenta³³⁰. Na década seguinte, esses movimentos foram crescendo, culminando no primeiro decreto nacional sobre reforma agrária, no governo do presidente João Goulart, que terminou por ser deposto do poder pelo golpe militar de 1964, tornada sem efeito a iniciativa estatal para uma transformação das relações sociais no campo e uma superação da estrutura agrária existente. No período da ditadura, os movimentos sociais foram fortemente reprimidos, contando com o expressivo apoio das elites latifundiárias. Apesar disso, no governo militar foi aprovada uma lei de reforma agrária destinada à colonização da região da Amazônia, que, se não modificava as relações existentes no campo, ao menos permitia uma tímida, porém possível, organização dos defensores da reforma agrária, como integrantes da CONTAG (Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura, controlada pelo governo), integrantes da Igreja e membros do partido de oposição ao regime militar. Com a formação de uma rede de sindicatos de trabalhadores rurais, abrigados pela CONTAG na década de setenta, no início da década seguinte presenciou-se um novo ciclo de mobilizações de trabalhadores, agora organizados sob o leque de sindicatos rurais e com apoio de sacerdotes progressistas encontrados no meio religioso, que debatiam temas agrários. Portanto, já se assinala aqui uma brusca diferença de surgimento, formas de organização e estrutura dos movimentos rurais no Brasil, em comparação com as lutas camponesas no território colombiano. No sul do Brasil, onde esses movimentos emergiram com força, a degradação do regime militar e o advento da ruptura democrática coincidiram com o fortalecimento das lutas pela reforma agrária, até que o MST foi instituído nacionalmente em 1984. Atualmente, o movimento possui cerca de 1,14 milhão de membros, 2000 assentamentos agrícolas, uma rede de 1.800 escolas primárias e secundárias, uma escola de nível superior, 161 cooperativas rurais e 140 agroindustriais, além de vários meios de comunicação³³¹.

No espectro ideológico, as diferenças entre as FARC e o MST também são acentuadas, tendo em vista que o primeiro grupo se estruturou enquanto uma organização guerrilheira, de caráter clandestino, à revelia da legalidade, dedicada ao combate, tendo como

³³⁰ CARTER, Miguel (org.). *Combatendo a desigualdade social: o MST e a reforma agrária no Brasil*. São Paulo: Editora UNESP, 2010, p. 36-37.

³³¹ CARTER, Ibid. p. 38.

adversário principal o Estado; enquanto que o segundo surgiu como movimento social de reivindicação de direitos no marco da legalidade, que se armou paulatinamente devido aos embates e conflitos surgidos com a ocupação de terras, tendo como adversários principais os latifundiários e tendo o Estado como principal destinatário de suas reivindicações, na qualidade de tutor institucional do movimento. Envolvidos por uma forte orientação maoísta, com bases numa doutrina marxista-leninista adaptada à realidade do campo, os fundadores das FARC tinham como objetivo a ruptura institucional, com a destruição do Estado burguês e sua superação pelo Estado socialista, enquanto que os líderes do MST (apesar de muitos apresentarem uma formação marxista) atêm-se tão somente ao atendimento de reivindicações que não visam modificar o modelo de sociedade dominante, mas sim adequar seus integrantes a um novo quadro social de consumo e inclusão, com a transformação de sem-terras em autênticos proprietários rurais, por meio da redistribuição da renda fundiária. Dessa forma, desfaz-se o argumento midiático acerca da periculosidade da existência desse movimento e elimina-se a distinção entre cidadãos e inimigos, tendo em vista que a aplicação de um suposto Direito Penal do Inimigo na realidade do MST seria completamente fora de sentido.

O próprio conceito de terrorista e terrorismo, como já foi visto, torna-se emblemático do quanto à aplicação de tal denominação aos integrantes de um movimento social como o MST é inoportuna, tendo em vista que a violência política no século XX não se destaca da violência em geral³³². Segundo Hobsbawn, a relação dicotômica entre violência e não-violência ganhou maior respaldo em Estados fortes e estáveis onde se desenvolveram as democracias liberais. De lá, onde o monopólio legítimo da força é concentrado no Estado, é que se pôde ver na desproporcionalidade na intervenção do Estado em desarmar a população e até que ponto nos últimos anos a violência vem aumentando como o desenvolvimento da criminalidade. O que Hobsbawn detecta com perfeição é que o pensamento liberal foi incapaz de reconhecer que, em qualquer sociedade, a política emprega algum tipo de violência, e como foi já dito, conforme a análise formulada por Clam, é essa violência que inaugura o direito. A violência pode se manifestar desde simples piquetes, greves ou manifestações de rua, quanto na ação do Estado em controlar distúrbios. Portanto, o emprego da violência enquanto um critério para se qualificar uma organização como terrorista é totalmente inócuo e inapropriado para se discutir um fenômeno que, em termos de discurso, merece essa denominação.

³³² HOBBSBAWN, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 125.

FARC e MST são muito além de duas siglas estatuídas conforme uma espiral da violência convulsionada pela desigualdade e conflitos sociais. Ambas nascem como produto de revoltas camponesas, e essas revoltas não são tão ou mais violentas do que muitas manifestações sociais em que o exercício do protesto e da resistência leva à prática de atos considerados violentos, mas que nem por isso atentam para a desestabilização de um Estado de Direito ou para a modificação de um regime vigente, como se o próprio sistema do direito fosse tão frágil como uma peça de porcelana ou uma bola de cristal.

Para Hobsbawn, é a degeneração da violência política no surgimento do Estado moderno até o período atual globalizado que gera uma cultura do medo contra o terror, que acaba por sufragar a expansão punitiva³³³, no momento em que tanto grupos que se insurgem contra o Estado, quanto o próprio Estado assumem que sua luta é tão justa que até a violência é legitimada para se obter a vitória sobre o adversário. Na concepção das tropas de elite dos efetivos estatais, o que vale é a tônica de combate e vitória sobre inimigos armados, que por sua vez se insurgem contra a polícia, também munidos de suas armas como forma de questionamento do estado social vigente. É a barbárie que convive de mãos dadas com o totalitarismo, deixando rastros desde o período de ascensão dos nazifascismos e que continua até hoje, em sociedades pretensamente democráticas. A violência como necessidade é urdida para dentro do âmbito do sistema jurídico, responsável pela legitimação de expectativas que se valem do meio violento como forma de reatar a integridade do sistema. Emprega-se a violência como resultante de um princípio da necessidade, pois sem ela a sociedade caminharia para o terror da barbárie dos movimentos insurgentes de rebelião e protesto. Só que o Estado se reveste do mesmo terror que pretendia combater.

No Brasil, não obstante a previsão constitucional da função social da propriedade, as normas que asseguram direitos fundamentais como a liberdade de associação e reunião, e o exercício livre do protesto, por meio da liberdade de expressão; percebe-se hoje o quanto em uma sociedade pretensamente democrática e com governos nacionais comprometidos com o Estado de direito, é possível ver discursos criminalizantes, guiados pela emergencialismo e o alarma de um sentimento de insegurança coletiva, e defensores de um rigor punitivo quanto a movimentos sociais como o MST. A flagrante contestação do movimento e a pregação da saída por uma via punitiva quanto a sua organização chegou a ser defendida pelo candidato de oposição à presidência da república nas eleições de 2010, e pela coligação que sustentou sua

³³³Para Hobsbawn: “essa degeneração da violência política aplica-se tanto as forças insurgentes quanto às do Estado. Ela resulta tanto da anomia crescente da vida nos centros urbanos, especialmente entre os jovens, quanto da disseminação da cultura da droga e da posse privada de armas”. Id, p. 126-127.

campanha política, afirmando que a vitória da candidata adversária serviria para fomentar mais e mais invasões criminosas no campo, patrocinadas pelos militantes do MST. Além disso, existe no país uma claque intelectual que procura desqualificar o movimento, desabonando a conduta de seus integrantes, na tentativa de esvaziar suas pretensões legítimas, como se fossem precárias ou sujeitas a expedientes manipuladores. Alguns desses autores como os sociólogos José de Souza Martins e Zander Navarro, no âmbito da sociologia³³⁴, pregam, respectivamente, que os integrantes do MST são manipulados por interesses ideológicos e partidários de ativistas localizados na classe média, e que suas reivindicações estão muito distantes das verdadeiras demandas do homem pobre do campo; enquanto por outro argumento, sustenta-se o argumento histórico de que a luta pela reforma agrária no país já passou, e que o processo de urbanização e o desenvolvimento do agronegócio no meio rural destituíram a razão de ser da reforma agrária, uma vez que é o agronegócio e não a atividade agrária tradicional, que estimula a economia no meio rural. Outros teóricos, como o filósofo Denis Lerrer Rosenfield, acirram os ânimos estremados do debate, pois entendem que organizações como o MST e as Comissões Pastorais da Terra não passam de organizações criminosas ou revolucionárias, pois as acusa de “promover invasões de propriedade, seqüestros, posse ilegal de armas, desrespeito à lei e depredação de propriedades”, além do “uso generalizado da violência”. Ora, nada mais oportuno para a deixa conferida aos representantes do Ministério Público gaúcho, de desejar ver aplicada a Lei de Segurança Nacional.

São esses discursos encontrados em setores da intelectualidade nacionais que servem como fomento para o sistema dos meios de comunicação, e a forma agressiva e ruidosa com que a mídia vem tratando as reivindicações de movimentos sociais, tendendo a apoiar medidas repressivas e a via da criminalização, em um franco suporte à expansão punitiva. A introdução da notícia, subsidiada por reportagens, entrevistas, ensaios e publicações de artigos em jornais e revistas, estimulando um olhar mais do que crítico, mas acintoso em relação aos movimentos sociais, acaba por produzir irritações no âmbito do sistema jurídico e na via pela qual o Estado canaliza sua violência por meio de seu aparato repressivo. Do dia para a noite geram-se inimigos, terroristas e indesejáveis a serem combatidos pelo Estado, em prol de uma sociedade “livre”, conforme o jargão liberal dos argutos defensores de um componente ideológico neoliberalista. Está preparado o cenário para a propagação da violência.

³³⁴ CARTER, Op. Cit., p. 497.

Estado policial ao invés de Estado social, tratamento de reivindicações sociais legítimas por terra e trabalho considerados como caso de polícia e ação de criminosos que promovem invasões de terra e destruição de propriedades. Nesse discurso punitivo de criminalização do MST, é possível sinalizar como as mudanças econômicas trazidas pela pós-modernidade e a manutenção de uma estrutura social anacrônica, mantida por um conservadorismo presente no discurso dominante sobre a criminalização, culminou com a expansão punitiva e a repressão ativa e consciente dos movimentos sociais. Garland, por sua vez, analisa que a reação ao chamado “previdenciário penal” passou a possuir traços reacionários e totalizantes³³⁵, no sentido de que, historicamente, foram se formando novas relações entre os grupos sociais, movidas por demonstrações emotivas de medo, indignação e hostilidade em relação ao problema do crime.

Garland constata que as classes sociais que outrora apoiavam políticas de bem-estar social, seja por estarem movidas por interesses próprios ou por uma simples solidariedade de classe, passaram a rever seu apoio a tais políticas, à medida que setores da classe média passaram a se sentir atingidos pelas mudanças sociais ocorridas com as políticas previdenciárias destinadas aos pobres. Medidas assistencialistas e a intensa preocupação com a ressocialização e manutenção das garantias de indivíduos das classes mais baixas envolvidos em práticas delituosas, passaram a ser vistas como um luxo oneroso destinado a quem trabalhou menos, ou se esforçou pouco para obter, no âmbito da livre concorrência a tão sonhada aquisição de riquezas, defendida pela ideologia liberal. As críticas dos componentes desse segmento social vão desde o medo de que os antigos excluídos venham a se juntar a eles na mesa de jantar, até de que os tributos pagos pela classe média sirvam apenas para sustentar criminosos nas cadeias. O argumento é que o custo dos pobres não inseridos no mercado torna-se tão caro no Estado de bem-estar, que não é mais compensador que os contribuintes que trabalham paguem por esse custo.

Percebe-se, portanto, que a expansão punitiva e a criminalização de movimentos sociais como o MST segue uma tendência que acompanha a pós-modernidade de firmar uma política criminal baseada no neoliberalismo, no aspecto econômico, e no neoconservadorismo, no aspecto político³³⁶. A atual antipatia com que setores da sociedade e do poder político tem em relação ao movimento, relacionam-se com a tentativa neoliberal existente desde os anos oitenta do século passado, a partir dos governos norte-americanos e britânico, de difundir

³³⁵ GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 182.

³³⁶ GARLAND, *Ibid.*, p. 216.

globalmente uma política de reversão das soluções empregadas pelo Estado de Bem-Estar Social, no sentido de se estabelecer um fundamentalismo no mercado, na fé intransigente na livre concorrência, sem as amarras do Estado, assim como na manutenção da desigualdade social como parte das regras do jogo do livre mercado. Concomitantemente com esse aspecto econômico, no plano político o neoconservadorismo introduziu uma visão antimoderna sobre questões relacionadas a valores apegados à tradição, ordem, hierarquia e autoridade. Reinaugura-se um conservadorismo moral graças à influência religiosa e ao pensamento de intelectuais neoconservadores. São esses pensadores, como Rosenfield, apegados a temas como a responsabilidade individual e a disciplina, que estabelecem discursos punitivos baseados na ordem e no rígido controle na manutenção da disciplina, como forma de se estabelecer a harmonia e a coesão social. Ocorre que, esse controle disciplinar que deve ser exercido pelo Estado acaba se dirigindo contra os mais pobres, tolhendo-se qualquer movimento de rebeldia ou manifestação social como um ato criminoso. Com o neoliberalismo e o neoconservadorismo, alia-se, assim, liberdade econômica com controle social.

A disciplina moral requerida pelos neoconservadores, e o apego aos valores tradicionais, tais como a ordem (o trabalhador ordeiro é aquele que não reclama e que trabalha, esforçando-se para sobreviver) a hierarquia e o respeito à autoridade (a rebelião e o protesto como exercício da desobediência e não de um direito), são direcionados aos excluídos socialmente ou do mercado de trabalho, às comunidades marginalizadas e não a setores inteiros da sociedade. A disciplina está voltada para os inimigos e não para os cidadãos, ou, como se aproveitou Jakobs da distinção formulada por Luhmann entre indivíduo e cidadão, o rígido controle disciplinar está voltado para os inimigos, e não para os cidadãos já disciplinados. O inimigo é o terrorista, aquele que não está comprometido com o *pactum societatis* e que não desfruta dos mesmos valores tradicionais e apego à ordem e a hierarquia como pressupostos de sua formação moral de cidadão, segundo a lógica repressiva encontrada na teoria de Jakobs. O desmanche do “Estado babá”³³⁷, pregado pelos neoliberais deu mais espaço para acumulação de riquezas, num mercado desregulamentado para alguns setores da sociedade (os ditos “cidadãos de bem”), mas, em contrapartida, fragilizou ainda mais demais setores mais frágeis da comunidade, sujeitos a um desemprego crônico, e propensos a estabelecer novas formas de relação social, seja aderindo propriamente ao crime, seja sendo taxados de criminosos, ao integrar movimentos de questionamento e rebelião, como ocorre no

³³⁷ GARLAND, *Ibid.*, p. 218.

caso dos sem-terra, tidos como principais destinatários da violência institucional através da intervenção repressiva do Estado.

Pergunta-se se existe uma alternativa constitucional ao fenômeno da expansão punitiva, propagadora da violência institucional do aparelho repressivo do Estado, mormente no que tange aos conflitos no campo. A criminalização dos movimentos sociais como reação a um suposto sentimento de insegurança coletiva transmutado em terror, sob o fundamento da necessidade, pode vir a colidir com princípios constitucionais como os da liberdade e da dignidade, transversalizados entre o sistema jurídico e os demais sistemas sociais, a partir de aberturas cognitivas e acoplamentos entre o político e o jurídico, a partir do texto constitucional.

Ora, se pelo que já foi observado neste estudo, através da criminologia crítica desenvolvida por Baratta, é sabido que o sistema jurídico-penal opera com seletividade no processo de tipificação de condutas, conforme as operações internas do sistema jurídico orientado pelo código lícito X ilícito, também é possível compreender que essa seletividade mantém relação com a abertura cognitiva do sistema jurídico e de seus acoplamentos com seu entorno social, a ponto de se discutir, como já foi visto na análise da teoria de Teubner, se no estágio atual da modernidade, dentro do processo recente de globalização, ao mesmo tempo em que o subsistema penal se fecha autopoieticamente em sua punibilidade, como ele pode se abrir diante dos pluralismos no ambiente social e no reconhecimento e assimilação da contingência. O resultado disso pode levar tanto a uma expansão punitiva com o recrudescimento dos discursos de lei e ordem e a necessidade de se combater inimigos, como também pode relevar um novo âmbito de eliminação ou redução de tipos penais, e a conclusão de que determinadas situações e casos não devem mais receber a pesada intervenção punitiva de normas penais, mas sim de um reconhecimento normativo de direitos e garantias fundamentais, tais como o direito ao trabalho, moradia e o exercício do protesto e da rebelião, como supedâneo de princípios constitucionais que asseguram a liberdade de reunião e associação.

Talvez dessa forma seja possível resgatar o direito penal de um perigo estado de irracionalidade no momento em que a aplicação racional da coerção imediata diante da iminência da violação da norma e aplicação da sanção, cede lugar a uma política criminal de busca de inimigos a serem atingidos por um regime de punibilidade que muito atenta para direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados.

6. A RACIONALIDADE DO DIREITO PENAL POR MEIO DO DEBATE CONSTITUCIONAL- O TRANSCONSTITUCIONALISMO NA ABERTURA DO SISTEMA PENAL AOS MOVIMENTOS SOCIAIS

6.1. Constituição simbólica e manutenção da crise do modelo ressocializador e garantista

Antes de se falar no conceito de Constituição simbólica, urge analisar a relação entre a concretização constitucional e o surgimento de um direito penal do risco.

Como já analisado nesta tese, o emprego do Direito Penal como forma de administrar riscos traz à baila novas formas de desenvolvimento da política criminal, que podem muito bem levar a uma expansão punitiva e um conseqüente déficit de racionalidade da intervenção penal. As correntes do pensamento penal contemporâneo, especialmente às vinculadas ao funcionalismo radical de Jakobs ou por meio do Direito Penal Liberal de Garcia Martin, acabam por defender a expansão do direito penal como alternativa para o fenômeno da criminalidade que passou a se desenvolver nas últimas décadas, com a chegada de um novo processo histórico de globalização. Diante disso, permanece uma legislação simbólica, no sentido de que os reais efeitos de pacificação social e harmonização dos interesses individuais com o interesse da norma, parecer ter um limitado raio de alcance no que tange à produção de um efetivo sentimento de pacificação ou harmonização social, dirimindo-se a alarma social e a insegurança coletiva.

Segundo Neves, a legislação simbólica surge como uma produção de textos cuja referência manifesta é normativo-jurídico. Porém, sua função primária é atender finalidades políticas não propriamente normativo-jurídicas³³⁸. O sentido político do texto legislado aparece como referência político-valorativa ou político-ideológica do texto. Nesse sentido, legislações como a “lei seca” nos Estados Unidos aparece mais como norma que funciona simbolicamente para resgatar ou confirmar valores sociais referentes a certa ética religiosa proibitiva do consumo de álcool, do que propriamente numa norma de eficácia instrumental, visando com a proibição proteger bens jurídicos dos malefícios do uso do álcool. A legislação simbólica tem largo emprego em modelos penais marcadamente repressivos, quando da evolução do discurso populista de guerra ao crime, quando determinados dispositivos normativos são empregados com a finalidade política de confirmar simbolicamente pretensões normativas, do que propriamente impor efetivamente normas de eficácia imediata.

³³⁸ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 30.

O debate sobre a criminalização dos movimentos sociais tem um caráter predominantemente simbólico, quando na verdade tenta-se estabelecer uma legislação que influencie a visão da opinião pública sobre atos praticados por militantes organizados, como as invasões de terra. Não se procura efetivamente uma solução para o problema da reforma agrária e nem para o da criminalidade contra o patrimônio, no momento em que se discute a proibição das atividades ou a repressão das ocupações de terras promovidas por trabalhadores rurais organizados num movimento social. Assim como afirma Neves, baseado na análise de Kindermann: “a legislação simbólica destinada principalmente à confirmação de valores sociais tem sido tratada basicamente como meio de diferenciar grupos e os respectivos valores e interesses”³³⁹. De fato, ao se analisar a aplicação da Lei de Segurança Nacional contra o MST, não se deixa de perceber o discurso de classe latente entre aqueles que são os efetivos detentores de propriedades, e aqueles que não as possuem, no clássico conflito de classes havido no campo. Ao mesmo tempo em que a legislação simbólica pode servir punitivamente para degradar determinados grupos em relação a outros na sociedade, ela também pode implicar em gestos de coesão, em que a afirmação de valores sociais pode vir externada na norma, como forma de integração social entre os diferentes, o que revela a dupla face dessa legislação. Quando o modelo ressocializador predominou na modernidade, durante determinado período, pregou-se a humanização da pena como forma de integrar a sociedade num modelo racional de gestão do aparato punitivo, em que a condição de humanidade restava preservada, e, portanto, havia a possibilidade de retorno do indivíduo infrator ao pacto, após o cumprimento da pena, não sendo mais levado em conta tão somente o seu castigo. Já num modelo que se propõe a destacar visivelmente cidadãos de inimigos, a diferenciação por conta do simbolismo da medida normativa, volta novamente a ganhar destaque, pela iminência de uma legislação punitiva que não logre todos os objetivos da norma penal; mas, ao menos, alcance sua finalidade política: a mitigação ou supressão do sentimento de insegurança coletiva.

No caso da expansão punitiva, a legislação simbólica também pode funcionar como legislação-álibi, no momento em que diante da insatisfação popular, o governante seduzido pelo discurso populista e pela influência do sistema dos meios de comunicação, passa a propor reações solucionadoras ao problema criminal através de reformas legislativas que se apresentam como evidentes reações simbólicas à pressão pública por uma atividade estatal mais drástica, como ocorreu na publicação da Lei dos Crimes Hediondos, em 1990, ou na

³³⁹ NEVES, Op, Cit., p. 35.

legislação sobre execução penal, que gerou o Regime Disciplinar Diferenciado-RDD³⁴⁰. Neves alerta que o problema da criminalidade no Brasil não decorre da falta de uma legislação tipificadora, mas sim da inexistência de pressupostos socioeconômicos e políticos que propiciem que a legislação penal vigente torne-se efetiva. Uma legislação penal simbólica, manifestada sob a forma de uma legislação-álibi, tende a se apresentar para a população como uma solução aparente dos respectivos problemas sociais que engendram a criminalidade, convencendo o cidadão das boas intenções do legislador. A legislação-álibi, segundo o entendimento de Neves, cria a imagem de um Estado que responde através das normas aos problemas da sociedade; quando na verdade, a solução para esses problemas, no entendimento do célebre jurista pernambucano, não parte de variáveis normativo-jurídicas, mas sim de referenciais que não são normativos. A legislação-álibi funciona então como uma manipulação ou ilusão que imuniza o sistema político, desempenhando uma função ideológica,³⁴¹, em que as elites encenam um papel social tanto quanto o restante da população, pois ambos são vítimas de interpretações simbólicas (iludem e se autoiludem, ao mesmo tempo), produzindo uma ilusória sensação de bem-estar ou concepção de resolução da tensão, por meio da capacidade simbólica que tem a lei de sossegar os espíritos.

O problema da legislação-álibi, que a torna muito comum no direito penal, é seu emprego excessivo, que acaba por dissipar sua função simbólica. No momento em que a ilusão é percebida, provoca-se uma descrença no próprio sistema jurídico. As expectativas e o sentimento de frustração diante de sua não satisfação implicam numa implosão do sistema, e daí a crise de racionalidade se torna mais evidente, reiniciando um ciclo punitivo cuja reação ao delito mais vai se aproximando como uma reação assustada de um indivíduo amedrontado diante do inimigo. É nesse momento que a legislação simbólica, ao deixar de funcionar como álibi para o sistema político, passa a se manifestar como um compromisso dilatatório, adiando a solução dos conflitos sociais por meio de esquemas normativos aparentemente plausíveis. O conflito é transferido para um futuro indeterminado, pois as normas são feitas para entrarem em vigor, desprovidas de eficácia, contentando de qualquer forma, os grupos interessados em sua não aplicação. O que dizer, por exemplo, da “lei seca” na direção de veículos automotores, proibindo como crime os motoristas que ingerirem bebida alcoólica nos crimes de perigo abstrato, quando na verdade só será efetivamente punível a conduta daqueles que se apresentarem no trânsito visivelmente alcoolizados? Ou ainda, como será efetivamente o trabalho policial diante da criminalização dos milhares de consumidores de CDs e DVDs

³⁴⁰ Id, p. 38.

³⁴¹ Id, Op. Cit., p. 40.

piratas, nas feiras, praças e calçadas dos centros urbanos, no país inteiro, diante da comercialização ilegal de fonogramas ou videofonogramas, nos crimes de violação de direito autoral, previstos no artigo 184 do Código Penal? Alguns dispositivos normativos já nascem, sob a égide da legislação simbólica, como meros compromissos normativos que não se verão cumprir.

Dentre os efeitos da legislação simbólica estão, negativamente, a sua falta de eficácia normativa e vigência social (função jurídica)³⁴², como também produz, positivamente, efeitos de relevância social que atendem a sua função política, como o convencimento de pessoas e grupos de que, valorativamente, seus sentimentos e interesses estão incorporados e garantidos pelo direito; assim como a legislação simbólica distingue quais culturas são dignas de respeito público e quais as que são degradadas publicamente. O papel dessa legislação na função de distinguir no âmbito da diferenciação do sistema social entre cidadãos incluídos e inimigos excluídos, no âmbito do direito penal, tem a clara consequência de produzir mais conflito social do que resolvê-lo, tendo em vista que, mesmo ineficaz do ponto de vista normativo, ela consegue politicamente realizar os objetivos políticos das classes mais abastadas, detentoras de propriedade, de exclusão social, quando relegam à criminalidade movimentos de protesto e reivindicação social, como os encontrados na militância de grupos como o MST.

O problema do processo de constitucionalização do ordenamento jurídico de Estados de modernidade tardia como o Brasil, nos termos do desenvolvimento de uma legislação simbólica, é a manutenção ou a degradação de modelos penais já analisados neste estudo, como o modelo ressocializador, o modelo garantista e o recente modelo de segurança cidadã, preconizado nas políticas de reação social por meio da expansão punitiva e da individualização de inimigos.

Ao se falar de processo de constitucionalização, extrai-se aqui a concepção estabelecida por Luhmann de que a Constituição se trata de um acoplamento estrutural entre a política e o direito³⁴³. Sabe-se até o presente momento deste estudo, que o direito e a política constituem-se de sistemas autônomos; mas a Constituição assegura uma interpenetração, ou mesmo interferência, entre ambos os sistemas. Quando Luhmann refere-se ao problema da autorreferência do sistema, o direito se apresenta como solução para esse problema em relação ao sistema político e vice-versa. O que Luhmann inova em termos de conceito de Constituição é sair das definições historicamente estabelecidas anteriormente, pela doutrina constitucional e pela sociologia, e estabelecer uma definição sistêmica de Constituição,

³⁴² NEVES, *Ibid.*, p. 54.

³⁴³ *Id.*, p. 65.

através do vínculo entre os códigos binários ilícito X ilícito do sistema do direito e poder X não-poder do sistema político. O que ocorre na teoria de Luhmann é que, mediante o acoplamento proporcionado pela Constituição, aumenta a influência recíproca de sistemas operativamente autônomos, donde resulta uma chance de aprendizado de um sistema em relação ao outro, devido a sua abertura cognitiva. Lidas em outras palavras, a Constituição proporciona que o sistema jurídico estabeleça uma leitura sobre o sistema político, assimilando pela observação às pretensões políticas do entorno social mediante uma normatização dessas pretensões, enquanto que o sistema político transforma em comandos de poder suas pretensões políticas normatizadas.

No que tange ao modelo penal, extraído do sistema jurídico, se a Constituição, enquanto um subsistema do sistema jurídico, lida com as comunicações que se fundam nas expectativas constitucionais vigentes, como uma experiência contrafática; o direito penal, por sua vez, determinado também como um subsistema do sistema do direito, autodeterminado e fechado operativamente, atua com certo grau de autonomia em relação as suas expectativas, de forma que nem sempre as disposições simbólicas do subsistema constitucional parecem atingir.

Ora, se já foi formulado nesta tese que o subsistema penal atua, conforme sua auto-poiese punitiva, pelo código punível X não punível, ao se empregar o conceito luhmanniano de positivação ou positividade do direito³⁴⁴, isso implica em dizer que se a Constituição surge como uma diferenciação interna do direito constitucional do sistema jurídico, da mesma forma o direito penal se diferencia do subsistema constitucional, apresentando operações próprias de sua autonomia enquanto subsistema do direito. Marcelo Neves pondera que, através da Constituição, a relação entre o sistema jurídico e o sistema político se torna horizontal-funcional e não mais vertical-hierárquica. O sistema jurídico precisa lidar com os aspectos políticos como uma questão de aplicação concreta da decisão, sob o respaldo de normas jurídicas, e nesse sentido surge a Constituição como o apoio interno do próprio sistema do direito, sem ter que lidar com as irritações externas do sistema político.

O direito penal, por sua vez, também mantém uma relação horizontal com o sistema político, dado seu fechamento operacional em relação ao direito constitucional, enquanto que mantém uma relação vertical-hierárquica com o sistema constitucional. Ocorre que, ao supostamente manter uma relação horizontalizada com o sistema político, o subsistema penal está sujeito a todo tipo de irritações que surgem pelo desdobramento do populismo penal na

³⁴⁴ NEVES, *Ibid.*, p. 69.

materialização de normas punitivas. O dilema da constitucionalização e do papel simbólico que as normas constitucionais estabelecem em relação ao direito penal é que o déficit de racionalidade do aparato penal encontra-se aprofundado com a zona cinzenta do caráter simbólico das normas constitucionais ao acoplarem no âmbito de seu sistema os aspectos políticos e a dimensão eminentemente fática dos dispositivos normativos do sistema penal, no momento da efetividade de suas normas, para lidar com situações que requeiram sua aplicação.

Se Neves diz que “qualquer intervenção legiferante do sistema político no direito é mediatizada por normas jurídicas”³⁴⁵, também é válido dizer que o sistema político atua em relação ao problema criminal através das normas, mas muito mais sob influência do discurso criminalizante populista, do que amparado na filtragem normativo-constitucional. Neves informa que o direito constitucional funciona como um “limite sistêmico-interno para a capacidade de aprendizado do direito positivo”, mas esse mesmo aprendizado encontra-se prejudicado pelas irritações externas produzidas pelo sistema político diretamente no subsistema penal. O teórico pernambucano fala acertadamente que a Constituição assegura a autonomia operacional do direito, regulando a capacidade de aprendizado do sistema. Porém, no âmbito do estágio atual da modernidade, diante dos sentimentos de insegurança coletiva ululantes na sociedade de risco, parece que o sistema constitucional não tem conseguido ser hábil suficiente, no desenvolvimento do processo de concretização constitucional.

Marcelo Neves afirma que a Constituição impede que o sistema jurídico sofra o bloqueio de diversas e incompatíveis expectativas de comportamento presentes no seu entorno social, entretanto, a função descarregante atribuída à Constituição, graças à adoção do princípio da não-identificação, parece não ter sido páreo para concepções de caráter ideológico, dentro de uma sociedade dividida em classes e interesses até certo ponto antagônicos, em que um determinado segmento social faz preponderar sobre os outros discursos criminalizantes de exclusão social, relegando à alteridade uma condição de inimigos. Nesse sentido, teorias como a prevenção geral no direito penal parecem se desenvolver a todo vapor, no momento em que as expectativas congruente canalizadas pelo direito constitucional, de respeito aos direitos fundamentais, atenção aos princípios, e consagração do regime de liberdades, parece cair por terra diante de um modelo penal que propõe a renúncia da liberdade em prol da segurança, a sanção punitiva como instrumento de gestão de risco. A ausência de uma efetiva integração entre o sistema constitucional e o

³⁴⁵ Id, p. 71.

subsistema penal, faz prevalecer o domínio de representações do entorno social no sistema jurídico, prejudicando a própria autonomia e a diferenciação do sistema em relação ao seu correlato, no âmbito político. É como se o direito penal fosse, no âmbito de um modelo de segurança fulcrado na irracional expansão punitiva, quase que completamente contaminado pela política.

Modelos penais em flagrante crise de aplicabilidade, tais como o modelo ressocializador ou o modelo garantista, parecem ainda se manter no marco constitucional de muitos regimes políticos, mediante o acoplamento mantido entre o sistema político e o sistema jurídico por uma Constituição cujo texto ainda pesa seu forte caráter simbólico, ao lidar com a complexidade de situações que envolvam a manutenção de direitos fundamentais, diante de uma desdiferenciação mantida operativamente pelo subsistema penal quando de sua relação com o sistema político³⁴⁶. Essa desdiferenciação, segundo Neves, ocorre por uma politização do sistema jurídico, cuja pluralidade de expectativas não é reconhecida diante da complexidade da sociedade contemporânea.

A Constituição moderna funciona como um instrumento propício ao livre desenvolvimento da comunicação, permitindo que as diversas expectativas e interesses de uma sociedade multifacetada possam ser reconhecidos e diferenciados. Quando isso não ocorre surge o fenômeno da exclusão tão debatido por Luhmann anteriormente, pois somente a Constituição pode desenvolver uma generalização congruente das várias expectativas normativas de comportamento, enquanto que o direito penal mantém-se fechado em sua dimensão operativa de trabalhar certos tipos de comunicação voltados para sua autopeise punitiva. Isso implica em dizer que enquanto o exercício da liberdade de expressão e o direito de protesto como instrumento para a obtenção do reconhecimento da dignidade humana e do trabalho por meio do direito à terra, pode ser vista constitucionalmente como um direito fundamental, sob a égide das expectativas de milhares de integrantes dos movimentos sociais, para os operadores internos do direito penal, atos como a invasão de terras ou a ocupação de prédios públicos e propriedades rurais, podem ser observados apenas como ilícitos penais, segundo o código punível X não punível. O problema da linguagem simbólica do texto constitucional que não permite a abertura do reconhecimento comunicativo de novos direitos por parte de subsistemas do sistema jurídico como o direito penal, é a substituição de seu papel simbólico por um efetivo papel normativo, a ocorrer através de um processo de concretização constitucional.

³⁴⁶ NEVES, Op. Cit. p. 75.

A concretização constitucional é um dos desafios do direito moderno diante do caráter simbólico de seus dispositivos normativos, e que no século XXI tem uma relevância profunda, no tocante ao reconhecimento dos direitos e das lutas dos movimentos sociais, e a conseqüente inibição da expansão punitiva, por meio da crítica a um fenômeno de criminalização desses movimentos. Segundo Müller, para haver um processo de concretização constitucional, urge a necessidade de se questionar a ambigüidade e a vagueza da linguagem constitucional³⁴⁷, causada pelo equívoco da opinião positivista de se confundir texto com norma, ainda amplamente difundida no meio constitucional.

Se, para Müller, “o texto da norma não contém a normatividade e a sua estrutura material concreta”,³⁴⁸ isso ocorre porque um dos maiores óbices para a concretização constitucional e para o surgimento de uma Constituição normativamente cumprida, ao invés de uma carta constitucional com dispositivos tidos como meramente de caráter simbólico pelo ordenamento infraconstitucional, é a superação do paradigma positivista que orientou a hermenêutica tradicional das normas constitucionais. Como o positivismo jusconstitucionalista considera a Constituição como um sistema formal de leis constitucionais e a lei um ato de vontade do Estado sob a forma de lei, o credo positivista entende o direito vigente como um conjunto de enunciados jurídicos sem lacunas. Ao insistir na mera positividade do direito, o positivismo afasta-se da realidade da vida, fazendo com que a Constituição pague o preço da redução ou perda de sua normatividade. Como se fosse possível uma separação entre direito e realidade, o sistema jurídico acaba, nos moldes do formalismo do positivismo estatal, relegado à condição de um juízo hipotético a aguardar à subsunção dos fatos da realidade à previsão legal o que é ledó engano.

Não é à toa que autores como Lenio Streck consideram que o pensamento jurídico vive em tempos difíceis de pós-positivismo, ao lidar com a crise de efetividade da Constituição, diante do dilema da resposta correta³⁴⁹, constitucionalmente adequada em relação aos conflitos havidos na realidade social. O problema da concretização de direitos implica na superação do modelo positivista que, ao transformar a Constituição numa mera ficção, separou a discussão jurídica das questões concretas da sociedade, dentre elas: a preservação de direitos fundamentais, a interpretação dos dispositivos constitucionais e a interrupção dos abusos do Estado, como se percebe no franco e visível processo de expansão punitiva.

³⁴⁷ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 45.

³⁴⁸ MÜLLER, Ibid., p. 57.

³⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Concretização de direitos e interpretação da constituição*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXXI (separata), 2005, p. 292.

Na busca da concretização da norma constitucional, Müller pretende desenvolver uma metódica que aponte para a superação do modelo positivista de interpretação do texto constitucional, operando com a separação entre norma, texto da norma e estrutura da norma³⁵⁰. Um novo enfoque da hermenêutica jurídica trilharia o caminho de diferenciar norma de texto da norma, pois a forma como é escrita uma norma não se confunde com sua qualidade de norma. Na verdade, o teor literal, escrito, de um texto normativo, corresponderia a um “programa da norma”, enquanto que o recorte da realidade social na sua estrutura básica, mediante um processo seletivo que a norma opera de escolher parte de realidade para sua esfera de regulamentação, Müller chama de “âmbito da norma”. Nesse momento, a teoria estruturante que Müller se habilita a desenvolver não entra em rota de colisão com a abordagem sistêmica, desenvolvida por Luhmann, apenas que possuem ambas as teorias peculiaridades relevantes para se estabelecer uma crítica ao velho paradigma positivista da hermenêutica tradicional.

O que Müller entende como âmbito da norma, a teoria luhmanniana pode conceber como o sistema jurídico, na posição de um observador de segunda ordem, na qualidade de sistema autônomo e parcial a estabelecer ou não seu acoplamento com seu entorno social. Quando Müller estabelece que o âmbito da norma pode ser gerado ou não pelo direito, na perspectiva sistêmica isto equivale a dizer que a abertura cognitiva do sistema jurídico deu ou não se deu de acordo com a possibilidade de terem sido desenvolvidos acoplamentos. O que pode se deduzir inicialmente das concepções de Müller e Luhmann sobre Constituição é que se o processo de concretização da norma depende de uma abertura do âmbito da norma diante da realidade social, ambos são certos na crítica ao modelo positivista, quando evidencia-se que a norma constitucional não se trata de um mero juízo hipotético, isolado em seu âmbito de regulamentação como um sistema integralmente fechado, mas, que, com a abertura cognitiva desse sistema, o âmbito da norma pode resultar dos acoplamentos que o sistema do direito realiza com seu ambiente social. O próprio Müller afirma que “no âmbito efetivo da concretização prática do direito, direito e realidade não são grandezas que subsistem autonomamente por si”³⁵¹. Ora, se Müller reconhece que o sistema jurídico e o sistema social estabelecem comunicações, é porque quer subverter a linguagem positivista baseado em um modelo subsuntivo de fatos assujeitados à normas para uma nova hermenêutica baseada na

³⁵⁰ MÜLLER, Friedrich, Op. Cit. ,p. 62-63.

³⁵¹ MÜLLER, Ibid. p. 59-60.

busca da força normativa da Constituição³⁵², no desenvolvimento de uma política constitucional de concretização.

Ao desenvolver a assertiva de que o âmbito da norma não é idêntico aos pormenores materiais do conjunto dos fatos, pois esse âmbito é parte integrante da norma, mais uma vez seu pensamento aproxima-se da teoria de Luhmann, no momento em que o sistema do direito, na sua autopoiese, passa a reconhecer como parte de suas operações internas fatos outrora deduzidos do ambiente social. O problema da concretização reside no momento da seletividade, em que entram outros dois conceitos estabelecidos por Müller, além do conceito de âmbito da norma: o programa da norma e o domínio da norma.

Se o programa da norma materializa o âmbito da norma no texto legal como uma hipótese legal normativa, o domínio da norma será a resultante da seletividade operada pelo sistema jurídico na conformação de fatos em operações jurídicas. O domínio da norma pode ser entendido como a resultante do acoplamento, e se for entendido o problema da linguagem simbólica da Constituição e sua baixa efetividade no terreno da realidade como um problema de seletividade, é aqui que se encontra a raiz do problema da concretização constitucional: a reconstrução do mundo a partir da autopoiese do sistema jurídico, resultando num domínio normativo prejudicado pela formulação do programa da norma. Isso implica em dizer que, conforme se depreende do pensamento de Müller, a norma jurídica apenas estabelece um esboço da realidade material que não é vista como realidade social pela norma, mas como realidade da própria norma. Uma realidade que, contudo, não consegue ser formulada expressamente no texto pelo programa da norma, tendo em vista que o legislador, habituado ao esquema positivista da relação distanciada entre sujeito e objeto, formula a norma em termos estanques, isolados da percepção do real conteúdo da norma estabelecido em seu domínio, como resultante de um âmbito que, como já foi dito por Müller, transcende a própria norma.

Traduzindo a reflexão teórica exposta acima com a efetividade dos modelos penais no âmbito do subsistema penal, o repertório de normas penais estabelecidas pelos modelos ressocializador e garantista tornaram-se incapazes de conferir efetividade aos princípios e regras constitucionais de dignidade da pessoa humana e respeito aos direitos fundamentais daqueles que estão sujeitos à tutela penal. Se, como foi dito, o subsistema penal passa por um processo de sucessivas irritações por outros sistemas, mormente o sistema político e o sistema dos meios de comunicação, por conta da debilidade de acoplamento com o sistema

³⁵² Id., p. 85.

constitucional, pela sua linguagem simbólica, tal realidade normativa é corroborada pelo defeito de formulação da norma no texto escrito como uma deficiência do programa da norma, utilizando-se a terminologia empregada por Müller. Essa deficiência é encontrada na crítica ao positivismo jurídico que desdiferenciou fatos de normas, criando a ilusão de que o mero texto legal fosse a solução imediata para todos os problemas práticos das situações vividas na realidade social. O texto da norma não se tornou confiável, por um problema de formulação do programa da norma ao não conseguir delimitar todo o aspecto material do âmbito da norma, naquilo que não pertence originalmente ao sistema jurídico, mas que se encontra no âmbito social (necessidade de acoplamento).

Ao propor o caminho da concretização da norma ao invés da interpretação do texto da norma³⁵³, Müller destaca que as regras de interpretação herdadas do positivismo, baseadas na interpretação do teor literal da norma, são insuficientes para garantir a efetividade normativa da regra constitucional. Defende ele uma metódica baseada na pré-compreensão da ciência jurídica, deixando para trás o positivismo legalista.

Quanto à clareza do texto normativo, Müller afirma que uma norma no sentido da metódica tradicional pode parecer clara ou unívoca. Entretanto, a norma nunca está pronta se ela não pode ser aplicada a uma situação concreta. Müller redefine o papel que os positivistas dão à subsunção como uma mera operação lógico-formal, para estabelecer que na verdade a subsunção é um procedimento cognitivo determinado pela pré-compreensão da dogmática jurídica³⁵⁴. A superação do dogma voluntarista do velho esquema sujeito-objeto da interpretação tradicional, que separava o direito da realidade, na empreitada positivista de descobrir com isso a vontade do legislador, é estabelecida com a concepção de que não é possível descolar a norma jurídica do caso por ela regulamentado. Na verdade, como há o interesse da decisão na ciência e práxis jurídica, por vezes essa busca aflitiva da decisão acaba por comprometer o procedimento cognitivo, resultando, dentre outras coisas, no caráter simbólico da legislação; sobretudo, se nos acoplamentos entre o sistema político e o sistema jurídico, interessa ao primeiro a manutenção desse simbolismo. O sistema político funciona autonomamente por via de suas operações internas pautadas por mecanismos de emprego do poder, e antes de acoplado ao jurídico, o político se move por conceitos oriundos das operações próprias do sistema, como o de considerar povo como um mero quadro humano sufragante³⁵⁵, uma definição típica do Estado liberal, cujo sufrágio inaugura a participação

³⁵³ MÜLLER, Op. Cit., p. 60.

³⁵⁴ Ibid. p. 63.

³⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 75.

dos governados num esquema representativo de exercício de poder, onde, por esse sistema, os indivíduos elegem seus governantes. Ora, segundo a crítica de Bonavides, esse conceito oriundo do sistema político prende-se a uma concepção ideológica estabelecida pelas burguesias ocidentais que impuseram os pressupostos do exercício de poder por meio da democracia representativa, em que ocorre a participação dos governados. O positivismo jurídico, acompanhando o pensamento liberal no século XIX, apenas reforçou um modelo subsuntivo pautado no esquema sujeito-objeto, em que o povo é visto, por meio do sistema, como sujeito do poder; quando, na verdade, o sujeito de poder em sociedades capitalistas é a elite dirigente burguesa.

Como é formado, portanto, por polos de disputa de classe ou, ao menos, pelo predomínio de uma categoria social dominante no interior de sua estrutura, o sistema político encontra-se fechado operativamente em seus esquemas de poder que oscilam em momentos tensos de autoritarismo e períodos de normalidade democrática. É nessa última fase de desenvolvimento de suas operações internas, que o sistema político abre-se cognitivamente ao jurídico, resultando no surgimento das Constituições, mas nem por isso os interesses políticos herdados das disputas de poder na sociedade, encontram-se perdidos ou esvaziados ao se dar o acoplamento entre sistemas; pelo contrário, influenciam o acoplamento, quando da construção operativa de legislações normativas ou simbólicas, no processo de filtragem das expectativas normativas dominantes, no âmbito de uma sociedade.

A contribuição do paradigma do liberalismo no desenvolvimento do sistema político e do positivismo no âmbito do sistema jurídico irão se conciliar na formação de um ordenamento cuja disposição normativa possa engendrar o surgimento de supostas lacunas, que dão asas ao solipsismo e a discricionariedade judiciária. Remontando o problema da adoção de respostas corretas à situações fáticas apreciadas como jurídicas no interior do direito, como meras questões solucionáveis ao sabor da iniciativa futura ou posterior do poder político. Daí é que surgem as normas programáticas e toda a problemática de efetividade que se dará por meio do debate da construção de Constituições simbólicas. Sobre esse assunto, será estabelecido o comentário mais adiante.

Se, como afirma Neves, o procedimento constituinte na elaboração de normas constitucionais é apenas um dos processos possíveis de filtragem das expectativas normativas para que obtenham vigência jurídica, as decisões concretizadoras da Constituição é que firmam as normas constitucionais, estabelecendo-se uma distinção entre direito constitucional

vigente como sistema constitucional ou como realidade constitucional ³⁵⁶; sendo o primeiro entendido como um complexo de expectativas normativas de comportamento filtradas pela legislação e concretizadas constitucionalmente; e último traduzido como o ambiente que totaliza as expectativas e comportamentos que tem como referência o direito constitucional, mas que se baseiam em outros códigos sistêmicos do “mundo da vida”.

Entendido o direito constitucional enquanto uma realidade do ambiente normativo que, pela inclusão, engloba todas as expectativas sociais no âmbito do sistema jurídico, proporcionando além de sua abertura cognitiva com o entorno social, seu previsível acoplamento com o sistema político, pode-se dizer que o processo de concretização constitucional caminha a passos largos para o reconhecimento do pluralismo jurídico, decifrando as herméticas instituições de ligação definidas no pensamento de Teubner. Se no âmbito dos diversos segmentos sociais podem ser reconhecidos diversos sistemas parciais que se diferenciam entre si por meio de sua autopoiese, também é possível inferir que as comunicações desses sistemas, materializadas em expectativas normativas baseadas em códigos próprios, podem ser decifradas por meio do direito constitucional.

É pela saída constitucional que modelos penais anteriormente fechados, como o modelo ressocializador e o modelo garantista, podem ceder espaço à discussão de um novo modelo de intervenção penal que não perca eficácia pela ausência de efetividade no que tange à tarefa de ressocialização e reintegração social, como se dá no modelo ressocializador; e não peque pelo excesso de imobilismo, na ausência da oferta de proposições de natureza não-penal para problemas criminais, limitando-se apenas à manutenção de estatutos protetivos na inibição do abuso estatal e no cumprimento fiel da legalidade na aplicação da repressão penal, como se destaca o modelo garantista.

Um dos aspectos negativos da constitucionalização simbólica, e que leva à manutenção de modelos de intervenção penal ineficientes e clausurados em sua dimensão operativa, é a insuficiência da concretização normativa do texto constitucional de forma generalizada. Isso vale tanto para o modelo ressocializador quanto para o modelo garantista, no momento em os operadores do primeiro modelo entendem o aspecto de respeito à integridade física e moral do preso condenado (estabelecido no inciso XLIX, do artigo 5º da Constituição Federal, por exemplo), como mero princípio a ser adotado pelo agente estatal, no que tange à manutenção da incolumidade física do apenado; mas não levam em conta que a efetividade normativa do texto constitucional se dá quando tais condições de manutenção da

³⁵⁶NEVES, Op. cit, p. 90.

integridade pessoal são mantidas a ponto de os propósitos ressocializadores do modelo penal puderem ser atingidos. Da mesma forma, pode-se estabelecer raciocínio semelhante no que tange ao modelo garantista, ao se pensar, nos termos do inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição, que a garantia da duração razoável do processo e dos meios que assegurem sua célere tramitação, não se converte em mera norma programática³⁵⁷, aguardando uma transformação futura da estrutura social e política para ganhar eficácia, mas sim em um dispositivo de cumprimento imediato, que independe da mera defesa da legalidade ou de um processo penal correlato a dispositivos formalmente cumpridos que lhe garantam regularidade. Não basta a manutenção de direitos fundamentais enquanto um compromisso político de atendimento de fins sociais, com a permanência da inércia no tocante à retirada da prisão de milhares de presos, destituídos de advogado ou cujos casos perduram por anos, clamando por decisão judicial. Da mesma forma, o direito ao trabalho, à moradia, à segurança e a assistência aos desamparados, expressamente definidos enquanto direitos sociais permanecem constitucionalmente vigentes, enquanto direitos respaldados pela Constituição, mas inexecutáveis no aspecto da satisfação das expectativas sociais de milhares de trabalhadores nas cidades e no campo, pelo fato de que não existe o menor jargão garantista quanto à inconstitucionalidade das medidas penalmente repressivas do movimento de trabalhadores sem-terra, quando vários de seus integrantes são postos na cadeia, por conta de invasões de terras, ou porque sua organização corre o risco de ser colocada na ilegalidade.

Outro dilema causado pelo sentido negativo do caráter simbólico do texto constitucional diz respeito ao que tange à interpretação do que se entende por liberdade de reunião e associação, no caso do exercício do direito de protesto, como supedâneo da liberdade de expressão, assegurados como direitos fundamentais na Constituição brasileira. Ao explicar os conceitos de vagueza e ambiguidade aplicados ao direito, em sua crítica ao positivismo lógico, Warat estabelece que os símbolos podem ser vagos ou ambíguos, conforme a incerteza quanto ao texto normativo possa ser vista como um problema denotativo (vagueza) ou quando esta incerteza pode ser observada enquanto um problema designativo (ambigüidade)³⁵⁸. Dessa forma, no direito penal, os juristas tendem a rejeitar à ambiguidade ou vaguidade de textos normativos, pois se prendem à tradição teórica herdada do positivismo lógico de considerar que se a linguagem estabelecida no sistema jurídico, difundida através da norma estatal, é a rigorosa descrição das coisas do mundo (linguagem científica), então estes

³⁵⁷ NEVES, Op. cit. p. 115.

³⁵⁸ WARAT, Luiz Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 78-79.

textos não podem apresentar vagueza, mesmo em suas normas gerais. Para o intérprete da norma constitucional, portanto, os dispositivos dos incisos XVI e XVII do artigo 5º da Constituição, que estabelecem, respectivamente, as liberdades de reunião e associação, podem muito bem ser entendidos de forma diferenciada para um intérprete da lei penal. As reuniões e congressos do MST proibidos ou fiscalizados pela polícia, e a própria tentativa de alguns membros da comunidade jurídica, de querer colocar o movimento na ilegalidade, sob a acusação do grupo praticar condutas tipificáveis na Lei de Segurança Nacional, atestam cabalmente como o suposto rigor na interpretação da norma penal pode servir como pretexto para a expansão punitiva e a criminalização de movimentos sociais, visto o caráter vago ou ambíguo que passam a ter os dispositivos constitucionais diante da aplicabilidade de normas penais. Dado seu caráter simbólico diante de normas penais, o texto constitucional acaba por não conseguir abrir um espaço para a comunicação, cujo intérprete da lei penal possa ver a inclusão de expectativas normativas situadas no entorno, antes desconhecidas pelo fechamento operacional do subsistema penal, devido a sua autopoiese e ao rigor do predominante pensamento positivista, que confunde abertura cognitiva do sistema com falta de precisão e incerteza quanto ao entendimento do texto legal e obstáculo para a linguagem jurídica.

O fechamento operacional do subsistema penal em relação a sua linguagem e quanto à definição do que é ou não punível dentro de sua autopoiese punitiva, serve bem aos interesses do sistema político, no seu acoplamento estrutural com o sistema do direito. Como já foi dito, o sistema político mantém uma relação peculiar com o direito penal, não obstante o acoplamento estrutural entre direito e política ser feito pela Constituição, conforme a visão luhmanniana. Entretanto, por meio de sucessivas irritações que redundam no populismo penal, o sistema penal e o sistema político acabam por estabelecer uma relação que muito propicia o fechamento operativo do subsistema penal e a formatação de uma linguagem vinculada ao ideário positivista, no momento em que se dá uma “dupla interdependência” entre os sistemas do direito e da política³⁵⁹, como observa Campilongo. Se o sistema político apresenta ao sistema jurídico premissas para a efetuação de decisões judiciais; e o sistema jurídico, por sua vez, oferece ao sistema jurídico as premissas para o emprego legítimo da força, isso se traduz em termos de política criminal numa função normativa do subsistema penal cada vez mais voltada para a criação de tipos criminais, elevando a expansão punitiva, de acordo com os propósitos e interesses desse sistema político. Numa sociedade de

³⁵⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 93-94.

profundas e definidas desigualdades sociais e crescentes exclusões, dependendo da história, do ambiente e da perspectiva do observador, a interdependência entre os sistemas político e jurídico pode gerar modelos penais que vão desde o modelo ressocializador, passam pelo modelo garantista, até chegar ao modelo criminal de segurança cidadã.

O grande dilema da interdependência entre os sistemas político e jurídico, no que tange à aplicabilidade do direito penal, é que se o sistema político necessita do jurídico para legitimar a força do poder político através das leis, e se, em contrapartida, o sistema jurídico implementa, pela via judicial, os programas traçados no sistema político, as sucessivas diretrizes estabelecidas pelos representantes do poder político, influenciadas por interesses irracionais desenfreados por sentimentos de medo, revolta e insegurança (apesar de racionalmente legitimados esses representantes por meio da lei), pelas sucessivas irritações entre os sistemas, inevitavelmente os julgadores acabarão por ser influenciados pelo discurso da expansão punitiva desenvolvido por outros sistemas (sistema político, sistema dos meios de comunicação), esvaziando-se a função do juiz. A figura do juiz Hércules, tão invocada no pensamento de Dworkin, baseado em princípios e na pré-compreensão do processo normativo, cede espaço ao juiz *bouche de la loi*, conhecido na obra de Montesquieu e muito presente, outrora, na doutrina dos defensores do positivismo estatal.

Não restam dúvidas de que, por meio da Constituição, como asseverou Luhmann, o sistema jurídico estabelece seu aprendizado acerca do entorno social, no seu acoplamento com o sistema político; mas também é possível para um observador de segunda ordem verificar que o sistema do direito, pelo caráter simbólico dos dispositivos constitucionais, conforme a autopoiese do subsistema penal, pode estar a mercê de irritações que comprometem a integridade do próprio sistema. É quando a política ou a mídia ditam o direito; mormente, o direito penal, e nossos julgadores passam a ser seduzidos não pela sua leitura da lei, mas de como a lei pode ser lida pelo sistema político e pelos meios de comunicação, a ponto de influenciar suas decisões.

Ora, sabe-se que o sistema jurídico e o sistema econômico podem permanecer acoplados em torno dos conceitos de contrato e propriedade, sem que percam sua unidade e nem seu fechamento operacional. Entretanto, quando os acoplamentos versam sobre a definição de crime, vê-se até que ponto as irritações entre os sistemas podem levar a sucessivos ingressos da política na definição, no âmbito do direito, de quais serão as figuras definidas num tipo penal e por isso, descritas pela lei enquanto crimes, no momento em que se tem no entorno social o crime enquanto um fenômeno político. Seja pelo desenvolvimento histórico das instituições penais ou das diferenciações havidas na evolução da sociedade, com

a manutenção de suas desigualdades, o crime enquanto prática social esteve sempre à mercê de mecanismos de poder, numa gestão punitiva já vista em Foucault acerca do disciplinamento de condutas; mormente, em uma sociedade fincada em bases econômicas altamente excludentes, como se observou em sociedades feudais ou capitalistas. Se uma comunicação entendida no ambiente social como um desvio, é observada pelo sistema do direito conforme o código de ser vista como uma conduta lícita ou ilícita, e no subsistema penal, enquanto uma conduta ilícita punível ou não punível, isso passa necessariamente por uma decisão política de se estabelecer, no momento do acoplamento, qual comando de poder (legitimado juridicamente ao uso da força) levará a uma decisão jurídica de que tal conduta será merecedora de punição.

Retorna-se à tese do direito penal do inimigo, invocada por Jakobs, bem nesse ponto, por ser cabível o entendimento de que a definição de uma conduta como criminosa inicia-se no pacto, na fundação do sistema político, e de lá partirá a deliberação de quais condutas serão atribuídas como ilícitas a cidadãos, ou definidas como ilícitos praticados por inimigos. A manutenção de direitos fundamentais por meio de oferecimento de garantias celebradas entre os indivíduos no próprio pacto político, apenas tem caráter simbólico diante das disposições punitivas que são estabelecidas nesse mesmo pacto. Se Jakobs recorre ao contratualismo para definir sua tese sobre a existência de inimigos no direito penal, é porque na gênese do sistema político foi se delineando de que forma a abertura cognitiva do sistema jurídico dar-se-ia, na recepção de direitos nos termos de uma Constituição, e de até que ponto o fechamento operativo desse sistema se materializaria, em termos penais, no desiderato principal de estabelecer quais seriam os destinatários da punição (inimigos), e no interesse secundário de saber quem seriam ainda aqueles cujos direitos deveriam ser preservados (cidadãos). Assim como a teoria de Jakobs reconhece uma margem de exclusão desde à celebração do pacto social, o direito penal chancela essa exclusão por meio do aparato punitivo, destinado primordialmente aos inimigos do pacto, e secundariamente aos cidadãos, que, porventura, descumpram as cláusulas do acordo social de convivência em torno de expectativas normativas claras.

Fecha-se o ciclo punitivo por meio do acoplamento estrutural entre o sistema político e o direito, com ameaças de corrupção de um sistema por outro, quando se trata da eficácia meramente simbólica dos dispositivos constitucionais diante da expansão punitiva e da manutenção de modelos de intervenção penal baseados em paradigmas com déficit de racionalidade, como ocorre no caso do modelo penal de segurança cidadã. Daí a necessidade do texto constitucional superar a dificuldade trazida pela própria forma de estruturação do

sistema durante sua autonomia operativa, e através desse acoplamento, sair de sua dimensão simbólica para uma dimensão efetivamente normativa, num movimento de concretização constitucional. Sobre isso, alude Müller, afirmando que: “a decisão jurídica não se esgota nas suas partes cognitivas; apontando para além das questões hermenêuticas da compreensão, no sentido genericamente peculiar que “hermenêutica” e “compressão” tem nas ciências humanas”³⁶⁰. Müller considera que os elementos normativos e os elementos dos fatos trabalham uma relação de reciprocidade onde opera uma pré-compreensão da norma a ser concretizada e do conjunto dos fatos. Para o constitucionalista alemão, há a necessidade de uma metódica constitucional que consiga realizar essa pré-compreensão normativa, a fim de que o âmbito da norma torne possível a delimitação jurídica dos fatos, e que, em linguagem sistêmica, haja, efetivamente, a possibilidade de acoplamento entre o sistema jurídico com seu entorno social, através da norma constitucional.

Lenio Streck, por sua vez, entende que o problema da concretização de direitos no Estado Democrático de Direito tem haver com a superação da ficção provocada pelo positivismo jurídico, ao promover o afastamento do direito da realidade social. A saída para esse dilema viria através da substituição da regra legal plenipotenciária pelo texto constitucional, num ambiente normativo propenso à introdução de valores e a positivação de princípios constitucionais³⁶¹.

Quando Streck defende a Constituição como um remédio contra a exorcização da realidade promovida pelo positivismo, ao desprezar a reflexão hermenêutica (gerando, em consequência, o problema da concretização normativa), o jurista gaúcho leva em conta o papel do constitucionalismo dirigente e compromissário num novo período histórico do sistema jurídico, em que ocorre um fenômeno de publicização dos espaços privados, e a discussão dos conflitos sociais (que antes não era assunto para o direito) passa a ser colocada como pauta das questões constitucionais.

Se o modelo subsuntivo do positivismo, criticado por Müller e Streck, fundado no esquema sujeito-objeto, encontra-se superado pelo neoconstitucionalismo, isso se dá pela superação das posturas epistemológicas do esquematismo positivista, para posturas interpretativas, onde a pré-compreensão buscada por Müller, resvala no fenômeno da faticidade, no modo prático do ser no mundo, encontrado na filosofia de Heidegger.

O problema do déficit de realidade produzido pelo positivismo devido a seu esquematismo exegético de subsunção de fatos à normas, é que seus reflexos se viram

³⁶⁰ MÜLLER, Op. Cit., p. 64.

³⁶¹ STRECK, Op. Cit., p. 292.

projetados no déficit de racionalidade do direito penal, e na invocação, hoje, de modelos repressivos impulsionados por discursos de insegurança coletiva no meio social, como o Modelo Penal de Segurança Cidadã e o Direito Penal do inimigo. A tentativa frustrada e irracional da reação punitiva fundada no populismo penal, de centrar discursos em que a criminalização dos movimentos sociais é um dado imperativo, em função da necessidade de se combater supostos perigos e administrar riscos, deixa ver por trás toda a esfera de discricionariedade e decisionismos da resistência positivista a um novo paradigma de interpretação do direito e de seu baluarte constitucional. Como tornar efetivas normas que promovam a inclusão e a justiça social, conferindo-se ao trabalhador rural o direito à terra, por exemplo, se os principais movimentos mobilizadores, no exercício de seus direitos fundamentais, tais como a liberdade de reunião e expressão, e a materialização desses direitos através do exercício do protesto, são tidos como contrários à ordem jurídica e passíveis de tipificação penal, sendo tratados os integrantes desses movimentos como criminosos ou inimigos? Isso só faz lembrar o velho olhar subsuntivo de adequação do fato à norma, ou de uma conduta a um tipo penal específico, o que implica no esvaziamento da realidade social pela norma, transformando as ocupações de terras, promovidas por esses movimentos, em mero caso de polícia.

Ora, se como diz Streck é necessária uma compreensão do direito não mais como ordenador, como concebia o Estado Liberal, e também não como promovedor, como defendia o Estado Social de Direito, então urge que o atual Estado Democrático de Direito seja visto como transformador da realidade³⁶², e nisso o problema da discricionariedade positivista persiste diante do dilema da aplicabilidade de uma legislação simbólica. Müller já alertava para o credo positivista de considerar que o ordenamento jurídico não teria lacunas³⁶³, e casos essas existissem, deveriam ser resolvidas a partir de uma construção jurídica, que na verdade, recorre a velha teoria das fontes, deixando ao juiz o campo aberto para a discricionariedade interpretativa. Eis um dos grandes problemas de interpretação do ordenamento jurídico quando da necessidade de se confirmar direitos fundamentais de grupos e coletividades organizadas. Quando não se consegue entender pela leitura fria do ordenamento o que é um movimento da complexidade do MST, e as controvérsias de suas ações, opta-se pela legislação punitiva, quando não é isso, decide-se num conflito de competência se o juízo criminal seria realmente o órgão jurisdicional competente para lidar com disputas de terras e ocupações por integrantes do movimento, por não entender se tratar de questão criminal, mas

³⁶² STRECK, *Ibid.*, p. 298.

³⁶³ MÜLLER, *Op. Cit.*, p. 44.

sem ainda obter uma clara interpretação de um fenômeno social traduzido como jurídico nas operações internas do sistema do direito, pela ausência da força na crença da pré-compreensão hermenêutica acerca do fenômeno trazido ao conhecimento do julgador e passível de decisão. É aí que sai de cena a epistemologia positivista e entra a hermenêutica constitucional.

O problema da legislação simbólica esbarra no solipsismo do julgador mediante certa herança maldita do positivismo que, forçadamente, forja uma falsa dicotomia entre *hard cases* e *soft cases*. Por essa dicotomia, o texto jurídico passa a se tornar um obstáculo, e para desbravá-lo, o solipsismo parece ser o caminho mais fácil diante de “cegos no castelo”, que transformam o ato de julgar na arte do palpite acerca dos valores escondidos no texto da norma³⁶⁴. A obtenção de discursos de fundamentação prévios sobre o sentido das normas é um dos mecanismos que o sistema, fechado em sua autopoiese normativa, realiza como forma de lidar com a diferenciação. Ocorre que a produção dogmática não se resume, no interior do sistema do direito, a uma reprodução mecânica de enunciados, súmulas e verbetes que parecem fazer com que o texto jurídico se perca num jogo de linguagens. Na verdade, o que Streck propõe em sua crítica à interpretação positivista do ordenamento jurídico é que o novo constitucionalismo, firmado através do Estado Democrático de Direito, supere os obstáculos traçados pela visão positivista do sistema do direito, através de uma compreensão das operações internas desse sistema, e de uma crítica à linguagem estabelecida acerca dessas operações. É aí que reside o confronto paradigmático traçado pela hermenêutica em contraste com a epistemologia positivista de elaborar um esquema subsuntivo entre sujeito e objeto e entre intérprete e texto da norma.

As Constituições modernas, mormente a Constituição brasileira, são passíveis de esquemas interpretativos dignos da herança positivista, que acabam por construir dogmaticamente uma visão do texto jurídico contido na norma constitucional, como de natureza eminentemente simbólica. Em função disso, é que surgem os conceitos de normas programáticas e a crítica quanto a sua ineficácia, mediante o expediente de que se vale o sistema político, no momento de seu acoplamento com o sistema jurídico, de deixar sob as névoas certos trechos da norma constitucional, à mercê de sucessivos governos que assumam o compromisso político de sua aplicação, quando na verdade a única dúvida que paira quanto a sua aplicabilidade, é se o aplicador da norma está ou não agindo conforme a Constituição. No momento em que ocorre o acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema do direito, os atos da política deixam de ser meras práticas de poder lançadas a juízos de

³⁶⁴ STRECK, Op. Cit., p. 301.

oportunidade, mas sim condutas que se encontram reguladas constitucionalmente. O horizonte da política se abre para o direito, assim como o direito mantém uma abertura cognitiva em relação à política para regulá-la e discipliná-la. Dessa forma, não há de se falar em dificuldade de aplicação do texto, quando o próprio texto já se comunicou com o leitor pela sua própria condição de existência, como um “ser-aí”³⁶⁵, cujo desvelamento encontra-se à disposição da pré-compreensão do legislador e do julgador. Portanto, a consideração acerca da legalidade e da legitimidade das lutas dos movimentos sociais e dos meios utilizados por esses grupos para alcançarem a consecução de direitos, não passa por um problema de questionar criminalmente se as condutas desses grupos são típicas ou não se configuram ilícitos penais, mas sim estabelecer até que ponto o exercício de direitos constitucionais e o predomínio de princípios que norteiam a Constituição, estão presentes na solução desses supostos *hard cases*.

Se Constituição é a base para a legislação, isso implica em dizer que a norma constitucional contém um programa de atuação que não por isso é revestido de um mero caráter simbólico; mas, ao contrário, encontra-se de forma predominante em todas as decisões que envolvem o Estado e a sociedade³⁶⁶. Se o sistema constitucional se encontra aberto para todos os demais subsistemas que compõem o sistema jurídico, isso implica em dizer que não é admissível que o subsistema penal encontre-se, sucessivamente, sujeito às irritações por fora de seu âmbito interno, provocadas pelo sistema político ou pelo sistema dos meios de comunicação.

Em matéria penal, a crise dos modelos interpretativos transformando a solução de litígios num duelo entre casos fáceis e difíceis, não pode ser solucionada pelo paradigma positivista da mera relação epistemológica entre sujeito e objeto, pois o texto jurídico não é algo a se assujeitar, mas sim a se compreender. Parte desse processo interpretativo inicia-se com a pré-compreensão, já comentada por Müller e evidenciada nos estudos de Streck, mediante a reflexão sobre a teoria hermenêutica gadameriana e as contribuições obtidas a partir disso, para a superação das teorias discursivo-argumentativas que acabavam por levar ao solipsismo do juiz e a perda do caráter normativo do texto jurídico pelo jogo de linguagem. Não se trata mais de abordar o simbolismo da norma, mas sim de sua efetividade, a partir de sua pré-compreensão normativa, levada a cabo através de uma antecipação de sentido, forjada

³⁶⁵Ao analisar a obra *Ser e Tempo* de Heidegger, o professor Ernildo Stein estabelece o conceito de “ser-aí” como “abertura, revelação, iluminação, clareza, por motivo de seu próprio aí. Assim constituído concretamente, o ser-aí, a partir do qual apenas é possível o método fenomenológico, que procura revelar o que se mostra assim como a partir de si se manifesta, se movimenta necessariamente num círculo”. O conceito de ser-aí levará ao conceito de círculo hermenêutico, fundamental para uma tarefa de pré-compreensão dos fenômenos do mundo prático. STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude*. Ijuí: Editora Unijuí, 2001, p. 245.

³⁶⁶ STRECK, Op. Cit., p. 305.

no mundo prático do sistema do direito enquanto um ser no mundo, dotado de regras e de princípios, que não se prendem necessariamente num dualismo metafísico. Isso implica em dizer que a tarefa da hermenêutica crítica é a de evitar discricionariedades interpretativas (um verdadeiro sacrilégio em matéria penal, tendo em visto o caráter estrito de interpretação das normas penais), colocando a linguagem como condição de possibilidade entre intérprete e texto, e não como um instrumento que se interpõe entre ambos. Não há como, por exemplo, ao se deparar com a faticidade do mundo prático, o intérprete considerar que determina conduta é delituosa, tão somente assujeitando o fato (ocupação de terras) à norma (invasão de domicílio, furto, dano), sem que haja uma pré-compreensão do direito e da sociedade vigentes, ao ser sabedor que se vive num Estado Democrático de Direito respaldado normativamente através de uma Constituição compromissária e dirigente, cujas diretrizes básicas são a manutenção de direitos fundamentais, tais como a liberdade de expressão, de associação, reunião, o direito ao trabalho e à moradia. Trata-se de trazer o mundo prático ao intérprete da norma e não distanciá-lo como pretendia o positivismo jurídico, deixando os julgadores em seu solipsismo encobertos atrás de seus códigos.

A tarefa interpretativa que livre o julgador criminal de solipsismos, e sirva de antídoto para a expansão punitiva ditada pelo populismo penal nas irritações produzidas no ordenamento jurídico (o que compromete o legislador) e fundada na discricionariedade solipsista (que ataca os julgadores) se dá através da incindibilidade entre interpretação e aplicação. Se interpretar é aplicar, levando-se em conta que o ato de interpretar é respeitar a autoridade da tradição³⁶⁷, como afirma Gadamer, é a partir dos princípios, obtidos pela pré-compreensão do mundo prático do direito e da dimensão de faticidade, onde o sistema do direito encontra-se imerso, que será possível ao julgador sair da armadilha linguística de considerar um obstáculo o texto, pelo caráter simbólico forçadamente dado à norma pelo paradigma positivista, e a partir daí partir para uma linha de interpretação que leve em conta a busca de soluções corretas (conforme à Constituição) e não a solução do deslinde entre o que é considerado fácil no âmbito de decisão e daquilo que é tido como difícil.

Os princípios encontram-se na tradição, e esta, segundo Gadamer, é algo que tem validade sem precisar de fundamentação. Quando Gadamer afirma que a superioridade da ética antiga sobre a filosofia moral da era moderna se dá por conta do caráter indispensável da tradição, ele quer afirmar que tradição e razão não são categorias opostas e conflitantes; mas, pelo contrário, a tradição se coaduna com o exercício da liberdade no desenvolvimento

³⁶⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 372.

histórico, encoberta pelos fatos, devido à característica própria da tradição de não atrair a atenção sobre si, enquanto que as inovações tecnológicas, as transformações sociais, as grandes ações, realizações e saltos da humanidade são vistos como feitos da razão³⁶⁸. Assim funcionam os princípios dentro do ordenamento jurídico, pois independente de todas as Constituições, os princípios sempre estiveram lá, como marca da evolução natural e do desenvolvimento histórico dos povos. São os princípios que desnudam as regras e não são polos conflitantes com estas. Streck propõe o retorno da interpretação das normas jurídicas ao círculo hermenêutico gadameriano, porque através dele é possível fazer a distinção entre pré-juízos verdadeiros e falsos³⁶⁹, na condição de possibilidade de todo ato interpretativo que se dá na pré-compreensão. A não percepção dos pré-juízos é que leva a ignorância sobre a tradição, e nessa ignorância, no que tange à aplicação de normas jurídicas, se vão os princípios, que deveriam nortear a atividade do intérprete da norma jurídica.

Entretanto, é preciso salientar que a hermenêutica não afasta a epistemologia, e nem que se prescindir do procedimento racional³⁷⁰, pois, a hermenêutica se coloca a serviço do método e não contra o método. Isso pode ser explicado em linhas mais simples quando se percebe que a tarefa da hermenêutica é realizar uma análise filosófica dos elementos da pré-compreensão, para aí sim, se compreender. A epistemologia lida com o conhecimento em si, e daí deriva a ciência e a necessidade do método, algo que não é ignorado pela filosofia. Ocorre que a análise filosófica realizada pela hermenêutica abre as portas do conhecimento para a ciência (leia-se: ciência jurídica), propiciando que aquilo que se desvelou pela pré-compreensão, seja agora explicitado através do método. É nesse sentido que, para se entender, no âmbito da ciência penal, o que se constitui a privação da liberdade enquanto uma sanção penal, é importante antecipar o sentido hermeneuticamente do que seja essa liberdade. É por isso que movimentos de expansão punitiva, baseados num modelo penal de segurança cidadã, muitas vezes se perdem por seu déficit de racionalidade, devido ao fato de que não há uma pré-compreensão do efeito da restrição ou renúncia da liberdade em prol da segurança, e de até que ponto esse sacrifício da liberdade em favor de um Estado Policial está vinculado a princípios imersos na tradição jurídica, se concebemos a realidade do mundo prático em que se encontra inserido o sistema jurídico, como um Estado Democrático de Direito.

Retorna-se, portanto, ao problema da Constituição simbólica, e de como a existência das chamadas normas constitucionais programáticas pode levar às crises dos modelos penais

³⁶⁸ GADAMER, *Ibid.*, p. 373.

³⁶⁹ STRECK, *Op. Cit.*, p. 316.

³⁷⁰ STRECK, *Verdade e consenso*, p. 406.

outrora assinalados. Se o modelo ressocializador não mais atende ao seu desiderato de efetividade quanto à aplicação da norma jurídico-penal, no sentido de restabelecer ao convívio social o indivíduo supostamente infrator, ou se o modelo garantista peca por seu excesso de racionalidade, que, paradoxalmente, não consegue dar conta dos imediatismos de um irracional sentimento coletivo de insegurança e alarma social, isso se dá com uma grande sobra de contribuição do caráter simbólico da legislação e da superveniência de normas programáticas, principalmente quando o dilema penal passa a ser jogado na armadilha positivista das resoluções de conflitos entre casos fáceis e difíceis.

Sabe-se que no campo dogmático, o conceito de norma constitucional programática foi empregado para definir os chamados programas constitucionais; isto é, diretrizes ditadas pelo legislador constitucional através de normas que impõem uma atividade ao governante e dirigem materialmente a concretização constitucional³⁷¹, nos dizeres de Canotilho. Segundo esse célebre constitucionalista português, o sentido de norma programática não é mais aquele acentuado pela doutrina tradicional, como se tais normas constitucionais fossem apenas exortações morais, declarações de princípios, apelos ou promessas políticas destinadas ao governante, desprovidos de qualquer vínculo jurídico à normatividade (e consequente efetividade) constitucional; mas sim como normas que tem, hoje, um valor reconhecidamente idêntico ao de outras normas da Constituição. Em um esquema expositivo bem elaborado, Canotilho resume o significado da positividade jurídico-constitucional das normas programáticas, da seguinte forma:

1. Vinculação do legislador, de forma permanente à sua realização (imposição constitucional);
2. Vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como *diretivas materiais permanentes* em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição);
3. Vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos atos que as contrariam³⁷².

Canotilho considera superada a distinção estabelecida pela doutrina entre norma programática e norma atual, considerando que as primeiras são sempre atuais. Nem pode proceder a classificação dessas normas como “normas de eficácia limitada” se ISS implica numa diferenciação que tolhe a normatividade desses dispositivos constitucionais. Se as

³⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1176.

³⁷² CANOTILHO, Op, Cit., p. 1177.

normas programáticas são atuais, isso significa que elas são propriamente dotadas de força normativa, independente de um ato de transformação legislativa que lhes dê eficácia. Isso pode muito bem ser observado nas normas constitucionais que asseguram os direitos sociais, dentre eles o trabalho e a moradia. Se o reconhecimento do trabalho rural do pequeno assentado no exercício do direito à terra como moradia é, politicamente, mais do que plausível e legitimado no discurso político; entretanto, alguns doutrinadores teimam em se firmar na concepção de que a efetividade de tais direitos depende, sobretudo, de uma complementação de sentido da norma, de acordo com as oscilações econômicas e sociais do desenvolvimento da sociedade, que permitam a implementação dos direitos contidos na norma. É um absurdo se conceber como desprovida de normatividade uma norma que assegura direitos fundamentais, e muito mais saber que ao fazer isso, segmentos da doutrina apenas reproduzem as irritações do sistema político no sistema jurídico, no forçado caráter simbólico que quer se infligir na legislação.

Outro aspecto do texto constitucional com forte característica de norma programática é aquele que diz respeito ao princípio da individualização da pena, tão caro ao pensamento dos defensores do modelo penal ressocializador. Sabe-se que o inciso XLVI do artigo 5º da Constituição estabelece as formas de individualização da pena, a partir do regime de fixação de penas em privativas de liberdade, perda de bens, de multa, suspensão ou interdição de direitos. Entretanto, a norma constitucional afirma que a lei regulará, e não diz como se dá a regulação da individualização da pena, quando milhares de apenados são levados à condições desumanas de aprisionamento, sem ter o mínimo espaço físico para seu isolamento celular, condições de saúde, higiene ou sanidade para cumprimento de penas privativas de liberdade. Não obstante, diante do problema da eficácia normativa, o legislador positivista argumentar que se trata de um mero programa a ser solucionado pelo poder político, a partir das melhorias das condições econômicas da população, maior arrecadação do Estado e possibilidade de reformas das instalações dos presídios, o problema carcerário permanece, apesar da previsão constitucional de ser garantido aos apenados o respeito a sua incolumidade física e moral.

Já Marcelo Neves considera que não cabe atribuir falta de concretização normativa a determinados dispositivos constitucionais, tão e simplesmente por estes possuírem ou denotarem um caráter programático³⁷³. Afinal, uma norma constitucional programática só existe se existem possibilidades estruturais para sua realização. O problema é quando as normas programáticas são tidas como simbólicas, quando é colocada uma condição para a

³⁷³ NEVES, Marcelo, Op. Cit., p. 114.

realização do conteúdo das normas programáticas, qual seja, o de transformação radical da estrutura política e social. Isso esbarra tanto naquelas normas que deveriam assegurar o pleno exercício dos direitos sociais, como aquelas que não conferem efetividade a dispositivos penais ressocializadores. Trata-se, segundo Neves, de uma hipertrofia da linguagem constitucional das chamadas “normas programáticas de fins sociais”, quando legisladores e governantes não podem mais esconder a realidade social contrária ao Estado de Bem Estar conferido pelo texto constitucional. A crise do welfarismo penal é sustentada pelo caráter eminentemente simbólico conferido a determinados dispositivos constitucionais.

Daí é que surge a chamada constitucionalização-álibi e que nos dizeres de Marcelo Neves implica na produção de promessas insinceras³⁷⁴ no tocante ao que é estabelecido como linguagem constitucionalizadora e o que não, respectivamente, realizado do conteúdo dessa linguagem. Ao tentar invocar o agir comunicativo de Habermas, Neves contrapõe à linguagem simbólica com a linguagem normativa, no momento em que o agir comunicativo implica na sinceridade dos participantes, e, portanto, na realização do conteúdo da linguagem como fruto de um entendimento entre aqueles que participam da comunicação, enquanto que o agir instrumental ou estratégico é orientado tão somente para os fins para a obtenção do êxito do adversário na disputa comunicativa, não importando na sinceridade da linguagem estabelecida pelo comunicante.

Ao traduzir os conceitos habermasianos em termos constitucionais, Neves tenta demonstrar que a constitucionalização simbólica operada pela atividade constituinte, voltada instrumentalmente para fins de convencimento do povo no debate político, não se trata de um agir comunicativo, mas sim de um agir ocultamente estratégico. Ao se pensar tais concepções em termos de welfarismo penal, chega-se à conclusão que os discursos ressocializadores ou garantistas encontrados na linguagem do legislador constituinte, por vezes revelam-se não raro álibis constitucionais a fim de ocultar a insinceridade de propostas, muito mais estabelecidas para assegurar a lealdade das massas e não para conferir realmente conteúdos normativos plenamente realizáveis.

No tocante à relação entre constitucionalização simbólica e povo, Neves afirma que diante do conflito entre a igualdade pregada enquanto princípio constitucional e a desigualdade oriunda da economia capitalista, com suas divisões de classe, as lutas da classe trabalhadora foram orientadas durante o século XX para uma maior participação na ordem estabelecida, muito mais do que pela construção de uma nova ordem social. É nesse sentido

³⁷⁴ NEVES, *Ibid.*, p. 116.

que nasce o *Welfare State* e com ele todas as políticas características do período, dentre elas uma política criminal de caráter notadamente garantista, dando origem ao chamado welfarismo penal. Ocorre que, o Estado de Bem-Estar produz suas próprias armadilhas, tendo em vista que cada vez que o Estado amplia suas prestações sociais para as massas, mais as camadas populares exigem novas e melhoradas prestações. Daí que a manutenção da lealdade das massas ao projeto político do Estado social só poderia prosperar através da produção de diplomas legais destinados a promover confiança, arrebatando os cidadãos para as propostas do Estado. É nesse sentido que surge a legislação simbólica, quando os órgãos estatais transformam a experiência normativa em mero jogo de cena.

O grande problema do caráter simbólico da legislação, e o que acabou por produzir toda uma crise no welfarismo, é o desabamento da confiança em modelos penais, tais como os fornecidos pelo movimento ressocializador e o garantismo, através da discrepância entre o texto constitucional e a realidade que o texto pretende regular³⁷⁵. No momento em que isso acontece, a legislação entra em descrédito, a concretização constitucional tornou-se fraca ou inexistente, o povo se sente iludido e legisladores e governantes passam a ser vistos como cínicos.

É o momento em que, segundo Ripollés, no tocante às questões penais, a disfunção social ganha os contornos de um mal-estar social, convertido numa sensação coletiva de medo ante o delito³⁷⁶. O desajuste passa a despertar atenção social, em que assuntos vinculados à experiência direta da população alcançam um grau elevado de consternação, podendo esses problemas ser vistos como irressolúveis ou até mesmo incompreensíveis, dependendo de como o sistema social lida com a frustração e com o dimensionamento das expectativas em relação a esses desajustes sociais, descrevendo causas e remédios que podem não acessíveis à comprovação pela sociedade.

O problema do cinismo do legislador e do governante, associados à constatação popular da ineficiência da legislação simbólica, é que isso implica na ausência de racionalidade na formação do conjunto normativo do subsistema penal, que pode também estar associado à crença na existência de uma disfunção social, impulsionadora da formação de normas jurídico-penais, atreladas a um desdobramento da expansão punitiva na criminalização de condutas, a ocorrer tanto numa fase pré-legislativa, como nas fases legislativa ou pós-legislativa³⁷⁷, como estabelece o pensamento de Ripollés. Pelo populismo

³⁷⁵ NEVES, *Ibid.*, p. 124.

³⁷⁶ RIPOLLÉS, José Díez. *A racionalidade das leis penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 23.

³⁷⁷ RIPOLLÉS, *Idem*, p. 25.

punitivo, a disfunção social passa a ser estabilizada cognitivamente no âmbito de uma sociedade, como tema que não desaparece da agenda social, promovendo um envolvimento emocional da população, a ponto de que se desdobrem as expectativas em atitudes punitivas, contagiando em maior ou menor grau os diferenciados membros de uma sociedade, gerando uma demanda autopoietica por mais punibilidade por via da intervenção penal. A questão se traduz em termos da fundação de uma legislação simbólica, a qual não resta opções ao legislador de lidar com as demandas sociais reprimidas, a não ser por meio de atividades punitivas que, em contato com os meios de comunicação, enfoquem especialmente a delinquência como problema social principal, desviando as atenções para o medo do delito, sem que, normativamente, sejam solucionadas efetivamente questões de mais complexidade e urgência que envolvem o comprometimento do sistema político, e, em especial, do legislador.

O compromisso do sistema político na resolução das demandas sociais, refletidas por meio da constitucionalização simbólica, pode abarcar as disfunções que são detectadas através dos assuntos sociais tidos como irresolúveis, levando o legislador a desviar a atenção do intérprete para assuntos que invocam uma maior carga de dramaticidade e atenção. Assim, o ganho de eficácia normativa parece estar mais associado às diretrizes impostas pela norma, voltadas para o tema da segurança, mediante uma atividade repressiva do Estado, do que para diretrizes assistenciais, que impliquem em soluções normativas voltadas para prestações sociais por parte desse mesmo Estado.

Baseando-se em um conceito empregado por Holmes, Marcelo Neves aduz que as chamadas “regras de silêncio” (*gag rules*) podem ser desenvolvidas por Constituições normativas³⁷⁸, no *Welfare State*, no sentido de obter uma domesticação das massas, as Constituições simbólicas nos Estados periféricos não conseguem obter um controle satisfatório da questão social e, por isso, a solução de conflitos parece não ser tomada por decidida através de mecanismos de exclusão de determinados temas da discussão jurídico-política, no tocante, por exemplo, às controvérsias acerca da função da propriedade numa sociedade de incluídos e excluídos, e da submissão do direito individual à propriedade ao direito social à moradia. No momento em que as “regras do silêncio” não conseguem ser impostas através de uma agenda política populista, como acontece no populismo penal, em que questões sociais relacionados com a invasão de terras são transformadas em casos de polícia, só resta ao sistema político a imposição de uma ditadura, onde a Constituição deixa de

³⁷⁸ NEVES, Op. Cit. , p. 124-125.

ter um papel normativo ou simbólico, e passa a se constituir numa Constituição instrumentalista.

Não obstante as repercussões para a crise do aparato punitivo o desgaste sofrido pela constitucionalização simbólica diante de sua inoperância quanto à resolução de conflitos sociais ou a obtenção da desejada “lealdade das massas” pelo sistema político, Neves acentua que esse mesmo desgaste pode conduzir a movimentos sociais e políticos por transformação, que levem a um sistema constitucional efetivamente democrático. A constitucionalização simbólica, segundo Neves, deve ser vista como um problema fundamentalmente encontrado na modernidade periférica, cujo advento da sociedade moderna está relacionado intimamente com a desigualdade econômica, de conseqüências profundas na reprodução dos sistemas sociais, mormente do sistema político e do sistema jurídico³⁷⁹.

