

A crise constitucional do Estado contemporâneo: Estado de exceção e repressão penal¹

Bruno Heringer Júnior

RESUMO

O Estado moderno passou, em seus pouco mais de quatro séculos de existência, por transformações profundas, até alcançar seu perfil Democrático e Social de Direito na contemporaneidade. Apesar disso, crises constantes acompanham-no, pondo em risco sua continuidade como formação política dominante. A crise institucional é a que afeta o poder normativo das Constituições, tidas como pactos fundantes da comunidade político-jurídica. Essa crise é também uma crise das liberdades cívicas, as quais vêm sendo desrespeitadas pelos Estados-guarnição atuais, incapazes de promover a integração social e cultural de sua população. Estruturaram-se medidas de vigilância e de punição excepcionais, voltadas para a neutralização pura e simples das classes ditas perigosas – grupos marginalizados alijados do regime de produção pós-fordista próprio da globalização.

Palavras-chave: Estado moderno. Crise constitucional. Estado de exceção. Repressão penal.

The constitutional crisis of the Contemporary State: State of emergency and criminal repression

ABSTRACT

In the four centuries or so the modern State has existed, it experienced profound changes until it achieved the lawful democratic and social profile we know today. Nevertheless, its crises are frequent, jeopardizing its continuity as a dominant political formation. An institutional crisis is that which affects the normative power of Constitutions, those founding pacts of the politico-juridical community. An institutional crisis is also a crisis of civil liberties which have been affronted by present garrison-States, incapable of promoting social and cultural integration of their own people. Surveillance measures and exceptional punishments are put into place to pure and simply neutralize the so called *dangerous classes* – those marginalized groups alienated of post-Fordist production schemes typical of the globalization process.

Keywords: Modern State. Constitutional crisis. State of emergency. Criminal repression.

Bruno Heringer Júnior é Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Professor de Direito Penal e Coordenador do Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre. Professor da Faculdade da Serra Gaúcha, Caxias do Sul, RS. Mestre e doutorando em Direito pela UNISINOS, São Leopoldo. E-mail brunoheringerjr@terra.com.br

¹ Monografia apresentada no curso de doutorado em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, na disciplina Transformações do Estado Contemporâneo, sob coordenação do Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes.

Direito e Democracia	Canoas	v.10	n.1	p.143-173	jan./jun. 2009
----------------------	--------	------	-----	-----------	----------------

1 INTRODUÇÃO

O Estado-nação é uma obra humana recente, não contando mais do que cinco séculos de existência.

Com origem europeia, não apresentou evolução linear ou conformação idêntica em todos os lugares, sofrendo, ao invés, os influxos de particularidades culturais, geográficas, políticas e econômicas.

Apesar de não ter constituído um processo totalmente deliberado, contando também com a interferência do imponderável e do acaso, inúmeros pensadores contribuíram decisivamente para a realização e transformação do Estado moderno.

Ao assumir, progressivamente, as feições liberal, social e democrática, proporcionou elevados níveis de desenvolvimento humano em algumas sociedades europeias na segunda metade do século 20.

Como ente histórico, porém, o Estado moderno encontra-se inevitavelmente sujeito aos efeitos do tempo, podendo prognosticar-se sua superação por formas ainda não completamente vislumbráveis, já que minado por crises sucessivas que fragilizam suas bases.

Dentre essas crises, avulta a institucional, decorrente da incapacidade de as Constituições – pactos fundacionais dos Estados contemporâneos – oferecerem modelos de ordenação político-jurídica coerentes, bem como da predominância de tratados e acordos internacionais, que esvaziam sua força normativa.

Essa crise constitucional é também uma crise de garantias. Não somente os programas relativos ao Estado social são relegados a meros instrumentos ideológicos de legitimação, impossíveis de serem implementados, mas também as liberdades cidadãs são afetadas, com a organização de um Estado policial, cuja principal função é a inocuidade de segmentos sociais tidos como perigosos.

Para tal fim, a repressão penal vem sendo o mecanismo jurídico privilegiado, com o Estado de exceção que se oculta nas frestas da legalidade ressurgindo com força renovada.

2 O ESTADO MODERNO: PERSPECTIVAS SÓCIO-HISTÓRICA E POLÍTICO-JURÍDICA

Entre descrição e prescrição, o Estado moderno pode ser contemplado sob duas óticas: como uma realidade sócio-histórica e como um ideal político-jurídico.

Da perspectiva sócio-histórica, o Estado moderno é um fenômeno europeu, o qual se deu com a progressiva centralização do poder político em algumas regiões, notadamente na Inglaterra, na França e na Espanha, a partir do século 16. À fragmentação da autoridade, individualizada nos feudos do período medieval, a modernidade vai assistir à paulatina

concentração do poder em mãos de um soberano, o que culminará no Absolutismo – a primeira forma assumida pelo Estado moderno.

Em suas origens, o poder real foi legitimado pela Igreja, com a justificação de sua origem divina. Operava-se uma dependência mútua: o clero, cujas propriedades espalhavam-se entre os domínios de senhores seculares, desejava um rei forte o suficiente para protegê-lo das usurpações; o soberano, além de ter sua coroação promovida pela Igreja, tornando-se, assim, sagrada, contava ainda com a experiência e o apoio dos membros do clero por suas habilidades na escrita e na organização administrativo-financeira.

Com a consolidação do Estado, porém, a influência da Igreja foi decaindo, ocorrendo a sua progressiva secularização. Com efeito, a partir da Paz de Westfália, em 1648, que pôs fim à época das guerras civis confessionais na Europa, a tradicional aliança entre os poderes laico e religioso, inaugurada pelo Édito de Milão de 313 por obra do Imperador Constantino, vai romper-se, até culminar com a expropriação dos bens e domínios da Igreja pelo Estado.²

Internamente, a ascensão e o poder da instituição central dependiam da existência de uma contínua tensão entre burguesia e nobreza, sendo uma das precondições estruturais do principado absoluto que nenhum dos estados alcançasse predominância.³ Chegou-se a um ponto na monopolização do poder, que não era mais a força militar ou o tamanho da riqueza do rei que lhe conferiam o domínio absoluto. Diferentemente, a instituição da monarquia alcançou seu maior poder social exatamente na fase histórica em que a nobreza em decadência – afetada pela desvalorização da terra como medida da riqueza – se confrontava com a burguesia em ascensão – impulsionada pela aceleração da monetarização e da comercialização do século 16 –, sem que nenhum dos lados pudesse derrotar o outro inapelavelmente; ao mesmo tempo, porém, a defesa de seus privilégios perante o soberano conciliava parcialmente os interesses contrapostos de ambos os grupos. É esse, segundo Elias, o modelo do “mecanismo régio”, que explica como pôde surgir uma autoridade central, com poder absoluto, numa sociedade altamente diferenciada, em que o próprio rei também era dependente dos ocupantes das demais posições.⁴

A formação do Estado, como instituição, ocorreu com a estruturação de um serviço público, notadamente nas áreas da segurança pública e da arrecadação tributária, ambas impulsionadas pelos monopólios da fiscalidade e do uso legítimo da força.

A burocracia, tanto a responsável pela administração financeira, quanto a responsável pela ordem pública, principalmente em seus escalões superiores, passou, paulatinamente, a ser arregimentada da alta burguesia, classe de comerciantes e financistas enriquecidos, que puderam propiciar aos filhos a compra de cargos, os quais eram remunerados na forma de taxas e de monopólios instituídos em favor do titular, dadas as restrições financeiras dos

² MARRAMAIO, Giacomo. *Céu e Terra*. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997, p.18-23.

³ ELIAS, Norbert. *O Processo Civilizador: Formação do Estado e Civilização*. V.2. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993, p.22.

⁴ Idem, p.151-152.

governantes.⁵ Como escribas e conselheiros do rei, como coletores de impostos ou como juizes, seus interesses coincidiam, assim, com os da monarquia.⁶ “O rei latifundiário, que distribuía terras ou dízimos, tornara-se o rei endinheirado, que distribuía salários”.⁷

A arrecadação tributária estruturou-se sobre o modelo feudal. O rei era, originariamente, o cavaleiro mais poderoso, que como tal vivia da produção de suas terras, mas detinha, ainda, o direito tradicional de cobrar impostos dos moradores da sua região em ocasiões especiais (*aides féodales*), como quando uma filha casava ou um filho era armado cavaleiro. Mais tarde, instituiu-se a convocação dos moradores das cidades para o serviço em guerras, cuja isenção passou a ser comprada pelos burgueses aos senhores territoriais, constituindo-se, desse modo, em outra forma de renda.⁸

Mesmo que não possa ser considerado um empreendimento proposital, algumas dessas ajudas extraordinárias, principalmente as relativas à guerra, tornaram-se tributos regulares a partir do século 14, constituindo o motivo para inúmeros levantes populares, bem como, paradoxalmente, para o surgimento da noção de coisa pública.⁹

Uma das características do Estado absolutista é que, pela primeira vez, não constituem mais os exércitos a base da manutenção da ordem interna,¹⁰ tendo a pacificação da população, diversamente, sido expressão complementar da concentração de recursos administrativos do Estado.