Assim, pode-se dizer, num primeiro momento, que o problema da crise de modelos penais como o ressocializador e o garantista, no âmbito de uma modernidade vivida por nações como o Brasil, passa por um problema de concretização constitucional, que diz muito respeito ao processo de constitucionalização simbólica na realidade brasileira. Desde a Carta Imperial de 1824 até a primeira Constituição da República de 1891, o problema da discrepância entre o texto constitucional e a realidade do processo de poder, mormente na relação entre Estado e indivíduos ou coletividades. A falta de concretização normativa no texto constitucional deu-se, em especial, no tocante à aplicação do princípio da igualdade, revelando, na verdade, o quanto o mito da igualdade na aplicação penal³⁸⁰, objeto da criminologia crítica, foi desenvolvido por meio de um processo sistemático de constitucionalização simbólica. O problema da falta de concretização normativa do texto constitucional implicou na manutenção da aplicação repressiva de uma legislação infraconstitucional que chegava a autorizar a supressão das liberdades e a emergência de um Estado policial, como se deu com o período obscurantista de exceção, com a ditadura militar advinda do golpe de 1964, o cerceamento de direitos em prol da segurança nacional, e a manutenção de uma vetusta legislação, que passou a ver como inimigos, quaisquer movimentos organizados que, supostamente, atentassem contra o Estado de Direito simbolicamente estabelecido, como é o caso da chocante repressão que se faz ao MST, por interpretação de alguns intérpretes do direito no país, respaldado por segmentos integrantes do sistema político.

³⁷⁹ Id., p. 170.

³⁸⁰ BARATTA, Op. Cit., p. 162.

Talvez um dos caminhos para uma marcante concretização normativa do texto constitucional, no que tange à preservação dos direitos de coletividades, mormente na concretização de direitos sociais como a moradia e o trabalho, além do respeito aos movimentos sociais, no que tange à manutenção da liberdade de expressão, com a garantia do exercício do direito de protesto, e a liberdade de reunião e associação tão necessária a esses movimentos, possa ser obtida por via do caminho do transconstitucionalismo, pela conseqüente concretização constitucional, através da abertura do sistema jurídico aos pluralismos dos diversos subsistemas sociais, capitaneados por seus movimentos organizados, na égide de um novo modelo penal, consentâneo com o Estado Democrático de Direito. Por esses caminhos, possivelmente uma via de resgate da racionalidade do direito penal, mormente de uma racionalidade legislativa, pode ser obtida sem que haja o sacrifício de movimentos sociais ante um discurso criminalizante, oriundo de uma nefasta expansão punitiva, nos meandros de uma sociedade de risco, agora transformada em sociedade democrática.

6.2. Constituição transversal e transconstitucionalismo na gênese de uma política criminal racional

Aliado ao conceito de constituição simbólica, temos o de transconstitucionalismo, trazido por Marcelo Neves, mediante sua leitura de autores como Welch, e que se propõe a ser uma das recentes contribuições na discussão sobre o constitucionalismo moderno. Na verdade, o que interessa no debate sobre o transconstitucionalismo neste estudo, diz respeito até que ponto esse conceito pode ser válido e de extrema empregabilidade na crítica ao direito penal e ao seu processo de busca de racionalidade, diante dos sucessivos modelos punitivos apontados no capítulo anterior.

Através do conceito de “razão transversal” proposto por Welch, entende-se que existe uma faculdade do intelecto que não impõe decretos, mas sim estabelece “pontos de transição” entre as diversas formas de vida, sistemas e tipos de discursos³⁸¹. Pela razão transversal a dimensão normativa do discurso aponta para uma vinculação da razão para a justiça, entendida como uma justiça “sem consenso”, ou um consenso fundado no fato de que existe um dissenso, e de que a razão não leva finalmente a um consenso, mas sim a uma articulação

³⁸¹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 39.

de dissensos de base. A razão se firma no entendimento sobre a impossibilidade de um acordo acerca de um determinado conteúdo.

A justiça, nessa concepção, serviria não para buscar o consenso, mas sim para impedir totalizações arbitrárias ou autoritárias, possibilitando o intercâmbio racional do conflito, permitindo a “pluralidade do todo”, segundo expressões extraídas de Welch por Neves, muito utilizadas nessa teoria. A justiça pela razão transversal aparecia como uma metanarrativa pós-moderna, em que o discurso normativo da igualdade, por exemplo, obriga a que aqueles que se diferenciam dos demais por questões de posse ou classe, apoderem-se totalmente do que as outras classes não possuem, por conta de existir uma justiça universal que se sobreporia às considerações de justiça de classe. É uma concepção racional diretamente relacionada com a emergência de um mundo globalizado, multicêntrico e pluridiferenciado através das múltiplas comunicações que se desenvolvem no meio social. Nesse sentido, não haveria de se falar em uma única e geral racionalidade transversal, mas sim em múltiplas racionalidades parciais, funcionando como pontes de transição entre umas e outras.

É por isso que, conforme a análise de Marcelo Neves, racionalidade transversal e o conceito de acoplamento estrutural trazido da biologia para as ciências sociais por Luhmann, aproximam-se e se entrecruzam, sobretudo no tocante às influências e corrupções que podem haver durante essas pontes de transição entre os diferenciados sistemas. Sabe-se que na teoria dos sistemas sociais autopoieticos, cada um desses sistemas opera seletivamente, seguindo um determinado código (lícito X ilícito, no sistema jurídico; ter X não ter, no sistema econômico), mas no momento de seus acoplamentos pode ocorrer um efeito colateral desses acoplamentos que é a corrupção sistêmica. Em termos de corrupção, já foi possível destacar neste estudo as influências e irritações provocadas pelo sistema dos meios de comunicação e pelo sistema político no sistema do direito, que terão reflexos significativos na expansão punitiva que se dá internamente na autopoiese do subsistema penal. Entretanto, torna-se importante destacar que nos inúmeros fenômenos de corrupção sistêmica, pesa a forte consideração de Luhmann, de que a corrupção sistêmica é vista como “um problema moral da sociedade mundial contemporânea”³⁸². Na teoria sistêmica de Luhmann estabelece-se a tese de que, apesar das autonomias de cada um dos sistemas funcionais em suas codificações binárias, fazerem com que esses sistemas rechacem um supercódigo moral a se sobrepor as suas disposições internas; por meio da concepção de uma racionalidade transversal, é possível notar que uma metarregulação moral ainda é possível no âmbito dos sistemas, no momento

³⁸² NEVES, *Ibid.*, p. 43.

em que é a moral que atua, policontextualmente, na auto-observação da sociedade, quando a corrupção sistêmica é denunciada como uma patologia, quando os códigos morais atuam nos sistemas, alertando sobre a sabotagem produzida no âmbito interno de um sistema, através das corrupções produzidas por outros sistemas, no momento dos acoplamentos (o caso da influência da mídia no sistema do direito é emblemático, para demonstrar isso).

É interessante notar, nesse momento, como o conceito de racionalidade transversal, através da reflexão construída acerca de uma metarregulação moral dos sistemas, pode coincidir com a busca de uma racionalidade ética no direito penal, desenvolvida a partir da contribuição teórica de Ripollés. Na obra do penalista espanhol, o que se vê é uma tentativa de se estabelecer uma teoria sobre a racionalidade da legislação penal, cuja racionalidade ética delimitaria o campo de atuação das demais racionalidades que atuam no processo de elaboração de normas penais³⁸³.

Ripollés fala da influência da opinião pública, como uma interpretação consolidada acerca de uma dada realidade social, que resulta num acordo básico sobre como influir nessa realidade, imersa num sistema de crenças condicionadas culturalmente e historicamente, que se constitui na base de uma racionalidade ética. Isso implica em dizer que os diversos sistemas sociais não estão imunes ao substrato dessa racionalidade ética que permeia a sociedade, que são o sistema de crenças, nesse sentido, destaca Ripollés:

Por sistema básico de crenças deve-se entender uma trama originária de atitudes vitais e de princípios reguladores do comportamento que condicionam de maneira determinante os modos de interação dos membros da sociedade e cuja aceitação está tão arraigada que só muito raramente algum de seus aspectos é submetido à discussão³⁸⁴.

O que Ripollés entende como sistema de crenças, Habermas entende como “mundo da vida”. De qualquer forma, tanto esses autores como Luhmann, compartilham da ideia de que a sociedade organiza-se de maneira sistêmica, em que as diversas integrações sociais operam-se através de compartilhamentos alheios à consciência dos atores sociais. Seriam pré-compreensões, como já foi estabelecido aqui, neste estudo, ao se analisar as considerações filosóficas e jurídicas de teóricos como Gadamer e Schmitt, mas o que importa na busca de uma racionalidade efetiva para o direito penal que transponha o discurso da insegurança coletiva e o déficit de racionalidade produzido pela expansão punitiva atual, é de que forma essa racionalidade pode estar presente em uma metarregulação moral do sistema jurídico,

³⁸³ RIPOLLÉS, Op. cit. p. 97.

³⁸⁴ RIPOLLÉS, Ibid, p. 117.

mormente do subsistema penal, no momento em que as corrupções sistêmicas avançam, sobretudo, pelas irritações produzidas pelo sistema político, por meio do populismo penal, e através do impulsionamento desse mesmo populismo, na influência exercida na opinião pública pelo sistema dos meios de comunicação.

Se, a partir do sistema de crenças, funda-se uma racionalidade ética, como quer Ripollés, a ponto disso influenciar na técnica legislativa, ao se apropriar o discurso habermasiano de que, uma vez colocadas determinadas condições ideais do discurso, é possível, em uma política deliberativa, reconhecer o processo de entendimento social por meio das integrações havidas no mundo da vida, compartilhando-se de experiências plurais na feitura da legislação, o problema detectado em uma perspectiva sistêmica luhmanniana é quando a corrupção sistêmica deixa de ser eventual e passa a se tornar estrutural, atingindo a estabilização de expectativas³⁸⁵. O problema da tendência à generalização de uma expectativa corrompida é a desdiferenciação sistêmica, como acontece no caso da alopoiese do direito, na crítica de Neves, quando o sistema jurídico - mormente o direito estatal - deixa de ser autorreferenciado, orientando as expectativas normativas, e o sistema deixa de ter autonomia operacional. Isso acontece quando o sistema não mais opera mediante seu código próprio de lícito X ilícito, e passa a agir conforme outros códigos, ditados pelo sistema familiar, econômico, político ou midiático.

Episódios de grande repercussão midiática como a “degola do PM”, na Praça da Matriz, em Porto Alegre, e muitos outros que denotam uma intromissão do sistema político e econômico no sistema jurídico, em que, latifundiários, representantes do agronegócio, integrantes de grupos ruralistas unem-se a proprietários de grandes meios de comunicação, para iniciar uma ofensiva de classe contra representantes de movimentos sociais associados a trabalhadores e despossuídos, por meio de discursos criminalizantes e por alternativas de intervenção penal quanto a esses momentos, é apenas um dos exemplos emblemáticos de como operam essas corrupções entre sistemas sociais. O grande problema é quando não há mais a diferenciação entre esses sistemas e Luhmann atesta a falta de autopoiese. Não havendo fechamento autopoietico no direito, não obstante o sistema, no aspecto penal, parecer agir como operativamente fechado, em uma corrompida punibilidade no seu esquematismo binário (punível X não punível), significa dizer que não existe, ao certo, sequer ordenamento jurídico, ou muito mais uma carta de interesses de classe, resumidas em diplomas legais que, ao invés de generalizarem congruentemente expectativas, como se propõe o texto

³⁸⁵ NEVES, *Ibid.*, p.44.

constitucional, simplesmente fazem prevalecer outros códigos, como o predominante no sistema econômico (ter X não ter), em que, para aqueles que não têm ou foram desprovidos do processo de produção, só restando a manutenção da exclusão por meio do subsistema penal.

Voltando novamente a atenção para a racionalidade transversal e sua relação com a corrupção sistêmica, nos entrelaçamentos produzidos pelas racionalidades transversais como “pontes de transição” entre os sistemas, ocorrem dois efeitos negativos da racionalidade transversal que são: o perigo de atomização e a chamada expansão imperial³⁸⁶. Assim como a corrupção sistêmica é o lado negativo do acoplamento estrutural, a atomização ocorre na expansão de uma racionalidade sobre outra, e a capacidade de aprendizado de um sistema em relação ao outro fica prejudicado, quando o outro deixa de ser reconhecido como tal. É uma espécie de autismo cujo antídoto parte por novos entrelaçamentos, que reduza a redundância e o baixo grau de variedade, abrindo-se um novo jogo de linguagem. Ora, sabe-se que ao se atomizar, um dado sistema social sofre uma perda de racionalidade, pois não consegue mais distinguir o que lhe ao redor. O discurso do medo, globalizado mediante sensações de insegurança coletiva, veiculadas como notícia no código informação X não informação, próprio do sistema dos meios de comunicação, ao promover uma corrupção no sistema do direito, quando, por meio da expansão imperial, o código informação X não informação torna-se o código forte que fragiliza o sistema jurídico, no momento em que não reconhece o código do outro sistema, ou o reconhece como código fraco, propenso a uma colonização pelo código mais forte³⁸⁷.

A necessidade de uma razão moral, que mesmo não funcionando como um supercódigo a pairar entre os sistemas sociais, ao menos consiga propiciar entrelaçamentos, perpassando transversalmente as diversas racionalidades particulares, torna-se, para autores como Marcelo Neves, uma exigência de pretensão normativa da sociedade moderna atual. Salienta-se que os acoplamentos estruturais não são suficientes para trazer a racionalidade, mas através deles, abre-se a oportunidade para entrelaçamentos, em que ocorre tanto o aprendizado quanto a corrupção de um sistema pelo outro, mas também importa na partilha mútua da complexidade dos sistemas envolvidos, que pode fazer surgir pontes de transição onde se encontra presente uma racionalidade transversal. Isso significa que a racionalidade

³⁸⁶ Id.,p.48.

³⁸⁷ Nesse sentido, Marcelo Neves recorre à crítica de Teubner, acerca da corrente “economicização”, “polítização”, cientifização”, “medicamentalização” e “juridicização” das racionalidades, como processos unidirecionais de autorregulação que somente levam a uma homogeneização que não corresponde a heterogeneidade da sociedade moderna. Id., p. 48.

transversal estará presente quando, por exemplo, as relações de poder ou relações econômicas de poder que se entrelaçam por meio de irritações e não por aprendizados, a ponto do controle da pobreza ser feito pelo sistema político, só não permitem que o sistema do direito acabe por ser corrompido em sua operacionalidade e prejudicado em sua racionalidade pela expansão imperial da racionalidade do sistema político, se a Constituição surge como ponte de transição durante os acoplamentos entre o sistema político e o sistema jurídico, propiciando o ingresso transversal de uma racionalidade moral que vigore entre os sistemas, a ponto de que o sistema jurídico passe a despertar para os sinais de alerta detectados no próprio texto constitucional, quando da ingerência indevida do sistema político na regulação de condutas. Isso ocorre, por exemplo, quando diante das diretrizes de segurança pautadas numa intervenção populista sobre o problema criminal, a disfunção social convertida em medo coletivo pelo sistema dos meios de comunicação, não venha a ser galvanizada pelo sistema político com opções populistas, em que a racionalidade legislativa é prejudicada por uma expansão indevida da racionalidade particular do sistema político, quando o legislador é limitado em suas intervenções pela Constituição, porta de entrada de uma racionalidade transversal.

Tal fenômeno entre os sistemas sociais pode ser melhor percebido no processo legislativo, na construção da racionalidade legislativa, como analisa Ripollés, no momento de elaboração das leis penais³⁸⁸. No momento em que o governo ou os grupos de pressão atuam na fase legislativa, condicionando o discurso do legislador, as iniciativas populistas podem dispensar as burocracias, formadas pelos expertos no direito, chamados comumente para ofertar seus pareceres sobre questões controvertidas nas câmaras legislativas. O advento de leis de cunho imediatista e particularista, como a Lei 8.072, de 1990, que trata dos crimes hediondos, é um exemplo básico de como a colonização do mundo jurídico pelo sistema midiático deu-se a partir de iniciativas populistas, quando para a solução de controvérsias acerca do abrandamento ou acirramento de sanções penais, predominou o discurso alarmista da manutenção da impunidade quanto a crimes violentos, quando o que se viu foi a plena aplicação das leis penais, inclusive com a previsão de progressão de regime prisional, para aqueles condenados por crimes contra a vida. A Constituição, surgida como pretensão normativa de racionalidade diante da corrupção sistêmica e da irracionalidade do populismo penal, pode, por via da racionalidade transversal, permitir que os sinais de alerta morais sejam dados no âmbito do sistema jurídico, a fim de impedir a colonização do direito pela política ou pelo sistema dos meios de comunicação.

³⁸⁸ RIPOLLÉS, Op. Cit., p. 55.

O que se dizer então dos movimentos sociais? Como já foi visto anteriormente neste estudo, observa-se no discurso midiático, assim como em determinados segmentos do sistema político, vinculados a interesses de classe, uma clara intenção de influenciar o legislador e, principalmente, o julgador, a considerar mediante sua racionalidade particular, que problemas sociais são decididos como casos criminais, e que o exercício da liberdade de expressão por meio do processo, deve ser convertida em conduta punível por meio de sanção penal, conforme o código lícito x ilícito. Ora, se for pensada a Constituição enquanto um acoplamento estrutural entre o sistema político e o jurídico, tornando relevante o código lícito X ilícito para o sistema político³⁸⁹, o caminho da legitimidade de intervenções punitivas, que visem combater por meio da sanção penal, movimentos tidos como contrários ao regime político vigente, terá que ser feita a partir de uma legitimação constitucional. Ao contrário do que pensa a racionalidade política de uma sociedade onde vigoram intensas desigualdades, atomizadas sob o código poder X não poder, no sistema político essa atomização não pode prosperar por meio de uma expansão indevida do sistema político, a ponto de que, mediante uma sensação de alarma, o populismo punitivo atue no sentido de viabilizar a expansão punitiva, ao arrepio da previsão constitucional de estabilização generalizada de expectativas, numa sociedade.

Os recentes discursos de Guerra ao Terror, ou de combate governamental contra inimigos, em prol de discursos de segurança, como forma de tomar de assalto o Direito Penal, instituindo modelos penais de novas velocidades, podem ser atribuídos a uma tendência contrária à racionalidade, pela força excessiva que um determinado código de um sistema estabelece sobre os outros sistemas, prejudicando pontes de transição, e também prejudicando uma atuação adequada do sistema na sociedade³⁹⁰. O subsistema penal, ao invés de atuar fragmentariamente, lidando como *ultima ratio* com os conflitos que surgem em seu interior, na regulação das expectativas, acaba por não lidar corretamente com o fenômeno da frustração, uma vez que um modelo de segurança baseado na eliminação dos produtores de risco não é garantia para uma eliminação dos perigos futuros. No momento em que governos como o norte-americano, lançam ofensivas militares, ou como no caso colombiano, empregam-se efetivos bélicos para combater o terrorismo dos fundamentalistas islâmicos ou o conflito promovido pelas FARC, isso não implica, necessariamente, que a pobreza, desigualdade e sentimento anticolonialista das nações muçulmanas em relação aos EUA diminua, ou que os conflitos agrários em solo colombiano deixem de existir. O déficit de

³⁸⁹ NEVES, Op. Cit., p. 57.

³⁹⁰ Ibid, p. 47.

racionalidade impera quando o sistema jurídico, ao invés de atuar sob o código lícito X ilícito, deixa-se influenciar pelo código poder X não poder do sistema político, no momento em que faz editar normas que, ao invés de tão e simplesmente regularem um âmbito de condutas tidas como lícitas ou ilícitas, favorecem operações de disputa de poder, entre setores dominantes, detentores de propriedade e dos meios de produção, e aqueles que se encontram desprovidos de tais condições.

Quanto ao conceito de Constituição transversal, talvez a presença da racionalidade transversal por meio da Constituição, no momento dos acoplamentos entre o sistema político e o sistema jurídico, sirva como um antídoto à perda de racionalidade do subsistema penal, enquanto sistema parcial do sistema jurídico, afetado em sua racionalidade pelos riscos de atomização e da expansão imperial de outros sistemas parciais de código forte. Sabe-se que a relação que a Constituição estabelece como outros sistemas, como acoplamento estrutural, é paradoxalmente de tensão e complementação³⁹¹. Nas relações entre política e direito a Constituição pode ser vista tanto como instância do primeiro, quanto do segundo sistema. A Constituição pode ser tanto um processo circular da democracia no sentido político, como a instância reflexiva máxima e mais abrangente do sistema do direito, funciona como uma norma de normas, em seu sentido jurídico. Enquanto o povo fecha o sistema político, a Constituição fecha o sistema jurídico, estabelecendo os procedimentos mediante os quais a política pode ingressar no direito e ser objeto das operações internas do sistema jurídico.

É mediante o processo legislativo, principalmente, que a Constituição enquanto acoplamento estrutural permite uma abertura cognitiva do sistema jurídico, determinando sua capacidade de aprendizado mediante os procedimentos constitucionais e as reformas constitucionais. Assim, as racionalidades particulares dos demais sistemas deparam-se com um fechamento operacional do sistema jurídico a partir do texto constitucional; mas é esse mesmo texto que permite a abertura do sistema quando prevê em seu interior os procedimentos adequados para que as iniciativas populares e os discursos de poder desenvolvidos no interior do sistema político, possam ingressar no mundo do sistema jurídico. Se é o direito constitucional que fecha o sistema jurídico, é o povo constitucional que fecha o sistema político, no momento em que, transversalmente, a norma constitucional passa a atuar entre os dois sistemas.

³⁹¹ NEVES, Id., p. 57.

É por isso que, conforme o entendimento de Neves³⁹², influenciado pelo pensamento de Teubner, a Constituição funciona não apenas como um filtro das irritações e influências recíprocas entre dois sistemas distintos e autônomos de comunicações, como são o sistema jurídico e o político, dotados, ambos, de suas racionalidades particulares. Na verdade a Constituição, como já foi dito, desenvolve-se enquanto racionalidade transversal no momento em que estabelece pontes de transição, mediante os entrelaçamentos possíveis em que, pelo processo de aprendizado, tanto o direito se adequa politicamente, quanto à política se adequa juridicamente. Isso pode ser notado quando o reconhecimento jurídico das lutas populares por meio dos movimentos sociais passa a ser reconhecido, por meio da Constituição, como o exercício de poder político, consagrado constitucionalmente enquanto direitos de elegibilidade, organização política por meio de partidos e associações, liberdade de ação política como liberdade garantida juridicamente, por conta da previsão constitucional da liberdade de reunião, assim como o exercício do protesto, como uma das ações políticas desenvolvidas pelo povo, democraticamente no interior do sistema político, possa ser entendido como liberdade de expressão, ou liberdade de manifestar um pensamento que, inclusive, defenda a luta de classes e as ocupações de terra, não como crime de usurpação ou esbulho possessório, mas como exercício do poder político de rebelião, sempre que essas ações não importarem na promoção de uma vantagem patrimonial específica a indivíduos ou grupos, mas seja apenas um mecanismo de pressão para que o Estado e as classes dominantes fiquem despertas para um grave problema social (a falta de trabalho, terra e moradia).

Quando Neves estabelece que a Constituição transversal não se restringe a uma observação de primeira ordem entre os sistemas³⁹³, mas pressupõe uma vinculação construtiva entre política e direito no âmbito reflexivo, com observações recíprocas de segunda ordem, isto somente pode ser possível no âmbito de sistemas políticos democráticos (com uma consequente constitucionalização adequada aos meandros de uma sociedade politicamente democrática), em que o nível de desigualdades não proporcione um silêncio tal que as iniciativas populares não sejam levadas em conta no debate político, no momento em a racionalidade particular do sistema político se transforma em racionalidade legislativa. Na verdade, quando a Constituição legitima o processo legislativo, lá se deve operar a racionalidade moral por via dos sinais de alerta que o sistema jurídico deve despertar, no

³⁹² Aqui, tanto a tese da racionalidade transversal, quanto a do pluralismo jurídico e a superação do conceito de acoplamento estrutural, defendido por Luhmann pelo conceito de instituições de ligação, na teoria de Teubner, ganhando maior destaque e complementação, pois ambos podem ser úteis tanto para entender o alcance da intervenção do povo, enquanto elemento operativo do sistema político que garante seu fechamento, quanto o de Constituição, enquanto elemento de fechamento do sistema jurídico. Id, p. 63.

³⁹³ Ibid., p. 63.

momento em que as ingerências políticas no decorrer do processo legislativo não resultem em ataques a direitos fundamentais constitucionalmente assegurados e garantidos. É o que ocorre, por exemplo, nos obstáculos enfrentados por legisladores que, a serviço do populismo punitivo, em momentos de intensa insegurança coletiva e alarma social, defendem proposições que visem eliminar liberdades, exterminar garantias ou mesmo liquidar fisicamente pessoas, como no caso das pregações pela redução da maioria penal para fins de imputação e na defesa da pena de morte.

A Constituição transversal surge, portanto, como veículo inibidor da corrupção sistêmica e dos efeitos negativos da racionalidade transversal, quando aparece como Constituição jurídica para o sistema do direito e como Constituição política para o sistema político. Isso implica em dizer que, ao mesmo tempo que a Constituição garante o fechamento operativo do sistema jurídico e sua autorreferência, ela permite a adequação do sistema à complexidade do ambiente social, através de sua abertura cognitiva ao sistema político. A justiça, enquanto fórmula de contingência, funciona como justiça constitucional que dá consistência interna ao sistema, pois através de uma solução jurídica consistente, o sistema ganha racionalidade³⁹⁴. Assim, a justiça constitucional garante um sistema jurídico racional, por lhe dar consistência, e a partir dessa racionalidade o sistema jurídico pode se adequar socialmente. Agora, a pergunta que se faz é de como esse sistema pode, efetivamente, adequar-se nos termos de uma sociedade complexa, em que não existe um mundo da vida hegemônico, e onde os diversos sistemas parciais envolvem suas racionalidades particulares, distribuídos em diversas comunidades, grupos de pressão, etnias, correntes de pensamento e segmentos sociais. Como, por exemplo, racionalizar que o direito à terra corresponde a direitos sociais de moradia para trabalhadores rurais sem-terra, da mesma forma de que a terra corresponde a um direito de propriedade, para um ruralista?

Há na sociedade projetos concorrentes e até antagônicos, onde, o que parece adequado para uns, não corresponde ao que é adequado para outros. A adequação social que o sistema do direito pode desenvolver, não parte de uma dominação do contexto pela legitimação de um só discurso, e nem pela destruição dos antagonismos (mormente os de classe), mas sim pela possibilidade de estabelecer uma convivência não destrutiva entre esses diferentes projetos, através da legitimação constitucional dos procedimentos e da reorientação das expectativas normativas em prol de um arcabouço constitucional que dê consistência à regulação dessas expectativas. É nesse sentido que tanto a tese da Constituição transversal, quanto a do

³⁹⁴ NEVES, Id., p. 64.

pluralismo jurídico podem caminhar *pari passu*, no sentido de se estabelecer uma nova teoria jurídica sobre os movimentos sociais e a legitimação de suas reivindicações, sem entrar em desacordo com o que estabelece a tutela penal de bens jurídicos constitucionalmente assegurados.

O reconhecimento do pluralismo pode evitar que o sistema do direito, na busca de sua adequação social, estabeleça uma ênfase excessiva a um projeto particular de um sistema parcial com pretensão de hegemonia, que leve à subordinação de outros sistemas parciais. Evita-se que o sistema jurídico, no âmbito do subsistema penal, torne-se apenas um “direito penal burguês”, a serviço de uma classe, conforme o jargão dos adeptos da criminologia crítica, e se torne um direito racionalmente legitimado por um observador de segunda ordem, situado no sistema político, uma vez que o direito deixa de ser apenas um mero instrumento à disposição da classe dominante na superestrutura, apto a legitimar a desigualdade e a exploração de uma classe pela outra através das normas oficiais, como estabelece a crítica criminológica de orientação marxista.

Aqui, os conceitos de paradoxo e contingência anteriormente comentados, ganham novo destaque no momento em que se entende que a adequação social do direito atua de forma paradoxal, à medida que o aumento de consistência jurídica é acompanhado de uma redução da adequação social do direito. Ora, para manter a diferenciação, a autonomia e o fechamento operativo do sistema jurídico, é necessário que na aplicação da justiça enquanto fórmula de contingência, alguns casos não fiquem cindidos entre *hard cases* e *soft cases*, mas sim entre casos que permitem ou não uma decisão correta, dentro da consistência jurídica e da adequação social do direito em uma sociedade complexa. Resolvendo a questão, o princípio da igualdade³⁹⁵ surge aqui como a dimensão da justiça constitucional que confere consistência ao sistema do direito. A igualdade funciona como uma imunização do direito às diferenças juridicamente irrelevantes, mas relevantes para outros sistemas. É aqui que diferenças econômicas como as havidas entre cidade e campo, sobretudo, a partir do processo pós-industrial das últimas décadas do século passado, e o advento de uma sociedade complexa tida como sociedade de risco, não podem por si só gerar diferenças tamanhas que contaminem o contexto social do direito, no seu processo de adequação. A igualdade enquanto consistência jurídica implica numa igualdade jurídico-constitucional, adequada à complexidade das ilimitadas esferas sociais que podem ser atingidas pela norma constitucional. É uma igualdade entre latifundiários e agricultores, entre ricos e pobres, entre algozes e criminosos. Trata-se de

³⁹⁵ Ibid., p. 66.

uma igualdade que sempre opera com aberturas cognitivas no sentido de que o conceito de igualdade sempre estará aberto à transições, adequações, adaptações, sem que isso implique numa igualdade de fato (já que, no âmbito de seus respectivos sistemas, a diferença e a desigualdade persistem), mas sim em uma igualdade de acesso ao direito e aos remédios jurídicos. O problema da desigualdade atinge o direito no momento em que os abismos provocados por essa desigualdade se tornam tão profundos que repercutem no sistema do direito, a ponto deste não conseguir mais imunizar as diferenças das outras esferas sociais, por conta da manutenção de privilégios e discriminações ilegítimos. É daqui que decorre o problema da expansão punitiva e de como o populismo penal pode vir a contaminar a racionalidade legislativa, no momento em que essa racionalidade não é transversalizada pela norma constitucional e pela aplicação do princípio constitucional da igualdade, enquanto uma expressão da justiça constitucional como fórmula de contingência do sistema jurídico.

Mediantes às críticas às condições ideais de discurso para a base da formulação de um espaço democrático para o diálogo, na formação da racionalidade legislativa, temos que Ripollés³⁹⁶ entende que o critério democrático, também conhecido como critério das convicções gerais da opinião pública, pode ser hábil no sentido de firmar uma racionalidade legislativa na elaboração de normas penais, que afaste o déficit de racionalidade promovido pelo populismo penal, com base em sentimentos generalizados de insegurança coletiva. Ripollés crê que se a opinião pública pode ser vista como uma contrapartida aos grupos de interesse comandados pelo poder econômico ou pelo poder político, então essa opinião pública necessita da sociedade civil, através de sua rede de associações espontâneas, que apoiadas em seus direitos fundamentais de associação e reunião, possam contribuir para a construção do discurso normativo, uma vez reconhecido o pluralismo social. É aqui que reside a grande força dos movimentos sociais e a possibilidade de reconhecimento dos pluralismos, no âmbito da racionalidade transversal do texto constitucional, que por sua vez, regula e confere legitimidade ao processo legislativo.

Ao se tratar de uma racionalidade legislativa que opere em direção contrária ao déficit de racionalidade encontrado no discurso punitivo do populismo penal, na elaboração das normas jurídicas, Ripollés comenta que Habermas fundamenta a legitimidade das normas do direito, através de um processo legislativo racional³⁹⁷ que leva à criação dessas normas. Tal processo encerra um discurso político-jurídico repleto de conteúdos morais, ético-sociais e interesses pragmáticos que se encontram presentes no sistema de crenças, numa racionalidade

³⁹⁶ RIPOLLÉS, Op. cit., p. 109.

³⁹⁷ RIPOLLÉS, Id., p. 82.

pré-legislativa. Resta saber se essa racionalidade legislativa também passa uma por uma racionalidade moral, dentro daquilo que foi entendido como uma moral que se transversaliza entre as diferentes racionalidades, e de que até que ponto esta racionalidade confere, no âmbito do processo político de elaboração do discurso, onde é permitido o acoplamento entre o sistema político e o sistema jurídico que garante uma complementaridade entre o princípio democrático e o princípio da justiça.

Habermas³⁹⁸, conforme os comentários estabelecidos por Lúcio Chamon Júnior, em estudo comemorativo acerca dos oitenta anos completados pelo célebre filósofo alemão, faz um importante retrospecto do pensamento filosófico de Habermas, cujos temas já foram objeto de reflexão neste estudo, e que tem principal relevância no estágio atual de desenvolvimento desta tese acerca do direito penal, levando-se em conta às contribuições trazidas até agora na teoria de Luhmann, pelos desdobramentos do tema da Constituição transversal trazidos ao Brasil por Marcelo Neves, e pela elaboração crítica de Ripollés, acerca dos rumos da política criminal contemporânea e suas consequências para o direito penal moderno.

Ao ser dado destaque, por exemplo, à evolução do pensamento de Habermas, em sua filosofia do direito, no que tange às relações entre direito e moral, talvez seja possível encontrar uma racionalidade moral como metarregulação dos sistemas, cujas conclusões quanto a isso puderam ser obtidas, mediante uma análise da teoria de Luhmann. Na construção de uma racionalidade legislativa para o Direito Penal, urge saber até que ponto o princípio do discurso apontado por Habermas, tem relação com os entrelaçamentos entre direito e moral, sem que isso implicasse na sobreposição de um sobre o outro, na formação dessa racionalidade que se deseja buscar para o subsistema penal.

Direito e moral, enquanto sistemas comunicativos diferenciados podem ser vistos como funcionalmente complementares, na filosofia de Habermas, sendo que é o princípio do discurso que rege essa complementaridade, no momento em que o direito moderno encontra-se aberto cognitivamente o suficiente para permitir a participação dos cidadãos, como destinatários de normas que eles possam ter como válidas, pois manifestarem seu assentimento a elas, mediante sua participação em discursos racionais. Lógico que esse tipo de abertura não compromete a autopoiese do sistema jurídico, exatamente pelo fato de já ter sido edificado o conceito de Constituição, como acoplamento entre os sistemas jurídico e

³⁹⁸ É por isso que no pensamento de Habermas, Chamon Júnior iniciará suas considerações, levando em conta três etapas em que se desenvolveu o pensamento de Habermas acerca das relações de dependência e complementaridade entre direito e moral. CHAMON JUNIOR, Lúcio Antonio. *Filosofia do direito na alta modernidade: Incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p 2.

político, e de onde se firmará a convicção de que se encontra legitimado o processo político de discussão das leis pela Constituição, desde o surgimento dos discursos prévios de elaboração pela comunidade política, até os discursos de fundamentação pela comunidade jurídica.

No âmbito do sistema político, o princípio do discurso desdobra-se como princípio democrático, que nos acoplamentos entre o sistema político e o jurídico, proporcionados pela Constituição, passa a se tornar, no âmbito do sistema jurídico, um princípio jurídico de legitimação do procedimento de produção de normas, chamado processo legislativo. O princípio democrático não traz soluções para as questões políticas³⁹⁹ (como a desigualdade nas disputas de poder), mas é capaz de desenvolver meios institucionalizados e legitimados no âmbito dos sistemas, sendo assegurado aos participantes do discurso racional, a igualdade de participação na produção de normas. Por isso, fundar-se a assertiva de que os direitos fundamentais reconhecidos pelo Estado de Direito só podem ser constituídos em uma democracia, em que há o pleno exercício não apenas das liberdades referentes à autonomia privada, mas também as liberdades comunicativas presentes na autonomia pública, reconhecidas como liberdades jurídicas. É através da autonomia pública que se desenvolvem as liberdades comunicativas que asseguram as condições de igualdade de construção de discursos que resultam numa produção legítima do direito, conforme estabelece o princípio democrático.

No tocante à relação entre direito e moral, é o princípio do discurso que interpreta a complementaridade entre ambos, e a abertura cognitiva do direito à moral dá-se por meio do princípio democrático, por sua vez assegurado pelo princípio do discurso, onde razões morais podem ingressar no sistema do direito, por meio de seu aprendizado de conteúdos morais. O direito permanece diferenciado da moral, contudo, na concepção habermasiana, não se encontra moralmente neutro, pois em sua complementaridade, reflexões morais sempre terão certa ressonância no interior do sistema jurídico, face os acoplamentos entre o sistema moral e o direito.

Mas será que o sistema do direito precisa da moral para assumir a sua principal função enquanto comunicação; ou seja, estabilizar expectativas de comportamento? Sabe-se que determinados conflitos cotidianos prescindem de normas jurídicas e podem ser resolvidos meramente por regras morais. Contudo, no âmbito de sua forma jurídica, a fim de lidar com essas expectativas, o sistema do direito depende de uma moral pós-convencional⁴⁰⁰. Não se

³⁹⁹ CHAMON JUNIOR, *Ibid.*, p.10.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p.13.

trata de uma justificação moral do direito (até porque enquanto sistema, o direito mantém sua autonomia), mas sim uma dependência em aspectos funcionais, como acredita Chamon Junior, quando os déficits da moral no tocante à efetividade de soluções morais para os conflitos sociais são compensados pelo sistema do direito. No âmbito dos direitos fundamentais, por exemplo, considerar a liberdade, a vida humana, a segurança e o trabalho como conteúdos morais a compor uma eticidade das relações humanas (reconhecer o direito do outro de ser livre, exercer um trabalho e sentir-se dignamente seguro) não se confunde com a regulação normativa, no âmbito jurídico, acerca de direitos que devem ser consagrados e obrigatoriamente respeitados no interior do sistema do direito, visto que este tem autonomia, entretanto, através da introdução do princípio do discurso é que se percebe que os direitos fundamentais não são meras cópias de direitos morais trazidos para o interior do sistema do direito, mas sim direitos construídos juridicamente a partir do desenvolvimento do princípio democrático, correlato ao acoplamento produzido entre o sistema político e o sistema jurídico pela Constituição.

Assim, na concepção habermasiana, é na prática argumentativa desenvolvida na sociedade moderna, mediante o princípio do discurso, traduzido em princípio democrático, no âmbito do sistema político, que conteúdos morais submetidos à discussão racional pela comunidade política, podem, pelos acoplamentos proporcionados pela Constituição, contribuir para a formação de normas jurídicas, na estabilização de expectativas de comportamento, solucionando o dilema da frustração. É necessário como pressuposto que na sociedade moderna (em que se concebe o desenvolvimento do discurso), seus integrantes se reconheçam como igualmente livres, e daí reside a dificuldade de se conceber em termos de sociedades, de modernidade tardia, com enraizadas desigualdades sociais, como essas condições de igualdade podem, efetivamente, ser estabelecidas.

Para Ripollés⁴⁰¹, como já foi observado neste estudo, seria por meio de uma opinião pública surgida na sociedade civil e capitaneada pelos movimentos sociais que tornaria possível o surgimento de condições de comunicação onde esses movimentos se tornariam os autênticos atores da política, sobretudo, no contexto de sociedades complexas que emergiram na modernidade. Nessas sociedades, no entendimento de Habermas, a figura das “negociações” implicaria uma disponibilidade para cooperação entre os sujeitos do discurso, onde a formação da vontade política estaria associada ao princípio do discurso, na construção de um processo racional de constituição dessa vontade. Em outras palavras, em termos da

⁴⁰¹ RIPOLLÉS, 2005, p. 196.

formação jurídica na produção de normas jurídico-penais, a racionalidade legislativa funda-se inicialmente na atuação de atores políticos habilitados a, democraticamente, participarem das negociações estabelecidas dentro de um cenário em que, sem coerções, possa ou não ser estabelecido um consenso. É desta forma que mediante a formação do discurso, uma racionalidade comunicativa torna-se transversal, efetuando uma complementaridade entre conteúdos morais e normas jurídicas que se consagram na redação do texto constitucional.

Habermas entende que a ausência de neutralidade moral do direito diz respeito à introdução de razões morais no processo de produção legislativa, ainda que programas jurídicos sejam seletivamente legitimados pela moral. Tendo em vista que tanto o sistema político quanto o sistema jurídico sofrem a influência dessa racionalidade moral, faz sentido falar da existência de um papel metarregulador da moral no âmbito dos diversos sistemas sociais, e de como essa moral pode estar presente nas racionalidades particulares de distintos subsistemas sócias no âmbito de uma pluralidade de interesses na sociedade moderna. Nesse sentido, o direito à moradia para comunidades de indivíduos organizados em movimentos de sem-terra e sem-teto, enquanto um conteúdo moral, pode muito ser transporto pelo discurso, nos termos de uma racionalidade moral transversalizada entre os sistemas, a ponto de influir na racionalidade legislativa e na produção de normas a suprir expectativas de comportamento, na consagração normativa de direitos fundamentais, a figurar no texto constitucional.

O princípio democrático⁴⁰² tem seu papel nos acoplamentos entre o sistema político e o sistema jurídico, e o entrelaçamento de ambos com conteúdos morais, no momento em que o sistema do direito tem um aprendizado moral por meio da norma constitucional que, como polo de manifestação da racionalidade transversal de intercomunicações entre sistemas e seus respectivos conteúdos, prevê o processo legislativo onde predomina o princípio do discurso, e através dele conteúdos morais podem vir a se manifestar pela atuação dos grupos mobilizados, integrantes da sociedade civil, que atuam como autênticos atores políticos do discurso que condiciona a vontade política, ao mesmo tempo em que estabelece a forma jurídica moderna.

Se, no acoplamento entre sistema político e jurídico efetuado pela Constituição, o princípio democrático a reger a comunidade de cidadãos, dá espaço ao princípio da justiça, enquanto fórmula de contingência do sistema do direito, a lidar com as expectativas da comunidade jurídica, isso se dá porque mediante os acoplamentos entre sistemas, e mediante a presença de uma racionalidade transversal, o princípio da justiça invade o princípio

⁴⁰² CHAMON JUNIOR, Op. cit., p. 20.

democrático, assim como este influencia na formação de normas jurídicas no interior do sistema do direito, tendo como cenário comum a Constituição. É nela que reside todo o arcabouço jurídico que resultará, por exemplo, em termos infraconstitucionais, no surgimento da legislação penal e na redação de dispositivos que disciplinam coercitivamente condutas mediante a aplicação de prisões cautelares, como se deu com a reforma no Código de Processo Penal, através da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, que alterou a forma como o Estado lida com a privação da liberdade do indivíduo. O princípio da presunção da inocência é convertido em princípio da justiça, no momento em que se impede a decretação da prisão preventiva de um indivíduo acusado de um ilícito definido como conduta típica pela norma penal, no momento em que sua conduta não preencher os requisitos dos artigos 312 a 313 do CPP, ao mesmo tempo em que a aplicação de tal princípio no sistema jurídico foi proporcionada pelos mesmos conteúdos morais que influenciaram o princípio democrático de debates e elaboração das normas que resultaram em alterações na legislação processual penal. Em quaisquer das situações em que se formam normas jurídicas incriminadoras, a presunção de uma vontade política, democraticamente estabelecida por meio do debate democrático, é fundamental para fundar a racionalidade de dispositivos penais e processuais penais, sob pena de subsistirem regras tão somente ditadas pelo irracionalismo de iniciativas abruptas do legislador, despidas de qualquer debate racional.

Quanto à necessidade de se evitar práticas fundamentalistas⁴⁰³ na realização do princípio do discurso e formação da vontade política, observa-se o quanto isso se identifica com a necessária participação da sociedade civil na opinião pública, a fim de evitar que disfunções sociais sejam transformadas no medo do crime ou no medo aos chamados agentes de perigo e produtores de risco, na formação do sistema de crenças que constitui as racionalidades particulares dos diversos e plurais sistemas sociais parciais. Segundo o estudo de Chamon Junior, Habermas não chega à ingenuidade de considerar que, dentre as diferentes concepções de vida boa que podem estar presentes no momento do debate, num cenário em condições de se estabelecer o princípio democrático, grupos de interesses diversos podem querer sobrepujar os demais, uma vez que o princípio do discurso não se encontra absolutamente neutro. É nesse sentido que as incursões perniciosas do populismo penal podem comprometer o debate democrático, uma vez que é sabido que a produção legislativa na autopoiese do sistema jurídico, face sua diferenciação, independe de que o debate produzido no sistema político seja ou não feito em termos justos e democráticos.

⁴⁰³ CHAMOR JUNIOR, 2010, p. 21.