Sem embargo, como aponta Monet, as corporações policiais atuais, compostas por corpos de agentes profissionais, recrutados, nomeados e remunerados pelo poder público, nem sempre existiram, tendo sido, aliás, formadas mais a partir de rupturas que de continuidade.¹¹

No fim da Idade Média, os monarcas, notadamente na Inglaterra e na França, apesar de investidos formalmente da função de protetores do direito e da justiça, encontravam-se impossibilitados de garantir a segurança da população, constantemente alarmada por distúrbios, pilhagens e violências as mais diversas. Cada senhor em suas terras, portanto, tornava-se o verdadeiro detentor de poderes policiais e jurisdicionais, com a colaboração dos habitantes, à míngua de órgãos especializados. Mesmo assim, a efetividade de sua atuação era fraca, devido, principalmente, ao direito reconhecido à vingança privada, herança dos povos germânicos.¹²

Inúmeras experiências foram realizadas, na Idade Média, voltadas ao controle da criminalidade. Na Inglaterra, por exemplo, até o século 14, mesmo cumprindo ao *Lord of the Manor* a manutenção da *King's Peace*, coube às comunidades aldeãs a organização e

⁵ VAN CREVELD, Martin. *Ascensão e declínio do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.184-185.

⁶ ELIAS, Norbert. Op. cit., p.160-161.

⁷ Idem, p.170.

⁸ Idem, p.173.

⁹ Idem, p.183.

¹⁰ GIDDENS, Anthony. *O Estado-nação e a violência*. São Paulo: EDUSP, 2001, p.137.

¹¹ MONET, Jean-Claude. *Polícias e Sociedades na Europa*. São Paulo: EDUSP, 2001, p.31.

¹² Idem, p.36-37.

a administração do sistema de segurança pública através dos *Tythings* (grupos de homens livres, capazes e com mais de 12 anos de idade reunidos em grupos de dez famílias) e dos *Hundreds* (agrupamento de dez *Tythings*, perfazendo cem famílias), os quais, com o tempo, passaram a ser controlados por um *Sherif*, representante local do poder real. Já na Europa continental, é com as assembleias de bispos que nasceu, no século 11, a proposta da Paz de Deus, obrigando ao juramento cavaleiros e moradores, bem como ameaçando-os com a imposição de sanções religiosas, caso desrespeitassem lugares e pessoas protegidas ou dias considerados sagrados. Além disso, formaram-se confrarias voltadas à proteção das estradas, como a dos Encapuçados de Puy-en-Valay, que se especializou no extermínio dos assaltantes dos peregrinos que se dirigiam a Santiago de Compostela. Na Espanha, deu-se a criação de milícias populares, conhecidas como *Hermandades*, inicialmente destinadas a proteger comerciantes e viajantes, mas que foram transformadas, nos séculos 15 e 16, em polícia pública profissional, coordenadas por uma instância superior, a *Santa Hermandad*.¹³

Foi, contudo, o padrão francês que, por muito tempo, inspirou os demais Estados modernos. Tal modelo assentava-se em dois pilares: o corpo de cavalaria, nos campos, e o tenente de polícia, em Paris; nas demais cidades de província, cabia aos governos locais prover à segurança. A primeira – *Maréchaussé*, chamada de *Gendarmerie* a partir de 1791 – foi criada, no século 13, inicialmente para proteger a retaguarda dos exércitos em deslocamento, mas logo passou a funcionar como polícia da zona rural. De cavalaria, tornou-se sedentária, com a divisão do território em unidades administrativas. Já o segundo foi instituído por Luís XIV, no século 17, com a atribuição de realizar inúmeras tarefas administrativas: repressão à criminalidade, combate a incêndios, controle de epidemias, fiscalização dos bons costumes, cuidado com o abastecimento. Para tanto, estruturaram-se postos de guarda e organizaram-se patrulhas a pé e a cavalo, além de terem se constituído redes de informantes. Proprietários de seus cargos, esses oficiais realizavam múltiplas funções, inclusive o envio de dois boletins diários ao rei (o político e o moral).¹⁴

Essa concepção de polícia restou modificada, no século 19, simultaneamente na França e na Inglaterra, por outra mais atenta aos imperativos de legitimação perante as classes populares, por meio da introjeção do valor do respeito às autoridades constituídas, e de atuação preventiva ao cometimento de delitos, pela via da vigilância amparada pelas estatísticas criminais, modelo esse que pôs fim definitivo à privatização do conflito penal. Ilustra essa radical mudança de paradigma o fato de os agentes da Metropolitan Police de Londres terem assumido suas funções, em 1829, de sobrecasaca e cartola, munidos apenas de um curto cassetete e um par de algemas.¹⁵

Por outro lado, o Estado moderno surgiu acompanhado, no âmbito econômico, do sistema capitalista de produção. Ao dismantelamento da economia agrária feudal, caracterizada pela vassalagem e pelo escambo, seguiu-se a progressiva dominância da

¹³ Idem, p.38-42.

¹⁴ Idem, p.49-50.

¹⁵ Idem, p.51-53.

mercantilização dos produtos e dos serviços, inclusive do trabalho, caracterizada pelo contrato e pela moeda.

A diferenciação funcional no âmbito da economia deveu-se, basicamente, ao esgotamento do mecanismo de conquista e divisão de terras, levando à formação de vilas e cidades, bem como de feiras regulares – as mais conhecidas na região de Champagne¹⁶ –, com o inevitável aumento do poder dos mercadores principalmente, tendo os burgos, aos poucos, alcançado autonomia relativa frente aos senhores seculares.

A personagem dominante é, pois, o burguês, que deve a consolidação da sua existência social exatamente aos monopólios estatais da coleta de impostos e da aplicação da força física, os quais constituem “a precondição para restringir-se a livre competição a meios econômicos, não-violentos”¹⁷.

Tanto o contrato como a moeda, exigências da calculabilidade inerente à mercantilização, passaram a ser tutelados pelo Estado, o primeiro pela revitalização do Direito Romano e pela centralização de seu cumprimento coercitivo, a segunda pelo asseguramento da indispensável confiança que a deve acompanhar, inicialmente via mercadoria-dinheiro propiciada pela afluência de metais preciosos na Europa nos séculos 16 e 17 e após via dinheiro-fiduciário, já desvinculado de seu lastro.¹⁸

Assim, na Inglaterra, na França e na Espanha, “o Estado substituiu a cidade como unidade de vida econômica”¹⁹.

Em termos espaciais, o Estado moderno foi edificado sobre um território delimitado e assegurado por algumas alianças e inúmeras guerras, para o que a contribuição dos exércitos foi determinante.

Keegan sustenta que existe um número limitado de formas que a organização militar pode assumir, bem como que existe uma relação íntima entre determinada forma particular e a ordem sociopolítica a que pertence.²⁰ O feudalismo seria um estágio comum na transição das sociedades guerreiras para outras formas, tendo, no Ocidente, se caracterizado pela concessão de terras a militares subordinados, sob a condição de que fornecessem força militar apropriada quando requisitada pelo soberano, mas com o direito de legar a propriedade aos filhos.²¹

Os exércitos medievais, assim, eram formados por contingentes variáveis que serviam a um senhor em troca de arrendamento, lutando com espadas curtas e lanças. A guerra realizava-se entre cavaleiros, mas, já no século 14, a existência de castelos e cidades muradas conferiu aos defensores grande vantagem sobre os atacantes.²²

¹⁶ HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem*. 21.ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986, p.21.

¹⁷ ELIAS, Norbert. Op. cit., p.105.

¹⁸ GIDDENS, Anthony. Op. cit., p.171-178.

¹⁹ HUBERMAN, Leo. Op. cit., p.75.

²⁰ KEEGAN, John. *Uma História da Guerra*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p.239.

²¹ Idem, p.243.

²² GIDDENS, Anthony. Op. cit., p.130-131.

Da ótica militar, três fatores foram decisivos à formação do Estado absolutista: em primeiro lugar, houve uma série de desenvolvimentos das tecnologias de armamentos, notadamente a partir da pólvora, que culminou com a invenção do canhão, instrumento indispensável da artilharia de campo para a imposição de sítios, reduzindo, então, a importância das fortalezas. Também o surgimento da espingarda e da baioneta contribuiu para mudar a feição da guerra na direção moderna. Com isso, foram favorecidos os Estados que podiam manter e treinar contingentes regulares de militares, tendo sido francês – no século 15 – o primeiro exército a dever sua obediência diretamente ao monarca.²³

Em segundo lugar, operou-se uma acentuada emergência do poder administrativo dentro das forças armadas, tanto em batalha, como no treinamento em geral. A disciplina, tão cara à modernidade, originou-se, assim, no contexto militar, tendo sido incontestável a contribuição de Maurício de Nassau.²⁴ Por muito tempo, porém, os exércitos foram constituídos por um grande número de mercenários, tendo a conscrição surgido somente com a Primeira República Francesa, o que a levou a alcançar, em 1794, quase 1,2 milhões de homens em armas, “uma força de tamanho jamais visto na Europa”.²⁵

Em terceiro lugar, ocorreu o aprimoramento da força naval europeia, a qual, desde o século 16, se mostrou imbatível no resto mundo. Mesmo assim, também as esquadras marítimas eram integradas basicamente por mercenários, apenas no século 17 tornando-se regulares.²⁶

Culturalmente, o Estado moderno se constitui como nação – uma coletividade existente dentro de um território delimitado, sujeito a uma unidade administrativa, bem como monitorado reflexivamente pelo aparato interno do próprio e dos demais Estados.²⁷ De qualquer forma, a unidade linguística, étnica e histórica – o sentimento de identidade – é algo que foi construído aos poucos, impulsionada pelo próprio Estado. Aliás, a administração central a partir de uma Capital representou um elemento crucial nessa integração social.

O significado do povo também se modificou com o tempo: de súdito, no período absolutista, passou a cidadão, para o que evolução do pensamento jurídico-político foi decisivo.

A essa realidade sociopolítica, em constante mutação, é co-originária a ideia político-jurídica do Estado moderno, também sujeita a elaborações sucessivas, não necessariamente progressivas. Conforme Burdeau, o “Estado é, no sentido pleno do termo, uma ideia”.²⁸ Os homens teriam inventado o Estado para não precisarem obedecer aos homens, fazendo dele o suporte do poder.²⁹

²³ Idem, p.130-133.

²⁴ Idem, p.130 e 138-139.

²⁵ KEEGAN, John. Op. cit., p.247-248.

²⁶ GIDDENS, Anthony. Op. cit., p.131 e 136.

²⁷ Idem, p.141.

²⁸ BURDEAU, Georges. *O Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.X.

²⁹ Idem, p.XI.

É da modernidade a elaboração – ou a radical transformação – dos conceitos de contrato social, autonomia do direito, ordem pública, soberania, separação dos Poderes, igualdade e liberdade, constitucionalismo, individualismo, legitimidade, autoridade, entre outros, os quais, reflexivamente, passaram a integrar a própria realidade sociopolítica.

Coube a Maquiavel formular o princípio da ordem pública do Estado, desde uma concepção realista do fenômeno político, o qual, por sua *verità effectuale*, expressaria os princípios que o informam. Ele não concebia outra organização política além daquela que se preocupasse, antes de tudo, com o serviço público. E isso porque o poder do Estado não seria somente manifestação de potência e oportunismo, mas, diferentemente, para dado povo, em um território e tempo determinados, implicaria algum controle e organização. Por isso, a primazia da ordem exigiria a atividade normativa do Estado, como instituidor do direito da comunidade, até mesmo em superação aos costumes tradicionais. Com uma abordagem secular, tocaria “ao homem e somente a ele construir e conduzir a política do Estado”, acentuando Maquiavel, assim, a energia criadora do poder.³⁰

O insaciável desejo humano de apoderar-se do tempo, do espaço e dos objetos constituiria, para Maquiavel, a realidade oculta por detrás das ideias políticas, cumprindo à *fortuna* e à *virtù* estabelecer o campo de tensão das possibilidades de ação individual ou coletiva.³¹ Dentre as virtudes, a prudência seria a mais importante para a durabilidade da ordem política.³²

É de Hobbes o mérito pela compreensão do Estado como entidade abstrata.³³ Diferentemente de Maquiavel, Hobbes fundava a autoridade do Estado, não em uma constatação empírica, mas como exigência da razão, sendo responsável pela primeira teoria moderna do Estado moderno. Desde premissas humanistas, igualitaristas e individualistas, o Estado – o Leviatã – seria, para ele, um ente artificial, criado pelos homens para superar a luta de todos contra todos, titularizando, assim, o monopólio da criação do direito. O recurso imaginado por Hobbes para a instituição do Estado foi o contrato social, por meio do qual os homens, buscando superar o ambiente de paixões contraditórias do estado de natureza – responsável pela dissociação deles³⁴ –, procederiam a um cálculo racional de interesses, que culminaria na criação de uma pessoa fictícia, representante de toda a multidão e garante da liberdade. A autoridade do poder estatal seria dada, assim, pelo povo, mediante representação, ao soberano, deslocando-se, ao contrário do que se supõe, da sua vontade arbitrária e absoluta.³⁵

O princípio da constitucionalidade da ordem jurídica moderna estruturou-se a partir do humanismo – o homem como único centro de gravidade do poder –, que

³⁰ GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.59-71.

³¹ RICCIARDI, Maurizio. “A república antes do Estado: Nicolau Maquiavel no limiar do discurso político moderno”. In: *O Poder: História da Filosofia Política Moderna*. Org. Giuseppe Duso. Petrópolis: Vozes, 2005, p.38-39.

³² Idem, p.46.

³³ VAN CREVELD, Martin. Op. cit., p.254.

³⁴ PICCININI, Mario. “Poder comum e representação em Hobbes”. In: *O Poder: História da Filosofia Política Moderna*. Org. Giuseppe Duso. Petrópolis: Vozes, 2005, p.126.

³⁵ GOYARD-FABRE, Simone. Op. cit., p.71-95.

desacreditava as referências da filosofia tradicional do direito político, baseadas em Deus ou na Natureza. Da aceção moderna de Constituição, decorreram as ideias de definição do estatuto orgânico do Estado e do esquema de hierarquia das normas. Já em Montesquieu, a estabilidade política não prescindia de um estatuto jurídico que estabelecesse e delimitasse as competências dos órgãos de Estado; seria preciso que, no Estado, o poder, mediante um texto fundador, conferisse a si mesmo suas próprias regras. Também para Sieyès a Constituição traçaria “a arquitetônica jurídica geral da política”, determinando, delimitando e articulando os órgãos de Estado por imposição do poder constituinte originário. Em sua concepção, “a encarnação do povo no corpo do Rei é substituída pela representação da Nação nos corpos instituídos”.³⁶ A partir da Constituição concebida como lei fundamental decorreria, por outro lado, o postulado da hierarquia das leis, o qual encontrou sua definitiva sistematização em Kelsen; a Constituição não apenas organizaria o poder, mas impulsionaria a autogeração das normas de direito pelo Estado.³⁷

A ideia de soberania, como hoje a compreendemos, também surgiu com o Estado moderno, tendo sido Bodin quem, no século 16, introduziu o seu conceito, via léxico que marcaria todo o pensamento político posterior.³⁸ Bodin entendia a soberania como independência e onicompetência do Estado moderno, em que a autoridade soberana, sem importar o regime de governo, encarnaria prerrogativas próprias indelegáveis, tais como nomear os mais altos magistrados, legislar, declarar a guerra e a paz, julgar em última instância, decidir sobre a vida e a morte dos súditos. A soberania constituiria, assim, a *summa potestas*, integrada pelos termos *superioritas*, *supremitas* e *plenitudo potestatis*. Seria, em síntese, uma potência de comando, de ordem pública, perpétua, una e absoluta, inclusive com possibilidade de exercer-se fora da normalidade, para além do direito. Destituída da perspectiva constitucionalista, a noção de soberania de Bodin encontrava limites apenas metajurídicos: Deus, que é por ele postulado.³⁹

A obra de Bodin foi rapidamente incorporada pelo pensamento político-jurídico dos séculos seguintes, tendo cumprido a Rousseau e a Sieyès realizar as principais reformulações do conceito de soberania, pelo reconhecimento, respectivamente, de sua origem popular e nacional. Em Rousseau, a soberania encontrava-se ligada à sua concepção de contrato social, pacto pelo qual uma coletividade se tornaria um povo; a essência da soberania, assim, derivaria da vontade geral. Se o poder pode ser transmitido pelo povo, sua vontade, porém, permanece intransmissível, razão pela qual a soberania seria inalienável ou incomunicável; se a multidão se erigiu em povo, não pode mais despojar-se da soberania assim adquirida, sendo incompatível com o instituto da representação. Já para Sieyès, a soberania do povo se confundiria com a soberania da nação, que seria a indubitável realidade do Estado, dado anterior a qualquer ato político; os indivíduos de

³⁶ CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das Idéias Políticas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p.90.

³⁷ GOYARD-FABRE, Simone. Op. cit., p.95-110.

³⁸ SCATTOLA, Merio. “Ordem da justiça e doutrina da soberania em Bodin”. In: *O Poder: História da Filosofia Política Moderna*. Org. Giuseppe Duso. Petrópolis: Vozes, 2005, p.61.

³⁹ GOYARD-FABRE, Simone. Op. cit., p.115-149.

uma nação seriam cidadãos em potencial, pois compartilhariam necessidades e a vontade de viverem juntos⁴⁰. Seria por meio da representação que se traduziria a unidade da nação, defendendo Sieyès, ainda, a independência dos representantes relativamente aos eleitores, mediante a atribuição de seus poderes apenas pela Constituição.⁴¹

O potencial transformador dos princípios filosóficos do direito político moderno foi confirmado pelas mudanças, não isentas de formações regressivas e crises, experimentadas pelo Estado contemporâneo: das ideias de individualismo e Constituição moldaram-se os direitos fundamentais, da ideia de igualdade estruturou-se o Estado social, das ideias de contrato social e de soberania popular consolidou-se a democracia como regime político dominante. Em suma, da combinação de lutas políticas⁴² e elaborações intelectuais resultou o Estado Constitucional, Democrático e Social de Direito, ainda ideal a orientar a ação, sempre confrontado com a realidade adversa, mas não insuperável, dos fatos.

3 O ESTADO MODERNO: TRANSFORMAÇÕES E CRISES

Consolidado o Estado absolutista – com a centralização total do poder, com a delimitação territorial, com a pacificação interna, com a instituição de uma máquina administrativa poderosa, com o asseguramento das trocas mercantis, com a formação de exércitos regulares, entre outros –, passou essa nova formação histórica a sofrer a investida de demandas sociais, as quais, potencializadas ainda pela influência reflexiva do pensamento político-jurídico, foram conferindo novas feições ao Estado moderno.

A primeira grande transformação sofrida pelo Estado moderno ocorreu no final do século 18 e deveu-se, no plano político-jurídico, basicamente, à Revolução Francesa e à Independência dos Estados Unidos da América.