Ora, se o princípio do discurso atua como uma reconstrução de ideias morais compartilhadas ou não pelos agentes da comunicação, isso implicaria em dizer que nem sempre o direito estaria justificado no princípio democrático, uma vez que um grupo dominante de agentes pode se apropriar do discurso, impondo-o à comunidade de cidadãos, conduzindo a racionalidade legislativa como a racionalidade própria da moral desse grupo, distinto dos demais. É algo que é plausivelmente decorrente e explicável pela criminologia crítica de viés marxista, uma vez que os adeptos dessa corrente teórica tendem a entender todo o sistema jurídico como um sistema produzido por interesses de classe. Entretanto, no âmbito de uma concepção de sociedade moderna que vislumbra o sistema social além dos compromissos de classe, existe uma pluralidade de interesses que compõem diversas racionalidades com componentes morais que podem ou não tomar seu lugar no debate, sobretudo, na discussão de aspectos penais de uma racionalidade legislativa a ser construída.

A grande questão para solucionar esse impasse da formação de um discurso efetivamente racional na elaboração de normas jurídicas (mormente as penais), parte do pressuposto de que em sua obra, Habermas⁴⁰⁴ entende que o princípio do discurso não eclipsa qualquer conteúdo moral de diversas racionalidades, de distintos grupos, no processo de formação da racionalidade legislativa. O que fundaria o princípio da igualdade, a surgir como princípio moralmente neutro, que não atuaria em privilégio de uns em prejuízo de outros, seria descobrir na gênese lógica do direito moderno o reconhecimento dos direitos fundamentais como uma exigência normativa básica, a fundar o sistema do direito, assim como seria a base para a formação do sistema político.

Em relação ao problema da imparcialidade que comprometeria o princípio do discurso e que afetaria as condições democráticas para o exercício desse discurso, tendo em vista a abissal realidade de dominação de classe, em sociedades de modernidade tardia como o Brasil, Chamon Junior⁴⁰⁵ talvez ofereça uma resposta à crítica de Streck à filosofia de Habermans, no tocante a sua inaplicabilidade na realidade latino-americana de países como o Brasil, já anteriormente destacada neste estudo. Chamon Junior introduz o conceito de “exigência normativa genuína” como resposta a uma das questões deixadas em aberto por Habermas sobre a neutralidade do princípio do discurso e de como as dificuldades de não vivermos em uma sociedade de livres e iguais comprometeria o exercício de iguais liberdades subjetivas na comunicação, a ponto de proporcionar um debate efetivamente democrático na formação da racionalidade legislativa.

⁴⁰⁴ Id., p. 22.

⁴⁰⁵ Ibid., p. 26.

A modernidade caracteriza-se pela formação de uma comunidade de homens livres que se reconhecem como iguais que respeitam princípios gerais de justiça, a partir do reconhecimento de uma vontade política que pode ser construída de maneira imparcial. Isso implica em dizer que no surgimento das Constituições modernas, a pretensão do legislador constituinte era de que seria possível conceber uma comunidade política formada por sujeitos da sociedade que poderiam tomar decisões vinculantes na produção legislativa, reconhecendo-se como livres e iguais, pois se encontravam subordinados aos princípios gerais de justiça. Nesse aspecto, o princípio do discurso teria o papel tão somente de expor um ponto de vista a partir do qual possam ser fundamentadas imparcialmente normas de conduta, mediante relações simétricas de reconhecimento das comunicações estabelecidas no debate democrático. A liberdade desses homens tem como limite apenas a liberdade do outro, e isso implica na formação de uma nova racionalidade não mais pautada na religião, como critério racional do Antigo Regime, mas sim na exigência normativa genuína de que todos os homens devem se respeitar como livres e iguais. Chamon Junior entende que essa exigência é constitutiva da modernidade e esteve presente no decorrer do desenvolvimento da sociedade moderna desde seus processos de secularização e diferenciação funcional. O mundo moderno é um mundo que não prescinde da liberdade, e a forma de mediação e compatibilização dessa liberdade entre os homens se dá através da comunicação. Só é possível o exercício da liberdade entre os homens mediante uma mediação linguística capaz de gerar compatibilizações, e, nesse sentido, os movimentos sociais, no exercício de seu direito de protesto, também devem ser vistos como atores políticos capazes de proporcionar comunicativamente um regime de liberdades que venha a ser reconhecido entre os direitos fundamentais.

A imposição do princípio da dignidade enquanto princípio moral a ditar a vida da comunidade de cidadãos livres e iguais, trata-se, portanto, de uma exigência normativa da modernidade reconstruída pelo processo democrático, onde se insere toda a formação de normas jurídicas, mediante o acoplamento estrutural entre o sistema político e jurídico. A Constituição transversal opera, portanto, por meio do princípio da dignidade humana, trazida pelo princípio democrático ao sistema jurídico, na consolidação dos direitos fundamentais, sejam eles individuais, coletivos ou sociais. O antídoto para qualquer processo incriminador, desvairadamente desenvolvido nas normas infraconstitucionais por meio da irracionalidade do populismo punitivo, pode ser resolvida por meio dessa transversionalidade da razão moral, detectada desde o princípio democrático, na formação da racionalidade legislativa, valendo-se do discurso, e desde a participação de homens que se reconhecem como livres e iguais,

mesmo com as diferenciações produzidas pelo pluralismos dos distintos sistemas sociais parciais, como uma exigência normativa genuína da modernidade, a ponto de diferenciá-la marcadamente de outros estágios de desenvolvimento histórico da civilização.

O princípio da dignidade desenvolve-se através do princípio democrático no sistema político, preenchido de um conteúdo moral com pretensões de universalização, uma vez que perpassa racionalmente todos os sistemas parciais, como uma exigência do mundo moderno que, ao contrário, tenderia à destruição. Isso implica em dizer que mesmo nos mais antagônicos grupos sociais, é necessário o reconhecimento do outro, mesmo que o outro seja definido como inimigo, e isso culmina num duro choque contra as concepções defendidas por Jakobs. Se é uma exigência da modernidade o reconhecimento da igual liberdade do outro, na diferenciação funcional entre os diversos sistemas e mundos da vida presentes na sociedade, então não haveria como persistir a diferenciação entre pessoas e não pessoas, como quer estabelecer a teoria do penalista alemão, já insistentemente detalhada neste estudo.

A resposta para a pergunta se o respeito ao princípio da dignidade, como exigência normativa genuína da modernidade, consegue realmente compatibilizar a liberdade de todos, a ponto de assegurar a participação de grupos diferenciados na construção da racionalidade legislativa, pelo princípio democrático, pode ser encontrada na filosofia de Habermas, quando este afirma que os princípios gerais de justiça são constitutivos de uma sociedade de livres e iguais⁴⁰⁶.

Fala-se também, mediante a aplicação do princípio democrático, sobre a utilização da opinião dos expertos, na construção da racionalidade legislativa do direito penal⁴⁰⁷, mediante o princípio do discurso. Ora, na fase pré-legislativa ou propriamente legislativa de uma racionalidade na elaboração de normas penais é previsível um critério elitista no procedimento legislativo-penal, atuando o sistema político com referência a uma comunidade jurídico-científica de especialistas encarregada de identificar conteúdos que serão empregados nas normas penais, funcionando como um filtro técnico quanto à irracionalidade de determinadas propostas que poderão ou não ser convertidas em proposições jurídicas, por meio do processo legislativo.

Segundo o entendimento de Ripollés, não seria justificado isolar uma coletividade de especialistas das demandas populares⁴⁰⁸, mas as barreiras para o populismo punitivo somente poderiam ser feitas por um controle da constitucionalidade, em que não apenas o processo

⁴⁰⁶ CHAMON JUNIOR, Op. Cit., p.28.

⁴⁰⁷ RIPOLLÉS, 2005, p. 185.

⁴⁰⁸ Id., p. 187.

legislativo seria validado constitucionalmente, mas também a participação popular seria assegurada na feitura do texto legal, aproveitando-se todo o exercício das liberdades assegurada pelo princípio democrático e consagradas no princípio da dignidade, por suas materializadas na comunicação legislativa, mediante a intervenção do princípio do discurso. De qualquer forma, o que se busca evitar, outrossim, é que o comentado senso comum dos juristas, já explicitado anteriormente neste estudo através da teoria de Warat, venha a comprometer por conta de seu elitismo, o caráter eminentemente popular da atividade legiferante, num Estado Democrático de Direito.

Por essa razão, o critério constitucionalista empregado por Ripollés, aliado ao critério democrático tão bem percebido na obra de Habermas, podem servir ao conceito de Constituição transversal que inicialmente foi desenvolvido por Welch, mas tão bem foi traduzido para realidades de modernidade tardia, como a brasileira, por teóricos como Marcelo Neves. Aplicando-se a junção desses critérios ao Direito Penal, vê-se o quanto a construção das bases éticas de uma racionalidade penal pode se dar por meio do critério constitucional quando é observado o princípio da igualdade, anteriormente comentado, e como este princípio pode ser empregado pela Constituição como instrumento de consistência jurídica (no âmbito interno do sistema jurídico) e como adequação social (conforme seu acoplamento com o entorno social).

A proibição constitucional das assimetrias, presentes na diferenciação de outros sistemas sociais ao se acoplarem com o sistema jurídico, existe porque estas não podem comprometer a integridade do sistema; pois, se a igualdade de direitos de liberdade é que deve ser transversalizada para o sistema jurídico, como uma exigência normativa genuína da modernidade, a perpassar todos os sistemas sociais; em contrapartida, as desigualdades produzidas pelas diferenciações entre esses sistemas é que não podem comprometer a consistência normativa do direito, a ponto de alguns se insurgirem contra esse sistema, considerando que as normas só valem para determinados segmentos sociais, e para outros não.

Sabe-se, por exemplo, que não é na Constituição que surgem obrigações positivas de penalizar⁴⁰⁹, mas sim na legislação infraconstitucional. Ao contrário, os deveres de não-penalização é que figuram de forma flagrante no texto constitucional, culminando a tarefa do legislador ordinário a construção de normas incriminadoras. Entretanto, a Constituição, enquanto forma jurídica moderna e acoplamento do sistema político com o sistema jurídico, imuniza a comunidade política da prevalência das ideias morais de um grupo sobre o outro⁴¹⁰,

⁴⁰⁹ RIPOLLÉS, *Ibid.*, p.189.

⁴¹⁰ CHAMON JUNIOR, *Op. Cit.*, p. 29.

mediante o exercício das liberdades, mediante um espaço comunicativo de amplo debate com o exercício do princípio do discurso, na racionalidade legislativa. A necessidade de participação popular e iguais oportunidades conferidas a todos os cidadãos, no processo lingüístico-deliberativo que se dá a produção de normas pelo processo legislativo, decorre justamente da legitimação da intervenção penal, somente se balizada em relação a bens de relevância constitucional. A política criminal depende de um sistema de valores constitucional assentado nos direitos fundamentais, pois são estes que refletem a materialização efetiva do princípio da dignidade humana, como uma exigência normativa genuína da modernidade. As iniciativas populistas em prol de um ou outro interesse de grupos, aos quais compete a preponderância em determinados sistemas sociais sobre outros, como o sistema dos meios de comunicação em relação ao subsistema penal, na ênfase dada à expansão punitiva, por exemplo, podem ser freadas por meio de um controle constitucional que leve em conta a manutenção de direitos fundamentais e o exercício de liberdades, tais como as liberdades de expressão e reunião, assim como o direito de protesto. Sem contar que o exercício desses direitos para a obtenção de direitos sociais como trabalho e moradia, deixam de ser concebidos meramente como condutas produtoras de risco, a ponto de serem criminalizadas por obra do legislador infraconstitucional.

Ao operar em consonância com o critério constitucional, o critério democrático na formação da racionalidade legislativa penal, também contribui para que a razão transversal presente no texto constitucional, em termos de razão moral converta-se em uma metanorma moral a pairar sobre o sistema político, a ponto de evitar a corrupção do sistema jurídico por meio do populismo penal⁴¹¹. Nesse sentido, pensar a opinião pública como uma contrapartida aos interesses do poder econômico e político, deve-se pensar a existência, num Estado Democrático de Direito, de uma sociedade civil fundada em uma rede de associações espontâneas⁴¹² que, uma vez fundadas nos direitos fundamentais, tais como a liberdade de associação, reunião e expressão, ao refletir o pluralismo social, participam diretamente do processo de tomada de decisões, procedendo com o reconhecimento recíproco de argumentos morais que correspondem ao *ethos* específico das racionalidades particulares de cada sistema parcial envolvido nas negociações impulsionadas pelo princípio do discurso. Apesar de manter-se autônomo na unidade de seu código lícito x ilícito e não se deixar comprometer

⁴¹¹ A razão moral atua frontalmente contra a corrupção do sistema por meio da dependência funcional entre direito e moral, segundo Charmon Junior, ao analisar o pensamento de Habermas, uma vez que Junior considera que “somente quando o Direito for constantemente alimentado por razões morais no processo legislativo é que não teremos sua corrupção a ponto de ser vislumbrado como projeto ético de um determinado grupo”. CHARMON JUNIOR, 2010, p. 33.

⁴¹² RIPOLLÉS, Op. Cit., p. 195.

pelas operações internas de códigos de outros sistemas, o sistema jurídico acaba por revelar sua dependência funcional em relação ao sistema moral enquanto uma metanorma, a pairar sobre os sistemas por meio da racionalidade transversal, durante a materialização do princípio democrático; ou seja, a racionalidade das leis penais, no momento de sua elaboração, depende de uma racionalidade moral desenvolvida durante o embate democrático de posições diferenciadas, no âmbito do discurso, senão aos quais não se poderia falar em um Estado Democrático e sequer em um regime constitucional de uma sociedade moderna e democrática.

Assim, o reconhecimento dos direitos coletivos dos movimentos sociais, assim como o reconhecimento de direitos sociais como trabalho e moradia, que são igualmente direitos fundamentais invocados por movimentos como o MST, traduzem-se numa exigência normativa genuína da modernidade, consubstanciada no princípio da dignidade humana, que permite um espaço de liberdades que, tutelado constitucionalmente, não pode ser inibido pela emergência de normas incriminadoras, diante de uma expansão punitiva ditada no âmbito interno, da autopoiese punitiva do subsistema penal, por um irracional processo de transformação de disfunções em medo do delito, por conta da eleição e qualificação de inimigos ou produtores de risco, agentes de perigos, no âmbito de uma sociedade moderna, pós-industrial. Se, no estágio atual da modernidade, todos devem ser reconhecidos como detentores de iguais liberdades, o fato de determinadas liberdades serem exercidas sob a forma do exercício do protesto, na preservação de direitos fundamentais porventura violados, não pode ser entendida pelo legislador ou pelo julgador como meras condutas típicas, destinadas a ofender bens jurídicos, tais como a manutenção do regime vigente ou contra o Estado de Direito, como concebe a Lei nº 7.170, aplicada contra o movimento dos Sem Terra, no Rio Grande do Sul.

Uma política criminal traçada dentro dos meandros de uma racionalidade transversal trazida pelas normas constitucionais impõe o reconhecimento de uma igualdade jurídico-constitucional que pressupõe que igualdade e liberdade são, ambos, princípios da modernidade⁴¹³ cujo enlace é proporcionado pelo princípio da dignidade que os representa, traduzido no reconhecimento de igual valor aos diferentes, sobretudo, a partir de uma compatibilização de interesses, que não leve a uma “igualdade jurídica imperial”, sob as condições de uma pseudoigualdade⁴¹⁴. Nesse sentido, o abismo produzido pela desigualdade em determinadas sociedades prejudica a manutenção dessa igualdade, proporcionando os privilégios e as distorções que favorecem a corrupção sistêmica, muito comum em modelos

⁴¹³ CHAMON JUNIOR, Op. Cit., p. 38.

⁴¹⁴ NEVES, Marcelo, 2009, p. 67.

legais de países de modernidade tardia como o Brasil. As assimetrias abismais comprometem a concretização do princípio da igualdade jurídica, fundamental para conferir consistência ao aparato jurídico-constitucional. Dessa forma, Neves reconhece que Luhmann⁴¹⁵, ao tratar da norma de igualdade, pressupõe que esta oportunamente trate dos casos igualmente, salvo contrário o princípio que subsistiria seria apenas o de legalidade, plenamente recepcionado pelo positivismo jurídico. Entretanto, a igualdade do positivismo não é a mesma daquela concebida pelo texto constitucional, e, nesse sentido, ocupa-se a política criminal tão somente da formação de tipos incriminadores, sem que essa igualdade jurídica seja obrigatoriamente observada. Retorna-se ao déficit de racionalidade apontado na expansão punitiva que, em detrimento do princípio da igualdade, visa reprimir tão somente as condutas de determinados destinatários da norma penal concebida mediante as irritações produzidas pela corrupção sistêmica, a satisfazer determinados grupos de interesse em detrimento de outros. Não é de outra forma que se concebe a emergência de sistemas punitivos de exclusão, que visam por meio de normas criminalizantes e repressivas, tão somente afastar os excluídos, detectados enquanto uma disfunção funcional do sistema, por meio de sanções penais.

A política criminal traçada na modernidade, em termos de uma realidade como a vivenciada na experiência brasileira, deveria, portanto, em termos de viabilização do princípio da igualdade, assentado constitucionalmente, expressar a racionalidade jurídica e coerência interna do sistema do direito, lidando com a igualdade da norma como preferência pelo tratamento igual⁴¹⁶, figurando a discriminação jurídica positiva como uma alternativa à discriminação social negativa que acontece num contexto desigual de aplicação das normas jurídicas. O princípio da igualdade torna-se relevante para a democracia no Estado Moderno quando são conferidos direitos políticos iguais para os cidadãos, proporcionando uma igualdade de direitos com função imunizadora ou neutralizadora das diferenças políticas ilegítimas e assimétricas, que só pode ser viabilizada mediante uma abrangente inclusão social⁴¹⁷. Segundo a tese de Marcelo Neves, a Constituição transversal necessita da inclusão social para proporcionar a apropriação da racionalidade jurídica pela política democrática, sem a qual ficaria prejudicada. A garantia de concretização normativa do princípio constitucional da igualdade dependeria de procedimentos democráticos desde a elaboração da legislação, até a participação popular direta, por meio de plebiscitos e referendos, assim como deve ser operada a neutralização da diferença governo X oposição em relação ao sistema

⁴¹⁵ Id., p. 68.

⁴¹⁶ Ibid., p. 69.

⁴¹⁷ Id., p.74.

jurídico. A diferença entre política e administração deve passar pelo princípio da igualdade, no momento em na burocracia estatal o privilégio de grupos deixa de ser levado em conta no momento da aplicação da lei, e assim, em termos penais, as influências políticas, familiares e econômicas deixam de ser determinantes no momento em que se constata a impunidade pela não resolução de casos criminais, por conta do pertencimento de determinados indivíduos a castas ou grupos.

Portanto, parece que o conceito de Constituição transversal é essencial para a definição de um novo marco na política criminal de uma sociedade democrática, servindo tanto como instrumento de concretização constitucional, a partir do reconhecimento e preservação de direitos fundamentais, como de racionalidade do aparato normativo jurídico-penal, vedando-se uma expansão punitiva desenfreada, ditada irracionalmente por um intensamente questionável e polêmico projeto de criminalização de condutas, mormente àquelas relacionadas com a participação em coletividades como os movimentos sociais.

6.3. A Constituição simbólica, manutenção do sistema punitivo e reivindicações dos movimentos sociais

Por Constituição simbólica, como já foi dito, entende-se, portanto, um processo inverso ao de concretização constitucional, onde o texto constitucional não segue uma normatividade jurídica generalizada, disciplinando e satisfazendo expectativas normativas gerais do ambiente social, diante da frustração pela ausência de normatividade⁴¹⁸. A constituição simbólica diferencia-se da constituição normativa, pois esta revela uma satisfação efetiva das expectativas normativas de uma sociedade democrática, mais do que a forma aparente das constituições simbólicas.

No Brasil, ao menos em termos de manutenção de direitos fundamentais, parece que no caso de movimentos sociais como o MST, o exercício da liberdade de associação e reunião parece ser ameaçada pelo discurso punitivo penal. Em episódios envolvendo a suposta “degola do PM”, no Rio Grande do Sul, como também em muitos outros episódios narrados exaustivamente pelos meios de comunicação, o que vem se observando nos últimos é o paradoxo de que a comunidade dos cidadãos numa sociedade democrática, erigida há mais de vinte anos, sob a égide da Constituição de 1988, parece ainda conviver com discursos totalitários em determinados órgãos integrantes do sistema dos meios de comunicação, como

⁴¹⁸ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 96.

bem já foi visto no decorrer deste estudo. A tendência verificada em determinadas publicações na imprensa nacional, é a de caracterizar militantes de movimentos sociais (mormente aqueles vinculados às lutas sociais dos trabalhadores rurais sem-terra), como indivíduos envolvidos em organizações supostamente terroristas, destinados a alterar o regime vigente por meio da violência ou de atos violentos que se traduzem na invasão de terras, ocupando ilegalmente extensas áreas de propriedades rurais.

Conforme foi visto em Luhmann, a Constituição consiste em um acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico, cujas expectativas normativas congruentes retiradas da política são canalizadas pelo filtro normativo do direito na sua produção de normas.

Sobre os conceitos de mal-entendido produtivo, instituições de ligação e responsividade, na sua relação com o pluralismo jurídico, já foi possível observar na teoria de Teubner⁴¹⁹ que pelos acoplamentos possíveis na construção de direitos sociais e pela descriminalização dos movimentos associados ao direito pela terra através de controles sociais não mais reconhecidos como controles penais, a observação de fenômenos sociais conforme o código lícito X ilícito, pode ser efetuada juridicamente pelos diversos sistemas parciais de um entorno social, sem que isso implique em operações do subsistema penal vinculadas ao código punível X não punível. O dilema da interdiscursividade que tem que lidar o pluralismo jurídico diante do fechamento operativo do sistema do direito, dentro de seu código de comunicação binário, é solucionado por Teubner mediante uma análise da interdiscursividade mediante um critério de separação entre discursos autônomos e seu simultâneo acoplamento estrutural. Isso significa que, por exemplo, as comunicações aparentemente não-jurídicas presentes em um dado sistema social, cujos conflitos são solucionados por um processo jurídico interno de justiça privada, ao proceder com seus acoplamentos com outro sistema, acaba por ao mesmo tempo construir uma estrutura própria de comunicações, como também interferem na construção das estruturas das comunicações do outro sistema, ao qual se encontra acoplado. Nesse sentido, o conceito de mal entendido produtivo empregado por Teubner vem solucionar essa dinâmica de abertura e fechamento dos subsistemas sociais, substituindo o conceito luhmanniano de perturbação.

No mal entendido produtivo o direito entende mal os outros discursos sociais, como já é sabido neste estudo, passando a utilizá-los como fonte de produção de normas⁴²⁰. No caso das reivindicações sociais, a luta pela terra e as ocupações de propriedades rurais e prédios

⁴¹⁹ TEUBNER, Op.cit.,p.90-91.

⁴²⁰ Ibid.,p.86.

públicos como formas de mobilização de movimentos engajados politicamente na questão da reforma agrária, como o MST, podem ser entendidos pelo sistema do direito como mera violação de normas, contrariando sua vigência e ensejando a aplicação da pena, como apregoa a teoria da prevenção geral, cabendo uma solução coercitiva sob a forma de sanções penais, como forma de controle social exercido pelo sistema do direito. Entretanto, os movimentos representativos das racionalidades dos subsistemas parciais presentes no pluralismo social, operam conforme seus próprios códigos jurídicos e com sua própria fórmula de consistência, consubstanciada em princípios de justiça. Daí o equívoco do legislador, face o caráter simbólico de uma estrutura normativa no âmbito da autopoiese do sistema do direito, que não logra êxito em lhe conferir consistência, quando, ao se constatar fenômeno já observado por Marcelo Neves, a ausência de normatividade do texto constitucional contribui para uma baixa efetividade das normas garantidoras de direitos (dentre elas, as que permitem o exercício do direito à liberdade de associação, em que um subsistema social, legitimado constitucionalmente, pode operar com sua própria autonomia interna mediante a construção de um código binário próprio) e para a manutenção de mal entendidos produtivos entre o sistema do direito e os demais sistemas sociais.

No que tange aos movimentos sociais, na primeira década do século XXI, na realidade brasileira, esses movimentos organizaram-se em torno de grandes eixos temáticos voltados em sua maioria para as questões de moradia (relacionadas a moradores de rua e ocupantes de prédios abandonados, ambos vítimas do desemprego e falta de políticas públicas de assistência social), questões ambientais, movimentos de apoio a meninos e meninas de rua, adolescentes usuários de drogas e portadores do vírus HIV, bem como movimentos de apoio e mobilização de trabalhadores rurais sem-terra, agora organizados em uma rede articulada de apoio político, que contava com a participação de integrantes das áreas urbanas, majoritariamente desempregados e moradores de rua, que passaram a buscar abrigo nos acampamentos do MST⁴²¹.

Tais movimentos constituem unidades de sistemas parciais, difusos por uma larga extensão de reivindicação de diversos segmentos presentes no pluralismo social, que operam com uma fórmula de contingência própria, onde, internamente, o princípio da justiça encontra-se consubstanciado subjetivamente numa espécie de mística, que em alguns aspectos pode vir materializada sob a forma de discursos de “motivação para a luta”⁴²², ou sob outros aspectos, pode vir como uma “ampliação da abrangência da luta”, também tendo um

⁴²¹ GOHN, Maria da Glória. *Movimentos sociais no início do século XXI*.

⁴²² *Ibid.*, p. 116.

significado de “resgate do passado” e “abertura para o novo”. Tais discursos encerram uma visão peculiar acerca do que é entendido internamente com o “fazer justiça”, entendendo seus integrantes que a obtenção de justiça social pode ser obtida através de lutas emancipatórias que se traduzam na concretização de direitos, e aqui reside toda a busca de concretização de uma normatividade inserida no texto constitucional não apenas como legislação-álibi ou como forma de compromisso dilatatório⁴²³, mediante o adiamento da solução de conflitos sociais, mas sim no efetivo cumprimento do diploma normativo, e não pela sua transferência para um futuro indeterminado.

Nesse sentido, a manutenção de um sistema punitivo fundado em mal-entendidos produtivos reforça acoplamentos que resumem a ausência de resolução de conflitos pela norma constitucional, interpretada simbolicamente, na aplicação de uma via normativa infraconstitucional que privilegia tão somente o entendimento de um sistema fechado operativamente em termos de direito oficial, com a ocorrência de condutas contrárias à vigência de normas. Por isso, ao se reconhecer o pluralismo jurídico existente nas manifestações dos movimentos sociais, as instituições de ligação conectam o direito a uma pluralidade de normativas presentes nos subsistemas funcionais, associando-se as instituições com os demais discursos sociais autônomos, mediante a responsividade social. Nessa sincronia entre as operações jurídicas diante do pluralismo, é que o princípio do discurso, anteriormente destacado e de extrema relevância prática na construção de um Estado Democrático de Direito, pode ter papel fundamental na intervenção de uma racionalidade que ilumine o sentido da norma constitucional, dando-lhe alta efetividade, criando-se não só internamente, mas também globalmente, um sistema omniabarcador que leve em conta a proteção de direitos e afaste mecanismos abruptos de controle social coercitivo, meramente fundado nas restritas operações internas de um dado sistema social.

Assim, como alternativa ao constitucionalismo simbólico como mola propulsora da expansão punitiva, na contramão da evolução do direito com vistas ao reconhecimento dos pluralismos, pode-se vislumbrar novos fenômenos a se desenvolver globalmente no atual estágio da sociedade moderna, retornando-se ao tema da universalização dos direitos humanos, já consagrados no texto constitucional, como forma de propiciar uma evolução racional de subsistemas bem característicos, como o é o subsistema penal, no debate sobre o transconstitucionalismo.

⁴²³ NEVES, 2007, p. 41.

6.4. Por um Novo Sistema Global de Proteção de Direitos - Da Interconstitucionalidade ao Transconstitucionalismo, e a universalização dos direitos humanos, como meio de afirmação de um Direito Penal Racional no Estado Democrático de Direito

Pelo transconstitucionalismo, pode-se demonstrar que o direito à terra, apesar de não se encontrar previsto objetivamente na norma constitucional enquanto uma previsão formal, encontra-se materialmente disposto no ordenamento, enquanto uma exigência normativa no sentido normativo e não mais simbólico que quer se dar ao sistema constitucional, inserido na pauta universal dos direitos inerentes à dignidade humana e reconhecidos pela ordem internacional. Isso implica em dizer que o direito à terra não pode ser pensado à luz do vigente pensamento tradicional sob a órbita positivista, de concepção do texto constitucional num conceito limitado de Constituição Formal. Na verdade, a Constituição teria que ser pensada materialmente, enquanto um sistema de princípios plenamente operativo, eficaz e válido, dada sua eficácia por sua própria existência ontológica no mundo do direito, e não apenas como um dispositivo legal sujeito à validação por um esquema normativo superior.

Pensar a Constituição em termos materiais é conceber que, antes de ser considerado como um corolário do direito de propriedade, já previsto nos termos da legislação infraconstitucional, que dá vazão ao princípio da legalidade, como artifício jurídico-normativo para engendrar a norma penal proibitiva que configura a violação da propriedade como delito, o direito à terra é na verdade um direito fundamental, constitucionalmente assegurado por excelência, tendo em vista a transversalidade das normas constitucionais, que em muito ultrapassam as balizas individualistas do pensamento liberal-burguês da tradição ocidental positivista e ultrapassa as fronteiras do normativismo estatal do direito interno, face seu reconhecimento como direito global. A ocupação de terras e a invasão de propriedades rurais por movimentos sociais organizados como o MST, por exemplo, deve ser vista como forma de manifestação do exercício do direito de protesto, como meio de viabilização do direito à terra, mais do que consagrado constitucionalmente, mediante o rol de direitos sociais que permite desde a liberdade de associação e reunião para o exercício do direito de protesto (um direito-meio, hábil para a realização de um direito-fim, que é o direito à terra), como também direitos sociais como saúde, educação e moradia, que só podem ser conquistados no momento em que milhares de famílias de trabalhadores se encontram com seus semelhantes devidamente assentados no campo; ou, em termos globais, como direitos resultantes do princípio da dignidade humana, que está a repercutir no ordenamento jurídico internacional em grau de universalidade, visto seu racional reconhecimento em outras nações. Para isso, a

racionalidade transversal, como experiência interna do ordenamento jurídico em termos de uma Constituição transversal, deve agora galgar espaços maiores, devendo essa racionalidade atravessar o âmbito normativo de um sistema jurídico global, por meio do debate sobre o transconstitucionalismo e a formação de uma rede de constitucionalidade a reconhecer universalmente direitos fundamentais.

Após a atenta discussão sobre a presença de uma racionalidade transversal no texto constitucional, pode-se observar agora que, em termos de sociedade global, para se conceber uma ideia de transconstitucionalismo, torna-se necessário, segundo Marcelo Neves, elaborar uma concepção de Constituições transversais entre Estados, sob formas que inovam o quadro traçado pelo direito internacional clássico⁴²⁴. De nada valeria um conceito de Constituição transversal, se a ideia de racionalidade transversal ficasse presa somente ao direito interno do Estado, assim como essa racionalidade fosse entendida apenas como uma racionalidade que se desenvolvesse fora do Estado. Assim como Neves, Canotilho também se preocupa em analisar uma rede de constitucionalidade que se constrói como um paradigma substituto do paradigma constitucionalista vigente, centrado numa dimensão estatalista da Constituição, que poderia ser chamada de interconstitucionalidade. Entretanto, os conceitos de interconstitucionalidade e transconstitucionalismo merecem ser vistos em suas semelhanças e diferenças, a fim de que se possa conceber quais efeitos tais concepções acerca do constitucionalismo na sociedade global podem ter em relação à manutenção do aparato punitivo do Estado, diante da necessidade de preservação de direitos fundamentais, frente a uma ensandecida expansão punitiva.

O conceito de interconstitucionalidade, cuja ideia inicial foi concebida em Coimbra por Lucas Pires e desenvolvida posteriormente por Canotilho⁴²⁵, passa por compreender o novo espírito do constitucionalismo, diante de novas demandas surgidas na sociedade global que remontam à criação de propostas sobre uma governança global dirigida por atores privados, uma comunidade virtual baseada na Internet e um constitucionalismo global formado por constitucionalismos civis parciais, que desdobra a tese do pluralismo jurídico em escala global.

Em primeiro lugar, saliente-se que a proposta de Canotilho é a de se estudar um conceito de constitucionalismo relacionado com a realidade da União Europeia, menos abrangente que o de uma república universal ou Constituição universal concebida em termos

⁴²⁴ NEVES, 2009, p. 83.

⁴²⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 266.

kantianos, nos termos de uma teoria da interconstitucionalidade, no lugar do emprego de conceitos como “constitucionalismo multilateral”, “federalismo constitucional” ou “constitucionalismo cooperativo e multidimensional”⁴²⁶.

Analisando o fenômeno da interconstitucionalidade desde sua primeira aparição na Europa da Idade Média, Canotilho destaca que uma característica forte desse fenômeno jurídico é a sobreposição de ordens jurídicas, seguindo o princípio da autonomia das unidades membro da comunidade de Estados e um princípio de participação das unidades no poder central, compartilhado entre seus integrantes, sendo que na descrição desses Estados entrelaçados constitucionalmente, percebe o jurista português as seguintes características, que funcionam como tópicos indicativos e problemáticos da interconstitucionalidade:

A especificidade relativa da associação europeia de estados soberanos reconduz-se aos seguintes tópicos: (i) existência de uma rede de constituições de estados soberanos; (ii) turbulência produzida na organização constitucional dos estados soberanos pelas organizações políticas supranacionais; (iii) recombinação das dimensões constitucionais clássicas através de sistemas organizativos de natureza superior; (iv) articulação da coerência constitucional estatal com a diversidade de constituições inseridas na rede interconstitucional; (v) criação de esquemas jurídico-políticos caracterizados por um grau suficiente de confiança condicionada entre as várias constituições imbricadas na rede e entre essas constituições e a constituição relevada pela organização política de grandeza superior⁴²⁷.

Ora, ao descrever a estrutura do fenômeno da interconstitucionalidade, Canotilho acaba por revelar o problema principal de se obter uma concretização constitucional, mediante a existência de várias constituições articuladas e poderes constituintes que querem se autoafirmar, cada um a seu modo, e nos termos de sua realidade nacional, como fonte legítima do direito. É nesse momento que Canotilho recorre à teoria de Luhmann, a fim de descrever as autodescrições e autorreferências pelas quais os diversos sistemas jurídicos autônomos passam a se reconhecer, sob formas de acoplamentos entre Estados até então não vislumbrados pelo sociólogo alemão⁴²⁸.

Por suas autodescrições e autorreferências os textos constitucionais nacionais não são relegados a um segundo plano em função da formação de uma rede de constitucionalidade entre os Estados. Como se comporta autodescritivamente em relação a si mesmo, o sistema estatal de cada nação mantém sua unidade política e jurídica, uma vez que as Cartas Magnas dos Estados ainda permanecem como referência, no sentido de estabelecer a manutenção da

⁴²⁶ CANOTILHO, Op, Cit., p. 266.

⁴²⁷ Ibid.,p. 267.

⁴²⁸ Segundo Marcelo Neves, para Luhmann, o acoplamento estrutural do sistema político e do sistema jurídico pela Constituição não encontraria um equivalente em termos de sociedade mundial. NEVES, 2009, p. 91-92.

identidade dos sistemas jurídicos envolvidos num pacto de compartilhamento normativo-constitucional. A autodescrição leva à intraorganizatividade, segundo Canotilho, pois, a organização superior que engloba os demais sistemas estatais no sentido de formar uma rede de constitucionalidade, também tem que se autodescrever como uma organização resultante dos Estados autorreferenciados em torno de suas Constituições Nacionais. A ideia de uma Constituição Europeia seria o melhor exemplo disso⁴²⁹.

Agora, o que melhor traduz o sentido de uma interconstitucionalidade é o caráter cultural de uma rede de constitucionalidade entre os Estados, mediante o conceito de interculturalidade, que versa sobre o conteúdo das comunicações no interior dos sistemas estatais que compartilham da rede, enquanto que a intraorganizatividade diz mais respeito à forma como se estrutura essa rede. É no seio do conceito de interculturalidade é que se torna possível verificar a existência de uma cultura constitucional compartilhada pelos diversos sistemas, o que dará repercussão intensa no ordenamento interno de cada Estado-membro, dentro da universalização de direitos que se pretende demonstrar neste estudo, a fim de frear impulsos punitivos desenfreados e desprovidos da racionalidade, em termos de legislação interna de cada sistema autônomo, em detrimento de uma racionalidade embasada em princípios universalizadores, conferidos por um suposto constitucionalismo global.

É um num terceiro aspecto do conceito de cultura defendido por Häberle, baseado na cultura como um “superconceito” de várias manifestações culturais de um grupo humano, na sua dimensão pluralista, que irá interessar a Canotilho na formulação de seu conceito de interculturalidade constitucional⁴³⁰. O contexto dos textos constitucionais é tomado por uma dimensão cultural, mas no desenvolvimento da interculturalidade constitucional o que importa é o que os participantes nas comunicações interconstitucionais possam vislumbrar que suas ideias, experiências, valores e expectativas de comportamento possam ser compartilhados conjuntamente, a partir da criação de canais normativos, que podem ser formados por redes comunitárias *on line*, onde tanto traços de valores culturais conservadores podem conviver com traços de valores liberais, donde resulta uma normatividade plasmada por essas experiências interculturais, que, ao mesmo tempo em que respeita as identidades culturais de grupos autônomos, consegue criar vínculos de pertencimento universais, onde todos os participantes da comunicação possam se ver como indivíduos livres, autônomos e iguais.

Para se realçar, em termos exemplificativos, como pode se dar essa interculturalidade, observa-se a preocupação das Nações Unidas diante do desrespeito aos direitos humanos e à

⁴²⁹ CANOTILHO, 2006, p. 270.

⁴³⁰ CANOTILHO, Idem, p. 272.

liberdade de expressão em Estados-membros como o Irã, ou a crítica formulada pelos órgãos internacionais de direitos humanos quanto aos abusos cometidos pelas organizações policiais no Brasil, no tratamento penal conferido aos socialmente marginalizados, ou mediante sua conseqüente colocação em condições desumanas de encarceramento, diante da superlotação carcerária e da ausência de estabelecimentos prisionais que sigam os mínimos requisitos de dignidade humana, diante dos dispositivos internacionais.

No momento em que ordenamentos jurídicos como o do Brasil estabelecem em seu texto constitucional, que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos passam a equivaler à emendas constitucionais, conforme preceitua o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição brasileira, quando preceitua o texto constitucional sobre direitos fundamentais, observa-se nesse momento, o alcance das comunicações e o compartilhamento de ideias, crenças e valores entre Estados componentes de uma rede de constitucionalidade, quanto à concepção do que seja direitos humanos. No momento em que outros países integrantes ou co-participantes do Mercosul, tão díspares como a Venezuela ou o Chile, começam a traçar os parâmetros de suas políticas criminais para a repressão do crime organizado transnacional nas fronteiras de seus territórios, baseados na plena observância de um conceito comum sobre direitos, é que se observa uma manifestação intercultural de compreensão normativa, quando ocorre que a plena observância do que os venezuelanos entendam como direitos humanos, também é compreendida pelos chilenos como tal. O problema das condições desumanas na produção agrária no campo e a existência do trabalho escravo nessas regiões, é outro destaque que pode ser dado na formação dessa interculturalidade, quando realidades de Estados distantes como o Brasil e a Colômbia, possam servir de aprendizado, mediante um compartilhamento de concepções acerca do papel social do trabalhador rural, no sentido de se justificar o surgimento de movimentos diferenciados, mas igualmente gerados por conflitos no campo, como o MST e as FARC.

Por fim, para completar seu conceito de interconstitucionalidade, Canotilho debruça-se sobre a questão dos paradigmas constituintes, com o conceito de interparadigmaticidade e de intersemitiocidade constitucional, para fundar as condições de uma hermenêutica jurídica europeia⁴³¹. Quanto ao primeiro conceito, no que tange à articulação entre poderes constituintes, trata-se de distinguir na doutrina portuguesa um paradigma fundacional de um não fundacional no que tange ao caráter da norma fundamental como norma individual ou norma geral, e assim verificar qual é o paradigma organizacional de uma Constituição

⁴³¹ CANOTILHO, *Ibid.*, p. 275-277.

européia. Agora, mais do que o aspecto formal-organizativo, como foi já dito, o conceito de intersemioticidade constitucional parece mais próximo aos propósitos deste estudo, no que tange ao reconhecimento do pluralismo jurídico, uma vez que, no plano de uma hermenêutica jurídica européia, como defende Canotilho, pode-se verificar até que ponto as Constituições exercem funções de integração cultural⁴³².

As diversas Constituições dos Estados membros da comunidade, vistos enquanto sistemas parciais, contribuem para revelar uma pluralidade de identidades nacionais que passam a ser incluídas em um projeto maior, dentro da rede de constitucionalidade vislumbrada pelo jurista português, dentro da realidade da União Europeia. O que vem à tona na perspectiva hermenêutica é verificar até que ponto essa pluralidade é reconhecida por meio da intersemioticidade, que implica na articulação de regras de interpretação referentes a textos constitucionais relacionados com a formulação de discursos e práticas sociais de um contexto pluralista. Isso se dá quando as cristalizações culturais são recebidos pelos textos constitucionais, permitindo interpretações abertas, onde, no reconhecimento do pluralismo e na abertura de um sistema global de direitos, possam ser reconhecidos como bens culturais pluralmente compartilhados, tais como: a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade e a democracia.

É claro que tal concepção é problemática, e para muitos até utópica, quando, no âmbito da realidade europeia, vê-se as dificuldades de integração social entre nacionais e imigrantes de origem árabe e africana, presentes em solo europeu, na difícil, mas necessária promoção do diálogo e debate intercultural, com uma tímida, mas possível abertura dos sistemas parciais de cada grupo social, mantida sua identidade e pertencimento cultural. Agora, em termos de América Latina, mais precisamente no que tange à América do Sul, e processos colonizatórios semelhantes, proximidades de idioma e efeitos semelhantes da miscigenação com formação de mestiçagem, entre o branco europeu, o índio nativo e o negro africano, pergunta-se se existe aplicabilidade na tese de interconstitucionalidade, no momento em que pelo critério da intersemioticidade é possível justamente verificar essas semelhanças entre povos colonizados e a possibilidade efetiva de trocas culturais que ensejam uma normatividade constitucionalmente pluralmente compartilhada.

Entende-se, neste momento, que é justamente pelo compartilhamento de ideias, valores e experiências relacionadas com as lutas pela liberdade, pelo reconhecimento da dignidade humana e pela integração étnica entre povos semelhantemente colonizados, que é

⁴³² Id., p. 277.

possível observar um espaço comunicativo compartilhado entre as nações sul-americanas, que transponha o paradigma constitucional nacional e parta para o esboço dos primeiros traços de um processo de constitucionalização global, que pode se ver refletido em políticas compartilhadas de segurança ou em uma política criminal transnacional ou plurirregional, que leve em conta o universal respeito aos direitos humanos e a identificação das lutas sociais como espaços de reivindicações de direitos e não como meras condutas a serem reprimidas pelo estatuto repressivo penal.

Mas, para que se possa avançar no tema do transconstitucionalismo, como um passo além do que é proposto no conceito de interconstitucionalidade, é preciso analisar a tese de emergência de uma Constituição civil na realidade global, formada por atores sociais privados, que, reconhecidos na pluralidade de grupos sociais globalmente localizados, poderiam funcionar como alternativa ao modelo tradicional de Constituição, e de até que ponto a tese é plausível no momento de se postergar a presença do Estado na manutenção de direitos fundamentais tão caros como a liberdade. Nesse sentido, acredita-se que em termos de um novo constitucionalismo consentâneo com a evolução histórica atual, de formação de redes de Constituições sociais globais, ainda não há de se pensar no êxito de um projeto de Constituição, sem a presença do Estado⁴³³.

Os movimentos sociais, conforme a configuração que passaram a ter na América Latina nas últimas décadas, em relação ao processo de redemocratização que se operou na região com o fim de ditaduras militares, passaram a se tornar autênticos atores político-sociais, com espaço privilegiado no debate público-democrático e num ambiente de comunicação onde sua presença como protagonistas da sociedade civil, é elo fundamental nos acoplamentos produzidos entre o sistema político e o sistema jurídico, por onde perpassa a racionalidade transversal.

A articulação desses movimentos em escala global ou plano supranacional, com o compartilhamento de experiências entre militantes de movimentos organizados através de eventos como o Fórum Social Mundial e outras vertentes de atuação política através da internet, por meio de comunidades virtuais e grupos de pressão, podem ser reconhecidos na teoria de Teubner como novas ordens jurídicas heterárquicas e pluralistas, que se

⁴³³ Tal questão é levantada por Teubner, ao reconhecer um pluralismo jurídico global a edificar novas formas de jurisdição entre atores particulares, a partir das redes sociais na Internet, das novas organizações das transações econômicas em torno do comércio e mediante o diálogo interreligioso. CANOTILHO, 2006, p. 200.

desenvolveram desvinculadas do Estado, mediante acoplamentos estruturais com seus similares ao redor do mundo⁴³⁴.