Na França, os duzentos anos de período absolutista alcançaram seu auge no reinado de Luís XIV, de 1643 a 1715, entrando em decadência a partir de então, não tanto pela falta de valor de seus sucessores quanto pela consolidação progressiva do regime capitalista de produção, de certo modo incompatível com a estrutura política que amparava a nobreza e o clero com seus rendimentos de feição ainda feudal.⁴³

No século 18, a França ainda era um país agrário, estimando-se que 90% de sua população de 25 milhões de habitantes vivesse na zona rural. Mesmo assim, a agricultura apresentava-se muito atrasada, com métodos primitivos de exploração, que ofereciam rendimentos inferiores aos de perfil capitalista da nobreza inglesa – consolidados pelos *Enclosure Acts*.⁴⁴ Calcula-se que cerca de 80% dos campos, das florestas e dos reservatórios, bem como um sexto das terras aráveis, pertenciam à nobreza e ao clero, que eram mantidos

⁴⁰ CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. Op. cit., p.89.

⁴¹ GOYARD-FABRE, Simone. Op. cit., p.179-186.

⁴² BACCELLI, Luca. "Maquiavel, a tradição republicana e o Estado de Direito". In: *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. Org. Pietro Costa e Danilo Zolo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.511-554.

⁴³ MANFRED, A. *A grande Revolução Francesa*. São Paulo: Ícone, 1986, p.8.

⁴⁴ HOBSBAWN, Eric. *A Era das Revoluções: 1789-1848*. 9.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p.47.

pelos camponeses que cultivavam as suas terras. A remuneração dos proprietários derivava do censo, espécie de renda anual paga pelos camponeses pela exploração da terra, e das banalidades, privilégios feudais relativos ao direito exclusivo de possuir moinhos, forjas, fornos etc. Progressivamente, porém, novas formas de exploração da terra surgiram, como o arrendamento, mas, ainda assim, não havia estímulo para os produtores diretos inovarem ou melhorarem a produtividade, já que a maior parte da riqueza que geravam era enviada ao senhor, à Igreja e ao Rei. Desiludidos, muitos camponeses abandonavam as áreas rurais, dirigindo-se às cidades, onde formavam legiões de desocupados. Com a perda de rentabilidade da terra, agravada pela desvalorização dos produtos agrícolas nas duas décadas anteriores à Revolução, os senhores territoriais intensificaram a exploração dos camponeses, chegando, inclusive, a instituir a triagem, um modo de usurpação de áreas comunais, pela qual se apropriavam de até um terço delas.⁴⁵

Também a indústria francesa era sensivelmente inferior à inglesa, apesar de existirem algumas fábricas que se destacavam, como a algodoeira em Rouen e no Havre, a de seda em Lion, a metalúrgica na Alsácia, na Lorena e nas Ardenas, entre outras. A produção industrial foi responsável pelo relativo incremento da população urbana, principalmente em Paris, a qual, no final do século 18, contava cerca de 500 mil habitantes, com a sua população ativa composta basicamente de trabalhadores assalariados. Apesar de o antigo sistema de corporações ainda subsistir, as manufaturas capitalistas já predominavam, encontrando-se inúmeras fábricas com 50 a 100 – bem como algumas com até milhares de – empregados, além de a utilização de máquinas ter aumentado significativamente. Em 1785, a participação dos produtos industriais nas exportações francesas já atingia a metade, principalmente com tecidos, joias, louças, objetos de aço, móveis, sabão, papel e cristais, mas o regime feudal igualmente constituía um sério entrave ao seu desenvolvimento.⁴⁶

O comércio francês, tanto o exterior como o interno, apresentou considerável progresso no século 18, tendo o externo, com a Europa, a América e o Oriente, quadruplicado no período. Os estaleiros de construção naval tiveram grande impulso nos portos comerciais mais florescentes – Bordéus, Marselha e Nantes. Contudo, do mesmo modo que a agricultura e a indústria, também o comércio sofria com a estrutura político-econômica do *ancien régime*.⁴⁷

É dessa contradição fundamental da sociedade francesa que serão precipitados os acontecimentos que conduzem à convocação dos Estados Gerais e, após, à Queda da Bastilha, que ingressa na História como o símbolo da revolução. Apesar da participação popular – e até mesmo da radicalização do movimento pelos jacobinos –, o resultado final é a conformação de um Estado liberal, com a primazia da burguesia, não apenas no âmbito econômico, mas também no político, e com o consequente fim da sociedade aristocrática.⁴⁸

⁴⁵ MANFRED, A. Op. cit., p.9-12.

⁴⁶ Idem, p.13-15.

⁴⁷ Idem, p.15-16.

⁴⁸ HOBBSAWN, Eric. Op. cit., p.203.

Em contraposição ao antigo regime, passam a existir somente dois valores político-constitucionais: individualismo e estatalismo.⁴⁹ A legitimação do poder do Estado já não apresenta uma origem divina, mas decorre do contrato social, pacto fundacional em que todos os indivíduos, iguais por sua mera condição de pessoa, inauguram a ordem político-jurídica. Em consequência, avulta a lei como expressão da soberania da nação, a vincular a todos, que não mais são considerados súditos, mas cidadãos.

Imersa no ideário iluminista, a Revolução Francesa consolida no pensamento político as noções de contrato social, de soberania, de nação, de primado da lei, de direitos individuais, entre outros, as quais, paulatinamente, passam a conformar a realidade jurídica de outras unidades estatais.

Já no âmbito dos Estados Unidos América, a revolta foi consequência da insuportável exploração da metrópole inglesa, a qual, com a imposição de abusiva taxaço, notadamente com o *Stamp Act* e os *Townshend Acts*, da década de 1760, conduziu à mobilização das colônias, que culminou com a Declaração de Independência em 1776.⁵⁰

Relativamente à formação estatal, a contribuição norte-americana mais significativa é o constitucionalismo, como técnica específica de limitação do poder com finalidade garantística,⁵¹ plasmado a partir da Constituição de 1787 e consolidado, em 1803, com a afirmação da Suprema Corte do controle de constitucionalidade das leis. Com o exercício do poder constituinte pelos colonos americanos, pela primeira vez confluem as tradições do constitucionalismo e da soberania popular, antes antagônicos, já que a ordem constitucional existente legitimava o poder instituído, no caso da realeza.⁵²

Mais acentuadamente que na França, nos Estados Unidos o postulado da pré-estatalidade dos direitos, principalmente os de liberdade e de propriedade, contribuiu para moldar um espírito empreendedor em sua população, que transformaria esse país no vetor capitalista mundial a partir do século passado.

Com as contribuições da Revolução Francesa e da Independência dos Estados Unidos, aliadas à Revolução Industrial capitaneada pela Inglaterra,⁵³ o século 19 conhecerá o que se convencionou chamar de *pax* burguesa, período relativamente imune a conflitos violentos e de prosperidade econômica, que só virá a ser perturbado pela primeira grande guerra.

Começa a moldar-se, no final do século 18, portanto, o Estado liberal, cuja principal característica é a separação das esferas pública e privada,⁵⁴ reconhecendo-se aos indivíduos espaços imunes à intervenção estatal, notadamente na economia, na religião e na família.

⁴⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales*: Apuntes de historia de las constituciones. 3.ed. Madrid: Trotta, 2000, p.58.

⁵⁰ Idem, p.75-76.

⁵¹ Idem, p.77.

⁵² FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*: de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001, p.100-103.

⁵³ HOBSBAWN, Eric. Op. cit., p. 43-69.

⁵⁴ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Proibido*: Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.108.

Esse modelo civilizatório viria a cristalizar-se no século 19, assentando-se, segundo Polanyi, sobre quatro pilas: o sistema de equilíbrio de poder entre as grandes potências, o padrão internacional do ouro, o mercado autorregulável e o liberalismo político.⁵⁵

Nessa formação estatal, apenas os direitos civis – de liberdade e de propriedade – são reconhecidos, com a ampliação dos direitos políticos e a invenção dos direitos sociais retardadas pelo controle severo das demandas da população despossuída. Com efeito, apesar da afirmação dos direitos individuais, o Estado liberal adotará, com frequência, uma característica de “duplo estado”,⁵⁶ reservando-se uma esfera de poder excepcional a ser manejada em ocasiões apropriadas.

A igualdade perante a lei assume contornos meramente formais, ocultando a extrema desigualdade que grassa na vida real, com a exploração capitalista não encontrando limites, a partir do postulado da liberdade contratual. Os aparelhos do Estado – com perfil acentuadamente policialesco – cumprem, assim, a função precípua de manutenção da ordem socioeconômica, com o rígido controle dos segmentos sociais tidos como perigosos.

Ainda no século 19, os direitos políticos são, paulatinamente, acrescidos ao *status libertatis* já consolidado,⁵⁷ apesar de o voto universal somente vir a implementar-se no século 20. Desse modo, o modelo representativo torna-se mais democrático, permitindo que as lutas sociais assumam uma dimensão maior.

É com as Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, porém, que a questão social, a qual já não podia mais ser negligenciada pela afluência crescente da massa trabalhadora à participação política,⁵⁸ ingressa definitivamente na agenda governamental.

O Estado social – entendido como contraposto ao comunista e ao autoritário – que começa a estruturar-se, busca corrigir os efeitos disfuncionais da sociedade industrial, com a promoção do bem-estar geral.⁵⁹ Seu objetivo não é transformar o modelo socioeconômico vigente, mas remediar algumas de suas consequências danosas, notadamente as que atingem as populações mais carenciadas, o meio ambiente, a cultura e as regiões mais atrasadas. Como medidas de proteção social, inúmeros serviços são criados nas áreas de saúde, de previdência, de educação e de emprego.

Para atingir seus fins, o Estado social rompe com a lógica minimalista do modelo liberal, em que a economia não sofre a intervenção governamental. Ao contrário, a programação e a regulação das atividades produtiva e distributiva passam a ser uma das principais preocupações estatais.⁶⁰

⁵⁵ POLANYI, Karl. *A Grande Transformação: as origens da nossa época*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p.17.

⁵⁶ CAPELLA, Juan Ramón. Op. cit., p.119.

⁵⁷ MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p.63-75.

⁵⁸ HOBBSBAWN, Eric. *A Era dos Impérios: 1875-1914*. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p.163-202.

⁵⁹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 2.ed. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p.13-18.

⁶⁰ Idem, p.21-25.

Se no Estado liberal, entre as funções governamentais, a primazia toca ao Parlamento, no Estado social é o Executivo que protagoniza a organização social, com uma atuação interventiva e reguladora sem precedentes. Abundam atos normativos, e inúmeros órgãos públicos são acrescidos à burocracia estatal, para além das atividades fiscal e policial.

Data do pós-guerra o fenômeno político-jurídico conhecido como neoconstitucionalismo, em que a força normativa dos pactos fundacionais é afirmada pelas Cortes Constitucionais, no controle da constitucionalidade dos atos normativos estatais, e pelos demais órgãos judiciais, na implementação do programa socioeconômico das leis fundamentais.

Plasma-se, a partir de todas essas conquistas, o Estado Democrático e Social de Direito, estruturado sobre os princípios da vinculação a uma Constituição, da organização democrática da sociedade, de um sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, da justiça social, da divisão das funções de Estado, da legalidade e da segurança jurídica.⁶¹ Trata-se de uma formação política voltada à transformação social, e não mais à manutenção do *status quo*.

A segunda metade do século 20 veio a conhecer, assim, com as sociais democracias da Europa ocidental, notadamente as escandinavas, níveis de desenvolvimento humano jamais alcançados anteriormente: pleno emprego, seguridade social, progresso econômico, integração cultural, estabilidade política.

Gestavam-se, contudo, no seio dessas mesmas sociedades contradições radicais entre os postulados da economia de mercado, da democracia popular e do Estado de bem-estar,⁶² as quais conduziram às crises da contemporaneidade.

A queda do Muro de Berlim e a progressiva globalização econômica podem ser tidos como os vetores da nova ordem mundial. A derrocada dos regimes comunistas do leste europeu significou a reafirmação da dominância do modo de produção capitalista, contra o qual já não mais havia alternativa viável, renunciando-se inclusive o fim da história. Sinalizou, também, a franquia para uma nova desenfreada acumulação de riqueza, a qual tem promovido níveis de desigualdade social jamais vistos.

A economia global, porém, não foi criada apenas pelos mercados; diferentemente, contou com a participação decisiva de governos dos países mais ricos (integrantes do G-7) e de suas instituições auxiliares (Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial e Organização Mundial do Comércio). A partir da década de 1980, entre as estratégias empresariais para aumentar a produtividade e a lucratividade figuravam a procura por novos mercados e a internacionalização da produção, o que foi alcançado com três medidas básicas: a desregulamentação das atividades econômicas domésticas, a liberalização do comércio e dos investimentos internacionais e a privatização de empresas públicas. Mas

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAES, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.93.

⁶² OFFE, Claus. *Capitalismo Desorganizado*. 2.ed. São Paulo: Brasiliense, 1995, p.269-317.

nada disso seria possível sem a interferência das novas tecnologias de comunicação e de informação, ligando em tempo real os centros financeiros de todo o mundo.⁶³

A desregulamentação, a abertura e a mundialização da economia retiraram dos Estados os principais mecanismos de controle macroeconômico de que dispunham, agravando sua crise fiscal, bem como, conseqüentemente, enfraquecendo sua política social. O resultado final foi a perda de centralidade da forma estatal e o acirramento das desigualdades – entre países, entre regiões dentro de países e entre grupos sociais dentro de regiões.

Bolzan de Moraes aponta, para fins analíticos, cinco crises que assolam o Estado contemporâneo. A crise conceitual atinge aquilo que distinguiu o Estado-Nação: o poder como soberania. Soberania é essa que o pensamento político-jurídico moderno definiu como incontestável e perpétua, bem como caracterizada pela indivisibilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade. A partir daí, os Estados exerceriam, no plano interno, o poder supremo, monopolizando o uso legítimo da força, e, no plano externo, manteriam relações de igualdade com as outras unidades soberanas. O que se verifica, atualmente, é a dispersão dos centros de poder: comunidades supranacionais, empresas transnacionais, organizações não-governamentais, sindicatos, associações empresariais, movimentos sociais, entre outros, vêm reduzindo o âmbito de poder dos Estados, antes único e incontestável, esvaziando, em muitos aspectos, a noção de soberania.⁶⁴

A crise estrutural, por sua vez, afeta a atividade promocional do Estado de bem-estar social. Antes de mais nada, essa crise origina-se da insuficiência financeira do poder público, gerada pela fragilização dos mecanismos fiscais, a qual impede que os serviços de interesse comunitário continuem a ser prestados e incrementados na medida necessária. Também advém essa crise do déficit de legitimação do *welfare state*, que decorre do progressivo descompasso entre demandas políticas e resposta técnica dos governos. Por fim, a crise deriva do enfraquecimento da solidariedade, que promove a desagregação social e fomenta o individualismo.⁶⁵

Já a crise funcional incide sobre os poderes de Estado, os quais, paulatinamente, vem perdendo a exclusividade de suas atividades. Com efeito, é manifesta a invasão das funções legislativas, judiciárias e executivas por órgãos que tradicionalmente não as titularizavam, desfigurando o postulado da separação e da harmonia entre os poderes tão caro à modernidade.⁶⁶

A crise política é decorrência do esvaziamento do modelo de democracia representativa.⁶⁷ Nesse aspecto, a uma apatia do eleitor, que já não mais acredita na ação transformadora dos governos, somam-se a uniformização dos programas partidários, o

⁶³ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. A Era da Informação: economia, sociedade e cultura. V.1, 7.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p.176-178.

⁶⁴ BOLZAN DE MORAES, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.23-34.

⁶⁵ Idem, p.34-46.

⁶⁶ Idem, p.50-53.

⁶⁷ Idem, p.53-57.

incremento da política espetáculo e a fixação da pauta de deliberação por agentes privados, notadamente a imprensa e os grupos de pressão. A participação política responsável, assim, indispensável à democracia, apresenta-se deficiente, com a redução dos espaços públicos de entendimento em proveito de organizações privadas de poder.

Por fim, a crise institucional tem a ver com o esvaziamento do instrumento político-jurídico que serviu para consagrar a organização do Estado e dos direitos fundamentais na modernidade: a Constituição. Essa crise emerge da incapacidade de as Constituições tratarem de forma coerente, unitária e racional os problemas e as demandas de uma sociedade cada vez mais complexa, bem como da prevalência, na perspectiva econômica, dos tratados internacionais.⁶⁸

As crises do Estado contemporâneo estão, evidentemente, imbricadas e revelam particularidades insuspeitas, que merecem ser escrutinadas com profundidade, para a sua adequada compreensão, pois parecem até mesmo colocar em risco a sobrevivência dessa forma de organização política. Sem embargo, até mesmo a gravidade da crise é subdimensionada por alguns autores. Höffe, por exemplo, sustenta que, no plano interno, os Estados atuais tornaram-se mais democráticos e assumiram mais tarefas públicas, aumentando, por consequência, sua legitimidade, apesar de alguns problemas de eficiência se verificarem. Por isso, entende ele que, no futuro, uma ordem política mundial não tomaria o lugar dos Estados, mas apenas os completaria.⁶⁹

4 A CRISE CONSTITUCIONAL: ESTADO DE EXCEÇÃO E REPRESSÃO PENAL

A Constituição, se entendida como ordenamento geral das relações sociais e políticas, pode ser remontada à Grécia antiga e não foi estranha ao pensamento político medieval.⁷⁰ Contudo, coube aos Estados Unidos da América, como antes apontado, a primazia de conceber, da perspectiva prática, a Constituição como o instrumento de formalização do pacto fundacional da comunidade política, em que não apenas se estabelecia a forma de organização do Estado, mas também uma série de garantias aos cidadãos.⁷¹

Apesar disso, somente com o chamado neoconstitucionalismo do pós-guerra reconheceu-se, definitivamente, a força normativa da Constituição, agora hábil a vincular o governo e até mesmo o legislador, negativa e positivamente, mediante a previsão de um sistema de direitos fundamentais, individuais e coletivos, tanto voltados à tutela da liberdade como à promoção do bem-estar geral da população via políticas públicas as mais diversas.⁷²

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.73-77.

⁶⁹ HÖFFE, Otfried. *A Democracia no Mundo de Hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.175-199.

⁷⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*, cit., p.11.

⁷¹ FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.502-506.

⁷² FERRAJOLI, Luigi. *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*. Roma/Bari: Laterza, 1999, p.49-62.

A razão principal dessa mudança paradigmática no sentido da força normativa da Constituição residiu na constatação, principalmente a partir da experiência nazi-fascista, de que até mesmo o parlamento – como representante da vontade geral – podia legitimar governos despóticos, bem como ativar arbitrariedades contra as minorias eventuais. Por isso, a Constituição passou a ser encarada como um freio contramajoritário, o qual, ao definir materialmente o âmbito do decidível infraconstitucionalmente, impediria que comoções ou pressões de momento conduzissem a excessos prejudiciais às liberdades básicas, agora tidas como intangíveis em seu núcleo essencial.