Essas ordens organizam-se heterarquicamente de forma diferenciada da organização hierarquizada estatal, uma vez que proliferam espontaneamente em fragmentadas aldeias globais, com regramentos próprios a estabilizar suas comunicações. Assim, o conceito de Constituição é ampliado no sentido de englobar essas pluralidades, que ganharam notório destaque, sobretudo, nas últimas manifestações que culminaram com a derrocada de governos nos países árabes, bem como nos protestos reprimidos violentamente no Irã, no ano de 2010, após o período eleitoral, e que traduzem bem a força de novos movimentos que, através da internet, conseguem mobilizar milhares de pessoas.

Assim como, pela racionalidade transversal, a Constituição funciona como ponte de transição entre os subsistemas sociais, a Constituição civil, nos termos pensados por Teubner, atuam da forma, entrelaçando as diversas esferas sociais globais em sua autoprodução do direito. Isso ocorre, sobretudo, nos âmbitos sociais autônomos que vinculam operações reflexivas do direito com princípios de sua própria racionalidade, assumindo uma forma constitucional, no momento em que passam a se confrontar com outros sistemas funcionais globais. Isso ocorre porque globalmente, passam a ser desenvolvidas expectativas de comportamento não mais alcançáveis pela Constituição tradicional, nos meandros de sua estatalidade, e se cobra um novo âmbito de comunicação em escala global, cujas expectativas normativas derivadas dessa comunicação requerem novas configurações de sistemas do direito que lhes contemplem e lidem com a frustração. Assim, a luta global contra a fome, a exploração do trabalho escravo ou as condições desumanas do trabalhador do campo, ganham relevo e destaque em pluriorganizações espalhadas pelo globo, e em eventos desenvolvidos dentro desses ambientes de comunicação, como o Fórum Social Mundial e os congressos internacionais de organizações sociais, que conferem o tom da sistematicidade dos expedientes jurídicos da Constituição Civil Global, através dos documentos, manifestos e resoluções extraídas desses encontros.

Entretanto, o limite das Constituições Civis esbarra no conceito de transconstitucionalismo, ao se verificar suas limitações no tocante à regulação de expectativas que excluem a participação Estado, assim como o de interconstitucionalidade esbarrou com o conceito de Constituição Civil, ao conceber uma regulação global de expectativas que excluiu o papel das diversas ordens sociais plurais.

⁴³⁴ NEVES, 2009, p. 109.

O problema das Constituições Civis que é resgatado com o tema do transconstitucionalismo é do que a proposta de satisfação das expectativas normativas por meio da Constituição Civil é útil no sentido de conceber ordens sociais autoreguladoras de seus processos econômicos, na iminência de trocas globais e sua conseqüente estabilização por uma ordem jurídica autônoma e plural, mas insuficiente para lidar com problemas como a igualdade e a questão dos direitos humanos. Nesses casos, a presença do Estado ainda é irrefutável, e somente a concepção de uma racionalidade que vincule o plano estatal com o plano supranacional, talvez possa dar algumas respostas que sirvam de antídoto ao crescimento caminho dos sistemas jurídicos nacionais, em se voltar autorreferencialmente para disposições normativas altamente corrompidas pelo déficit de racionalidade da expansão punitiva, embutido em discursos globais de Guerra ao Terror e um modelo penal de segurança, voltado contra inimigos, como a teoria de Jakobs parece propor.

6.4.1. Guerra ao Terror e Paz Perpétua - A criminalização dos inimigos como projeto que dificulta a universalização de direitos

Se desde o nascimento do Estado moderno segurança e liberdade têm sido um binômio inseparável, com a globalização e cosmopolitização do direito, após os atentados de 11 de setembro de 2001, a Guerra contra o Terror, iniciada pelo governo dos Estados Unidos da América, propôs garantir um mundo globalizado mais seguro⁴³⁵. Não se trata mais de guerras isoladas entre Estados geograficamente determinados, mas sim de uma situação geral e global de guerra, mobilizadora de várias ou de todas as nações, face um dissociado inimigo comum, acabando por erodir qualquer projeto de paz perpétua. A guerra encontra-se convertida num instrumento natural para proteger uma ordem tão natural quanto à naturalidade do conflito bélico, e que se destina à manutenção de um projeto hegemônico do ideário político neoliberal, disseminando a concepção de que a guerra é necessária para se manter a estabilidade das trocas globais, e garantir a liberdade enquanto liberdade de mercado, pois a mundialização por esse projeto político passa a ser reduzida a uma mera dimensão econômica. Em prol da manutenção do modelo econômico do chamado “mundo livre”, no jargão *neocom* norte-americano, degradam-se liberdades e direitos do homem, em todas e quaisquer partes do planeta.

⁴³⁵ CEPEDA, 2007, Op. Cit., p. 125-128.

Mais uma vez os Estados se voltam para a beligerância, ignorando a racionalidade das práticas comerciais, que levariam naturalmente a uma cessação de hostilidades e a formação de uma cooperação pacífica entre nações, voltadas em prol de projetos econômicos de prosperidade recíproca, conforme o projeto kantiano de paz perpétua. Agora, a intervenção bélica dos Estados volta-se para a prevenção do terrorismo, adotando um modelo penal e processual que prima pela segurança do Estado, dado o risco de ameaça, sob a forma dos inimigos invisíveis, escondidos no meio social, como incitadores de perigos que demandam respostas de urgência e de maneira excepcional. Nesse diapasão, o governo norte-americano, na gestão do presidente George W. Bush, na primeira década do século, negou status legal de criminosos comuns aos prisioneiros da base militar de Guantánamo, qualificando-os como inimigos de Estado, apesar de não serem oficialmente combatentes de uma nação estrangeira beligerante; assim como seu sucessor, Barack Obama permanece tanto com a manutenção da base que serve de cárcere para prisões ilegais, como com a manutenção de práticas extremamente aterradoras para a preservação dos direitos fundamentais, como o reconhecimento do emprego da tortura, mormente no episódio que culminou com a localização e morte do líder terrorista, Osama Bin Laden⁴³⁶. O estado de alarmismo, de histeria coletiva e de emergência penal é expandido do direito interno para as relações internacionais. Governos europeus, tais como os da Grã-Bretanha, da Espanha, Itália e da França, esforçam-se por reproduzir modelos repressivos, com a criminalização de imigrantes, a prática de proibição de entrada e deportações de estrangeiros, ao promoverem ações policiais rudes, violentas, militarizadas, de alto teor coercitivo em suas operações nos bairros de periferia e contra negros, pobres e imigrantes, tudo sob o pretexto de assegurar limites de segurança interna mediante as ameaças do terrorismo internacional. Tanto nos países europeus, como na América Latina, na Colômbia, veem-se países convertendo-se em Estados-fortaleza de vigilância transnacional, estruturados em torno de um modelo baseado na segurança e no predomínio militar, a exemplo de seus governos antecessores, nas repudiadas ditaduras latino-americanas do século passado. Em um frontal paradoxo mediante o advento da democracia no continente, países como a Colômbia, inspirados na ideologia conservadora

⁴³⁶ Talvez um dos fatos de maior repercussão midiática em escala global tenha sido a extrema popularidade dada ao grupo terrorista de inspiração islâmica, Al Qaeda, cujo principal líder, Osama Bin Laden, tornou-se o personagem global mais conhecido nos fatos históricos da década que se desdobraram em dois atos: o primeiro com o atentado às Torres Gêmeas do World Trade Center, em 2001, com todo seu rastro de morte e destruição; após uma década, adveio o segundo ato, com a morte do terrorista, numa espetacular operação secreta realizada pelas forças de segurança especiais, norte-americanas, que ganhou as manchetes e os olhares do mundo inteiro, mesmo que o líder da organização já não se encontrasse mais tão fortalecido entre os fundamentalistas islâmicos, como no passado.

In: REUTERS. Disponível em <http://br.reuters.com/article/topNews/idBRSPE7430BR20110504>

e belicista de seu apoiador norte-americano, desenvolvem a teoria de guerra preventiva como forma de combater o terror, chegando a invadir fronteiras e prejudicar seriamente as relações diplomáticas entre as nações, ao afligir a soberania do país vizinho Equador, intervindo em seu território sob o pretexto de perseguir e matar guerrilheiros das FARC, como ocorreu no ano de 2009.

Contrapõe-se ao modelo de segurança global de guerra preventiva, adotado atualmente pelas nações afetadas pelo alarmismo penal, um modelo democrático de gestão da segurança global apoiado no reconhecimento dos pluralismos e pautado num processo de universalização de direitos do homem, seja pelos caminhos da integração ou da harmonização de direitos. Além de se colocar a economia a serviço dos direitos humanos, torna-se necessário o resgate de valores universais presentes no direito internacional, tais quais: o respeito à dignidade humana, e a adoção de mecanismos de fixação de garantias universais, através da ação de uma sociedade civil global.

Um dos grandes problemas para o desenvolvimento em termos práticos do conceito de hospitalidade é a intolerância oriunda de um sentimento de insegurança e de revanche, graças ao avanço do terrorismo internacional no âmbito da globalização. Dessa forma, o terrorismo estimula sentimentos de insegurança coletiva difundindo a paranóia e a incerteza na comunidade global⁴³⁷. Difunde-se um estado de guerra ao terror, de combate a inimigos invisíveis e comuns a toda a humanidade que estariam escondidos no interesse de certos segmentos em destruir todos os avanços culturais da civilização ocidental, tais como: a democracia; o sistema representativo; a livre iniciativa; a liberdade de mercado e o empreendimento capitalista. Aqui, identifica-se nos discursos de mundialização, dados sob a lógica da globalização, a interdependência entre direitos do mercado e direitos do homem⁴³⁸. O terrorismo não seria uma ameaça apenas à integridade da vida humana mediante atos bárbaros como os assassinatos de inocentes mediante cada atentado à bomba, como os ocorridos na Inglaterra ou na Espanha no começo do século ou mediante à queda das Torres Gêmeas. O terrorismo seria uma afronta à civilização atual, ao seu status civilizatório caracterizado por uma economia de trocas sob um livre mercado. Aqueles que se insurgissem diante dessa nova realidade global, só poderiam ser vistos como inimigos do novo contrato social, firmado globalmente pela humanidade no curso da mundialização, unificadora de pluralismos. Diante desses inimigos a alternativa bélica seria a melhor solução.

⁴³⁷ ARENDT, 2006, p. 120.

⁴³⁸ DELMAS-MARTY, 2003, p. 39.

É necessário voltar no tempo e extrair da filosofia política e do direito natural as primeiras concepções sobre estado de guerra e confronto social. Rousseau apregoava que na formação do estado social, em superação ao estado de natureza, a formação de uma sociedade suscita o surgimento de todas as outras⁴³⁹. Nesse processo, os indivíduos integram-se a elas ou as combatem, para não ser engolidos por elas. Diferentemente dos homens, que, individualmente, necessitariam para a sua preservação muito mais da exploração da terra, do que necessariamente do recurso a outros homens, o Estado, como ente artificial, precisa cada vez mais relacionar-se com seus vizinhos, a fim de que não se torne fraco, à medida que os outros Estados tornam-se fortes, expandem ou diminuem suas fronteiras, aumentam ou reduzem de tamanho. A guerra vem como uma manifestação do instinto de preservação do Estado, à medida que vai sentindo a necessidade de fortalecer seu poder, em um estado natural entre as potências. Os inimigos não são propriamente os indivíduos considerados isoladamente, mas sim um ente moral chamado de pessoa pública, o Estado soberano nascido do pacto social. Declarar guerra a um soberano é atacar uma convenção pública, e tudo o que dela resulta, ou seja, é atacar um pacto social formado entre indivíduos. O Estado como ente moral, ao se valer da força, em nome da lei como expressão da vontade geral, para declarar guerra ao estrangeiro, está se valendo de uma razão de Estado, ou seja, de uma violenta ação da lei face o interesse do povo soberano. Aquele que se converte aos termos do pacto converte-se em soberano, deixa suas paixões no estado de natureza enquanto era simples indivíduo e passa a compor uma pessoa pública, dotada de racionalidade expressa na lei, legitimadora do poder soberano. Os inimigos do Estado, donde se declara guerra, são os inimigos dessa razão edificadora de uma ordem social obtida com a realização do pacto.

Ocorre que Jakobs, ao defender seu conceito de Direito Penal do Inimigo recorre a Rousseau, como também a Kant, estabelecendo que, para o primeiro, todo delinquente é um inimigo, pois não está convertido ao pacto social, não aderiu aos termos de uma constituição cidadã, que subordinou a todos os demais no sentido de formar uma comunidade universalmente racional. Dessa forma, haveria uma cisão no Direito Penal em que, por um lado, haveria um Direito Penal para os cidadãos e de outro lado, um Direito Penal para os inimigos⁴⁴⁰. O penalista alemão permite-se um exercício de elucubração, de forma não menos controversa, das teorias políticas de formação do Estado moderno, herdadas do Iluminismo, para justificar na pós-modernidade uma intervenção penal supostamente diferenciada do modelo clássico de tipificação de condutas. Dentro do contexto de insegurança e de políticas

⁴³⁹ ROUSSEAU, 2003, p. 49-53.

⁴⁴⁰ JAKOBS, 2005, p. 28.

de guerra ao terror, nada menos razoável para essa teoria, do que eleger como inimigos os supostos causadores de riscos, abrindo-se um novo âmbito de punibilidade por vias de uma expansão punitiva militarizada, mesmo que à custa de direitos fundamentais e do reconhecimento universal de liberdades, na garantia da manutenção dos direitos do homem. Ocorre que o Direito Penal do Inimigo teorizado por Jakobs acaba por fazer uma ponte entre a guerra e o Direito Penal, comprometendo mesmo o ideal de paz perpétua kantiano, no momento em que reduz o papel dos tribunais internacionais a tão somente impor penas para reafirmar o estado de natureza donde separam-se aqueles convertidos à constituição cidadã e os inimigos.

Os críticos do Direito Penal do Inimigo acreditam que a teoria de Jakobs serve apenas como justificativa para um direito penal totalitário, incompatível com o Estado Democrático de Direito. O que interessa quanto à repercussão dessa teoria para os direitos humanos é de que sua eficácia encontra-se numa crescente maré punitiva no processo de globalização, em que o antigo conceito de inimigo interno adotado por Estados totalitários nas antigas ditaduras do século XX, agora se expandiu para as relações internacionais, na forma de um inimigo global, revestido inicialmente na forma do terrorismo. O problema da teoria de Jakobs ao sustentar a concepção kantiana de liberdade e cidadania vinculada a uma Constituição cidadã, é crer que essa mesma constituição legítima, em um estado de guerra, e não em um estado social, um direito punitivo diferenciado para aqueles que não aderiram à paz e supostamente ainda se encontram num primitivo estado de natureza. Ora, sabe-se que justamente a outra face do espelho da sociedade ocidental construída através do pacto, é a existência de criminosos, daqueles que andar à margem da legalidade, distribuídos entre questionadores da ordem e meros delinqüentes ambiciosos, que se aproveitam do sistema através do desvio das regras de conduta. Não é nada recente, como também não é nada trivial. O Direito Penal do Inimigo defendido por Jakobs tem como uma de suas estratégias a antecipação da intervenção penal, formulando um direito de suspeita, apoiado na crença em uma periculosidade de condutas, que pelo alarma social que produzem, tem que ser combatidas preliminarmente. Gera-se na esteira da legalidade do direito interno, uma política criminal de abusos que chega a comprometer a manutenção universal dos direitos humanos na órbita internacional, no momento em que o status civilizatório de cidadão do mundo perde-se sob o peso da suspeita, no momento em que o simples pertencimento a uma diversidade cultural ou étnica distinta, serve como elemento de periculosidade para uma legislação supranacional de combate ou luta, como apregoam os defensores da guerra contra o terror.

Assim, princípios tidos outrora como universais, edificadores de direitos fundamentais entre as nações democráticas, como o da presunção da inocência, ficam comprometidos no momento em que, pelo emergencialismo das imediatas respostas penais a um sentimento global de insegurança coletiva, reduzem-se as exigências para a formação de provas, intervém-se na privacidade, na intimidade e no sigilo das comunicações, ampliam-se os prazos para detenção oficial de suspeitos, e, finalmente, reivindica-se a tortura como meio próprio, possível e tolerado para, em determinadas circunstâncias, obter-se a confissão ou se saber do paradeiro de organizações criminosas ou células terroristas, para os chamados inimigos do Estado. Para esses indivíduos ou grupos, considerados oponentes em um estado de guerra global, que não são cidadãos do mundo, pois investem contra esse mundo na qualidade de inimigos do modelo de ordem jurídica transnacional surgido com a globalização, baseada no mercado e na economia das trocas globais, só restam as respostas punitivas traçadas por um Direito Penal do Inimigo exportado e expandido crescentemente para os modelos de direito interno de diversas nações.

É dentro dessa perspectiva alarmista em que a teoria de Jakobs ganha relevo, no âmbito do terrorismo, é que se torna importante que o debate anterior sobre interconstitucionalidade e transconstitucionalismo, possa servir de obstáculo a que o ímpeto punitivo destacado em práticas repressivas beligerantes venha a fazer dentro de sistemas jurídicos onde questões sociais controvertidas ganham ares de casos criminais (como no tocante à invasão de terras promovidas por movimentos sociais), e não venha a comprometer todo o arcabouço normativo global, de uma proteção universal de direitos fundamentais nas nações que compartilham da experiência comum de se erigirem, nos últimas décadas, como recém edificadas Estados Democráticos de Direito. A universalização dos direitos humanos por via do transconstitucionalismo parece ser uma das vias acertadas para conferir racionalidade a uma política criminal global, e assim evitar os desvios irracionais e comprometedores das liberdades democráticas, por meio da expansão punitiva.

6.4.2 Uma rede de constitucionalidade para uma universalização de direitos

Kant concebia uma Constituição universal para os povos, estatuída em termos de uma federação de Estados Livres, levando em conta o caráter republicano das constituições de cada Estado, segundo os seguintes princípios básicos: a) da liberdade dos homens dentro de uma sociedade; b) da dependência de todos a uma legislação comum para assegurar essa liberdade; c) da igualdade desses homens na sociedade, no exercício de seus direitos,

enquanto cidadãos⁴⁴¹. A Constituição republicana seria a única que proveria do pacto social, pois nela estaria assentada toda a ordem jurídica de um povo soberano. Kant se pergunta se essa constituição seria a única que traria a paz eterna, em sua proposta de um direito cosmopolítico.

Vale salientar aqui, a diferença de Kant quanto ao pensamento de Rousseau nesse assunto, em relação à definição do exercício da soberania durante um estado de guerra, já que para Kant o fundamento da paz perpétua encontra-se nessa constituição republicana e não apenas no pacto, como pensara Rousseau. Este se referia à Lei, enquanto expressão da vontade racional da razão do Estado firmada no pacto, enquanto Kant fala em termos de Constituição, o que não é apenas uma diferença meramente ilustrativa no emprego de termos para definir normas resultantes do pacto social. Através da Constituição é exigido o consentimento dos cidadãos para a guerra, ocasião em que deverão avaliar os penosos custos do sacrifício em prol da beligerância, os males e a devastação que podem ser trazidos com o conflito, mas sempre se vendo na condição de cidadãos (pressuposição de igualdade de direitos) e não apenas como súditos desprovidos de cidadania. Se para Rousseau o indivíduo se converte em cidadão no momento em que passa a integrar o Estado, enquanto ente moral, definido como pessoa pública, em Kant esse ente reflete de maneira muito mais ponderada sobre as consequências da guerra. Porém, quanto à tomada de decisões, o filósofo alemão questionava a democracia pura e simples como uma forma contraditória de despotismo de uma maioria, que na verdade não seria maioria, contrapondo o poder republicano ao poder despótico.

O princípio republicano leva à separação de poderes entre executivo, legislativo e judiciário, e, conseqüentemente, ao desenvolvimento do sistema representativo mediante a eleição de representantes de cada poder, enquanto que o despotismo se funda num poder centralizador do executivo sobre todos os outros, onde o governo exerce sua vontade própria como se fosse uma vontade pública. Já na democracia tem-se a realidade de uns que decidem como maioria contra outros, a minoria, mas contribuindo, desta forma, para a perda da liberdade daqueles que não estavam de acordo, ao se tornarem voto minoritário. Essa suposta maioria, governando por vontade própria, sem intermediações de representantes tanto da maioria quanto da minoria, tenderia a governar tão despoticamente quanto os tiranos que a antecederam. Kant acreditava que pelo poder republicano ficaria assegurado o sistema representativo nos termos de uma constituição cidadã, cujo legislador seria o executor não de

⁴⁴¹ KANT, *A paz perpétua...*, 2004, p.40-45

sua vontade, mas da vontade geral, num senhorio absoluto de todos os indivíduos reunidos em torno do pacto social, na harmonização de seus múltiplos interesses. Enquanto na Constituição Democrática todos desejariam ser o senhor, ser seu próprio governante, na Constituição Republicana é possível uma quantidade menor de governantes, inversamente proporcional à quantidade de interessados que delegam poderes a esses governantes, pelo sistema representativo. Ao povo, segundo Kant, interessaria mais o modo de governo do que a forma do Estado. Portanto, o modo de governo republicano seria o que mais se coadunaria com uma constituição cidadã, embasada no sistema representativo, que evitaria a ascensão de um governo despótico ou arbitrário. Vê-se aqui, na gênese do constitucionalismo moderno, no conceito de Constituição Republicana de Kant, os primeiros elementos do caráter contra-majoritário das regras constitucionais, frente às contingências da conjuntura, que podem servir de lição em tempos de globalização, para conter os alarmismos de uma sociedade de risco capitaneada por uma maioria assustada, imersa numa cultura do medo, filtrada pela mídia na tentativa de subverter a ordem jurídica ante as demandas ocasionais de segurança, em desrespeito aos direitos fundamentais.

É por considerar que nos termos de uma Constituição Republicana, um dado Estado está destinado à paz perpétua quanto à regulação de conflitos em seu âmbito interno, Kant fala na possibilidade de formação de um liga de nações, nos termos de uma federação de Estados livres, cujo objetivo dessa liga não seria subordinar coercitivamente todos os Estados que a integram, assim como os súditos de um direito interno se subordinam às leis de seu Estado, mas sim garantir um projeto de paz mais eficaz do que meramente a realização ocasião de um pacto de não agressão entre nações⁴⁴². Na verdade, uma federação de estados livres seria um sucedâneo do pacto social firmado inicialmente na formação do Estado, nos termos de uma Constituição republicana. Mediante uma aliança de paz entre as nações, os Estados se comprometeriam não apenas em acabar com as guerras havidas entre seus integrantes, mas sim por fim a todas as guerras, garantindo-se a liberdade de cada Estado, nos termos de seu direito interno, mas segundo a concepção kantiana de que essa liberdade está associada à existência de uma legislação universal que a reconhece a limita, no momento em que Estado pressupõe e respeita a existência do outro.

Pode-se dizer nesta altura do estudo que a grande contribuição de Kant em seu projeto de paz perpétua é a superação do conceito de direito das gentes, como um direito de guerra, outrora pensado por autores como Grotius e Puffendorf. Os Estados não teriam outra saída de

⁴⁴² KANT, 2004, p. 48-50.

quisessem fugir do destino da aniquilação recíproca, senão o de renunciar a sua liberdade sem leis, e voltar-se para uma legislação universal de um *civitas gentium*, ou seja, de uma comunidade de povos reunidos em prol de uma aliança de paz mundial. Dessa forma, surge o direito cosmopolítico como um direito universal de todo o cidadão fundado nos termos de uma paz universal fixada entre os Estados, a fim de garantir o exercício da liberdade dos cidadãos, onde quer que eles estejam. Os direitos do homem se encontrariam assim assegurados, dentro de uma dimensão universal de reconhecimento de direitos e liberdades de todos, independente de seus pluralismos culturais e jurídicos.

Uma legislação mundial fundada nos termos de uma Constituição universal, originariamente de caráter republicano, deve ser pensada como um imperativo categórico, pois o direito cosmopolítico de Kant não se apresenta como uma ordem jurídica supranacional, mas sim como um princípio jurídico de reconhecimento recíproco de direitos entre os homens numa dimensão global⁴⁴³. A federação de Estados proposta por Kant não visa o surgimento de um governo mundial, como que configurado num executivo universal como um poder soberano acima dos Estados, mas sim numa associação de nações cujos componentes podem integrar e harmonizar suas diferenças entre seus pluralismos, através de um pacto. Se as sociedades que compõem essa federação seguem o princípio republicano, isso significa dizer que quem decide sobre a guerra não é o governante, mas sim o povo, que financia e arca com os custos do conflito bélico.

A sociedade de risco se difunde na ordem cosmopolítica entre os Estados através da experiência compartilhada dos enfrentamentos globais quanto a práticas delituosas como o terrorismo, o crime organizado, os crimes ambientais, as redes de pedofilia e os delitos praticados pela internet. Apesar dessa sociedade global se reconhecer como semelhante quanto ao sentimento de insegurança frente a essas práticas, os pluralismos dessa mesma sociedade aparecem, mostrando as diferenças entre os povos nas suas multiplicidades culturais. Ora, se o processo de globalização engendra a ruptura de fronteiras e o reconhecimento de diferenças, por que essas diferenças podem ser vistas como meio para se excluir o outro, a partir da criminalização de inimigos? Na verdade, deveria se pensar o contrário, ou seja, como em termos de um direito cosmopolítico poderia ser adotada, por exemplo, uma política criminal entre Estados, seguindo os termos de um acordo com vistas a uma paz universal, no sentido de eleger mecanismos de cooperação recíproca que não

⁴⁴³ BARRETTO, Vicente de Paulo. Direito cosmopolítico e direitos humanos. **Estudos Jurídicos**. São Leopoldo: Unisinos, 2008, p.101.

esbarrassem na supressão de liberdades e no comprometimento de direitos universais do homem, tais como sua vida e sua dignidade.

No atual processo da globalização, não se torna muito distante historicamente a perspectiva kantiana de federação de Estados com fins para uma paz perpétua e universal entre a comunidade dos povos livres, ao ser vislumbrado o fenômeno da interconstitucionalidade que se deu de acordo com o modelo europeu. Para Canotilho, ao analisar o processo de construção da União Européia, o jurista lusitano desenvolve uma teoria constitucional de observação da concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e poderes constituintes no mesmo espaço político. O fenômeno da interconstitucionalidade não é inédito ou desconhecido da teoria jurídica, pois na Idade Média já havia no mesmo território europeu uma situação de existir um conglomerado de direitos no mesmo espaço jurídico, convivendo de forma articulada os princípios da sobreposição de ordens jurídicas, da autonomia das unidades integrantes e do princípio da participação no poder central⁴⁴⁴.

Segundo Canotilho, como já foi comentado neste estudo, o fenômeno da interconstitucionalidade passa por um processo de autodescrição. Baseado no conceito de autodescrição de Luhmann, em que uma determinada organização percebe a si própria, Canotilho aplica o mesmo conceito para inferir que o texto constitucional é visto como texto fundador de uma ordem jurídica nacional por funcionar como uma autodescrição das identidades nacionais dos países donde emergem essas constituições. Assim, os Estados ao se relacionarem entre si carregam consigo suas identidades encartadas em seus textos constitucionais, sempre numa relação de autorreferência, em que o ordenamento jurídico do outro é visto conforme a visão interna do ordenamento daquele que observa. Isso implica em dizer que mesmo quando os Estados se associam em redes, como propunha Kant no seu projeto de paz perpétua na cosmopolitização do direito, formando federações, cada Estado mantém consigo seu DNA constitucional, trazendo as marcas de sua identidade nacional.

Aliado a isso, como pôde ser bem observado e novamente trazido à discussão, o pensamento de Canotilho entende que a interconstitucionalidade é uma expressão da intraorganizatividade dos textos constitucionais dos Estados-membros, ou seja, a autodescrição levaria a uma necessidade auto-organizativa de se elaborar uma organização superior supranacional, resultando em uma ordem jurídica nova, que criou a União Européia, ou então textos, outrora concebidos como convenções internacionais, que passam a funcionar

⁴⁴⁴ CANOTILHO, 2006, p. 266.

interconstitucionalmente como textos intraorganizativos dos ordenamentos nacionais, como é o caso do Tribunal da Comunidade Europeia, que em certo momento passou a considerar os princípios elencados nos tratados internacionais da comunidade como se fossem uma Constituição europeia. A não aprovação de um texto próprio para uma Constituição europeia, rejeitada por Estados como a França, revela as dificuldades de que uma primeira opção de formação de uma ordem jurídica distinta fosse acolhida na União Europeia.

Outrossim, além da interconstitucionalidade, já pôde ser visto que, juntamente com o tema da interconstitucionalidade, agrega-se também a teoria da interculturalidade constitucional, profundamente relacionada com os temas da universalização de direitos e do pluralismo jurídico, uma vez que tal teoria importa na concepção de uma necessária partilha de culturas, o que pressupõe uma abertura comunicativa do texto constitucional às múltiplas diferenças entre as diversas identidades nacionais e locais. Aliado ao conceito de Constituição republicana de Kant pode-se fazer uso, através do estudo de Canotilho, da ideia de uma Constituição cultural e de um Estado Constitucional Cultural, onde mediante processos de auto-observação, os participantes do pacto entre nações consigam fundar uma cultura interconstitucional de trocas entre as várias constituições dos Estados, numa partilha comunitária de experiências, valores e idéias, formando autênticas redes comunitárias; seja de maneira conservadora a partir do pertencimento próprio de cada indivíduo em seio meio, de acordo com seus comportamentos, seus valores morais e sua experiência de vida, seja de maneira liberal mediante a adoção de formas de vida plurais. Nesse sentido, a interculturalidade propiciada pelos caminhos da troca regulada pela intraorganizatividade dos textos constitucionais de cada nação, levaria à formação de uma comunidade universal de homens livres, que se veriam como cidadãos plurais, mas ao mesmo tempo iguais, num contexto de universalização de direitos.

Ferrajoli, por sua vez, acredita num constitucionalismo de direito internacional hábil a tratar da universalização dos direitos do homem e harmonização dos pluralismos a partir da análise da obra de Francisco de Vitória, na formação dos primeiros alicerces do direito internacional moderno, até a tese de um constitucionalismo de direito internacional⁴⁴⁵. Segundo o teórico italiano, o modelo garantista do Estado Constitucional de Direito, baseado na validade de normas inferiores de acordo com sua sujeição a normas superiores e a princípios axiológicos a elas relacionados, tem validade qualquer que seja o ordenamento, levando o constitucionalismo para além das fronteiras dos Estados. Assim, seguindo a

⁴⁴⁵ FERRAJOLI, 2007, p. 53.

primeira das teses de Vitória de conceber a ordem mundial como *communitas orbis* (uma sociedade mundial de Estados soberanos e livres submetidos a um mesmo Direito das Gentes, e no âmbito interno, as suas próprias constituições), Ferrajoli desenvolve seu conceito de “constitucionalismo mundial”, capaz de oferecer garantias jurídicas a nível internacional a todos aqueles direitos outrora assegurados tão somente no âmbito interno de cada Estado-nação. A inclusão de cartas de direitos fundamentais em caráter mundial revela uma necessidade de universalização de direitos, e sua eficácia deriva da possibilidade de serem consideradas pelas organizações internacionais como meio de supressão de lacunas no direito global.

O reconhecimento universal dos direitos humanos como efeito do reconhecimento de garantias interconstitucionais, seria possível em termos práticos, segundo Ferrajoli, a partir de uma reforma da Corte Internacional de Justiça de Haia. Competiria à jurisdição internacional, a adoção de quatro inovações modificadores de seus institutos: a) a extensão de competência, não ficando apenas o tribunal internacional limitado à resolução de conflitos entre Estados, mas também disponível para julgamento de delitos contra a humanidade, em matéria de guerras, violação à paz e ataques a direitos fundamentais; b) o reconhecimento necessário e universal da obrigatoriedade da jurisdição internacional, sem a limitação da aceitação prévia entre Estados; c) a legitimação ativa do recurso às cortes internacionais não tão somente em relação aos Estados, mas também aos indivíduos, verdadeiros titulares dos direitos fundamentais violados, ou ao menos das organizações não-governamentais em defesa dos direitos humanos, que são centenas ou milhares que se espalham pelo mundo, no combate às violações; d) a obrigatoriedade e não mais apenas a excepcionalidade da introdução do conceito jurídico de responsabilidade pessoal dos governantes por crimes de guerra e violações de direitos humanos, como ocorreu no caso do conflito dos Balcãs, com a prisão e processo dos governantes envolvidos na prática de genocídios na Ex-Iugoslávia.

Resta saber se no âmbito do fenômeno de expansão punitiva com o desenvolvimento do conceito de Direito Penal do Inimigo, se práticas como o terrorismo podem ser melhor tratadas mediante o exercício de uma jurisdição internacional nos termos de um constitucionalismo de caráter mundial. Observa-se que ao se desenvolver a tese da universalização de direitos e o reconhecimento de garantias de direitos fundamentais ao redor de todo o globo, isto pode vir a limitar ou mesmo suprimir as intervenções penais abusivas e violadoras desses direitos, sob a forma de uma coerção pública universal em que todos os Estados, mediante um pacto, numa aliança pela paz, nos termos da comunidade universal

pensada por Kant, cooperem reciprocamente no controle de riscos globais como o terrorismo e o crime organizado, sem necessariamente comprometer os direitos do homem.

Ocorre que todas as guerras são danosas, e mediante o advento de Estados-policiais ao redor do globo, face o alarma provocado pelo terrorismo e a criminalidade organizada, e mediante a concepção do Direito Penal do Inimigo, todas as nações são compelidas a se integrar em uma associação não para a paz, nos termos propostos pela federação kantiana, mas sim em torno de um estado de guerra, de combate ao terror. Pululam violações aos direitos humanos sob a alegação de uma ideologia de defesa, num modelo de segurança militarizado, baseado na exclusão de direitos, ou mesmo na aniquilação pura e simples de inimigos.

No que tange as transformações que são operadas no plano internacional, com vistas à cooperação entre Estados, Marcelo Neves alerta que nem sempre esse nível de articulação está relacionado aos propósitos de uma racionalidade transversal a perpassar o direito e a política. Ele cita um dos entraves para a afirmação da Constituição transversal no âmbito internacional quando trata do discurso da segurança como meio para se defender um direito global, com o uso político da retórica dos direitos humanos para fins de imposição dos interesses de uma superpotência⁴⁴⁶. A questão da intervenção militar para fins de proteção dos direitos humanos é indicada por Neves em toda sua contradição e vagueza, uma vez que tal alegação serve muito mais para legitimar um intervencionismo de organizações internacionais específicas, como o Conselho de Segurança da ONU, em prol dos interesses do Estado norte-americano, que sob a alegação de que o terrorismo não é apenas uma ameaça a seu direito interno, mas também aos direitos de toda a humanidade, recorre à chancela dos organismos internacionais no sentido de legitimar práticas belicistas e de extermínio de todos os agentes produtores de perigos, considerados nocivos à segurança e passíveis de serem qualificados como inimigos.

Ao prosseguir na análise do jusnaturalismo de Francisco de Vitória, Ferrajoli chega ao conceito de *ius communicationis* (direito de comunicação), que estabelece um estado de comunhão natural entre os povos, que tem o direito de se relacionar uns com os outros. Desse direito, decorrem outros a ele relacionados, como o *ius peregrinandi* (direito de viajar), o *ius degendi* (direito de permanecer) e o *ius commercii* (o direito de comércio), bem como os direitos universais a ocupar terras incultas (*ius occupationis*), e o direito de transferir-se para outro lugar e lá adquirir cidadania (*ius migrandi*). Tais direitos desenvolvidos por Vitória

⁴⁴⁶ NEVES, Op. Cit., p. 94.

serviram tanto para legitimar a lógica de colonizadores como colonizados no decorrer das trocas históricas entre civilizações na formação do direito internacional, porém, no contexto da globalização atual, esses direitos dos povos revestem-se de relevância especial no momento em que para as nações do Ocidente urge a obrigação e o compromisso histórico de reparar os estragos dos abusos cometidos contra os povos colonizados, com o advento e vigência das declarações de direitos do homem e no reconhecimento universal de direitos fundamentais, graças a contribuição do conceito de direitos oriundos do *ius communicationis*, paradigma jusnaturalista desses direitos.

Hoje, contrariamente, com o predomínio de um modelo penal global baseado na segurança como valor primordial, todos os direitos apregoados por Vitória encontram-se ameaçados diante da expansão punitiva. A permanência de grupos identificados por suas diferenças e não semelhanças, e mesmo o direito de migração dos povos encontra-se altamente prejudicado por políticas anti-imigratórias adotadas por Estados componentes da União Europeia, e a perseguição étnica ganha forma quando as intervenções penais setorializadas priorizam certos grupos ou segmentos pelo seu pertencimento religioso ou racial, como acontece com os árabes e negros na periferia de metrópoles globais como Paris, Londres ou Nova York. As iniciativas de um direito cosmopolítico alicerçado na cooperação entre Estados, nos termos de um conceito de hospitalidade, segundo os propósitos de uma paz universal, decaem diante de um estado emergencial de guerra, cujos indivíduos passam a ser inimigos e cidadãos podem ser qualificados como suspeitos. Os crescentes desafios para uma universalização de direitos incitam a formação de redes de constitucionalidades, abertos ao diálogo intercultural, como meio de superação desse preocupante modelo penal violador de direitos fundamentais, presente em diversas nações, atemorizadas por uma cultura global do medo.

Ocorre que, segundo García, um dos desafios para o Direito Penal é que mesmo se vivendo hoje sob o aparelhamento formal de um Estado Democrático de Direito, a constituição formal do Estado se relaciona com a constituição material da sociedade. Isto implica em dizer que a sociedade parece haver superado os limites traçados pela constituição formal, baseando-se na premissa de que o Estado Social apenas se firmou juridicamente, em termos formais da arquitetura do ordenamento; entretanto, outras realidades metanormativas encontram-se carentes de regulação formal.

Em termos de interconstitucionalidade, resta saber se as dificuldades oriundas do caráter simbólico adotado pela Constituição interna de um Estado, diante do atendimento de demandas sociais, e o ingresso de um modelo de Estado penal repressivo, a lidar com as

questões sociais no âmbito da expansão punitiva, poderiam ser dilemas solucionados com base na interdependência global que cada vez mais resvalam as decisões dos Estados, face os efeitos extraterritoriais dessas decisões⁴⁴⁷, ao lidar com matérias controvertidas, associadas às formas atuais de criminalidade transnacional, como o terrorismo, o tráfico internacional de entorpecentes, os crimes ambientais, e a criminalidade desenvolvida na internet.

Sabe-se que, para Canotilho, falar de sistemas parciais globais não implica numa constitucionalização automática desses sistemas, e, como já foi observado, o nível de discussão desenvolvido entre atores particulares a nível global, no sentido de edificar, pelo reconhecimento dos pluralismos, uma Constituição civil independente do Estado, não prospera devido ao fato de que, em um espaço global de comunicação com pretensões de ambiente democrático, as decisões de caráter constitucional dependem de decisões políticas⁴⁴⁸. Já se viu aqui, neste estudo, o quanto Luhmann tinha resistências a um acolhimento entre o sistema político e o sistema jurídico em termos de uma sociedade mundial, mas a discussão pôde ser levada a cabo por Teubner, a partir do reconhecimento do pluralismo jurídico, que não exauriu a discussão em termos constitucionais, pois o debate resultaria inacabado se, diante de um aparato punitivo que não pode prescindir da ordem estatal, sob pena da transformação do direito de punir numa regredida vingança de entes coletivos privados (o que seria desastroso no caso de conflitos rurais), a pergunta que ficaria no ar é de como uma sociedade civil poderia se manter livremente, no exercício de suas liberdades, sem a garantia de segurança ofertada pelo Estado, na manutenção dessas liberdades, bem no espírito da filosofia hegeliana. Retomando o Estado seu papel de garantidor de direitos fundamentais, voltando à cena democrática do debate global, urge saber como o novo conceito de Constituição que se tenta transmutar por esse debate, pode servir como alternativa ao reinado de terror da expansão punitiva, em sua “guerra contra o terror”.

Para Marcelo Neves, a resposta para a pergunta pode ser formulada nos termos do transconstitucionalismo, que serve como instrumento para a resolução dos dilemas efetivos decorrentes de uma hermenêutica constitucional que vise combater o avanço punitivo, diante do fenômeno da racionalidade transversa.

O transconstitucionalismo, como modelo de entrelaçamento que serve à racionalidade transversal entre ordens jurídicas diversas, abre-se a uma pluralidade de perspectivas para a solução dos problemas constitucionais, melhor adequando-se às relações entre ordens jurídicas do sistema jurídico heterárquico da sociedade mundial.⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ CANOTILHO, Op. Cit., p. 291.

⁴⁴⁸ Id., p. 295.

⁴⁴⁹ NEVES, 2009, p. 131.

O transconstitucionalismo pode operar-se de variadas formas, seja entre o direito internacional e o direito estatal, seja no tocante à articulação entre um direito supranacional e o direito estatal, entre ordens jurídicas estatais entre si ou entre estas e as ordens transnacionais e ordens locais extraestatais, ou ainda entre o direito supranacional e o internacional. Sob a pluralidade contextual das diversas dimensões em que atua a racionalidade transversal, o que se observa é que, em termos de realidade brasileira, no que tange ao seu aparato de normas repressivas, dentro do arcabouço constitucional de seu direito interno, adota-se uma primeira postura de se verificar até que ponto o direito internacional público intervém no direito interno do Estado, no sentido do ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, dar efetividade normativa aos dispositivos internacionais sobre direitos humanos. Marcelo Neves cita o exemplo relevante de transconstitucionalismo entre a ordem internacional e a ordem estatal, através da relação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, instituído pela Convenção Americana de Direitos Humanos e os estados signatários que ratificaram a convenção⁴⁵⁰.

Os artigos 15º e 16º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 1969), estabelecem, respectivamente, o direito de reunião e a liberdade de associação, sendo que o item 2 relacionado ao art. 16º estabelece que o exercício de tal direito, numa sociedade democrática, só pode ser restringido no interesse da segurança nacional, ou da ordem pública, para proteger a saúde ou moral pública, ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. Ora, em nível de um transconstitucionalismo entre o Direito Internacional e o Direito Interno Estatal, percebe-se o paradoxo apontado por Neves entre a ordem estatal e a ordem internacional, no momento em que o Direito Internacional Público é constituído do Direito dos Estados-membros, que por sua vez são constituídos por esse direito internacional, uma vez que a soberania de um Estado decorre de sua qualidade de sujeito de direito internacional, cuja soberania foi reconhecida pelos demais Estados. Por sua vez, apesar de fazer parte do direito internacional, o direito interno de um Estado nem sempre corresponde ao que estabelecem os dispositivos internacionais, tendo em vista que a primeira tentativa do Estado constitucional é de responder às demandas internas por direitos fundamentais, democracia e justiça, enquanto que a penetração das normas internacionais no direito interno depende de sua recepção constitucional, e de como essas normas contemplam as demandas produzidas no âmbito interno. Nesse sentido, a restrição da liberdade de associação e do direito de reunião, visa atender, sobretudo, interesses internos do Estado, que

⁴⁵⁰ Ibid., p. 144.

numa perspectiva de classes, atendem às demandas de segurança de um segmento social, economicamente detentor de poder, e não de uma maioria dispersa no ambiente social. Assim, o que comumente as normas internacionais podem entender como segurança, ordem pública ou moral pública, podem ganhar uma nova conotação, no âmbito interno da ordem estatal.

Como o transconstitucionalismo envolve um diálogo entre as cortes judiciais e entre os tribunais internos e os tribunais internacionais, Neves cita o interessante caso apreciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Yatama X Nicarágua*⁴⁵¹, cujos membros da comunidade indígena filiados ao partido Yatama ficaram proibidos de participar do processo eleitoral na Nicarágua. Na ocasião, além da condenação do país pela corte à indenizações por danos materiais e morais, foi também determinada a reforma da legislação eleitoral. Ora, as constantes tentativas de criminalização do MST por parte de setores conservadores da mídia, integrantes do sistema dos meios de comunicação, bem como representantes de classes sociais vinculadas ao ruralismo, ao latifúndio e ao agronegócio, valem-se do discurso do medo, da popularização do sentimento de insegurança coletiva e da via do populismo penal, no sentido de configurar o direito interno como um direito penal de exclusão, o que confronta com a perspectiva transconstitucional de diálogo da ordem jurídica interna com a ordem internacional, mormente no que diz respeito à aplicação de normas referentes aos direitos humanos e ao regime constitucional de liberdades democráticas.