Operou-se, como se percebe, uma inversão da lógica do sistema jurídico de direitos e garantias. Se antes os direitos e as garantias eram aquilo que a lei definia, demarcando os espaços livres da ingerência estatal, agora é a própria Constituição que de antemão contém a atividade invasiva dos aparelhos de governo, os quais não podem buscar franquias ilimitadas nem mesmo através do legislador.

Apesar de os direitos civis terem sido os primeiros a serem reconhecidos pelo Estado moderno,⁷³ já no século 18, apenas com o neoconstitucionalismo tomou impulso, ao menos nos Estados da tradição jurídica romano-germânica, o controle da legitimidade dos próprios atos legislativos. Progressivamente, os órgãos judiciários, notadamente as Cortes Constitucionais, passaram a exercer um rígido controle acerca dos excessos normativos do Estado em todos os âmbitos, inclusive no da repressão penal.

No que toca especificamente ao campo criminal, inúmeros direitos e garantias passaram a integrar as Constituições contemporâneas, inibindo os Estados em sua atividade persecutória. Os princípios da legalidade dos delitos e suas sanções, da humanidade e da intranscendência das penas, da presunção de inocência, de culpabilidade, do contraditório e da ampla defesa, da ofensividade, da proporcionalidade, entre outros, passaram a constituir barreira intransponível aos excessos punitivos estatais.

Evidentemente, para essa mudança de perspectiva, também contribuiu todo o pensamento criminológico do século 20, que pode ser sintetizado nos postulados da conflituosidade e pluralidade da ordem social, da normalidade do delinquente, da funcionalidade do desvio e da ubiquidade do crime.⁷⁴ Vale dizer, o crime passou a ser compreendido como um fenômeno comunitário, apenas controlável em seus níveis, mas jamais completamente extirpável da sociedade. Além disso, também a constatação político-criminal de que o sistema repressivo formal pouca eficácia tem no controle da delinquência foi importante na atividade judicial de racionalização do populismo penal.

Sem embargo, o esvaziamento da função promocional do Estado, o agravamento das desigualdades, o fim das solidariedades, o encurtamento dos espaços comunitários, a perda das identidades coletivas, o descontrole do capital, a cultura do consumo, a redução da oferta de empregos formais, a crise de soberania, o déficit democrático, entre outros

⁷³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.67-83.

⁷⁴ MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Tratado de Criminología*. 3.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p.1.195-1.199.

fatores, convergem na demanda pública por segurança, levando os governos a reassumirem um perfil policialesco, de meros controladores dos grupos sociais excluídos.

Tendo sido atribuído como função primacial do Estado moderno o monopólio do uso legítimo da força, parece ser exatamente no exercício da atividade repressiva que sua forma contemporânea mais ostensivamente revela a crise institucional que vivencia.

Se Estado-nação e capitalismo industrial são relativamente coetâneos, também o fenômeno do crime tem uma relação estreita com esses dois produtos da modernidade.

Segundo Lea, a modernidade promove o que ele chama de *the criminalising abstraction*, vale dizer, o processo que desvincula o autor de eventual delito de todos os demais traços pessoais – caráter e circunstâncias – que desimportam para sua identificação como delinquente. E isso não é um mecanismo meramente lógico, pois o conteúdo da abstração, o que se inclui e o que se exclui, constitui um processo social e histórico, cabendo, precipuamente, à prática do poder definir os indivíduos que podem ser criminalizados, os que já são virtualmente pré-criminalizados e os que apenas dificilmente serão criminalizados.⁷⁵

Na sociedade feudal e mesmo nos primórdios do Absolutismo, o crime ainda não está desvinculado de seu aspecto comunitário, tanto que a maioria das infrações são cuidadas pelas próprias populações locais, que julgam as pessoas pelo que são em sua integralidade, e não apenas pelo que fizeram.

Com a consolidação do modelo penal moderno, o programa de criminalização do Estado, por excessivo, de antemão não tem como ser realizado em sua totalidade, operando de modo seletivo, com as relações domésticas reduzidas à autoridade do pai ou do marido, bem como com as classes trabalhadoras pré-rotuladas como perigosas e com a burguesia imunizada contra a repressão. Ao contrário do que se supõe geralmente, essa forma de atuação das agências da justiça penal não pode ser entendida como imperfeita, até mesmo porque não tem como funcionar de outro modo, porquanto integrante de uma rede de relações sociais em que o Estado é apenas um dos componentes.⁷⁶

A propósito, Lea denomina *social relations of crime control* o complexo de relações sociais que fazem da criminalização uma possibilidade objetiva: um conjunto de atores, papéis e interações que realizam a aplicação da abstração criminalizadora no manejo do delito.⁷⁷ Tais relações sociais se dão entre o Estado e o público (na modernidade, tendo o Estado assumido para si a tarefa de definição e de controle da criminalidade, é preciso que haja suficiente correspondência com as concepções populares acerca de quais os comportamentos podem ser tidos como delitivos), entre o Estado e o delinquente (não sendo completamente realizável o programa criminal, a atuação repressiva das agências penais opera discricionariamente, geralmente em prejuízo de indivíduos débeis), entre o Estado e a vítima (a vítima, também abstratizada, passa a constituir uma categoria e

⁷⁵ LEA, John. *Crime and Modernity*. London: Sage Publications, 2002, p.1-4.

⁷⁶ Idem, p.4-5.

⁷⁷ Idem, p.14.

um papel social, caracterizada pela passividade, indispensável, como tal, ao controle do delito), entre o público e a vítima (é fundamental que aquele se identifique com esta, como reforço à atuação repressiva do Estado), entre o público e o delinquente (o público deve colocar em suspenso as situações conflitivas em prol da abstração criminalizadora, aceitando a ação estatal tal como conformada legalmente), entre o delinquente e a vítima (os estereótipos facilitam o controle do delito, principalmente nas situações em que o criminoso é um estranho para o ofendido).⁷⁸

Essas diversas práticas sustentam um sistema de censura que aponta para a criminalização, identificando, segregando e classificando alguns indivíduos como comprometidos com certos tipos de atividades. Ademais, essas práticas funcionam como uma estrutura comunicativa: de definição de estereótipos entre o Estado e o público, de fluxo de informações a partir do público, de investigação a partir das agências penais, entre outros. Constituem, ainda, um mecanismo de poder que centraliza no Estado a atividade de repressão, deslegitimando as formas comunitárias de resolução de conflitos.⁷⁹

Com a redução do desemprego e dos riscos sociais a partir dos programas governamentais que conformaram o Estado de bem-estar, a tendência foi no sentido da inclusão da classe obreira nos canais institucionais formais – partidos políticos e sindicatos –, com o seu conseqüente aburguesamento e desligamento dos segmentos ainda marginalizados. Estruturou-se uma divisão do trabalho por sexo, em que o homem era tido como o provedor e a mulher, como responsável pelo lar; o desenvolvimento do ensino elementar, a seu turno, esvaziou as ruas de crianças e jovens, reduzindo o número de conflitos; ao mesmo tempo, porém, esses fatores contribuíram para dismantelar as relações comunitárias. Uma economia moral do tempo e do espaço surgiu, com os deslocamentos diários, da casa para o trabalho, escola ou compras sendo padronizados em horas e em locais. Aqueles com emprego estável e orientados ao consumo e à família afastaram-se do comércio de rua, com seus produtos de origem duvidosa, diminuindo acentuadamente o âmbito das ilegalidades toleradas. Os meios de comunicação, então em crescimento acelerado, contribuíram para estereotipar o delinquente como uma pessoa fraca e patológica, que não conseguia integrar-se aos benefícios da vida social ordinária⁸⁰.

A aceitação das polícias e dos tribunais como os únicos instrumentos de repressão aos crimes, da virtual extinção dos mecanismos informais e autônomos de resolução de disputas e da vigilância dos espaços públicos pelas autoridades estatais, bem como o distanciamento dos extratos populacionais mais baixos, ainda comprometidos com formas ilegítimas de sobrevivência, caracterizaram as relações sociais de controle do delito entre o Estado moderno e os trabalhadores, no momento em que foram integrados aos valores da classe média. Essa normalização da vida permitiu maior controle sobre os desviados, mais visíveis agora por estarem fora de lugar ou em situações suspeitas a partir dos padrões de tempo e de espaço regularizados.

⁷⁸ Idem, p.13-19.

⁷⁹ Idem, p.20.

⁸⁰ Idem, p.43-45.

Evidentemente, não apenas os mecanismos repressivos foram responsáveis pelo controle do desvio. Para tanto também contribuiu o disciplinamento da população pela via da grande empresa capitalista e dos órgãos do Estado intervencionista, estabelecendo-se uma espécie de *government at a distance*⁸¹ bastante eficiente.

A afluência das décadas de 1950 e 1960 parecia consolidar as tendências de crescente mobilidade social, de aumento dos níveis de educação e de pleno emprego, respaldadas, ainda, pela expansão da seguridade social.⁸² Mesmo com a ampliação das oportunidades delitivas, devido ao incremento da riqueza, o número de criminosos sérios diminuía pela força da coesão social e da uniformidade cultural.

A partir de 1970, contudo, invertem-se essas tendências. Progressivamente, o final de século assiste ao ocaso da integração social, substituída pela fragmentação, pela polarização e pela desigualdade; o compromisso político entre as classes sociais, que levou ao Estado de bem-estar, principal garante da estabilidade interna, é negligenciado em prol do poder direto do capital e dos mecanismos de mercado; o Estado, enfraquecido, abandona os programas assistenciais, assumindo uma feição crescentemente repressiva na tentativa de prover a segurança e manejar os riscos; a esfera pública da política debilita-se significativamente, com o desaparecimento dos instrumentos de entendimento.⁸³

Desse modo, o Estado contemporâneo vem caracterizando-se por um *debilitated authoritarianism*: por um lado, fragilizado perante o capital e incapaz de atender às demandas sociais de grande parte de seu eleitorado, mas, por outro, pressionado para exercer novas formas de controle do crime e de manejo da população.⁸⁴

As relações sociais de controle de delito corroem-se, à medida que a fronteira entre o lícito e o ilícito se esfuma, devido à confusão com categorias mais amplas de risco, o que torna a delinquência mais cotidiana e normal; à medida que muitas formas de delitos se reintegram nas estruturas das atividades econômicas e sociais, convertendo-se, assim, em um componente cada vez mais importante de sobrevivência tanto da população carente como de poderosos grupos empresariais; à medida que a criminalidade se organiza, intimidando ou protegendo comunidades pobres, bem como corrompendo servidores estatais para auferir favores e imunidades.⁸⁵

O resultado final é a transmutação dos problemas sociais em questão penal, mediante a criminalização generalizada dos grupos socialmente excluídos, sendo um dos aspectos mais marcantes a implementação de medidas legais e administrativas de facilitação do controle dessa nova classe perigosa. As áreas pobres voltam a ter uma governância local delitiva, em que o Estado deixa as comunidades dependentes unicamente de seus próprios recursos, exercendo sua atividade repressiva de modo ocasional e contingente, apenas para neutralizar as ameaças dessa população às zonas e às atividades produtivas. Esse controle policialesco e atuarial, longe de contribuir para a reintegração social, reforça a

⁸¹ Idem, p.53.

⁸² Idem, p.88.

⁸³ Idem, p.132-133.

⁸⁴ Idem, p.117.

⁸⁵ Idem, p.159-160.

tendência excludente do novo modelo econômico-político, além de gradualmente erodir o respeito aos agentes e instituições estatais. Na sua guerra contra o crime, o Estado, não contando mais com o apoio espontâneo da população, vale-se, além da vigilância eletrônica e da coleta institucional de informações, da mobilização histórica do medo e da ira da classe média, nostálgica de um tempo de harmonia social. A ênfase renovada na vítima parece constituir apenas uma outra faceta da percepção corrente do indivíduo como responsável por sua assistência e suas oportunidades de vida, o qual não pode contar com solidariedade alguma. As comunidades de sentimento são substituídas por comunidades de risco, preocupadas apenas em manter longe de seu entorno os perigos do mundo atual, inclusive o crime, como revela o consolidado interesse por condomínios fechados e por centros de compras. Enfim, sistemas de governância privada estão tomando o lugar do Estado, com as classes mais abastadas adotando medidas autônomas de segurança pessoal e patrimonial, através do que se vem chamando remedievalização ou neofeudalismo.⁸⁶

Segundo Bauman, verifica-se a passagem do Estado social para o Estado penal, mas, com significativa parte dos bilhões de dólares que circulam diariamente tendo origem criminosa, os governos não apresentam disposição e instrumental suficiente para enfrentar os delinquentes poderosos organizados, concentrando sua ação nos indivíduos desviantes mais débeis.⁸⁷ Conformam-se um Estado-guarnição, militarizado no plano doméstico, voltado a proteger os interesses das corporações transnacionais,⁸⁸ bem como a manejar o refúgio humano gerado por suas operações descontroladas. Para tal tarefa, são utilizados, de modo privilegiado, a prisão – o gueto com muros – e o gueto – a prisão sem muros.⁸⁹

Conforme demonstra Agamben, os totalitarismos do século 20 instauraram, por meio do estado de exceção, uma guerra civil legal que permitiu a eliminação física não só de adversários políticos, mas de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, não pareciam integráveis no sistema. Tais experiências, mesmo depois de superadas suas formas mais radicais, fizeram com que estados de emergência permanentes passassem a constituir uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos.⁹⁰

É importante reter que o estado de exceção, como tal elemento inseparável das formações políticas, não emerge da superação do direito, sendo, ao contrário, gestado sob a aparência de legalidade. Por ele, introduz-se “no direito uma zona de anomia para tornar possível a normatização efetiva do real”.⁹¹ Surpreendentemente, a lei, no estado de exceção, é aplicada, desaplicando-a, como decorrência da impossibilidade de ligação entre norma e realidade.⁹²

⁸⁶ Idem, p.161-184.

⁸⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas Desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, p.86.

⁸⁸ Idem, p.106.

⁸⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p.109.

⁹⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p.13.

⁹¹ Idem, p.58.

⁹² Idem, p.63.

Não se trata tanto de confusão entre os poderes, mas de uma situação em que normas legais em vigor não se aplicam, e atos que não têm valor de lei adquirem sua força.⁹³ O estado de exceção não se define, assim, como no modelo ditatorial, por uma plenitude de poderes, mas como um vazio e uma interrupção do direito: ao invés de estado “pleromático”, está-se diante de um estado “keromático”.⁹⁴

A crise institucional, assim, vista como crise da justiça penal e de suas garantias, tem sua origem no fato de o Estado não mais atuar como unificador social e guardião dos direitos dos cidadãos, acentuando, ao contrário, a fragmentação comunitária, a polarização de interesses e as desigualdades econômicas.

Tendo o crime, na contemporaneidade, se tornado cada vez mais ubíquo, penetrando em todas as modalidades de relações socioeconômicas, o sistema formal de controle do delito não consegue enfrentá-lo de maneira racional, selecionando, ao invés, seu alvo preferencialmente do populacho responsável pelas infrações massivas (furtos, contrabando, pequenas fraudes, assaltos, por exemplo) ou integrante dos escalões mais baixos das organizações delitivas (revendedores de drogas, por exemplo), os quais terminam constituindo a população carcerária exclusiva.

Com o esfumaçamento entre os âmbitos do ilícito e do lícito, as organizações criminosas infiltram-se nos mercados formais, bem como corrompem agentes e autoridades administrativas, de modo que a delinquência realmente lesiva para a estrutura socioeconômica acaba sub-representada nos índices de investigação policial e processamento judiciário. Em verdade, as organizações criminosas, mais ágeis que os Estados, globalizaram-se, tendo mudado suas hierarquias fixas por redes descentralizadas, líderes autoritários por agentes e células múltiplas, tenuamente relacionados e dispersos, bem como linhas rígidas de controle e de troca por transações em constante transformação, de acordo com as oportunidades.⁹⁵

Mesmo com a dificuldade em distinguir os espaços de legalidade e de ilegalidade, pela interpenetração entre as atividades vedadas e permitidas, uma das tendências atuais é a multiplicação dos tipos penais. O Estado, esgotado financeiramente e carente de estratégias de atuação preventiva, incrementa imoderadamente sua atividade criminalizadora, de modo a que praticamente nenhum jurista consiga ter sequer uma ideia aproximada do número de infrações criminais previstas em lei.⁹⁶

Não apenas isso. As incriminações, ademais, caracterizam-se por sua ampla indefinição significativa, seja pela utilização de termos demasiado vagos ou abertos, seja pela remessa a complementos heterogêneos, geralmente de origem administrativa. De acordo com Agamben, “um dos paradoxos do estado de exceção quer que, nele, seja

⁹³ Idem, p.61.

⁹⁴ Idem, p.75.

⁹⁵ NAÍM, Moisés. *Ilícito*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p.13.

⁹⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *A Imprecisão do Direito: do Código Penal aos Direitos Humanos*. Barueri: Manole, 2005, p.11.

impossível distinguir a transgressão da lei e a sua execução, de modo que o está de acordo com a norma e o que a viola coincidem, nele, sem resíduos”.⁹⁷ A lei torna-se, assim, mera vigência sem significado.

Ambos os fenômenos – inflação de leis incriminadoras e ausência de sentido minimamente delimitado – constituem um golpe fatal no princípio da legalidade, conferindo às agências de persecução penal – policiais, acusadores e juízes – amplos poderes discricionários, hábeis tanto a levar à condenação quanto à absolvição de eventuais suspeitos.

O estado de exceção é, assim, também um estado de excesso, pois exatamente na criação desmesurada de crimes – ou em sua definição demasiado porosa – reside a possibilidade de expandirem-se as brechas da lei, de modo a favorecer ou a prejudicar segmentos sociais ou indivíduos determinados. Sobrecarregando-se o sistema de justiça penal, cria-se um movimento inercial de persecução às infrações penais mais banais, de fácil apuração, ao mesmo tempo em que, inadvertidamente ou não, se blindam os autores de crimes mais graves, de difícil detecção por mais elaborados. Nos escassos casos em que agentes poderosos são descobertos, os entraves formais do processo encarregam-se de instituir um segundo canal de imunização, também exasperado pelo exagero legislativo e pela deficiência significativa das normas.

As medidas repressivas no Estado contemporâneo, como visto, convergem para incidir sobre grupos fragilizados, exatamente aqueles abandonados pelo assistencialismo governamental e inabilitados para inserirem-se no mercado de serviços em expansão, já que suas atividades braçais não mais importam à economia formal da atualidade, impregnada de novas tecnologias.