Marcelo Neves alerta que um transconstitucionalismo entre ordens internacionais e ordens estatais não leva necessariamente a uma obrigatoriedade de recepção no ordenamento interno das normas internacionais, por serem mais benéficas do que as normas de direito interno. Cita-se o caso da colisão de normas entre o que dispõe o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 17 de julho de 1998, ratificado pelo Brasil em 2002, que prevê a pena de prisão perpétua, enquanto que essa modalidade de pena é descartada no ordenamento jurídico nacional, por força do art. 5º, inciso XLVII da Constituição Federal, que não admite dentre outras penas, as de caráter perpétuo. Exigem-se na jurisdição constitucional brasileira condições específicas para extradição do preso, dentre elas a necessidade de comutação da pena de prisão perpétua estabelecida no ordenamento de outro país, em, no máximo, trinta anos, como prevê o direito brasileiro. De qualquer forma, a experiência do transconstitucionalismo não significa uma imposição do internacionalismo sobre o nacionalismo e nem vice-versa, mas sim a realização de acoplamentos por onde passa a

⁴⁵¹ NEVES, 2009, p. 146.

racionalidade transversal, no sentido de propiciar um aprendizado entre o sistema do direito interno e o sistema do direito internacional.

No tocante ao transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e outras ordens locais extrataestatais, além dos comentários de Neves, interessa nesse momento a introdução do conceito de colisão de direitos empregado por Teubner, na tentativa de se ir além do conceito de Constituição civil, que, como já foi visto, peca pela ausência de uma efetiva normatividade a satisfazer as expectativas quanto à preservação da igualdade, do regime das liberdades e dos direitos humanos, sendo necessária a presença do Estado. Sabe-se, por exemplo, que além dos conflitos de terras havidos no meio agrário, que suscitaram na América Latina, no surgimento de grupos diferenciados, como as FARC na Colômbia e o MST, no Brasil, que o dilema do exercício do direito de propriedade no campo, envolve também o entrelaçamento entre ordens normativas nativas e ordens estatais constitucionais. Fala-se da questão das comunidades indígenas, bem como das quilombolas, e, em especial, da criminalização de práticas indígenas, sob o argumento de defesa vida como bem jurídico fundamental, diante das práticas de algumas tribos de promoverem o homicídio de recém-nascidos com deficiência física ou com algumas características proibidas por sua cultura local.

Nos casos de conflito entre uma ordem jurídica estatal e ordens locais dotadas de normatividade, é fundamental que o estabelecimento do diálogo entre essas ordens normativas conflitantes parta de estudos antropológicos para esclarecer os pontos de colisão entre essas ordens jurídicas. É função do transconstitucionalismo promover esse diálogo, solucionando o conflito havido da colisão de normas, por via da racionalidade transversal que, se não obtém o consenso, promove o diálogo enriquecedor do autoconhecimento e do conhecimento recíproco entre observadores de primeira e segunda ordem, uma vez que o sistema do direito oficial e o pluralismo jurídico encontrado nos diversos sistemas sociais parciais, conhecem melhor a si próprios em suas operações jurídicas, assim como passam a conhecer o outro. A partir do debate que se seguiu no Congresso Nacional, acerca das práticas culturais dos índios Suruahá, no Amazonas, é que se descobriu que o caminho da criminalização não era o mais adequado, no sentido de prender os adeptos da prática do homicídio de crianças recém-nascidas como infanticidas, uma vez que o infanticídio praticado por membros dessa comunidade indígena tinha nada ou muito pouco haver com o conceito dado pela norma jurídico penal presente no direito positivo estatal, e muita mais nas condições adversas de uma vida sofrida, onde os nascidos mais fracos, naturalmente sucumbiriam diante de doenças do que os mais fortes, resistentes à vida na floresta, no âmbito de sua comunidade tribal. A ideia de dignidade e de vida humana, portanto, ganho outros contornos e sentidos diante da

realidade das comunidades indígenas, em relação aos conceitos normativos desenvolvidos pelo homem branco.

Um diálogo entre ordens jurídicas por meio da racionalidade transversal, como já foi visto, não pode ser instrumentalizado pelo imperialismo de um sistema social sobre o outro, nem que isso se dê no contexto de um “imperialismo dos direitos humanos”⁴⁵². Um direito constitucional sensível ao transconstitucionalismo permite a abertura do sistema jurídico às diversas aprendizagens que podem ser obtidas mediante a aplicação da norma constituição como ponte de transição que permite o entrelaçamento entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas locais extraestatais. No embate entre a autonomia coletiva e a autonomia individual, não há de uma moral supostamente universal abater-se à força sob determinada forma de vida, sem que os acoplamentos propiciem um aprendizado que leve, por um lado, acerca do ordenamento estatal, a uma supressão de normas punitivas, utilizadas tão somente para criminalizar o que lhe é desconhecido, e por outro lado por uma transformação do costume, no âmbito da ordem extraestatal de comunidades distanciadas da vida civilizatória do homem moderno, como é o caso das tribos indígenas.

A mesma lógica pode ser transposta, pelo transconstitucionalismo, para o debate sobre a criminalização do MST enquanto uma organização contrária ao Estado de Direito, nas invasões de terra, por considerar o Estado que essas práticas seriam delituosas. Se, no caso das tribos indígenas, constatou-se que o conceito de direito à vida, conforme o entendimento dos defensores dos direitos humanos, com forte fundamentação moral cristã e ocidental, difere do que comunidades autóctones entendem por vida; da mesma forma a obtenção do direito à propriedade e o senso de pertencimento à terra, deve ser compreendido de forma diferenciada daquela que o senso comum dos juristas costuma estabelecer, em termos de conceber a norma jurídica enquanto norma positivada pelo Estado, com toda sua herança teórica do positivismo liberal.

Conclui-se que a concepção de norma constitucional conferida pelo transconstitucionalismo é inteiramente hábil para suprimir os discursos punitivos e a via da criminalização dos movimentos sociais, no momento que o texto constitucional vem em socorro desses movimentos, mormente no que tange à preservação e proteção de direitos fundamentais. Dessa forma, por via da racionalidade transversal, tendo a Constituição como ponte de ligação entre as reivindicações desses movimentos e a necessidade de proteção de bens jurídicos de que se serve a função do direito penal, conforme a teoria analisada por

⁴⁵² NEVES, Op. Cit., p. 225.

Roxin, ou, mesmo se for estabelecida a função de proteção da vigência da norma, como deseja Jakobs, de qualquer forma, em ambos os contextos, o diálogo proposto pelo sistema constitucional em relação às diversas ordens extraestatais oriundas do pluralismo jurídico, mostra-se como relevante contribuição para suprimir o populismo punitivo e resgatar a racionalidade do direito penal, enquanto subsistema do direito necessário para tutelar os interesses da coletividade, mas sem agir como instrumento de promoção da repressão desordenada sobre essa mesma comunidade, como se representantes da sociedade civil ou integrantes dos movimentos sociais fossem vistos como meros inimigos do Estado, quando na verdade não os são.

6.5. O reconhecimento constitucional dos movimentos sociais como operação interna do sistema jurídico: a legitimidade da oposição e da resistência por meio do direito de protesto

Como trajeto derradeiro de uma extensa jornada pelo universo das lutas sociais e sua legitimação pelo sistema jurídico, compete agora demonstrar como a baixa normatividade constitucional de outrora, face o caráter simbólico das normas constitucionais, agora passa por uma efetiva concretização, por meio da busca política de direitos, presentes nas lutas dos movimentos sociais, reconhecidos normativamente dentro das operações internas do sistema jurídico.

Para Buzanello, a aplicação integral de uma Constituição normativa enseja um direito de resistência⁴⁵³, que neste estudo pode ser também tratado como liberdade para o exercício da luta política, enquanto desdobramento do direito fundamental à liberdade de expressão ou direito de protesto. Na verdade, o direito de resistência assume diversas formas no marco constitucional vigente, conforme se proporciona a abertura ou fechamento do sistema jurídico por meio do direito constitucional. Em seus acoplamentos estruturais com o sistema político, como já foi visto, a Constituição assegura que seja conferida legitimidade às lutas políticas que vem de fora do sistema, por meio da racionalização do princípio do discurso enquanto princípio democrático, até o ponto de se tornar um princípio jurídico de igualdade.

Em primeiro lugar, entende-se que o direito de protesto, exercido, por exemplo, por meio da ocupação de terras, deflagrada por movimentos sociais como o MST, está fundado em dois conceitos básicos, empregador por Bobbio, os de contestação e resistência⁴⁵⁴. Sobre

⁴⁵³ BUZANELLO, José Carlos. *Direito de resistência constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 181.

⁴⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992, p. 144-145.

resistência entende-se que esta envolve todo comportamento de ruptura contra uma ordem constituída, que tem como efeito produzir crise no sistema a partir de atos como tumultos, motins, rebeliões ou insurreições, até chegar ao limite máximo que pode levar a uma revolução.

Tanto a contestação quanto à resistência são formas de oposição extralegal a um sistema político estabelecido, sendo que o contrário da contestação é a aceitação enquanto que o contrário da resistência é a obediência. A obediência implica em uma atitude passiva em relação à norma, cumprindo-a muitas vezes, de forma meramente mecânica ou instintiva, enquanto que a aceitação implica numa atuação mais ativa do destinatário da norma, pois há previamente um juízo de aprovação sobre a norma, ou ao menos uma inclinação favorável ao seu cumprimento. A contestação, diferentemente da resistência, portanto, consistiria muito mais numa atitude de crítica do que de ruptura, pondo em questão uma ordem estabelecida sem, entretanto, provocar-lhe uma crise. Para Bobbio, se a resistência culmina em um ato prático, num gesto demonstrativo de protesto, a contestação assume os ares de um discurso crítico, de um protesto verbal, em que se enunciam slogans e palavras de ordem.

Ora, sabe-se que no âmbito do protesto, relacionado com o histórico dos movimentos sociais no Brasil e na América Latina, o limite entre contestação e resistência nunca foi muito claro. Sabe-se que diversos movimentos sociais iniciaram-se como movimentos de contestação, até chegarem ao ponto de empreenderem efetiva resistência ao sistema político dominante. Entretanto, parece que em determinados períodos de normalidade democrática movimentos de contestação, que participam do processo democrático de tomada de decisões e apresentam seus discursos, são mais previsíveis, e movimentos efetivos de resistência encontram-se presentes em períodos de crise ou grave turbulência institucional. De qualquer forma, pode-se dizer que movimentos sociais como o MST entabulam desde discursos de contestação até mesmo atos de resistência, quando, por exemplo, promovem ocupações de terra inicialmente pacíficas, mas que descambam em atos de desobediência civil, no cumprimento de decisões judiciais de reintegração, quando resistem a desocupar áreas *sub judice* e estão sujeitos à ação policial. Em ambos os casos, manifesta-se o caráter de oposição extralegal dos movimentos sociais, que não culmina, necessariamente, com uma defesa da desintegração do sistema ou ruptura, como também não sucedem numa transformação abrupta do Estado, como se dá nos processos revolucionários.

Luhmann estabelece interessante discussão a respeito, quando se detém sobre a análise da relação entre o sistema político e o sistema jurídico. Para ele, política e direito são tratados sob o ponto de vista de uma teoria sobre sistemas autopoieticos fechados operativamente,

porque, dessa forma é possível diferenciá-los, em seu desenvolvimento durante o percurso histórico da sociedade⁴⁵⁵. Se, outrora, na sociedade medieval, ainda não havia uma distinção clara entre uma dimensão jurídica e política da vida social, com a formação do Estado territorial na era moderna, houve a necessidade da unificação do direito e de um controle central exercido pelo Estado, enquanto poder político. A soberania se torna, então, a partir da segunda metade do século XVI, um controle político centralizado da jurisdição⁴⁵⁶, cuja soberania implica em uma crescente atividade legislativa.

Direito e política são vistos como uma unidade no Estado moderno enquanto o jusnaturalismo hobbesiano pregava que a função do Estado consistia na garantia de liberdade conforme o direito; ou seja, dentro dos limites estabelecidos por uma ordem jurídico-política, em que o indivíduo era visto como sujeito político e sujeito jurídico. Para Luhmann, é a partir da fusão entre política e direito que se pode entender o direito de resistência, através de sua análise do pensamento de Hobbes⁴⁵⁷, pois questões, outrora, de religião e moral convertem-se em questões jurídicas, quando o soberano deixa de ser visto como uma divindade e passa a ser visto como um cidadão comum, também sujeito ao direito, como todos os demais. Ao citar Hume, Luhmann remete ao contratualismo para firmar o compromisso do governo conforme o direito, e de que a não proteção pelo governante dos interesses da sociedade (mormente os interesses econômicos), deve-se apresentar uma resistência justificada por parte do povo. Assim, Luhmann vislumbra no código binário virtude X corrupção a síntese do direito de resistência, enquanto direito político, ainda não vinculado diretamente ao sistema jurídico, mas que em sua evolução ganhará contornos próprios de uma operação típica do sistema do direito. O Direito de Resistência nasce, portanto, no âmbito do sistema político, ainda não reconhecido pelo sistema jurídico enquanto não surge uma Constituição. Entretanto, o problema da oposição já surge como problema central do Estado Moderno, fundado no fato de que o sistema jurídico se encontra, nesse momento, em oposição à política. Em outras palavras, Luhmann explica que nos primórdios do Estado moderno a diferenciação entre o sistema político e o sistema jurídico se dá pela resistência justificada ao exercício do poder político⁴⁵⁸.

Tal oposição também é vista em Bobbio, quando a constitucionalização do direito de oposição surge no Estado Moderno, tornando lícita a formação de um poder alternativo, formado enquanto contrapoder, nos limites das regras do jogo estabelecido pelo direito,

⁴⁵⁵ LUHMANN, *El derecho de la sociedad*, p. 473.

⁴⁵⁶ LUHMANN, *Op. Cit.*, p. 476.

⁴⁵⁷ LUHMANN, *Ibid.*, p. 477-478.

⁴⁵⁸ *Idem*, p. 479.

enquanto uma forma de usurpação legalizada⁴⁵⁹. O sistema jurídico começa a se diferenciar do político quando estabelece a legitimidade dos movimentos de contestação e resistência, com o advento do processo de constitucionalização. Com o direito de resistência, implica-se uma necessidade de fechamento do sistema jurídico, no momento em que no surgimento da resistência, não caberia ao sistema político aceitar o fato de que os súditos poderiam intervir na política, destituindo o soberano, apelando para o direito. O sistema político necessitou, portanto, de se fechar, para entender por seu código próprio o que era reconhecido como função da política e quais ações estariam sobre seu código, enquanto que o sistema jurídico necessitou fazer o mesmo, a fim de não aceitar qualquer estado de exceção em que o soberano pudesse governar livremente, sem o apelo da reivindicação dos súditos⁴⁶⁰.

Tem-se a gênese do Estado de direito, em que, com o fechamento operacional dos sistemas político e jurídico, foi possível delimitar suas comunicações. Segundo Luhmann, no Estado de Direito o Estado é visto simultaneamente como instituição jurídica e como instância política sujeita ao direito, mas diferente deste. No Estado de Direito começam também a surgir as controvérsias entre política e direito que se estabelecem até hoje, problematizadas pela chamada “questão constitucional”, segundo Luhmann, uma vez que já existindo dois sistemas diferenciados (política e direito), estes começam a divergir sobre a forma de incluir o indivíduo como cidadão⁴⁶¹. Essas divergências partem de como o direito pode intervir no sistema político a partir do reconhecimento da proteção jurídica do cidadão frente ao soberano, enquanto este se apresenta como um sujeito político, participe de intervenções políticas como a contestação e a resistência. Ora, já foi observado o quanto a resistência surge com o sistema político, mas não é reconhecida por este, passando a ser tutelada pelo sistema do direito. No que tange ao reconhecimento do direito de protesto enquanto supedâneo normativo das consequências de polemizações acerca dos direitos do cidadão enquanto sujeito político, é que surgem as Constituições na promoção dos acoplamentos entre sistema político e jurídico, e por onde, conforme já foi visto em itens anteriores, pode vigorar uma racionalidade que concede coesão a ambos os sistemas, impedindo uma controvérsia irreconciliável, pelo fechamento abrupto e exagerado de ambos os sistemas sociais.

Ora, se desde o século XIX a política é conduzida prioritariamente pelo Estado, e se no âmbito da constitucionalização, esse Estado está sujeito ao sistema jurídico, por obra da Constituição, o direito acaba por estruturar a política, conferindo-lhe legitimidade, e assim, no

⁴⁵⁹ BOBBIO, Op. Cit., p. 149.

⁴⁶⁰ LUHMANN, Op. Cit., p. 480.

⁴⁶¹ Ibid., p. 482.

âmbito do Estado, promove uma hierarquização entre legislação e jurisdição. As normas jurídicas fundamentam a política, porque os atos desenvolvidos pelo Estado, no âmbito do sistema político são normatizados por meio do processo legislativo, quando a Constituição atua para proporcionar o acoplamento entre os sistemas, reproduzindo continuamente comunicações, quando o direito legitima a atividade legislativa parlamentar, em que o sistema político, por sua vez, acaba por se abrir, dando espaço para a opinião pública⁴⁶².

Aproxima-se aqui a abordagem de Luhmann, no tocante ao reconhecimento das vicissitudes entre o sistema político e o jurídico que irão embasar o direito de resistência, com as observações encontradas em Habermas, pela ativação do princípio democrático na formação de condições ideais do discurso, mediante o procedimento legislativo, através da esfera pública.⁴⁶³ A positivação do direito e a democratização da política por meio do processo legislativo, parecem ser hábeis para descrever o momento em que sistema político e jurídico se diferenciam e ao mesmo se reconhecem por meio de acoplamentos estruturais, graças a Constituição. O princípio democrático, por sua vez, permite que uma sociedade complexa, onde convivem diversas diferenciações entre sistemas sociais possam se comunicar por meio de uma socialização discursiva, onde discursos e negociações fundamentam uma racionalidade que permeia o processo, e que opera transversalmente entre os sistemas. Dessa forma, pelo reconhecimento da participação popular e a legitimidade dos diversos atores envolvidos em suas lutas mediante o pluralismo social, compreendidos como partícipes das regras do jogo pelo sistema político, pode-se conceber uma realidade em que a resistência não é mais visto como algo tão estranho, perigoso ou potencial fator de risco para a sociedade, mormente no que tange aqueles que operam com os mecanismos do poder, no âmbito do sistema político.

Em Habermas, vê-se que a crítica de Bobbio ao futuro da democracia nas transformações sociais globais (quando o jusfilósofo italiano vislumbra, por um lado, uma sociedade policêntrica dividida em várias organizações e o poder político exercido por atores coletivos, e por outro lado, observa-se que as massas, dominadas pela apatia, afastam-se das elites) passa por uma redefinição da política através do conceito de democracia deliberativa e da maior participação dos atores sociais, por meio da sociedade civil⁴⁶⁴. Seria a sociedade civil, através de suas organizações livres, compostas pelos movimentos sociais, que tornariam

⁴⁶² Idem, p. 483.

⁴⁶³ A esfera pública pode ser descrita não como um sistema, mas sim como uma rede de comunicações, onde existe a tomada de posições e opiniões e onde os fluxos comunicacionais são filtrados a ponto de se converterem em uma opinião pública. É daqui onde o processo democrático intervém, auxiliando na subsequente produção normativa. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, vol II, p. 92.

⁴⁶⁴ HABERMAS, Op. Cit., p. 99.

a esfera pública uma caixa de ressonância dos problemas sociais que ocorrem no âmbito interno dos sistemas parciais de uma sociedade, propiciando a abertura do sistema político, e um reconhecimento do sistema jurídico dessas lutas como reivindicações de direito, face à legitimidade da contestação e da resistência.

Entretanto, percebe-se que a abertura ou fechamento desses sistemas ainda é insuficiente para delimitar a legitimidade do direito de protesto como forma de exercício da contestação ou da resistência, no cotidiano dos movimentos sociais, enquanto não se analisa os desdobramentos do Estado de direito. Retoma-se o tema da participação popular nos Estados democráticos para se vislumbrar até que ponto as lutas sociais são reconhecidas pelo sistema político, antes mesmo de sua abertura por via do processo legislativo, quando ainda não vigora uma racionalidade legislativa, mas sim uma racionalidade pré-legislativa. Com a formação do Estado Moderno, cujo Estado assume por séculos o protagonismo das operações do sistema político, percebem-se novos atores que também passam a ser reconhecidos como tais, no momento em que o princípio democrático perpassa o sistema da política até atingir o direito. Está se falando aqui não mais apenas de modelos tradicionalmente reconhecidos pelo pensamento liberal-burgês Pós-Revolução Francesa, de inspiração rousseauiana, acerca da democracia representativa no processo parlamentar, mas sim de formas de participação fora do governo parlamentar, como conselhos, assembleias ou propostas mais radicais de organização social, que retomem a discussão do direito à resistência ou mesmo que preguem uma revolução⁴⁶⁵.

O direito à resistência volta a emergir, segundo Bobbio, quando o Estado tradicionalmente diferenciado do sistema jurídico na modernidade, entra em crise, e são retomados velhos temas da agenda social, como qualidade de vida, liberdade, segurança, emprego e bem estar. As situações nas quais nasce o direito de resistência não são novas em relação às lutas sociais que se desenvolveram nos séculos anteriores; entretanto, Bobbio destaca de forma brilhante que a diferença da opressão que existia nos períodos históricos anteriores (opressão religiosa da igreja, opressão política do Estado ou opressão econômica de classe) é que os movimentos sociais de hoje não pretendem derrubar uma forma determinada de Estado, mas sim questionar uma forma determinada de sociedade⁴⁶⁶, que no contexto atual, trata-se de uma sociedade de risco, com todos os ônus historicamente determinados que possa ter uma realidade social, como a que se encontra presente no atual panorama global. Assim, as lutas sociais e políticas de movimentos como os sem-terra, os sem-teto, os indígenas, os

⁴⁶⁵ BOBBIO, Op. Cit., p. 152.

⁴⁶⁶ BOBBIO, Ibid., p. 153.

quilombolas, e os excluídos de toda a monta, somam-se a diversos movimentos ao redor do globo, que se valem do protesto, por meio da resistência ou da contestação, como forma de se viabilizarem como atores sociais e sujeitos políticos, reconhecidos pelo sistema do direito e assimilados pela política como legítimos protagonistas, tendo em vista o advento do princípio democrático e a racionalidade imprimida entre os sistemas pela Constituição. Mesmo as angústias, provocadas pelo sentimento de insegurança e incerteza na sociedade de risco, podem ser debeladas por meio do reconhecimento democrático dos atores que se insurgem, por meio da resistência; pois esta deixa de ser vista como ameaça, a partir de seu reconhecimento constitucional, e sim como uma dimensão normatizada da esfera pública, que admite por meio da participação popular, o exercício do protesto, por meio da contestação ou da resistência, nas situações em que as demandas por direitos fundamentais não são realizadas (a ausência de trabalho, moradia ou renda, por exemplo).

O retorno do tema da democracia popular a superar o modelo tradicional de democracia representativa, de linha liberal, baseado na representatividade clássica, a partir da formação de uma base parlamentar no sistema político, volta à tona, pelo reconhecimento da intervenção da sociedade civil na esfera pública, visto o domínio do sistema dos meios de comunicação nesse âmbito, na formação da opinião pública. Se é a partir da regulação normativa do processo legislativo que o sistema jurídico invade o sistema político, contextualizada a produção de leis no âmbito da esfera pública, os acoplamentos propiciados pelo texto constitucional é que devem servir de alternativa às irritações produzidas pelo sistema político ou pelo sistema midiático no sistema jurídico, influenciando na expansão punitiva. O sistema jurídico deve demonstrar para o sistema político que as formas de participação popular numa democracia levam também às ocupações de terra por militantes do MST, como exercício do direito de protesto, consubstanciado em atos que podem vir da contestação na esfera pública ou por meio do direito de resistência⁴⁶⁷.

Os problemas encontrados pelos movimentos sociais devido as suas dificuldades de serem reconhecidos pelo sistema político como atores militantes, dedicados as suas lutas, deuse muito pela forma em que, como já foi dito, o Estado assume a centralidade das decisões políticas na modernidade, e no momento em que determinadas demandas sociais são vistas com atenção como prioridade pelo Estado, quaisquer formas de resistência são vistas como

⁴⁶⁷ Segundo Habermas, por estar apoiada em direitos fundamentais, a sociedade civil atua através da liberdade de opinião e reunião, tendo o direito de fundar sociedades e associações, além de definirem um espaço onde interferem na formação da opinião pública. Ora, uma das formas de interferência para movimentos sociais como o MST é justamente a ocupação de terras; não como a prática de um delito, mas sim como o exercício de um protesto, como uma forma de sensibilizar a opinião pública para a necessidade de reforma agrária. HABERMAS, Op. Cit., p. 101.

ilegalidade. O código binário governo X oposição que segue o sistema político na codificação democrática do poder ainda se encontra preso ao modelo tradicional de democracia representativa, enquanto que não importa ao sistema jurídico outro tipo de codificação que não seja a de lícito X ilícito (ou conforme o direito X discrepante do direito). Ocorre que, no âmbito do sistema político, com o advento do princípio democrático, a oposição não se faz representar apenas por partidos políticos, mas também por movimentos organizados da sociedade civil, em torno de suas reivindicações básicas que pontuam sua identidade social. O sistema do direito tende a reconhecer como lícitas, na ordem dos direitos fundamentais fundantes das reivindicações dos movimentos, as atividades de organizações da sociedade civil como os movimentos sociais, pois lhes são conferidos constitucionalmente as liberdades de reunião e associação, a liberdade de opinião, bem como seu funcionamento em torno de táticas e atividades que visem atingir as finalidades do movimento, quais sejam: a conscientização da opinião pública. Entretanto, retornando às observações de Luhmann, é que será possível perceber que o processo de constitucionalização das lutas dos movimentos sociais e seu reconhecimento como organizações livres da sociedade civil, no exercício de direitos fundamentais, ocorrem sob a forma de atividades legitimamente reconhecidas como parte integrante do jogo democrático, e não como atividades ilícitas, sujeitas a um jugo punitivo. A chave da questão pode estar no conceito de Estado de Direito.

Luhmann recorre a um conceito familiar ao direito anglo-saxão de *rule of law*, para definir que sob o prisma do sistema jurídico no exercício de função normatizadora, quaisquer espaços e situações devem estar sujeitos ao direito⁴⁶⁸. Assim, quando há uma indeterminação jurídica, o direito deve intervir, ou se caso a intervenção não ocorra, é porque o direito reconhece a indeterminação como uma liberdade concedida pelo próprio direito, abrindo um leque de possibilidades para uma série de ações na vida social. O Estado de Direito é consequência da universal relevância social do direito, conferindo validade a todos os atos da vida social, conforme sejam reconhecidos ou não pelo direito. Já o sistema político não funciona dessa forma em relação à indeterminação, pois suas decisões devem obrigatoriamente vincular coletivamente aqueles que estão sujeitos à ação política, adotando critérios próprios de resolução dos problemas, segundo os imperativos da política. A adoção, por exemplo, de políticas criminais de tolerância zero, adotadas pelo administrador com o intuito supostamente de reduzir a criminalidade como uma decisão política, devido ao fenômeno indeterminado do aumento da insegurança, pode ser vista pelo sistema jurídico tão

⁴⁶⁸ LUHMANN, Op. Cit., p. 489.

somente como abuso a direitos fundamentais como a liberdade e a integridade física, no momento em que determinados governos adotam toques de recolher, efetuam revistas freqüentes em moradores de bairros periféricos em barreiras policiais permanentes, ou se valem da intimidação como forma de manifestar a presença do Estado (como ocorre nas Unidades de Polícia Pacificadora-UPPs, na cidade do Rio de Janeiro).

O sistema do direito, segundo Luhmann, contribui para despolitizar os problemas, mediante sua autonomia operativa e diferenciação em relação aos demais sistemas sociais. Enquanto o sistema político tem a função de obter decisões que vinculem coletivamente, a fim de administrar o risco, o sistema do direito lida com o risco por meio da satisfação das expectativas, conferindo o que é lícito ou ilícito, quais os riscos são permitidos e quais são os proibidos. Entretanto, quando a política percebe que o direito soluciona o problema do risco, de forma diferenciada a daquela movida pelos impulsos políticos, a política vê a possibilidade de se expandir a partir do direito. Por isso, reside o dilema da expansão punitiva, quando o sistema político considera como suas as operações do sistema do direito, na resolução do risco, o que não corresponde à realidade da autonomia operativa de cada sistema. O Estado de direito faz recordar ao legislador que o direito só pode se desenvolver se evitar o livre exercício da violência⁴⁶⁹, algo que não está no *script* do sistema político, tão somente interessado em solucionar os problemas que surgem em seu âmbito de abrangência, de forma que suas decisões vinculem coletivamente.

A fórmula do Estado de Direito apresenta-se como condição de complexidade para o sistema político, quando o direito se vê às voltas com um âmbito político de ação, em que direito somente é direito se for reconhecido pelo sistema político como tal. Isso implica em dizer que o emprego da força, por exemplo, só será tido como força se for reconhecido como força legal pelo sistema jurídico, ou tão somente como violência, por parte da ação estatal. A distinção entre ambos é fundamental para reconhecer até que ponto atos de ocupação de terras promovidos por militantes sociais sejam entendidos como força, no sentido de meio empregado para realizar um ato reconhecido pelo direito, ou somente violência, quando o sistema jurídico passa a reconhecer uma determinada conduta como um ilícito. Nas diversas ações políticas que se desenvolvem no entorno social, percebe-se o quanto o problema se torna complexo, na miríade de opções táticas de que dispõem governo X oposição, na disputa política de mobilização da opinião pública. Para Luhman, a fórmula do Estado de Direito estabelece uma relação parasitária entre política e direito, pois o sistema político se beneficia

⁴⁶⁹ LUHMANN, Op. Cit., p. 492.

do direito ao administrar o risco, codificando o que é lícito e ilícito, enquanto que o sistema jurídico se beneficia da política através da força que esta pode impor para fazer valer suas decisões, no âmbito do sistema político.

Outro problema expressado por Luhmann é que possível entender melhor as relações entre política e direito, e até que ponto tais relações problematizam o aspecto da democratização da sociedade e reconhecimento dos movimentos sociais, dá-se através de desamornias temporais⁴⁷⁰ na sociedade moderna entre os sistemas político e jurídico. Por vezes, o sistema jurídico, através da atividade dos tribunais, não consegue, por seu ritmo lento, conferir respostas jurídicas às demandas suscitadas no âmbito do sistema político, face a relação que ambos os sistemas mantêm entre si. A legislação surge como um mecanismo de compensação de tempo, diante dos grupos de pressão presentes no sistema político, e também se dá o desenvolvimento de uma racionalidade que não fica inerte diante das lutas políticas que se desdobram desde o espaço público, chegando até o Parlamento. Dessa forma, é que se deu a discussão da constitucionalidade do direito de resistência, por exemplo.

Na Assembleia Nacional Constituinte de 1987, responsável pela futura Constituição do ano seguinte, a bancada do Partido dos Trabalhadores (PT), apresentou uma proposta de texto constitucional que positivava o direito de resistência⁴⁷¹. A redação do art. 2º apresentava no seu parágrafo único o seguinte trecho: “É assegurado a qualquer pessoa o *direito de se insurgir* contra atos que violentem os direitos universais da pessoa humana”. O deputado constituinte José Genoíno, do PT de São Paulo, apresentou em forma de emenda a proposta de seu partido à Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, mas encontrou resistência das bancadas parlamentares adversárias, especialmente do relator da comissão, deputado Darcy Pozza, do PDS do Rio Grande do Sul, que apresentou parecer contrário. Acendeu-se a polêmica no meio parlamentar e a sucessão de lutas entre as facções políticas, afirmando, por um lado, que se tratava de um esdrúxulo dispositivo, defendendo o direito à revolução e outros que asseguravam, como o deputado Genoíno, que se tratava apenas de defender algo que se encontrava presente na Constituição americana e na Constituição francesa. Não obstante a defesa de argumentos favoráveis ao projeto, a emenda foi rejeitada em uma votação de 25 constituintes favoráveis e 75 contrários.

Ora, se em seu artigo 1º a Constituição brasileira constitui-se num Estado Democrático de Direito, onde são reconhecidas a cidadania, a dignidade humana e o poder popular, o próprio texto constitucional diz em seguida, no parágrafo 2º do artigo 5º que não são

⁴⁷⁰ Ibid., p. 493.

⁴⁷¹ BUZANELLO, Op. Cit., p. 216.

excluídos outros direitos possíveis, decorrentes do regime democrático e dos princípios adotados pela Carta Magna. Confirma-se a concepção apontada por Luhmann de Estado de direito como a possibilidade do sistema jurídico regular materialmente o mundo dos fatos, lidando com a indeterminação, através do reconhecimento de outros direitos, que não aqueles propriamente expressos no texto constitucional.

Deriva-se do texto constitucional a concepção de que a ação política é regulada pelo sistema do direito, mostrando o quão parasitária se dá a relação entre o sistema político e o sistema jurídico, anteriormente apontada por Luhmann, instituindo-se o direito político já no art. 1º da Constituição. O regime democrático brasileiro apresenta, constitucionalmente, uma feição mista, que estatui duas formas de exercício democrático do poder político-popular, através da democracia representativa e da democracia deliberativa direta⁴⁷². Isso implica em afirmar que as duas formas de democracia se completam no âmbito constitucional, por meio de ações políticas que podem ser desenvolvidas tanto diretamente pelo povo, quanto através de seus representantes. A promessa constitucional de direitos e garantias fundamentais passa a se efetivar, por meio da concretização constitucional, através das lutas sociais efetuadas pela sociedade civil em seus diversos segmentos, pela atuação legitimada dos movimentos sociais. A defesa dos direitos individuais e dos direitos sociais, como direitos fundamentais ao exercício do poder popular, podem e devem ser reivindicados por meio dos movimentos organizados democraticamente, que em seu nascedouro já recebem a chancela constitucional, no momento de sua criação e ao ser assegurada sua liberdade de reunião e associação.

Abrem-se, portanto, novas perspectivas constitucionais para o direito de resistência, sob a égide do Estado de direito, e na diferenciação, mas também acoplamentos que são mantidos entre o sistema político e o sistema jurídico. Se em sua desarmonia temporal, ambos os sistemas buscam compensar o tempo por meio de pressões no jogo político de mobilização da opinião pública, a legislação, como já foi dito, atua na compensação do tempo, fazendo com que os problemas sociais apresentem-se como aplicação da lei, no âmbito do sistema jurídico, ou como resolução de problemas, no âmbito do sistema político⁴⁷³. Problemas de cidadania relacionados com o reconhecimento de direitos expressos ou não expressamente definidos, mas reconhecidos pelas normas constitucionais, podem e são objeto das lutas sociais, que pode se valer de meios de contestação ou resistência para exteriorizar o protesto, que é marca da manifestação dos movimentos sociais. A força empregada nas disputas

⁴⁷² Ibid., p. 222.

⁴⁷³ LUHMANN, *El derecho de la sociedad*, p. 495.

políticas, que pode ser relacionada tão e simplesmente como o emprego da violência ilícita e abusiva, recebe pelo filtro constitucional o caráter de legitimidade ou não, de acordo com os propósitos que norteiam o nascedouro e o desenvolvimento de movimentos sociais. A postura de infratores é a de tão somente violar a lei, pela ilicitude de sua conduta, a fim de satisfazer seus interesses individuais na obtenção de uma vantagem pessoal indevida, como se dá através do furto, da invasão de domicílio ou do esbulho. Esses comportamentos são bem diferentes da postura de militantes de movimentos, que querem tão somente ocupar prédios públicos ou propriedades rurais com o intuito de manifestar seu protesto, por meio da contestação aos projetos de reforma agrária apresentados pelo governo ou por meio da resistência às condições sociais insatisfatórias decorrentes do desemprego e da falta de moradia, impossibilitando uma dignidade humana.

Já no tocante à distinção entre lícito e ilícito operada pelo sistema do direito, observa-se que na teoria da desobediência civil, observada na ética gandhiana nos movimentos de independência e resistência Pacífica na Índia, no século passado, opera-se um contraste entre a ética individual, em que a violência é considerada ilícita, e a ética do grupo, onde opera uma violência considerada lícita⁴⁷⁴. Para Gandhi, o que era lícito para o indivíduo deveria ser considerado lícito para o grupo organizado. Assim, entende-se como, na disputa de classes ou oponentes conforme o código governo X oposição, em determinados períodos da história brasileira até hoje, as ações de movimentos sociais (como as Ligas Camponesas no passado e atualmente o MST) foram tidas como criminosas, de acordo com o governo ou poder político dominante. Entretanto, atualmente, a ação política desenvolvida pelos movimentos organizados da sociedade civil encontra-se resguardada do conteúdo de licitude conferido pelo próprio ordenamento constitucional, no reconhecimento da existência desses movimentos, enquanto organizações em busca dos direitos explicitamente ou implicitamente exortados pelo texto constitucional.

Existem, portanto, formas expressas ou não expressas de exercer o direito de resistência constitucional, por meio da busca de direitos implícitos ou pela referência a direitos explícitos configurados no texto constitucional. Quando o artigo 6º da Constituição Federal estabelece o trabalho e a moradia como direitos fundamentais expressos, também faz subentender outros direitos que decorrem das relações de trabalho ou do acesso à moradia, como uma vida digna, e a necessidade de um sistema produtivo que garanta à satisfação das necessidades econômicas da sociedade em geral, e das grandes ou pequenas comunidades

⁴⁷⁴ BOBBIO, Op. Cit., p. 155.

rurais que vivam da atividade agrícola em especial, e que dependem da reforma agrária como meio de se obter a realização dos direitos esculpido tão expressamente no *caput* do art. 6º.

Como já foi dito, ao se analisar as distinções que Luhmann estabelece entre o sistema político e o sistema jurídico, a positivação do direito e a democratização da política levam a que a distinção entre governantes e governados passe por uma distinção entre lícito e ilícito que opera pelo reconhecimento do direito de resistência, no âmbito constitucional, e assim, fechando novamente a autopoiese do sistema jurídico, imerso num entorno social democrático, quando se trata de falar de um Estado Democrático de Direito de Constituições que, efetivamente, sejam produto dos anseios populares. Assim se delineou a Constituição de 1988 e assim passaram a se desenvolver os movimentos sociais desde então, de forma que torna absurda hoje, qualquer tentativa de empregar discursos de criminalização e expansão punitiva, destinados a tolher o grau de liberdade e atuação desses movimentos. A resistência implica num “direito do direito”⁴⁷⁵, e, portanto, num direito instrumental não-autônomo, vinculado a direitos que são os reais objetos da ação política desenvolvida pelos movimentos sociais.

Há formas de resistência reduzidas às formas jurídicas específicas, através de pedidos formais postulatórios, que se dão no espaço público previsto nos regimes democráticos, mas também outras formas de resistência podem ser legitimadas, sem que isso implique num comprometimento da governabilidade. Resistência tem relação com crise social, mas não significa revolução, com a provocação da crise do governante. Muito pelo contrário, por vezes, o exercício do direito de protesto, com a apresentação de contestações no debate político ou por meio da resistência, podem levar o governante a tomadas de posições alternativas que muito contribuem para a manutenção do regime democrático, pelo caminho da negociação, como se dá na maioria dos atos envolvendo ocupações por militantes dos sem-terra e comunicações travadas com o sistema político, sensibilizando-se a esfera do governo sobre a necessidade de reforma agrária e regularização de assentamentos. Em tais casos, a saída punitiva não é só a *ultima ratio*, como também demonstra a total irracionalidade do emprego de instrumentos normativos de natureza penal, para solucionar questões que demandam soluções pacíficas e democráticas da resolução de problemas sociais, um dos principais objetos das decisões políticas. Os movimentos sociais, no exercício de seu direito de protesto, ganham, portanto, ampla margem de atuação nos termos da democracia

⁴⁷⁵ BUZANELLO, Op. Cit., p. 239.

deliberativa, no momento em que são reconhecidos como atores políticos hábeis para participação no processo democrático.

No marco legal empreendido com a constitucionalização dos movimentos sociais, sabe-se, por exemplo, que o direito de resistência pode ser instrumentalizado por diversos meios processuais, como o direito de petição, *habeas corpus*, mandado de segurança, ação de inconstitucionalidade, mandado de injunção e ação popular⁴⁷⁶. A resistência ganha proteção judicial, mormente no caso do *habeas corpus*, concedido em caráter preventivo quando integrantes dos movimentos sociais são ameaçados na sua liberdade de reunião e associação, por iniciativas do governo que visam inibir suas manifestações ou realizações de seus eventos. Os movimentos sociais não agem às escuras, como nos tempos sombrios de períodos ditatoriais, em que só lhes restava a clandestinidade, mas sim dentro de uma delimitação constitucional, em que o Estado do Direito revela o quanto o sistema jurídico pode frear os desmandos de classe ou de interesses de grupos adversários, nos grupos de pressão que atuam para sensibilização da opinião pública, valendo-se de discursos punitivos. Um dos antídotos empregados pelos advogados de movimentos sociais diante do fantasma punitivo é o emprego dos meios concedidos pelo próprio sistema do direito, a fim de resguardar o exercício de liberdades e garantir constitucionalmente direitos fundamentais. Tendo a Constituição como unidade de referência do sistema, o sistema jurídico integra as ações dos movimentos sociais enquanto operações internas da autopoiese do sistema, por compreender sob a égide do código lícito X ilícito, o que pode ser considerada uma ação individual ilícita e o que a torna lícita, sob a perspectiva de uma ação coletiva. O desenho jurídico das lutas sociais está configurado por completo.

⁴⁷⁶ Ibid., p. 240.

CONCLUSÃO

Os movimentos sociais no Brasil apresentam um extenso retrospecto histórico de lutas e reveses, muitas vezes ocasionados por tentativas de governos de períodos nada democráticos, de levá-los à ilegalidade e à clandestinidade. Não obstante, o surgimento da Constituição de 1988 foi um marco divisório no reconhecimento da legitimidade desses movimentos, em especial movimentos que lidam com a questão da inclusão social do trabalhador no campo e com as propostas de reforma agrária.

No Rio Grande do Sul, iniciativas de outrora, de operadores do sistema jurídico, no sentido de decretar a ilegalidade do MST, qualificando-o como associação ou grupo violento que tem por objetivo a mudança de regime, nos termos do art. 16 da Lei nº 7.170/83, esbarra no total erro de classificação desse movimento social, reconhecido constitucionalmente e com larga atuação histórica na visibilidade das lutas sociais do trabalhador rural no Brasil. Trata-se de uma tentativa de expansão punitiva, no sentido de criminalizar os movimentos sociais, ao arrepio das normas constitucionais esculpidas no artigo 5º, incisos XVI a XVIII da Constituição Federal.

Os discursos punitivos de criminalização dos movimentos sociais não são oriundos do sistema jurídico, mas sim do sistema político, dentro da realidade de classes sociais e grupos de interesses locais ou transnacionais, presentes na sociedade brasileira, onde as reivindicações desses movimentos são vistas como ameaça ou como riscos potenciais produtores de perigos, no momento em que as lutas sociais não se resumem à satisfação de interesses particulares de coletividades, mas sim pela busca de uma remodelação do modelo de sociedade vigente, não necessariamente na perspectiva de classe, mas sim de uma nova sociedade, dentro da nova ordem global que se vive hoje. Os discursos da multidão passam a ser bem mais assustadores do que o clamor das coletividades determinadas, fazendo com que os discursos do medo, baseados na consciência do risco e das ameaças que o risco possa representar, engendrem, por sua vez, discursos punitivos.

Assim, após sucessivas incursões sobre a realidade dos movimentos sociais, associados ao fenômeno da expansão punitiva no Direito Penal, acredita-se que a título de conclusão do estudo, seja possível destacar alguns aspectos postos em relevo no decorrer de uma tese que buscou lograr êxito em detectar os mesquinhos mecanismos que redundam numa criminalização dos movimentos sociais, no âmbito da realidade brasileira.

Em primeiro lugar, as observações feitas no decorrer deste estudo não poderiam descuidar de aspectos históricos e sociais que levaram a sociedade moderna e industrial a se

transformar numa sociedade de risco. O momento atual de pós-modernidade para uns, ou de modernidade tardia, para outros, tem reflexos profundos na realidade da sociedade latino-americana, que agora se vê na condição de apresentar dentre seus Estados e nações autênticos atores políticos globais, seja na qualidade de atores públicos pela representatividade dos Estados, seja por atores privados, que também fazem parte de uma comunidade global atuante e em constantes trocas comunicacionais. Dessa forma, o risco enquanto condição do mundo da vida, em uma humanidade de contexto globalizado, não pode simplesmente ser convertido em sentimento de insegurança.

Há diversas formas de um sistema jurídico lidar com os riscos presentes na sociedade e daí vem sua função de estabilizar expectativas de comportamento, lidando com frustrações que advêm da ameaça dos riscos. Entretanto, a opção de legisladores de prevenir o risco por meio de uma intervenção punitiva de um direito sancionador, provoca reflexos muitas vezes prejudiciais para a manutenção de um regime democrático e a defesa de direitos fundamentais. Veja-se, por exemplo, a realidade global pós-11 de setembro, após os atentados às Torres Gêmeas do World Trade Center, em Nova York, no ano de 2001. O terrorismo escancarou as portas do século XXI sob o risco de formas de criminalidade transnacional oriundas de antigos movimentos de resistência. Confundir movimentos de grupos e associações com práticas terroristas passou a ser a tônica de muitos representantes do poder político ao redor do globo, mormente nos grandes centros de decisão do poder, situados no hemisfério norte e vítimas de atentados, como os Estados Unidos e os países europeus. A repercussão das medidas punitivas adotadas em consequência, entretanto, superaram os limites dos Estados envolvidos com os discursos de “Guerra ao Terror”, e passaram a ser entoados sob a forma de discursos de combate a riscos sociais que representavam a atuação de movimentos nas regiões agrárias que poderiam suscitar conflitos armados e o emprego da violência, como é o caso das FARC na Colômbia, e a adoção de medidas repressivas específicas para aquele país, chamadas de “Plano Colômbia”, com emprego de efetivo bélico para solucionar questões criminais resultantes da atuação de grupos armados que, outrora, consistiam em movimentos sociais autênticos, na reivindicação de direitos.

Movimentos sociais são formados na esteira da formação de novos riscos associados às deficiências do sistema de produção capitalista, no decorrer de suas trocas globais, formando todo um exército de reserva que, ao sair do ambiente urbano, tende a formar novas comunidades e novas identidades sociais ao se aglomerar numa quantidade crescente de indivíduos desocupados que se agregam a trabalhadores despossuídos da zona rural, formando um contingente que passa a ser organizado por movimentos com práticas e métodos pré-

estabelecidos, baseados na experiência de movimentos sociais antigos, de precisos componentes ideológicos, tais como as Ligas Camponesas de outrora, que atualmente organizam-se sob o manto de uma grande e nacional organização chamada MST.

O processo de modernização chegou a um estágio em que os riscos não são mais vistos como algo de fora, mas como algo produzido dentro da própria sociedade, e onde o sistema político é chamado a administrá-los, inicialmente por um Estado social que começa a demonstrar sinais de esgotamento⁴⁷⁷, no momento em que riscos associados à pobreza e o desemprego, como o aumento da criminalidade, não conseguem ser solucionados pelo welfarismo, e a estagnação política é confirmada por um poder político cujas decisões não conseguem mais vincular coletivamente como outrora, pois parecem não ter mais o potencial transformador que proporcionem sensíveis alterações na economia, por exemplo e que com isso dirimam os efeitos colaterais da modernização, tais como o desemprego diretamente proporcional à necessidade de consumo. Pela limitação do Estado em solucionar as agudas controvérsias sociais oriundas da manutenção e acirramento das desigualdades nas trocas econômicas globais, o seu papel como garantidor da segurança parece seguir uma roupagem mais consentânea com a realidade do imediatismo das soluções emergenciais de demandas alarmistas.

Acerca dos riscos vislumbrados na sociedade pós-fordista, mediante o atual processo de globalização pelo qual passa o presente estágio da modernidade, correntes de pensamento que se desenvolvem entre os estudiosos da ciência penal, como o normativismo sistêmico, exploram aspectos antagônicos do Estado do Direito na sociedade de risco em que, por um lado, revela-se a necessidade de proteção do indivíduo e da sociedade, e de outro a garantia de liberdade dos cidadãos, diante de reações do Estado que se tornem desproporcionais⁴⁷⁸, no momento em que se estabelece uma tipicidade em que a definição do injusto passe pela realização do risco. A pregação provocativa de Jakobs, de que há a necessidade de reconhecimento na atual sociedade de um direito penal cuja única tarefa é a de restabelecer a confiança dos cidadãos no Direito, por meio da sanção punitiva⁴⁷⁹, apenas reflete alguma das tendências do pensamento penal contemporâneo, de lidar com o fenômeno do risco na sociedade pós-moderna, através da alusão à aplicação de leis penais. O discurso de segurança do Estado globalizado, assolado pelos males da chamada criminalidade transnacional, apela para o recurso à intervenção punitiva, sob o sacrifício da manutenção e até mesmo renúncia

⁴⁷⁷ BECK, Op. Cit., p. 280.

⁴⁷⁸ PRADO, Luiz Regis, CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva e do resultado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 136.

⁴⁷⁹ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Raízes da sociedade criminógena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 344.

de liberdades, como forma de estabilizar expectativas de comportamento frustradas da sociedade.

Teorias penais como a imputação objetiva, a prevenção geral e o Direito Penal do Inimigo são empregadas num processo de criminalização crescente dos movimentos sociais, mediante o discurso de grupos de pressão associados a interesses de classe, que tem como propósito solucionar disfunções sociais por meio de soluções punitivas. O velho processo de criminalizar e punir os mais pobres, de transformação de conflitos sociais em caso de polícia, e de expansão punitiva no sentido de aplicar dispositivos legais direcionadas para a criminalidade clássica contra integrantes de movimentos sociais, serve em conjunto para reforçar uma dinâmica de exclusão, há muito existente na realidade social brasileira, desde o surgimento do ordenamento jurídico.

Em especial, quanto ao Direito Penal do Inimigo, não obstante sua aplicabilidade em relação a novas formas de criminalidade global associadas ao terrorismo e a um sentimento de insegurança global, mediante os discursos de “Guerra ao Terror”, deve-se falar mais em um Direito Penal de Exclusão do que em Direito de cidadãos e inimigos⁴⁸⁰, historicamente desenvolvido na sociedade brasileira, que, aliado ao direito vigente em reiterados períodos históricos de regimes de exceção no país (tal como o Estado Novo e a ditadura militar pós-64), contribuiu para a formação de um espaço de diferenciação entre cidadãos e inimigos, fixado no sentido de impedir o debate democrático e condições de comunicação que ensejassem a formação de um Estado Democrático de Direito. Assim, os anarquistas e comunistas de outrora, a serviço do “inimigo externo”, agora são os sem-terra ou sem-teto que, pelas suas ações, são vistos mais como criminosos do que como militantes sociais. O papel do sistema dos meios de comunicação, nesse sentido, é preponderante, no momento em que, por seu intermédio, origina-se uma série de perturbações do sistema jurídico pelo sistema midiático, no sentido de fazer florescer um populismo penal de forte raiz punitiva, embasado nos discursos de mais emprego da força, e mais punição, a fim de tolher as convulsões sociais decorrentes do desemprego, da ausência de moradia e trabalho e da falta de terra para milhares de trabalhadores rurais despossuídos, que somados aos desempregados nas grandes cidades, ingressam movimentos paradiastas de paralisações em estradas, ocupações de prédios públicos e fazendas, no exercício do direito de protesto, como corolário da liberdade de expressão, e direito de reunião e associação previstos constitucionalmente.

⁴⁸⁰ GARCIA, Brandariz José Angel. Op. Cit., p. 199.

É justamente por se assentar em uma cultura da emergência, que essa faceta punitiva de um subsistema penal excludente compromete a racionalidade do direito penal, convertendo o Estado de direito às exigências de um sistema político que se vale do discurso punitivo como forma de estabelecer uma espécie de populismo, onde se inserem as teorias penais, a ponto de transformar a necessidade de aplicação das sanções punitivas numa obsessão pública pela segurança. Na repressão aos movimentos sociais ocorridas no Brasil, segue-se apenas uma perigosa tendência global verificada em alguns segmentos do sistema político nacional e por parte do sistema dos meios de comunicação, de solucionar conflitos sociais como ameaças à sociedade, que só podem ser resolvidas por meio da exclusão das não-pessoas, agentes fomentadores do risco e potenciais produtores de perigos. No momento em que jornais e periódicos vinculados a esse tipo de pensamento concebem as ocupações de terras por militantes de movimentos sociais como mera manifestação de violência delituosa, abre-se o espaço para transformar o militante na não-pessoa, no proscrito, no clandestino, como outrora ocorria com os movimentos sociais, em períodos nada democráticos da história brasileira.

A questão do exercício das liberdades e do direito subjetivo do Estado no exercício do *ius puniendi* entram em rota de colisão no contexto das lutas por trabalho, terra e moradia no Brasil rural, no momento em que sucessivos governos permanecem inertes diante das reivindicações sociais, optando pela saída extremada do emprego do aparato punitivo, embasado em um modelo de sistema penal de segurança, onde as liberdades coletivas são deixadas em segundo plano, em relação ao direito de propriedade, uma vez que é conferido um protagonismo às vítimas dessas ocupações, como se o interesse público tutelado pela norma penal estivesse à disposição dos interesses privados de, por exemplo, figuras públicas como ex-presidente ou ministros, que se sentiram aviltados em seus direitos de latifundiários, quando viram suas fazendas ocupadas por militantes do MST.

Ao se tratar da legitimidade do sistema repressivo penal com a contribuição da criminologia crítica, percebe-se que ainda vigora a tese de que a igualdade formal prevista no discurso punitivo, é tão somente a igualdade de criminalização de todos os segmentos sociais interessados na reforma das condições sociais vigentes, na perspectiva emancipatória de consagrar direitos consagrados no texto constitucional, como os direitos sociais de moradia e trabalho, que no ambiente rural manifestam-se através do discurso dos movimentos sociais de direito à terra, tendo a ocupação de áreas rurais por meio de invasões como forma do exercício do direito de protesto, pela ausência de resposta estatal diante das reivindicações pela efetivação daqueles citados direitos sociais.

Modelos penais experimentados outrora, com destaque para o modelo ressocializador do Estado liberal e o modelo garantista do Estado social, não conseguem dar cabo do esgotamento do sistema político em lidar com os novos riscos decorrentes da globalização, que suscitam uma cultura de emergência diante de ameaças latentes, como o terrorismo e a criminalidade transnacional, ou mesmo para produtores de riscos não permitidos sob a lógica penal, tais como ações coletivas que se valham da força, no exercício da resistência, como nas ocupações de terras por militantes rurais. O déficit de racionalidade é encontrado em modelos penais como o da segurança cidadã, por conta de que numa sociedade de risco, o parlamento deixa de ser o centro de formação de uma vontade racional⁴⁸¹, e passa a funcionar tão somente como pólo difusor de um populismo penal, construído a partir das demandas de segurança invocadas no sistema político e galvanizadas pelo sistema dos meios de comunicação. No lugar dos partidos, grupos de pressão encontrados em diversos segmentos de uma sociedade estruturada em desigualdades, operam na racionalidade legislativa, ao saber dos interessantes do grupo dominante. Assim, a influência de categorias sócio-econômicas como os ruralistas, não pode ser deixada de lado, no momento em que se prega uma expansão punitiva, destinada à criminalização de movimentos sociais como os sem-terra, sob o pretexto de combater o clima de insegurança no meio rural, gerado pela violência desses militantes. A tentativa de impor racionalidade na intervenção punitiva vem do apelo às teorias que consubstanciem uma visão conservadora de sociedade, estabilizada em termos funcionais, onde os focos de protesto e resistência às condições sociais dominantes sejam vistos como forma de violação das normas e comprometimento do sistema jurídico vigente.

Teorias como a imputação objetiva e prevenção geral, mais uma vez ganham relevância no cenário de desenvolvimento das teorias penais nos últimos anos, e em especial na primeira década do século atual, quando apregoam um modelo normativo que gerencie o risco na sociedade através da efetividade da punição de riscos não permitidos, como forma de recuperar a confiança da sociedade no sistema penal, como se esse subsistema jurídico fosse capaz de solucionar demandas que ocorrem em seu entorno, muito mais relacionadas com as formas com que a sociedade auto-observa suas relações, diante das sucessivas diferenciações que ocorrem no meio social durante o desenvolvimento histórico e econômico da sociedade. O problema da manutenção dessas teorias, como forma de administração dos riscos, é o comprometimento de direitos fundamentais assegurados pelo sistema jurídico, pois se tratam de comunicações oriundas de suas operações internas, tão necessárias para configurar a

⁴⁸¹ BECK, Op. Cit., p. 281.

autonomia do direito, diante das sucessivas irritações do sistema político e do sistema dos meios de comunicação.

Por falar em correntes teóricas que ilustram o pensamento jurídico penal, em toda a tese exposta no decorrer deste estudo, procurou-se aliar a reflexão crítica acerca do aparato penal pela criminologia crítica, com a compreensão de sociedade estabelecida através da teoria dos sistemas sociais autopoieticos. Sem dúvida, é através do conceito de acoplamentos estruturais empregado por Luhmann, dinamizado pelo de instituições de ligação, concebidas por Teubner, que se permite reconhecer, além da fronteira do Estado diante dos pluralismos que emergem numa sociedade global, a existência de direitos concebidos em ordens locais que se materializam no decorrer das lutas e ações organizadas dos movimentos sociais. As condições de uma racionalidade penal, detectada no processo legislativo, por meio de uma reflexão sobre a abrangência de princípios omniabarcadores como o princípio democrático e o princípio da dignidade humana, canalizados através do princípio do discurso, revelaram como a contribuição filosófica habermasiana é de fundamental importância para se combater os déficits de racionalidade do direito penal, diante de alternativas legislativas antidemocráticas e de ímpeto totalitário, como se vê nos discursos do populismo penal.

Foi possível perceber também, no âmbito deste estudo, que a fundação de uma nova hermenêutica sobre o direito penal prende-se a uma hermenêutica sobre os direitos sociais, uma vez que a aplicação do aparato normativo jurídico-penal para solucionar conflitos sociais como uma *ratio* adequada na contenção da violência, não pode subjugar o direito à liberdade de associação em prol de um direito à segurança. O caminho da negociação regulado pelo princípio democrático ainda é a melhor alternativa do que tão e simplesmente colocar as tropas do Estado nas ruas, sob pretexto de garantir segurança. Direitos sociais vistos como bem jurídico a ser tutelado pelo direito penal sequer são vistos sob uma ótica funcionalista, como se percebe no trabalho de Jakobs⁴⁸², cuja tese da manutenção das expectativas normativas juridicamente fundadas se confunde com os discursos de Guerra ao Terror, e reivindicações de moradia e trabalho por grupos tidos como violentos, que se valem de práticas consideradas nada usuais pelas expectativas contidas num direito penal clássico, passam a ser vistos como ameaças a serem contidas pela sanção punitiva, com a tentativa de criminalização de movimentos como organizações que visam a ruptura institucional, com a quebras do Estado de direito vigente.

⁴⁸² D'Ávila, Fábio Roberto. O inimigo no direito penal contemporâneo. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.). *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 103.

Se pela expansão punitiva o direito penal se converte em direito de exclusão, entende-se que a compreensão da realidade social em uma dimensão policontextual, pode ensejar a iminência de pluralismos sociais a serem reconhecidos pela ordem jurídica, mediante o reconhecimento do paradoxo e da contigência, a fim de proporcionar que, ao invés de um direito de inclusão, o sistema do direito possa se converter em direito de inclusão, por meio das normas constitucionais, através das comunicações, no âmbito interno do sistema jurídico, entre um subsistema constitucional e um subsistema penal.

Esses pluralismos decorrem de uma nova dimensão que assumem os movimentos sociais no âmbito de uma sociedade de risco, quando a fruição dos direitos fundamentais passa por um processo de modernização política⁴⁸³. No atual estágio de modernidade globalizada, pode-se dizer que o sistema político não dispõe mais apenas dos atores tradicionais representados no governo ou no parlamento, pois em contrapartida a politização da sociedade forma novos centros de atuação da política, sob a forma de movimentos, grupos e associações que recuperam o espaço da política sob outras formas e discursos. Os direitos fundamentais são decisivos para uma política descentralizada da sociedade de risco, porque possibilitam várias possibilidades de interpretação, construindo um “efeito amplificador” que fortalece o poder de resistência dos movimentos diante de intervenções indesejadas das camadas sociais dominantes. Entretanto, quando as lutas sociais desenvolvidas por esses movimentos ainda não conseguem ser reconhecidas como busca de efetividade de direitos, pela ausência de abertura do sistema político tradicional, determinadas condutas passam a ser consideradas como fomentadoras de risco, e, portanto, retorna-se à seara tautológica, em que os modelos penais aparecem como soluções normativas a curto prazo, acerca das necessidades de segurança jurídica quanto aos riscos.

Os modelos penais vigentes na sociedade, seja pelas deficiências encontradas no modelo de cunho garantista, seja no criticado modelo penal de segurança cidadã, revelam as duas faces de uma concepção contratualista de direito e de sociedade, onde teorias como a do Direito Penal do Inimigo, defendidas por Jakobs, tem a mesma matriz histórica, uma vez que sua vinculação filosófica a teóricos como Kant e Rousseau demonstram muito mais uma incompreensão acerca dos conceitos de inimigo e hospitalidade, fundamentais para se compreender como se dá o trato penal daqueles que são considerados à margem do sistema penal, do que como querem fazer crer governos aparentemente democráticos, que se valem do

⁴⁸³ Como já foi observado, a dinâmica da resistência se apresenta como uma reação à opressão, que, por sua vez, pode assumir diversas formas, assim como os direitos também se redimensionam. Na obra de Beck, observa-se que essa opressão e esse redimensionamento tem por cenário a sociedade de risco. BECK, Op. Cit., p. 289-290.

aparato bélico para converter direitos humanos em direito de segurança, em detrimento da manutenção de direitos fundamentais como a vida, a integridade física e moral e a liberdade.

Como parte de desconstrução do discurso punitivo e de demonstração de seu déficit de racionalidade, a fim de comprometer a racionalidade do subsistema jurídico-penal na fundação de uma autopoiese punitiva, verificou-se como os argumentos de criminalização de movimentos sociais como o MST, comparando-os a grupos armados que atuam na zona rural como as FARC na Colômbia, caem por terra, desabam por sua pobreza argumentativa, desprovidos de qualquer compromisso com a realidade, quando se observa que no desenvolvimento histórico desses movimentos, o surgimento do MST deu-se num quadro geral de plena legalidade e dentro das conquistas democráticas almejadas pelo Estado de direito, em uma ordem constitucional democrática.

A questão do direito penal se deparar com supostos inimigos não compromete apenas a estabilidade do sistema jurídico interno, na preservação de direitos fundamentais, mas também a preservação de direitos na seara internacional, no âmbito de relações entre os Estados, naquilo que Kant definiu como “Paz Perpétua”. A proposta de uma Constituição universal, na propagação de uma universalização de direitos, a fim de que os direitos do homem sejam sempre preservados, colide com disposições que encontram no outro, no diferente, a posição social de inimigo, e não de cidadão, mediante estatutos punitivos que preconizam sua exclusão. Tal realidade pode ser concebida nos processos de exclusão social por meio do aparato penal, realizada conjuntamente por Estados, a exemplo do continente europeu, em que grandes segmentos sociais de movimentos sociais representativos de imigrantes são fustigados diariamente por discursos punitivos de criminalização da imigração ilegal, assim como no âmbito nacional, prega-se a criminalização de sem-teto ou sem-terra que ocupam propriedades particulares, sob a alegação de que estariam cometendo condutas delituosas.

O caráter simbólico de uma Constituição pode ser empregado pelo sistema político como forma de impulsionar o populismo penal no momento em que a ausência de normatividade constitucional leva a um direito alopoitéico⁴⁸⁴ desenvolvido graças a uma corrupção do sistema do direito, diluindo-se a fronteira entre o sistema e seu ambiente social ao ponto de se configurar uma sobreposição do sistema político e o sistema dos meios de comunicação sobre o direito. Uma politização do direito que não ocorre através de dispositivos constitucionais compromete a legitimidade e a racionalidade do subsistema

⁴⁸⁴ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, p. 145.

penal, no que tange a sua aplicabilidade, correspondendo a temerários processos de exclusão social por meio da norma penal e expansão punitiva. A constitucionalização simbólica que afeta a autonomia do sistema jurídico, afeta sobremaneira a manutenção de direitos fundamentais e um regime de liberdades que se encontra nas expectativas de uma sociedade democrática, na atuação dos movimentos sociais. O código lícito X ilícito do sistema do direito acaba por reproduzir os códigos poder superior X poder inferior do sistema político ou notícia X não notícia do sistema dos meios de comunicação. Assim, os inimigos históricos dos movimentos sociais, situados em um quadro característico de oponentes movidos por interesses ideológicos ou de classe, permanecem à vontade para interferir nos discursos difundidos nos meios de comunicação, acerca do medo ou da insegurança provenientes de um receio quanto aos perigos ou ameaças manifestados na sociedade de risco.

Acerca da racionalidade do direito penal, o desenvolvimento de uma racionalidade ética a pautar o surgimento da norma penal desde o seu nascedouro no processo legislativo, deve estar a salvo do populismo punitivo, embasado nos discursos de lei e ordem até chegar à problemática inclusão das teses do Direito Penal do Inimigo, no momento de grandes crises sociais. Prega-se que, ao invés da corrupção sistêmica fomentada pelo sistema dos meios de comunicação e pelo sistema político, em uma sociedade de profundas desigualdades sociais, a racionalidade transversal possa chegar por meio de um critério constitucional, pelo critério constitucional e pelo critério democrático, a perpassar os distintos e autônomos sistemas do direito e da política.

Entende-se que é a partir da introdução de transconstitucionalismo no Direito Penal, que será possível frear as dantescas iniciativas de criminalização dos movimentos sociais, a ameaçar a democracia e o Estado Constitucional de Direito no Brasil, havendo a possibilidade de diálogos entre a ordem estatal e as ordem extraestatais das comunidades organizadas em acampamentos, no sentido de fornecer um aprendizado do sistema jurídico na compreensão do conceito de direito à terra como direito social ao trabalho, à moradia e direito à dignidade, será possível uma intervenção estatal muito mais pautada no princípio da dignidade humana, do que presa aos ditames de um populista direito à segurança.

Sobre o reconhecimento constitucional dos movimentos sociais como legítimos atores a participar do processo político no regime democrático, por meio de suas ações, táticas e estratégias específicas no decorrer de suas lutas, observa-se que as teorias sociológicas combinam-se com as teorias jurídicas, a fim de se verificar os mecanismos e correlações entre o sistema político e jurídico, imbricados em questões específicas relativas à garantia de segurança ou garantia de direitos, quando se trata de estabelecer uma leitura sobre o conflito

social com vistas a sua resolução. Pelo que já foi observado, o declínio do Estado de Bem-Estar Social e o surgimento da pobreza, do desemprego e da fome como alarmantes riscos, acabou por gerar um arcabouço confuso no que tange à aplicabilidade de dispositivos que satisfaçam expectativas normativas, quando as próprias expectativas encontram-se contaminadas por um déficit de racionalidade, oriundo de medos, incertezas e de um sentimento de insegurança coletiva, galvanizado pelo sistema dos meios de comunicação.

Os movimentos sociais, por sua vez, atuam sob uma esfera pública em que sua forma de participação nos esquemas deliberativos de tomada de decisões só acontecem quando determinados atos de contestação ou resistência despertam a atenção das elites no sistema político, gerando a necessidade de negociação. Faz parte das regras do jogo a construção de um agir comunicativo por meio da mobilização social, pois se as ONGs efetuam essa mobilização por meio de uma prestação social do Estado, os movimentos sociais inseridos em lutas que envolvem fortes conflitos também se valem da resistência (através da ocupação de prédios públicos e terras, por exemplo), como meio de abrir um espaço de situação de fala⁴⁸⁵, cujos participantes que são chamados a integrar o discurso tomando posição e assumam obrigações entre si, no âmbito da comunicação. As ocupações de terra efetuadas pelo MST, portanto, traduzem-se em uma forma de linguagem que não pode deixar de ser observada pelo sistema jurídico enquanto exercício de um direito, baseado na liberdade de expressão que, explicitamente é definida no texto constitucional através de pensamentos e opiniões, mas que pode também ser traduzida em ações, que constituem o cerne das táticas políticas adotadas por movimentos dessa natureza, em prol de suas reivindicações.

O Direito de Protesto nasce de direitos explícitos e implícitos inseridos no texto constitucional, conforme os fundamentos do Estado Democrático de Direito e de acordo com a previsão desses direitos, encontrados nos art. 1º, III, V e art. 5º, §2º da Constituição Federal, uma vez que os direitos implícitos se tornam identificáveis a partir de princípios e direitos constitucionais explícitos (tais como a liberdade de opinião, reunião e associação), corresponde a uma esfera de indeterminação que, na verdade, é determinada pela norma constitucional como algo não proibido, pois não pode o intérprete restringir o que a lei não restringe⁴⁸⁶. Sobre os direitos implícitos opera-se um desvelamento de um *dasein* jurídico, em que o ser do direito encontra-se presente no texto constitucional, e devido a sua circularidade de abertura e fechamento quanto a sua compreensão como ente do direito (norma posta), sua

⁴⁸⁵ HABERMAS, *Direito e democracia*, vol. II, p. 92-93.

⁴⁸⁶ BUZANELLO, Op. Cit., p. 229.

facilidade é encontrada no momento em que esse ser é percebido pelo intérprete da norma⁴⁸⁷, desfazendo-se o senso comum acerca do caráter meramente simbólico das normas constitucionais quando a hermenêutica lhes proporciona a consciência de sua normatividade, passando os demais operadores da jurídica a interpretar e aplicar o direito conforme essa consciência.

Questiona-se se uma razão comunicativa seria a mais acertada, no lugar de uma razão prática fundada no sujeito para analisar neste estudo o fenômeno da expansão punitiva, no comprometimento do subsistema penal a discursos provenientes de uma irracionalidade obtida no sistema político acerca de problemas referentes aos riscos. Sem dúvida, ao se cogitar sobre uma racionalidade transversal a percorrer os distintos sistemas sociais como a política e o direito, pergunta-se se uma compreensão hermenêutica por meio de uma pré-compreensão do direito não seria mais adequada, antes de questionar modelos de intervenção penal baseados nas teorias observadas durante este estudo científico. Entretanto, defende-se nas observações efetuadas e críticas formuladas, que somente é possível uma pré-compreensão na busca de um *dasein* jurídico, a manifestar o direito no século XXI, no que tange ao fenômeno da criminalização dos movimentos sociais, mediante uma abordagem que privilegia o princípio do discurso como ponto de partida para ser encontrado o princípio democrático, e a partir daí perceber o quanto este princípio é correlato a uma racionalidade que atravessa os sistemas, encontrando seu ponto cego na Constituição, enquanto acoplamento entre os sistemas jurídico e político, aí sim desvelado por obra da hermenêutica constitucional, que oferece a alternativa de racionalidade que o subsistema penal necessita.

A racionalidade encontrada no subsistema penal parte da emergência de um Direito Penal Constitucional em que imperativos de um direito penal mínimo, passam, na verdade, por um direito penal inexistente na resolução de conflitos envolvendo os movimentos sociais enquanto organizações que pelo exercício do direito de protesto, apenas se valem da contestação e da resistência como meios legitimamente permitidos, enquanto riscos inerentes à manutenção de um regime democrático e não como ameaças à segurança jurídico-social. A restituição da vigência da norma, como forma de confiança no sistema jurídico, como pregação de prevenção geral positiva, na verdade é estabelecida por meio da norma constitucional, Direito

⁴⁸⁷ Ao analisar a obra de Heidegger, *Ser e tempo*, Ernildo Stein entende que entre homem e ser existe uma relação circular, no âmbito hermenêutico, e o ser das coisas está destinado a se abrir, mostrar-se, porque uma das condições do ser-aí é sua condição de desvelamento. O giro hermenêutico conferido com a filosofia de Heidegger é fascinante, apesar de muitas vezes inexplorado na hermenêutica jurídica, o que permitiria uma maior compreensão do sistema jurídico a partir da interpretação do texto constitucional. Pelo círculo hermenêutico heideggeriano, homem e ser, ou intérprete e norma encontram-se em uma relação de velamento e desvelamento contínuo. STEIN, Op. Cit., p. 268-270.

Penal preserva suas qualidades de subsistema, com suas comunicações próprias referentes a sua autopoiese punitiva, cujas operações lidam somente com comportamentos efetivamente ao alcance de uma tipicidade que alcance a proteção dos bens jurídicos entendidos como direitos fundamentais, de acordo com o texto constitucional. Portanto, é a Constituição que garante a unidade de todo o sistema e de seus subsistemas, fazendo crer que a intervenção penal somente é admitida naqueles casos em que direitos constitucionalmente assegurados são aviltados, como no caso da vida, da liberdade e da dignidade humana, convertendo-se à propriedade num exercício limitado da liberdade, condicionada a uma função social.

Não há como o ordenamento jurídico-penal ser empregado para lidar com as atuações coletivas desenvolvidas por movimentos sociais como o MST, por meio da aplicação de sanções penais ao movimento, sem que isso não implique num déficit de racionalidade e numa demonstração das irritações constantes que os demais sistemas sociais efetuam sobre o sistema jurídico, comprometendo sua autopoiese e contribuindo para sua desdiferenciação. As questões relacionadas ao reconhecimento dos movimentos sociais como reconhecimento dos excluídos enquanto um risco que deixa de ser percebida enquanto ameaça passa pelo problema da contingência e de como pode ser fundada uma racionalidade que lide com o paradoxo de que o que se entende por direito de propriedade no sistema jurídico do Estado liberal ganha contornos distintos quando se introduz a função social da propriedade, no comando compreendido no inciso XIII do artigo 5º da Constituição, quando o espaço da contingência é conferido pela própria norma constitucional. Com os movimentos sociais, a abertura para o “outro” se dá pelo reconhecimento de que a indeterminação do direito de protesto é determinável até mesmo sob a forma de violência. Não se trata de uma violência isolada, considerada penalmente como a manifestação de uma conduta humana ilícita, mas sim de uma violência fundante do poder político, não mais concebido como poder reservado às elites com seus representantes no parlamento, mas sim de um poder obtido graças à participação popular, que reconhece o protesto como um dos instrumentos de participação na democracia deliberativa.

O Direito de Resistência, visto como um desdobramento do protesto, enquanto um *dasein* jurídico, reconhecido por meio da hermenêutica constitucional, funda-se na diferenciação que o sistema jurídico realiza para, ao mesmo tempo em que se corporifica enquanto sistema social autônomo, também se compromete com o sistema político, conferindo-lhe legitimidade. O direito corporifica e jurisdiciza a resistência para poder ingressar na esfera pública, conforme seu código interno baseado na distinção conforme o direito X divergente do direito, reduzindo a complexidade das lutas sociais às dimensões em

que determinados aspectos de condutas individuais possam ser vistos como condutas típicas ou não. Dessa forma, diferentemente do que pregam os acólitos da expansão punitiva, a extensão dos tipos penais se torna mais restrita e limitada, no âmbito de comunicações onde prepondera uma racionalidade impulsionada pelo princípio democrático. A aplicação mínima de sanções ou mesmo a inexistência de sanções penais no decorrer de conflitos onde o emprego da força pode ser legitimado ou não pelo edifício normativo constitucional, revela que as expectativas normativas do sistema lidam com a frustração conforme os comportamentos que elas esperam estejam nos limites ou não do reconhecimento jurídico de lutas que se dão no decorrer do processo democrático, que podem levar a ações de resistência ou contestação, por vezes no contexto de ânimos extremados do discurso.

É importante aqui salientar, a título de conclusão, que ao optar por referenciais metodológicos que observam os movimentos sociais, o direito, a política e os meios de comunicação como sistemas, em nenhum momento se restringe, propositadamente, o papel criador do indivíduo, na proposta de alternativas e transformações que interfiram nas condições objetivas do mundo da vida. Em síntese, a abordagem do direito sob uma ótica sistêmica não pretende abolir o papel do sujeito. Entretanto, teorias sociológicas como a teoria dos sistemas sociais autopoieticos aplicada à ciência jurídica, adotam um referencial que passa pela análise da sociedade a partir de coletividades que, operando como sistemas, proporcionam toda uma série de fenômenos que suscitam a formação de teorias penais na contemporaneidade, como o normativismo sistêmico, que operam muitas vezes nos termos de uma razão prática que prescinde de sujeitos individuais ou coletivos⁴⁸⁸, prendendo-se, no caso das teorias penais existentes, num predomínio do sistema.

Este estudo procurou demonstrar que as categorias e conceitos empregados por autores como Luhmann não se esgotam na abordagem funcionalista adotada por Jakobs, e que, pelo contrário, é possível até contestar tal abordagem valendo-se do mesmo referencial teórico adotado pelo autor da teoria do Direito Penal do Inimigo. Proposta mais atraente na perspectiva de se aplicar a teoria dos sistemas no âmbito jurídico talvez se dê no plano do direito constitucional, com um processo de concretização constitucional de direitos fundamentais enquanto resultantes de operações próprias do sistema jurídico, e de constitucionização do Direito Penal, a fim de se materializar um subsistema punitivo mais consentâneo com o Estado Democrático de Direito e com a nova realidade global do século XXI, que requer toda uma racionalidade do emprego de normas penais.

⁴⁸⁸ HABERMAS, *Direito e democracia*, vol II., p. 72.

Muitas e inquietantes questões ainda poderiam ser trazidas e desdobradas no universo deste estudo, como, por exemplo, os desdobramentos jurídicos de uma nova jurisprudência, reconhecedora das liberdades sociais, diante de movimentos populares em ebulição por todo o mundo, redimensionando o cenário democrático e o debate por novos direitos, no momento em que eclodem rebeliões populares no mundo árabe, ou, na América Latina, movimentos sociais lideram passeatas que nesse exato momento podem estar ocupando as ruas, na reivindicação de direitos. Também poderia se discorrer sobre a gênese de novas teorias penais que podem ver à luz a partir das necessidades de concretização constitucional. Entretanto, o panteão dos campeões das causas populares não se resume ao palco das salas de aula e conferências, em que prevalece o dialogo crítico fomentado nos bancos universitários. O espaço para a produção do debate científico já foi dado, e a contribuição teórica foi estabelecida pelas longas linhas traçadas durante este estudo. Resta agora, o momento de pôr em prática os versos entoados por Geraldo Vandré, em plena ditadura militar; “quem sabe faz a hora, não espera acontecer”.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGUIAR, Maria Léo Monteiro de. **Somos todos criminosos em potencial**. Niterói, EDUFF, 2007.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**-do controle da violência à violência do controle penal.
- ARBEX JÚNIOR, José. **A imprensa canalha**- a promíscua relação entre a mídia e o poder. São Paulo: Editora Casa Amarela, 2003.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**-introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. Direito cosmopolítico e direitos humanos. **Estudos Jurídicos**. São Leopoldo: Unisinos, 2008.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **Estudos sobre Hegel**-direito, sociedade civil, Estado. UNESP: 1989.
- _____. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BOTTINI, Pierpaolo. **Crimes de perigo abstrato**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- BUERGO, Blanca Mendoza. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madri: Civitas, 2001.
- BUZANELLO, José Carlos. **Direito de resistência constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CALLEGARI, André Luís. **Imputação objetiva**: lavagem de dinheiro e outros temas de direito penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- CALLEGARI, André Luís, WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

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

_____. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CARTER, Miguel (organizador). **Combatendo a desigualdade social: o MST e a reforma agrária no Brasil**. Tradução Cristina Yamagani. São Paulo: Editora UNESP, 2010.

CARVALHO, Érika Mendes de. **Punibilidade e delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CEPEDA, Ana Isabel Péres. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno**. Madri: Iustel, 2007.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**-contingência, paradoxo, só-efetuação. Tradução Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

CONDE, Francisco Muñoz. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo**-estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo. Tradução Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CONDE, Francisco Muñoz, HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Tradução Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COSTA, Álvaro Mairink da. **Raízes da sociedade criminógena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. O inimigo no direito penal contemporâneo. Algumas reflexões sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. **Sistema penal e violência** (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. **A imprecisão do direito**-do código penal aos direitos humanos. Tradução Denise Radanovic Vieira. Barueri, SP: Manole, 2005.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FAUSTO, Boris. **Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)**. São Paulo: Editora UNESP, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon**-teoria del garantismo penal. Madri: Editorial Trotta, 2009.

_____. **Democracia y garantismo**. Madri: Editorial Trotta, 2008.

FON FILHO, Aton. Criminalización de los movimientos sociales: democracia y represión de los derechos humanos. In: BUHL, Kathrin, KOROL, Claudia. **Criminalization de la protesta y de los movimientos sociales**. São Paulo: Instituto Rosa Luxemburgo/Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2009.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2007.

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

GARCIA, José Ángel Brandariz. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Editorial Comares, 2007.

GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GOHN, Maria da Glória. **Novas teorias dos movimentos sociais**. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

_____. **Movimentos sociais e redes de mobilizações civis no Brasil contemporâneo**. Petrópolis: Vozes, 2010.

GOHN, Maria da Gloria (org). **Movimentos sociais no início do século XXI: antigos e novos atores sociais**. Petrópolis: Vozes, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva: o novo conceito de tipicidade objetiva na pós-modernidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GUNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia-entre faticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, Volumes I e II.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HOBBSBAWN, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. Tradução José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HONNETH, Axel. **Sufrimento de indeterminação: uma reatualização da filosofia do direito de Hegel**. Tradução Rúrion Mele. São Paulo: Ed. Esfera Pública, 2007.

JAKOBS, Gunther. **Direito penal do inimigo**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? Tradução Manuel Cancio Melliá, Nereu José Giacomolli. In: CALLEGARI, André Luís, LYNETT, Eduardo Montealegre, JAKOBS, Gunther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JARA DÍEZ, Carlos Gómez. Teoría de sistemas y derecho penal-culpabilidad y pena em teoría constructivista del derecho penal. In: JARA DIEZ, Carlos Gómez (ed.). **Estudios de derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2005.

KANT, Immanuel. A paz perpétua. In: GUINSBORG, Jaco (org.). **A paz perpétua: um projeto para hoje**. São Paulo: Perspectiva, 2004.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, LDA, 2008.

LERRER, Débora Franco. A “degola” do PM pelos sem-terra em Porto Alegre-de como a mídia fabrica e impõe uma imagem. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

_____. **Sociologia do direito**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____. **Sociologia do direito II**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005.

_____. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. **El derecho de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2005.

_____. **La sociedad de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2007.

MARTIN, Luis Gracia. **El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, A. Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia**: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Universidade de Coimbra Editora, Estudio Juridica, Boletim da Faculdade de Direito, 2003, vol.72.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PÉCAUT, Daniel. **As FARC**: uma guerrilha sem fim? Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PEDLOWSKI, Marcos A., OLIVEIRA, Julio Cezar P., KURY, Karla Aguiar. **Desconstruindo o latifúndio**: a saga da reforma agrária no norte fluminense. Rio de Janeiro: Apicuri, 2011.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. GONZÁLEZ, Carlos Suárez, MELIÁ, Manuel Canció. **Um novo sistema do direito penal**-considerações sobre a teoria de Gunther Jakobs. Tradução André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Barueri, SP: Manole, 2003.

REGIS PRADO, Luiz. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

REGIS PRADO, Luiz, CARVALHO, Érika Mendes de. **Teorias da imputação objetiva e do resultado**: uma aproximação crítica a seus fundamentos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

RIPOLLÉS, José Luís Diez. **La política criminal em la encrucijada**. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2007.

_____. **A racionalidade das leis penais**. Tradução Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ROCHA, Leonel Severo, SCHWARTZ, Germano, CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, Leonel Severo, KING, Michael, SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RODRIGUES, César. **La decisión judicial**-el debate Hart-Dworkin. Bogotá: Universidad de los Andes, 1997.

RORTY, Richard. **Verdade e Progresso**. Barueri/SP: Manole, 2005.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Estudos de direito penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCALABRIN, Leandro Gaspar. El Crimen de ser MST. In: BUHL, Kathrin, KOROL, Claudia. **Criminalization de la protesta y de los movimientos sociales**. São Paulo: Instituto Rosa Luxemburgo/Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, 2008, p. 246.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. **Teoria da imputação objetiva**: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Tradução Nereu José Giacomolli. Barueri, SP: Manole, 2003.

SÁNCHEZ, Jésus - Maria Silva. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Editora Unijuí, 2001.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **Legitimidade da intervenção penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**-constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TARDÁGUILA, Cristina. Polícia, câmara e ação: como as Unidades de Polícia Pacificadora ocuparam dez favelas e todo o noticiário do Rio. **Revista Piauí**. Rio de Janeiro: Editora Alvinegra, nº 47, agosto 2010.

TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Tradução Dorothee Susanne Rudiger e outros. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

VIAL, Sandra Regina Martini, FORTES, Cristina Lazzarotto. **O direito à terra como terra do direito**-um estudo de caso no assentamento Lagoa do Junco-Tapes (RS). Porto Alegre: Evangraf, 2005.

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres**-a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**-a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

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

ZAFFARONI, Raul Eugênio, BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**- teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ANEXOS:

ANEXO A – Matéria Revista Carta Capital (www.cartacapital.com.br). Artigo de Leandro Fortes, publicado em 13 de dezembro de 2010.

Seu País

Na falta de um Bin Laden de verdade

DEFESA | Jobim e os militares tentam enquadrar o MST como grupo terrorista

POR LEANDRO FORTES

RONIA DO DESTINO, caberá à presidente eleita, Dilma Rousseff, pôr fim a uma guerra interna do governo federal: qual é a posição que o Brasil deve ter sobre o terrorismo? Ex-militante da esquerda armada durante a ditadura, a sucessora de Lula foi chamada de terrorista na campanha eleitoral. Mas, como decidiu manter Nelson Jobim no Ministério da Defesa, vai continuar a conviver com o intenso lobby dos militares, apoiados pela turma conservadora da agricultura, a favor de uma lei que defina como terroristas os líderes de movimentos sociais, inclusive estudantes e atingidos por barragens. E, sobretudo, os integrantes do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra, o MST. No governo Lula, a ideia nunca prosperou, o que não desanimou os defensores do projeto.

Um grupo de trabalho montado no governo passou os últimos dois anos debruçado sobre um tema geral – a elaboração de uma nova Lei de Segurança Nacional – para cuidar de outro, específico e mais urgente, a tipificação do crime de terrorismo no Brasil. Entre os integrantes do grupo, criado em 14 de julho de 2008, estavam representantes do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República (GSI), Casa Civil, Advocacia-Geral da União (AGU), dos ministérios da Justiça, Defesa, Relações Exteriores, Planejamento, Ciência e Tecnologia, além dos comandos do Exército, Marinha e Aeronáutica.

Há cinco meses, e após dez reuniões de trabalho, foi produzido um relatório ambíguo e conflituoso. As discussões, conduzidas pela Secretaria de Assun-



BRUNO VETIVA/REUTERS

Sob o pretexto de uma nova Lei de Segurança Nacional, busca-se tipificar o crime de terrorismo

Objetivo. O ministro defende texto que permitiria equiparar os sem-terra à Al-Qaeda

tos Legislativos do Ministério da Justiça, desembocaram num texto dividido em quatro eixos: a defesa das instituições democráticas; as ameaças externas; as ameaças às áreas estratégicas econômicas e de infraestrutura; e o combate ao terrorismo.

Nos três primeiros tópicos, salvo poucas questões conceituais, não houve divergências relevantes. No quesito terrorismo, contudo, o coordenador do grupo de trabalho, Felipe de Paula, titular da secretaria, foi obrigado a capitular diante do lobby fardado: cravou, no texto final, a opção preferencial pelo combate ao financiamento ao terro-



rismo, tese defendida pelo setor civil do grupo, mas viu-se obrigado a relatar a divergência a respeito da necessidade de se tipificar o crime de terrorismo, como queriam os militares comandados por Jobim.