A sociedade excludente, assim, não conseguindo integrar amplos contingentes à vida de relações regular, dedica-se a construir inimigos, indivíduos ou grupos contra os quais voltar sua ira ou sua insegurança existencial, já que todos são vítimas potenciais das incertezas do trabalho, dos afetos e das identidades. Segundo Young, um “bom inimigo” tem de ser visto como a causa de grande parte de nossos problemas, senão de todos, e de ser intrinsecamente diferente de nós, para concentrar em si toda a degradação, a corrupção e o mal.⁹⁸ Por isso, racismo, homofobia e xenofobia constituem substitutos funcionais ao desvio criminal real, criando nas comunidades uma precária unidade sustentada pelo ódio – a diabolização do outro.⁹⁹

E os aparelhos de Estado, insuflados pela imprensa¹⁰⁰ e pressionados pelas demandas sociais por segurança pública, respondem na mesma medida, potencializando os elementos irracionais de suas leis penais. Consolida-se, assim, uma cultura do controle, em que as

⁹⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*: O poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: UFMG, 2004, p.65.

⁹⁸ YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente*: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p.173.

⁹⁹ GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas*: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p.109-116.

¹⁰⁰ CHAMPAGNE, Patrick. *Formar a opinião*: o novo jogo político. Petrópolis: Vozes, 1998, p.68-77.

instituições de policiamento, de penalização e de vigilância tornam-se as mais importantes da modernidade recente.¹⁰¹

Conforme Garland, opera-se, hoje, exatamente uma inflexão na direção contrária à das liberdades. Controle espacial, controle situacional, controle administrativo, controle de sistemas, controle social, autocontrole, vale dizer, formas cada vez mais diversas de controle passam a dominar o cenário sociojurídico, ao mesmo tempo gerando menos tolerância e menos confiança entre as pessoas. Segundo ele, são os desordenados anos de 1980 e 1990 que marcam essa mudança de orientação por mais restrições, sugestivamente aqueles que assistiram ao ocaso dos controles informais das comunidades, do trabalho e da família.¹⁰²

Diante desse quadro, não é apenas o princípio da legalidade que se encontra vulnerado. Todo o conjunto de direitos civis – as liberdades cívicas da primeira geração de direitos fundamentais – acaba afetado pela orientação puramente repressiva assumida pelo Estado contemporâneo.¹⁰³

Os limites constitucionais à atividade punitiva do Estado são constantemente minados pelas emergências – a necessidade de respostas rápidas a conflitos sociais. O descompasso entre a temporalidade do Estado e a dos demais sistemas sociais, notadamente as da economia e da imprensa, constringe aquele à adoção de medidas de urgência para atender às demandas que lhe são postas. O diferencial de velocidade entre eles, porém, potencializa o grau de irracionalidade inerente ao sistema penal estatal, levando suas agências ao abuso da prisão preventiva, à tolerância das condenações simbólicas pela mídia, entre outras arbitrariedades. Tudo em desrespeito às garantias que estruturaram o Estado liberal já no século 18.

Também o postulado da igualdade, mesmo em sua faceta meramente formal, termina atingido pelas práticas repressivas da modernidade recente. Com efeito, a atuação seletiva do sistema penal invade o imaginário social, através da pré-criminalização dos grupos sociais excluídos, tornando-os mais visíveis à suspeita dos demais, bem como instilando neles um sentimento pessoal de menoscabo, com a percepção de serem constantemente vigiados em seus passos, principalmente quando ingressam em zonas tidas como restrita aos estratos sobre-integrados, como os *shopping centers*.

Toda uma série de ofensas à privacidade, à honra e à dignidade humana passa a constituir o cotidiano dos segmentos sociais marginalizados. Revistas sem suspeita concreta, vigilância estrita, detenções para investigação, escárnio, exposição midiática, entre outras violações, demarcam-lhes inapelavelmente o lugar e a posição – o gueto impregnado na pele e nas roupas.

Os Estados Unidos representam, paradigmaticamente, esse novo modelo de gestão penal da miséria, o qual, pela postura hegemônica daquele país, vem se espalhando por todo o Ocidente.

¹⁰¹ GARLAND, David. *The Culture of Control: Crime and social order in contemporary society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001, p.194.

¹⁰² Idem, p.194-195.

¹⁰³ BECK, Ulrich. *La democracia y sus enemigos*. Barcelona: Paidós, 2000, p.146.

Wacquant, um dos mais atentos observadores desse fenômeno, constata que a estruturação da rede disciplinar (*dragnet*) nos Estados Unidos ocorreu paralelamente ao desmantelamento da rede de segurança (*safety net*), com a política estatal de criminalização das consequências da pobreza desdobrando-se em duas modalidades principais: a primeira, menos visível, consistente em transformar os serviços sociais em instrumentos de vigilância e de controle das novas classes perigosas; a segunda, consistente no recurso maciço e sistemático ao encarceramento.¹⁰⁴

No que respeita ao recurso à prisão como forma privilegiada de controle social, os Estados Unidos lideram com folga no plano mundial, apresentando as mais altas taxas de detenção, as quais atingiram mais de 700 presos por 100 mil habitantes em 2002, o que perfazia uma população carcerária de cerca de 2 milhões de pessoas; para ter-se uma noção mais clara do que isso significa, basta referir que, com 5% da população mundial, os Estados Unidos eram responsáveis por quase 25% do número de encarcerados.¹⁰⁵

Cavadino e Dignan observam que o populismo penal foi facilmente absorvido nos Estados Unidos devido às ideologias dominantes do capitalismo de livre mercado e do individualismo de livre arbítrio, que fazem com que os fracassos econômicos sejam vistos como falha da própria pessoa, sobre os quais a sociedade não teria responsabilidade alguma. Estando o *american dream* disponível a todos, competiria a cada um individualmente explorar as suas oportunidades, independentemente das desvantagens iniciais.¹⁰⁶

Evidentemente, nem todos conseguem ser integrados na economia formal, cumprindo à repressão penal, nessa perspectiva excludente, encaminhar às prisões a *rabble class*: “gatunos e vagabundos, marginalizados, toxicômanos e psicopatas, estrangeiros e *corner boys*”¹⁰⁷.

O cárcere, nos Estados Unidos, vem funcionando como um substituto do gueto. Como refere Wacquant, os Estados Unidos, no curso de sua história, valeram-se de várias instituições peculiares para definir, confinar e controlar os afroamericanos. A primeira delas é a escravidão, que marcou o sul do país, caracterizado pelo regime econômico de plantações, e que perdurou até a guerra civil. A segunda constitui o chamado “sistema de Jim Crow”, através do qual se instituiu um regime de segregação permanente, também vigorante no sul agrário, tendo durado do fim da guerra civil até a revolução dos direitos humanos. O terceiro dispositivo, voltado à contenção dos descendentes de escravos nas metrópoles do norte industrial, é o gueto,¹⁰⁸ espécie de *black belt* urbano, superpovoado, subequipado e tomado pelo crime, pela doença e pela deterioração, agravado pela discriminação no emprego, que encurralava os negros nas

¹⁰⁴ WACQUANT, Löic. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 2001, p.27-28.

¹⁰⁵ CAVADINO, Michael; DIGNAN, James. *Penal Systems: a comparative approach*. London: Sage Publications, 2006, p.55.

¹⁰⁶ Idem, p.51.

¹⁰⁷ WACQUANT, Löic. Op. cit., p.37.

¹⁰⁸ Idem, p.99.

profissões subalternas mais perigosas, degradantes e mal pagas.¹⁰⁹ Em outras palavras, “um gueto é uma relação etnoracial de controle e de fechamento composta de quatro elementos: estigma, coação, confinamento territorial e segregação institucional”.¹¹⁰

Tais instituições de confinamento, porém, esgotaram seu potencial segregador com a crise do gueto do final da década de 1960, levando o cárcere a assumir essa mesma função, o que é revelado pela flagrante e crescente desproporcionalidade racial que caracteriza a população prisional daquele país.¹¹¹ Estima-se que cerca de 60% da população carcerária dos Estados Unidos é constituída por negros, apesar de eles perfazerem apenas 12% da população total; vale dizer, um de cada três afroamericanos com idade entre 18 e 35 anos está detido ou submetido a alguma medida alternativa à prisão.¹¹² Diferentemente dos sistemas anteriores, voltados ao recrutamento e à disciplina de mão de obra, o atual de encarceramento, contudo, não desempenha função econômica alguma, servindo apenas para depositar os grupos precarizados e desproletarizados da classe operária negra, seja porque não encontram trabalho em razão de um déficit de qualificação, da discriminação na admissão ou da concorrência de imigrantes, seja pela recusa a se submeterem à indignidade de empregos degradantes (*slave jobs*).¹¹³

O principal mecanismo de controle penal dos excluídos vem sendo a *war on drugs*, expressão pela qual se indica a perseguição implacável dos vendedores de rua, abertamente dirigida contra a juventude negra (e também a latina), para quem o comércio a varejo é a fonte de emprego mais diretamente acessível. Sintomático disso é o fato de que, em 1991, cerca de 56% dos presos federais haviam sido detidos por violação às leis de estupefacientes.¹¹⁴

Os Estados Unidos, assim, constituem o paradigma do novo Estado penal,¹¹⁵ o qual, incapaz de integrar todos os seus cidadãos, recorre à repressão aberta como forma de limpeza étnico-social, por Young chamada de antropoemia – a prática de “vomitar” os indesejados do corpo social.¹¹⁶

Como vetor do mundo contemporâneo, os Estados Unidos expressam as tendências socioeconômicas e jurídico-políticas dominantes. Se nos primórdios do capitalismo, toda uma rede de disciplinamento das massas foi montada, via cárceres, fábricas, hospitais, escolas e manicômios, com o objetivo de arrematar e adestrar a população às novas feições do trabalho, devido ao declínio demográfico verificado na Europa no século 17,¹¹⁷ na atualidade há um