As contradições estabelecidas em torno do tema têm um vício de origem. O grupo de trabalho foi criado no ambiente da chamada Câmara de Relações Exteriores e Defesa Nacional (Creden) do Conselho de Governo, órgão de assessoramento do presidente da República. O presidente do Creden é o general Jorge Armando Félix, ministro-



JOSE EMILIO PERILLI/GETTY IMAGES

chefe do GSI e personagem central desse cabo de guerra travado, desde o início do governo Lula, entre os aliados aos movimentos sociais e os setores afinados aos comandantes militares. De 2006 para cá, Félix e sua tropa investiram duas vezes na tentativa de tipificar o terrorismo. Perderam a primeira batalha em 2007, mas conseguiram abrir uma brecha na segunda, em 2010 – e é aí que a posição de Dilma Rousseff será decisiva.

mentos sociais como agentes do terrorismo. Em novembro de 2007, após dez meses de estudo, o então ministro Tarso Genro conseguiu matar um anteprojeto que pretendia igualar, em status e infâmia, o líder do MST João Pedro Stedile a Osama bin Laden.

Um ano antes, a ideia de se tipificar o terrorismo havia ganhado corpo no âmbito da chamada Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinhei-

da. Enclenada tenha a ver com terrorismo, o assunto foi colocado na agenda por pressão do GSI. Para tal, formou-se um primeiro grupo de trabalho do qual faziam parte a AGU, a Casa Civil, o Ministério da Defesa, a Polícia Federal, o Ministério Público Federal e a Associação Nacional de Juizes Federais.

À frente das discussões, e à revelia do Ministério da Justiça, o general Félix apressou-se em produzir uma pérola normativa de tal forma genérica que,

ANEXO C- Matéria Caros Amigos, edição nº 139: entrevista com Raúl Zaffaroni, publicada em outubro de 2008.

PUBLICAÇÃO SOBRE OS AMÉRICOS

“AS POLÍCIAS ADQUIRIRAM GRANDE PODER, E PODEM PRATICAR GOLPES DE ESTADO”

RAÚL ZAFFARONI É MINISTRO DA SUPREMA CORTE ARGENTINA. PROFESSOR DE DIREITO PENAL E DE CRIMINOLOGIA, É DIRETOR-GERAL DO INSTITUTO LATINO-AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE (ILANUD) E AUTOR DE O INIMIGO NO DIREITO PENAL. NO SEMINÁRIO DEPOIS DO GRANDE ENCARCERAMENTO, NO RIO, CHAMOU ATENÇÃO PARA O AVANÇO DO PODER PUNITIVO, RESPONSÁVEL POR PUNIR (INCLUSIVE COM A MORTE) CADA VEZ MAIS OS PEQUENOS DELITOS. NA ENTREVISTA A MARCELO SALLES, NOSSO CORRESPONDENTE NO RIO E AO DELEGADO ORLANDO ZANCCONE, MESTRE EM CIÊNCIAS PENAIS PELA UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES, ZAFFARONI ALERTA PARA O CRESCIMENTO DO ESTADO POLICIAL NA AMÉRICA LATINA:

marcelo salles e orlando zaccone
ENTREVISTA RAÚL ZAFFARONI

ORLANDO ZACCONE O discurso de reforma da polícia tem ganhado eco, “se não for corrupta e não atuar à margem da lei viveremos numa sociedade feliz”.

Não é verdade, a polícia não vai resolver todos os problemas. Segurança é um problema social e a polícia tem um papel importante, mas não único. Temos dois níveis de prevenção. Uma primária, que bate na base do conflito, depende de política geral, nível de vida e condições da população, oportunidades, emprego, estudo. A prevenção secundária é a atuação policial para dissuadir a ação criminosa, patrulhamento ostensivo; mas não resolve toda a conflitividade violenta. E não é só a polícia a responsável, é preciso a cooperação da população. E também estamos protegidos porque tem luz na rua e, se tem luz, tem outras pessoas, aí é a sociedade nos protegendo. Acreditar que vamos resolver todo o problema de violência através da polícia é um absurdo.

MARCELO SALLES A gente tem 200 milhões de habitantes e apenas sete emissoras abertas de televisão, e uma única detém 40% da audiência e 60% das verbas publicitárias. É a Rede Globo. Me interessa que o senhor aprofunde a análise sobre o papel dos meios de comunicação.

Sim, na Argentina não temos uma coisa assim. Temos um canal especializado na notícia policial, mas acho que isso não é im-

portante na projeção pública da violência. O problema é na mídia comum. O alarme social depende dos metros quadrados dos jornais e dos minutos de televisão dedicados à violência. O que acontece quando vem uma ditadura? A comunicação social é controlada, o problema de segurança some. A ditadura é de ordem, não pode permitir uma publicidade dessa natureza. Então, a sensação de segurança não é outra coisa senão fazer sumir as notícias sobre violência.

Acredito que, às vezes, a mídia pode ter interesse se tem um inimigo político identificado; outras vezes, é porque não tem outra notícia a publicar. Segurança é sempre uma notícia reserva, se não tem outra coisa importante, um escândalo. E é um problema que responde a certo grau de curiosidade mas não da população e sempre tem audiência.

MARCELO SALLES O senhor acredita que os delegados são pressionados a resolver um caso se for exposto na mídia?

Não só isso, são pressionados para agir contra certa criminalidade mais do que contra outras. As agências executivas, ou seja, as polícias, não têm capacidade de pesquisar todos os conflitos. Se o senhor ler a parte especial do Código Penal, é uma coisa doida, um projeto de criminalizar todos, não fica ninguém de fora. Mas nem todos são punidos. Sempre tem que fazer uma escolha, então vem a seleção dos que supo-

tamente tenham praticado crimes previstos na criminalização primária - Código Penal. Essa criminalização é feita em cima de determinado tipo de pessoa, pois a punição seletiva é recat sobre os indivíduos mais vulneráveis, e não sobre os que teoricamente possuem mais tendência a delinquir, teoricamente já superada, formulada pelo italiano Cesare Lombroso no século 19. E nessa escolha por vezes, tem importância o meio de comunicação social. O comunicador é um empresário moral, aquele que avisa, está ocorrendo isso, a polícia, o Estado, os políticos não fazem nada; o ministro liga para o chefe da polícia, que liga para o delegado dizendo o que tem que fazer. Pedófilos existem sempre. Mas começam as manchetes, “os dólares”, outro dia “os estupro”, outros “os seqüestros”. E passa uma idéia que tem muito a ver com a realidade.

MARCELO SALLES O senhor afirmou que a economia internacional está cada vez mais mafiosa. Isto tem a ver com o avanço do poder punitivo, principalmente aqui na nossa América Latina?

Tem. Primeiro, essa configuração mafiosa da economia produz grande polarização riqueza. A diferença hoje no mundo entre ricos e os mais pobres é abismal. Isso não acontece só aqui, está acontecendo nos Estados Unidos, a crise das hipotecas afundando a classe média ou aqueles que

caros amigos | outubro 2008

ANEXO D- Artigo Opera Mundi, publicado em http://operamundi.uol.com.br/noticias/WIKILEAKS+DOCUMENTO+CITA+MST+COMO+OBSTACULO+A+LEI+ANTITERRORISMO+NO+BRASIL_7924.shtml, em 30 de novembro de 2010

30/11/2010 - 13:00 | Marina Terra | Redação

Wikileaks: documento diz que MST e movimentos sociais são obstáculos a lei antiterrorismo no Brasil

Atualizada às 15h45

Um documento elaborado em novembro de 2008 pelo então embaixador dos Estados Unidos no Brasil, Clifford Sobel, cita o MST (Movimento dos Trabalhadores Sem Terra) e os movimentos sociais como obstáculos à criação de uma lei antiterrorismo no Brasil.

O texto menciona o analista de inteligência estratégica na Escola Superior de Guerra André Luis Woloszyn (citado no documento como "Soloszyn"), que, em conversa com Sobel, disse que o governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, "repleto de militantes esquerdistas que tinham sido alvos de leis da era da ditadura militar criadas para reprimir a violência politicamente motivada", dificilmente promulgaria uma lei que poderia enquadrar atos de grupos com os quais simpatiza, pois "não existe maneira de redigir uma legislação antiterrorismo que exclua as ações do MST".

Além disso, a mensagem vazada pelo Wikileaks afirma que Brasília voltou atrás no desenvolvimento de uma legislação antiterrorismo por razões "políticas".

O MST ainda não se pronunciou sobre o assunto. De acordo com a assessoria de imprensa do movimento, o tema não foi debatido internamente.

A divulgação de mensagens das embaixadas e consulados dos EUA pelo mundo causaram grande constrangimento à diplomacia da Casa Branca. Foram numerosos os casos de críticas a dirigentes de vários países, escritas por representantes dos EUA ao redor do mundo, que se tornaram públicos.

Clique [aqui](#) para acessar o texto divulgado pelo Wikileaks.

De acordo com Soloszyn, poucos no governo e no Congresso brasileiro dão atenção para o tema do terrorismo, assim como para a existência de "potenciais bolsões de extremismo islâmico entre segmentos da grande comunidade muçulmana brasileira".

Leia mais:

[EUA condenam vazamento de documentos pelo Wikileaks](#)
[Wikileaks: embaixador dos EUA diz que golpe em Honduras 'foi ilegal'](#)
[Países árabes e Israel pediram aos EUA que atacassem Irã, diz Wikileaks](#)
[Documentos revelam que Itamaraty é considerado inimigo da política dos EUA](#)
[Wikileaks: em troca de abrigo a presos de Guantánamo, EUA ofereceram visita de Obama e dinheiro](#)

O analista brasileiro ainda sugere que o único fator que poderia modificar a "indiferença" com relação ao tema do terrorismo seria outra onda de violência como a que foi desencadeada no estado de São Paulo em 2006 pelo grupo criminoso PCC (Primeiro Comando da Capital).

Na época em que o GSI (Gabinete de Segurança Institucional) elaborou anteprojeto de lei que trata dos crimes terroristas e de seu financiamento em território brasileiro, adversários da lei, como a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), se pronunciaram.

Foi o caso do então presidente da organização, César Britto, que afirmou em 2008 que a lei oferecia risco de restringir direitos humanos. "O problema de uma lei que não define o que é terrorismo é que ela pode ser aplicada em várias ações. Se não há uma definição clara do crime a ser punido, corre-se o risco de transformar em ato terrorista qualquer greve ou manifestação em que ocorra alguma ação de violência não prevista".

Sem consenso

Sobel também conversou com José Antonio de Macedo Soares, secretário-assistente do Secretariado de Monitoramento e Estudos Institucionais do GSI, e o assessor do GSI Janer Tesch Hosken Alvarenga, que afirmaram ser "impossível" chegar a um consenso no governo em relação à definição de terrorismo. Alvarenga é quem disse a Sobel que a decisão de derrubar a proposta de uma legislação antiterrorismo foi "política".

Leia mais:

[Análise: Uma guerra ao Wikileaks?](#)
[Justiça sueca retira ordem de prisão contra fundador do Wikileaks](#)
[Escândalo do Wikileaks reativa debate sobre a guerra no Iraque](#)
[Documentos dos EUA revelam mortes de civis e missões secretas no Afeganistão](#)
[Wikileaks: Militares dos EUA mataram 680 civis iraquianos em postos de controle](#)

"Quando lhe foi pedido que confirmasse notícia publicada no jornal diário *Correio Braziliense* dando conta de que a ministra Dilma Rousseff (chefe-de-gabinete do presidente Lula na Casa Civil) teria derrubado a proposta, Alvarenga tergiversou, sugerindo que vários 'clientes' teriam contribuído para a decisão, incluindo o Ministério da Justiça. No final, ele não negou o relato do jornal, afirmando que a decisão tinha sido 'política'", detalha o documento elaborado pelo funcionário norte-americano.

Conclusão dos EUA

Após abordar o tema com funcionários do governo brasileiro, Sobel diz ser "lamentável" a falta de apoio a uma legislação antiterrorismo no Brasil e considera "plausível" a hipótese de que o impedimento ao desenvolvimento da lei tenha partido da Casa Civil.

"Tirando algumas agências voltadas a questões de segurança, este governo evidencia muito pouco interesse por questões ligadas ao terrorismo, muito menos por legislação que sua base de apoio não tem interesse em ver promulgada e que exigiria capital político considerável para ser aprovada no Congresso".

Para Sobel, o Brasil desenvolve uma abordagem "Al Capone" (mafioso que fez fortuna traficando bebidas nos EUA durante o período de vigência da Lei Seca, nos anos 1930, e foi condenado apenas por sonegação de impostos) contra o terrorismo, ao enquadrar "os terroristas com base em violações alfandegárias, fraude fiscal e outros crimes que, infelizmente, incorrem em penas de prisão menores".

Siga o **Opera Mundi** no [Twitter](#)

Conheça nossa página no [Facebook](#)

ANEXO E – Documento Wikileaks, citado no Anexo D. Disponível em www.wikileaks.org.

C O N F I D E N T I A L SECTION 01 OF 04 BRASILIA 000504

SIPDIS

SENSITIVE

SIPDIS

FOR WHA, WHA/BSC, AND S/CT

E.O. 12958: DECL: 03/18/2018

TAGS: PTER PGOV PREL KCRM ETTC EFIN ASEC AR BR

REF: A. BRASILIA 000440 B. BRASILIA 000579 C. SAO PAULO 000991 D. SAO PAULO 000532

Classified By: Deputy Chief of Mission Phil Chicola.

Reasons 1.4 B and D

¶1. (C) Summary: In November of last year the Government of Brazil announced that it was backtracking on its effort to introduce counterterrorism (CT) legislation after a years-long effort by a working group within the Presidency's Institutional Security Cabinet (GSI) to coordinate the drafting of the initiative within the government. Although they now seek to downplay the importance of having such legislation, prior to the reversal GOB officials claimed that new anti-terrorism legislation was necessary to improve its legal regime--which currently does not treat terrorist activities, terrorism financing, or support of terrorism as crimes. Some news reports have suggested that President Lula's powerful chief of staff quashed the proposed legislation, which had been attacked by some social activists and advocacy groups who feared it could be used against them and compared it to military era repression. The media and political silence that greeted the government's reversal has exposed a vacuum on matters pertaining to terrorism among the elites whose support would be required to overcome GOB resistance. As a result, our efforts to put this legislation back on Brazil's agenda will be an uphill climb. End Summary.

¶2. (U) This cable is the second of two that looks at the Brazilian government's latest actions to counter terrorist activities. The first touched on Brazil's reform of its intelligence and counterterrorism structure.

No Crime Without a Law to Define It

¶3. (U) In 2004, the GOB formed a working group within GSI, the Presidency's office in charge of coordinating intelligence, counternarcotics and national security, charged with examining Brazilian laws related to terrorism, as well as the way the government was structured to deal with the challenges posed by international terrorists (ref A). Prior to this effort, Brazilian government officials and outside observers had concluded that Brazilian laws dealing with terrorism were ambiguous and needed updating to account for modern realities (refs B and C). Under Brazilian law, terrorist acts, their financing, and activities supporting terrorist acts are not considered crimes. Both the Brazilian constitution and the National Security Act (Public Law 7.170 of 1983), which defines crimes against national security, criminalize acts of terrorism in general.

However, because the National Security Act harkens back to the military regime, Embassy contacts have indicated that it is highly unlikely the government would ever use it to charge someone with a crime related to a terrorist activity (Ref B). In addition, because terrorism under that law is proscribed without being typified, even in the unlikely case someone attempted to test the prevailing wisdom on the applicability of a military-era national security law to charge someone with the crime of attempting to commit an act of terrorism, they probably would be unable to do so. The Act specifically proscribes criminal acts that could be considered acts of terrorism, such as sabotage and bombings, but only as distinct crimes from terrorism. Because of this, terrorist activities consisting of defined crimes under the law could not be charged explicitly as terrorism.

Domestic Politics to Blame

¶4. (U) As soon as news reports started surfacing in early 2007 that GSI was about to wrap up its work, the government started coming under fire from opponents of the bill. The BRASILIA 00000504 002 OF 004 influential Ordem dos Advogados do Brasil (OAB, the Brazilian bar association) criticized the government for pushing legislation that was, according to OAB's president Cezar Britto, in reality a thinly veiled move to criminalize the actions of social movements and those fighting for equality. Forced on the defensive, several high-ranking GSI officials publicly suggested that any anti-terrorism legislation would be rarely used and that judges would have discretion in applying it. Then in late November 2007, the government unceremoniously announced that it would not introduce the legislation to Congress.

¶5. (C) In a meeting with Poloff, Assistant Secretary Jose Antonio de Macedo Soares of the Secretariat for Monitoring and Institutional Studies, at GSI (and Ministry of External Relations representative to GSI, where he holds the rank of minister) and GSI advisor Janer Tesch Hosken Alvarenga explained that it was impossible to reach consensus within the government on how to define terrorism. Asked to confirm a news item in the daily newspaper Correio Braziliense noting that Minister Dilma Rousseff (chief of staff to President Lula in the Casa Civil) had quashed the proposal, Alvarenga equivocated, suggested that several "clients" had weighed in, including the Ministry of Justice. In the end, he did not deny the news report, stating that the decision had been a "political" one.

¶6. (SBU) A Brazilian War College analyst on strategic intelligence and author of numerous articles on counterterrorism topics, Andre Luis Soloszyn, went farther, asserting to poloff that the Correio story sounded very credible to him, and that the GSI working group was a smokescreen for the government to demonstrate to the US and the international community that it was taking the issue of counterterrorism seriously. Soloszyn noted that there was little chance that this particular government, stacked with leftist militants who had been the object of military dictatorship-era laws designed to repress politically-motivated violence, was going to put forth a bill that would criminalize the actions of groups it sympathizes with, such as the Landless Movement (MST), for "there is no a way to write an anti-terrorism legislation that excludes the actions of the MST".

An Idea Whose Time Has Come (and Gone)

¶7. (C) Asked if there was a possibility the legislation could come back some time in the future, both Soares and Alvarenga were pessimistic. Commenting on the enormously complex nature of the issue, Alvarenga noted that discussions of terrorism within Brazilian society remain at an immature stage, with few experts on the topic and very few people interested. Soares added that people within and outside the government find the possibility of a terrorist attack taking place on Brazilian soil so improbable that they are incapable of giving the issue much attention.

¶8. (SBU) Soloszyn echoed these comments, indicating that he is one of the few individuals to focus on the issue of terrorism outside the government. Within the government, the story is not much different, he added, and virtually no one in Congress was focused on the issue. Most legislators and general public are so in the grip of the "it can't happen here" mentality that they lack any idea of terrorist tactics, the concept of support networks, the threat of homegrown terrorism, and exploitation of soft targets. According to Soloszyn, the issue of potential pockets of Islamic extremism among segments of Brazil's large Muslim community is likewise an unstudied subject among specialists, and unthinkable as a proposition among the public at large. The Brazilian mind even among the highest echelons of the government, he added, can't get past its own cliches about the multicultural paradise that is Brazil.

¶9. (SBU) According to him, the only factor that could change this indifference is another wave of violence like that unleashed by the First Capital Command (PCC) in Sao Paulo in 2006 (ref D). Terrorism perpetrated by Islamic extremists is too remote for Brazilians to worry about. The only way they are going to move on this, he added, is when it affects them on a daily basis. (Comment: In the immediate aftermath of the PCC's violence in 2006, President Lula called their actions terrorism, and made noises about finally getting some anti-terrorism legislation on the books. End comment.)

"We have to Stop this Farce"

¶10. (C) In his conversation with poloff, Soares dismissed the importance of the government's reversal, arguing that the success of any potential

terrorist attack against the Israeli Embassy in Brasilia is not going to be determined by whether there is a law on the books outlawing terrorism. Brazil, according to him, has excellent working relationships with other countries, he noted, including with the US and Israel. Soares added that he hoped to continue cooperating with the US, despite what he described as the "farcical" elements within the bilateral CT dialogue: Soares did not miss the opportunity to repeat the oft-heard complaint by GOB officials about comments on the part of USG officials suggesting the Triborder Area (TBA) remains a top concern with regard to potential terrorist activity, which then prompt the obligatory Brazilian demands for evidence of such activity. He called the exercise pointless, since, in his words, "we all know that your officials based their statements on information we provide the US". Soares also criticized Argentine officials for their comments linking the TBA to the 1994 AMIA bombing in Buenos Aires, calling their accusations "silly" and "baseless".

----- Comment: -----

¶11. (C) After various Brazilian government officials had warned of the flawed nature of the Brazilian legal system, it is unfortunate, though not surprising, to hear GSI officials now argue that there is no need for the GOB to improve Brazil's legal regime to make it illegal to commit, finance, plan, or support terrorist acts. Although we cannot confirm definitively that the Casa Civil quashed the initiative for political or ideological reasons, it is certainly plausible. Outside of some agencies focused on security issues, this government evinces very little interest in terrorism issues, much less on legislation its base has no interest in seeing enacted and that would require significant political capital to push through Congress. Likewise, with little knowledge or enthusiasm within Congress, there is no one to take up the mantle there either. As a result, the initiative has become an orphan of Brazil's current political realities. For the moment, any effort to suppress terrorism, its financing, or activities supporting terrorist activities will have to continue for the foreseeable future to follow the "Al Capone" approach of taking down terrorists based on customs violations, tax fraud, and other crimes that unfortunately also carry less jail time. While this approach can work, it is not a substitute for giving police and judges the additional legal tools that the international community has agreed are necessary in the fight against terrorism and nor is it a substitute for institutionalizing counterterrorism within the Brazilian legal system. Taking Brazil's reform of its CT structure (ref A) together with its backtracking CT legislation once again shows a mixed picture of Brazil's overall CT effort at the policy level. Furthermore, the low standing CT holds as an issue among Brazil's elite casts some doubt as to whether the potentially useful reform of ABIN will actually materialize. Over the next months, Mission will consult with Washington agencies as we review our strategy for increasing Brazilian attention to counter-terrorism.

¶12. (C) Comment, cont: On a separate note, we found Soares' admission that Brazil provides the bulk of the intelligence on matters related to CT to be highly atypical, although it sheds some light on a question that has long-puzzled the Mission. That is, whether policy-level officials, particularly at Itamaraty, where they tend to be most disinclined to accept the suggestion that there may be terrorist elements active in their territory, receive the same information from Brazil's intelligence elements as the U.S. receives. Although we cannot answer definitively, Soares comments would suggest that to be the case and that, despite their denials, they

recognize the potential problems Brazil faces. Another possibility is that they have access to the same information but, either because the information would be inadmissible in a Brazilian court or because it does not meet a presumed higher threshold of what constitutes terrorist-related activity, they technically do not consider it evidence of such activity. This means they are either playing games or they are defining terrorism out of Brazil. Neither interpretation presents a flattering picture of the seriousness with which the senior levels of the Brazilian government treat the issue of terrorism, but both are consistent with what we have seen over the last several years from a government that considers CT a low priority. End comment. SOBEL

ANEXO F – Matéria Revista Caros Amigos. Edição nº 136.. Artigo de autoria de João Pedro Stédile. Publicado em julho de 2008



joão pedro stedile

O FASCISMO RENASCE NOS PAMPAS

Desde que a sra. Yeda Crusius assumiu o governo, se implantou no Rio Grande do Sul um regime repressivo voltado a combater de forma implacável qualquer organização dos trabalhadores, qualquer manifestação pública que fira os interesses econômicos que aí controlam o Estado, parte do judiciário, a Brigada Militar e a mídia monopolizada em apenas dois grupos.

Para operar essa política fascista, a Brigada Militar foi entregue a uma direção partidarizada, de direita, que deixa pública sua nova tática de reprimir com violência qualquer manifestação. Foram buscadas também experiências com a Polícia do Rio de Janeiro em técnicas de inquérito com torturas, denunciadas publicamente.

Foram realizados diversos despejos ilegais, de forma violenta. Deputados, impedidos de circular, humilhados e agredidos. Numa passeata pacífica de sapateiros de Sapiranga, terminada a manifestação um líder foi preso e executado em plena via pública.

No último 8 de março, quando centenas de mulheres compraram uma fazenda da Store Enzo, comprada ilegalmente na zona de fronteira, foram presas, asperadas os seus filhos, levadas para um grésio, identificadas como bandidas, humilhadas. Até o presidente municipal da Store Enzo protestou, envergonhado com temerária violência.

Agora, vem à tona relatório de um encontro, realizado dia 10 de dezembro de 2007, no dia dos direitos humanos, em que se reuniu um grupo de promotores, tomaram a decisão (parecem soma da lei e da sociedade) e constituíram uma "equipe de promotores para promover uma ação civil pública com vistas à dissolução do MST e a declaração da sua ilegalidade". Para esse objetivo, os promotores acordaram na reunião diversas linhas de trabalho, entre elas:

- a) pedir despejo de todos os acampamentos no Estado e dissolver pois representam foco de treinamento;
- b) enquadrar na Lei de Segurança Nacional seus principais dirigentes;
- c) entrar com ações para fechar as três escolas que preparam jovens do MST, no ensino médio e superior, como o Ilerra e Instituto Focuzar (devidamente regulamentadas pela Secretaria de Educação, e a segunda em convênio com a Escola Técnica Agrícola Federal de Serão);
- d) investigar todas as cooperativas dos assentamentos;
- e) impedir qualquer convênio cessas instituições com entidades ligadas aos sem terra;
- f) fichar todas as famílias assentadas a medir seu grau de produtividade.

Esse relatório foi aprovado para se manter em sigilo, mas um dos promotores, na ânsia de prestar serviço ao poder, o incluiu como anexo numa das ações judiciais contra dirigentes do MST.

E por mais absurdo que isso pareça, as linhas políticas agora estão sendo aplicadas à risca, por promotores, pela Brigada Militar e pela mídia local. No dia 17 de junho a Brigada despejou violentamente um acampamento próximo à fazenda Coqueiros, numa área arrendada, de um pequeno proprietário. Ou seja, despejaram de uma propriedade privada pedida aos acampados. Como na Justiça Federal do Carazinho não que tenta enquadrar 8 dirigentes do MST na Lei de Segurança Nacional. Aquela mesma da ditadura! E já entram com ações para despejo em outros 3 acampamentos.

Tudo isso acontece porque o novo governo gaúcho é fruto de uma nova classe dominante no Estado, que representa interesses apenas de grandes empresas nacionais e internacionais como Store Enzo, Aracruz, Votorantim, Bunge, Monsanto e Nestlé na agricultura. E um pequeno grupo de poderosas industriais como o grupo Gerdau. Mas eles não têm base social. Nem partido que os sustente. Então, para eleger a governadora, usaram todo tipo de expediente, corrupção, mídia. Felizmente corre na Assembleia uma CPI que investiga a corrupção do Detran, que teria desviado 41 milhões para eleger a governadora. Isso tudo denunciado pelo vice, do DEM! Além do que as empresas deram oficialmente registro no TSE e por fora.

Repete-se o cenário do governo Collor em 1992. Repete-se as mesmas táticas do governo Lerner no Paraná. Definitivamente nossa direita não é muito cristiva. E o povo pode demorar a perceber. Mas o destino destes fascistas é sempre o mesmo, as porões escuros da história.

João Pedro Stédile é membro da Coordenação Nacional do MST e da Via Campesina.

ANEXO G- Hc nº 5.574/SP, julgado pelo STJ. (Julgamento de causa criminal envolvendo o tema da Reforma Agrária). Publicado em 18 de agosto de 1997.

Supremo Tribunal de Justiça

85 . 1724/97
6ª Turma . 0824/97



HABEAS CORPUS N° 6.574/SP (97.0010236-0)

RELATOR : O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON
RELATOR DESIG : O EXMO SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO
IMPETRANTES : LUIZ EDUARDO GREEN IALGH E OUTROS
IMPETRADO : DESFAMBARGADOR SEGUNDO VICE PRESIDENTE DO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCIO BARRITO (PRESO); FÉLINDO PROCÓPIO DOS SANTOS;
 CLAUDEM R MARQUES CAHO, LAÚNCIO BARBOSA F. JOSÉ
 RAINHA JUNIOR

EMENTA

HU - CONSTITUCIONAL - HABEAS CORPUS - LIMINAR - FIANÇA - REFORMA AGRÁRIA - MOVIMENTO SEM TERRA - Habeas corpus é ação constitucionalizada para preservar o direito de liberdade contra atual, ou iminente ilegalidade, ou abuso de poder (Const., art. 5º, LXVIE). Admissível a concessão de liminar. A provisional visa a atacar, com a possível prescrição, conduta ilícita, a fim de resguardar o direito de liberdade, fiança concedida pelo Superior Tribunal de Justiça não pode ser cassada por juiz de Direito, no fundamento de o paciente haver praticado conduta incompatível com a situação jurídica a que estava submetido. Como executor do acórdão, deverá comunicar o fato ao Tribunal para os efeitos legais. Não o fazendo, preferindo expedir mandado de prisão, comete ilegalidade. Despacho do Relator, no Tribunal de Justiça, não fazendo cessar essa concessão, por omissão, é ratifica. Caso de concessão de medida liminar. Movimento popular visando a implantar a reforma agrária não caracteriza crime contra o Patrimônio. Configura direito coletivo, expressão da cidadania, visando a implantar programa constante da Constituição da República. A pressão popular é própria do Estado de Direito Democrático.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por maioria, conceder a ordem, inclusive para restabelecer a eficácia da decisão proferida por esta Corte, determinando o recolhimento do mandado de prisão. Votou o Sr. Ministro-Relator, que denegava a writ, lavrava o acórdão o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro, Vicente Leal, Fernando Gonçalves e Anselmo Santiago.

Brasília, 08 de abril de 1997 (data do julgamento).

Anselmo Santiago
 MINISTRO ANSELMO SANTIAGO, PRESIDENTE

Luiz Vicente Cernicchiaro
 MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, RELATOR DESIGNADO

197007220
016011509
000557170

MÁRCIA
02.04.97

Suprema Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 5.574/SP

(REG. 97/0010236-0)

097001020
036021500
000557440

RELATÓRIO

O EXMº SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: - Adoto como relatório a parte expositiva do parecer do Ministério Público Federal, da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. Julieta E. Fajardo Cavalcanti de Albuquerque (fls. 200/201):

“Trata-se de **habeas corpus** originário impetrado em favor de Márcio Barreto, Felinto Procópio dos Santos, Claudemir Marques Cano, Laércio Barbosa e José Rainha Júnior, em face de indeferimento da medida liminar, postulada em sede de **Habeas Corpus**, pelo Il. Des. Segundo Vice Presidente do TJ/SP, visando revogar a ordem de prisão preventiva decretada contra os pacientes.

Aduz o impetrante que os pacientes encontram-se submetidos a constrangimento decorrente de ilegalidade na decisão que decretou a quebra da fiança e restabeleceu a prisão preventiva. A uma porque não se há de falar em quebra de fiança por não comparecimento a ato judicial pois a falta à audiência do dia 17 de outubro teria sido relevada



pelo magistrado e a audiência do dia 6 de fevereiro não teria sido realizada por ausência da única testemunha de defesa, sem sentido pois, nesse último caso, “exigir dos pacientes que comparecessem somente para ver lançada a certidão da não realização do ato”. A duas porque a decisão do Juízo de Pirapozinho não se lhes imputa qualquer nova infração, como o exige o art. 341 do CPP. Finalmente, argumenta o impetrante que o art. 584 do CPP atribui efeito suspensivo ao Recurso em Sentido Estrito interposto contra decisão que julga quebrada a fiança e assim, em tendo sido interposto, igualmente, o mencionado recurso contra a decisão ora **sub examen**, ilegal o posicionamento no sentido de não aplicar-se a suspensividade reclamada. Assim, presentes, segundo argumenta, o perigo na demora e a fumaça do bom direito, postula a concessão da liminar para colocar-se em liberdade o paciente Márcio Barreto, expedindo-se contramandado de prisão aos demais pacientes.

O órgão Ministerial opinou no sentido da denegação do **writ** (fls. 204).

É o relatório.



MÁRCIA
02.04.97

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 5.574/SP

(REG. 97/0010236-0)

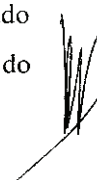
097001020
036031500
000557410

VOTO

O EXMº SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: - O ato que se alega eivado de vício, e, por consequência, determinante de constrangimento, a justificar reparação por meio da via eleita, está vazado nos seguintes termos (fls. 123/125), **verbis:**

“A impetração busca a libertação de Márcio Barreto, que se encontra preso na Delegacia de Presidente Prudente, bem como a expedição de contra mandado de prisão em favor de Felinto Procópio dos Santos, Claudemir Marques Cano, Laércio Barbosa e José Rainha Jr., figurando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito do Foro Distrital de Pirapozinho.

Os pacientes respondem ação penal pela prática dos crimes de esbulho possessório e formação de quadrilha ou bando armado. São integrantes do denominado MST (Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra), acusado de invasões em propriedades rurais na região de Mirante do Paranapanema.



Em decorrência de v. acórdão do Colendo Superior Tribunal de Justiça, foram os pacientes beneficiados com a concessão de liberdade mediante fiança. Informa a inicial que os mesmos são primários, encontrando-se “assentados pelo Governo na Fazenda São Bento e adjacências.”

A ilustre autoridade havida como coatora julgou quebrada a fiança, restabelecendo, em consequência, as prisões preventivas anteriormente decretadas contra os pacientes.

Sustenta a decisão atacada que “as descomedidas invasões, precedidas de ameaça, desencadearam postura reacionária por parte de proprietários”.

Sustentam os doutos impetrantes não ter havido a ausência a atos da instrução criminal a justificar a quebra da fiança. Sustenta, por outro lado não ter havido a prática de infração penal após a concessão de fiança, que deve ser considerada subsistente.

Paralelamente, e através de manifestação verbal do impetrante Luís Eduardo Greenhalgh, foi alegada a suspensividade do recurso em sentido estrito manifestado contra a decisão impugnada.



Pese embora os argumentos expendidos pelos ilustres impetrantes, descabe a concessão da liminar pretendida.


O último argumento, qual seja, o alegado efeito suspensivo que deveria ser emprestado quando da interposição de recurso em sentido estrito manifestado contra a decisão que julgou quebrada a fiança impressiona a primeira vista.

O recurso foi manifestado com fundamento no artigo 581, VII, do Código de Processo Penal. O artigo 584 da mesma lei adjetiva penal dispõe que “Os recursos terão efeito suspensivo nos casos de perda da fiança.”

Atente-se que o dispositivo é referente a perda da fiança, sendo, portanto, inaplicável à espécie, porquanto não houve perda da fiança. Esta foi considerada quebrada.

Não se há confundir os dois institutos.

Consoante a norma do artigo 341 do Código de Processo Penal, “Julgar-se-á quebrada a fiança quando o réu, legalmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem provar incontinenti, motivo justo, ou quando, na vigência da fiança, praticar outra infração penal”.



Não cogitou o magistrado em perda da fiança, hipótese que teria aplicação o disposto no artigo 584 do Código de Processo Penal. Cuida a espécie de quebra da fiança.

A prática de nova infração penal justificou a providência adotada pelo magistrado. É certo que o esbulho possessório não foi consumado, face a imediata reação dos proprietários e empregados da fazenda. A lei penal, entretanto, admite a figura da tentativa para o crime do artigo 161, II do Código Penal.

Corretamente aplicado, portanto, o quebramento da fiança.

Anote-se, por outro lado, que tanto os réus como seus ilustres defensores estiveram ausentes às audiências designadas para os dias 17 de outubro e 6 de fevereiro últimos, inobstante regularmente intimados, circunstância esta que mais reforça a correta decisão do magistrado ao julgar quebrada a fiança.

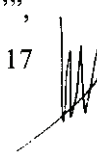
Curioso observar-se que os pacientes, consoante afirmaram a fls. 04, já estão assentados em propriedades rurais. Assim sendo não tinham qualquer justificativa para participar de invasões de outras propriedades, pertencentes a terceiros.



Em referência a participação de pessoas não identificadas na invasão confessada, é matéria que depende de prova, escapando aos limites estreitos a um pedido de **Habeas Corpus**.

Cometem os impetrantes manifesta injustiça ao salientarem a fls. 21 que o magistrado “sujeito aos influxos ideológicos do tempo e do lugar que ocupa, vê-se alvo do bombardeio de uma imprensa a serviço do latifúndio que se arvora fábrica de ‘provas’ para produzir efeitos em processo penal”.

O magistrado de Pirapozinho vem atuando com independência, equilíbrio e autoridade na condução do processo, ao inverso do MST, que busca “manter o Governo acuado para desestabilizá-la de olho em seu mirabolante projeto socialista. Como a reforma agrária está avançando com o número crescente de assentamentos, é preciso fabricar artificialmente novos sem terra. Como a questão fundiária no Pontal está próxima de uma solução, é preciso promover invasões em Ribeirão Preto, Ourinhos e Jaú. E daí por diante. Se o Governo não demonstrar firmeza e cair nesta armadilha pode-se preparar para o crescimento dos conflitos no campo, dos quais o MST, com frieza, espera colher seus ‘mártires””, salientou ilustre editorialista do Jornal da Tarde, edição de 17 de janeiro último.



Em outro artigo publicado no mesmo órgão de imprensa, restou salientada a necessidade de “impedir as invasões, porque elas - é bom não esquecer - estão na origem dos conflitos. As coisas precisam ficar bem claras - invadir propriedade alheia é uma afronta a lei e, enquanto as invasões forem toleradas não haverá possibilidade de paz no campo. Ou existe o império da lei e da ordem, o respeito ao estado de direito, ou regredimos ao estado de anarquia. É isso mesmo que parece desejar o MST, cujo projeto ‘revolucionário’ é incompatível com a ordem decretada.” (Jornal da Tarde, edição de 31 de janeiro de 1997).

Não se vislumbra qualquer constrangimento ilegal na decisão do magistrado, razão pela qual denego a liminar.

Processe-se o pedido de **Habeas Corpus**, requisitando informações no prazo da lei.”

Sem qualquer comprometimento com as considerações estranhas ao conteúdo jurídico da questão, não vislumbro possibilidade de alterar, neste momento, a situação processual concretizada.

Com efeito, esta Colenda 6ª Turma já bem conhece minha posição a respeito da impossibilidade de concessão de ordem de **habeas corpus** para reformar decisão denegatória de pedido de liminar. Entendo, e continuarei entendendo, que a hipótese envolveria supressão de instância, pois o

deferimento nesta jurisdição importaria em concessão da liminar, recusada no Tribunal competente, o que tornaria esta Corte Superior controladora de atos do juízo de primeiro grau, o que não é possível.

É certo que os panegiristas da tese oposta situam-se na corrente defensora da amplitude do alcance de **habeas corpus** como ação constitucional. Todavia, reconhecem a necessidade de se cuidar de espécie teratológica, onde flagrante a ilegalidade do ato impugnado, isto é, quando a negativa da liminar ofende, de modo frontal, o direito positivo ou princípios básicos do direito à liberdade.

Ora, **in casu**, a rejeição do pedido de liminar foi substancialmente fundamentado. Refletiu a orientação pessoal do Relator, sobre os temas postos na impetração, ao exercitar sua irrefutável competência nesse juízo provisório.

Advirta-se, por oportuno, que se pode até mesmo discordar das colocações ínsitas no despacho atacado, porém essa manifestação há de ser explicitada no momento adequado e na sede própria, porquanto, nesta ocasião, seria demasiado dizer que o indeferimento da liminar configura manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

Ante o exposto, denego a ordem de **habeas corpus**.



Superior Tribunal de Justiça

AG : 17/04/97
6ª Turma : 08.04.97

RELATOR : O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON

HABEAS CORPUS Nº 5.574 - SP

VOTO-VOGAL

O EXMº SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: O ilustre Impetrante postula a concessão de liminar, indeferido pelo E. Desembargador Segundo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo.

O tema posto em julgamento apresenta particularidades, cuja importância, reclama atenção do julgador.

A Constituição da República dedica o Capítulo III, do Título VII à Política Agrícola e Fundiária e à Reforma Agrária. Configura, portanto, obrigação do Estado. Correspondentemente, direito público, subjetivo de exigência de sua concretização.

No amplo arca dos Direito de Cidadania, situa-se o direito de reivindicar a realização dos princípios e normas constitucionais.

A Carta Política não é mero conjunto de intenções. De um lado, expressa o perfil político da sociedade, de outro, gera direitos.

É, pois, direito reclamar a implantação da reforma agrária. Legítima a pressão aos órgãos competentes para que aconteça, manifeste-se historicamente.

Reivindicar, por reivindicar, insista-se, é direito. O Estado não pode impedi-lo. O modus faciendi, sem dúvida, também é relevante. Urge, contudo, não olvidar o - princípio da proporcionalidade - tão ao gosto dos doutrinadores alemães.

A postulação da reforma agrária, manifestei, em Habeas Corpus anterior, não pode ser confundida, identificada com o esbulho possessório, ou a alteração de limites. Não se volta para insurpar a propriedade alheia. A finalidade é outra. Ajusta-se ao Direito. Sabido, dispensa prova, por notório, o Estado, há anos, vem remetendo a implantação da reforma agrária.

Os conflitos resultantes, evidente, precisam ser dimensionados na devida expressão. Insista-se. Não se está diante de crimes contra o Patrimônio. Indispensável a sensibilidade do magistrado para não colocar, no mesmo diapasão, situações jurídicas distintas.

Superior Tribunal de Justiça

O douto parecer do Ministério Público Federal registra que o caso se expressa em crime de perigo concreto a pessoas humildes. Daí, a necessidade de garantir-se a ordem pública. Repisa, aliás, as informações do Juiz de Direito.

Tais conflitos, certamente, podem acarretar esse estado porque, é ainda o parecer que registra, a área é sabidamente armada.

Tenho-me filiado ao entendimento, data venia, majoritário, nesta Turma, de ser cabível a liminar em habeas corpus. Os argumentos, em sentido contrário, não encontram respaldo devido na ordem jurídica. De início, na Constituição da República, visto, no art. 5º, que compreende o rol dos direitos e das garantias individuais. Tal situação pode ser gerada para apreciação de mérito como concessão ou negativa de liminar.

No caso concreto - e o Eminentíssimo Ministro leu, às inteiras, o voto do Eminentíssimo Desembargador, autoridade coatora, negando cassar a eficácia de ato de Juiz de Primeira Instância que considerou quebrada a fiança. Além desse aspecto, diga-se de admissibilidade preambular do habeas corpus, do Eminentíssimo Ministro-Relator divirjo dado pormenor de alta importância para confirmar a necessidade da concessão da provisional.

O Eminentíssimo Advogado fez a gentileza de apresentar-me um memorial. S.Exa. transcreve integralmente a decisão do MM. Juiz que considerou cassada ou quebrada a fiança: (lê)

“Aqui outro desrespeito, agora com condição imposta pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Aos 25 de janeiro de 1996, decretou este juízo a prisão preventiva dos réus JOSÉ RAINHA JÚNIOR, DIOLINDA ALVES DE SOUZA, LAÉRCIO BARBOSA, MÁRCIO BARRETO, FELINTO PROCÓPIO (Mineirinho), CLAUDEMIR MARQUES CANO (fls. 91/104- 1º apenso ao 5º volume).

Essa prisão fora substituída por Liberdade Provisória com arbitramento de fiança pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ficando os réus sujeitos as condições descritas nos artigos 327 e 328 do CPP”. (fls. 211)

Nota-se, portanto, a decisão deste Tribunal foi cassada por Juiz de Primeira Instância. Na espécie, o Magistrado Monocrático é executor da decisão do Superior Tribunal de Justiça. Não pode revogá-la. Na eventualidade de conduta irregular, que ensejasse a cessação, perda ou quebra da fiança, deveria ser comunicado a este Tribunal a fim de, eventualmente, modificar aquele mandamento decisório.

Em conseqüência, o Eminentíssimo Desembargador-Relator encampado, em tese, a decisão do Juiz, tanto que nega cassá-la, está encampando a ilegalidade. A decisão anterior, neste Superior Tribunal de Justiça, data venia, foi desrespeitada por ação do Juiz de Primeira Instância e por omissão do Eminentíssimo Desembargador. Realça-se, assim, a injuricidade da negativa postulada no Tribunal de Justiça de São Paulo.

Superior Tribunal de Justiça

Ademais, a fundamentação que o Eminentíssimo Magistrado agrega ao seu despacho denegatório é de que ocorreu esbulho possessório.

Tenho o entendimento, e este Tribunal já o proclamou, não é de confundir-se ataque ao direito de patrimônio com o direito de reclamar a eficácia e efetivação de direitos, cujo programa está colocado na Constituição. Isso não é crime; é expressão do direito de cidadania.

Sendo assim, Sr. Presidente, o ato há de ser completamente atacado, dada a absoluta impossibilidade do Tribunal de Justiça de São Paulo para referendar o desrespeito a decisão deste Superior Tribunal de Justiça.

Concedo o habeas corpus de ofício a fim de trancar a ação mandamental proposta naquele Tribunal.



MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO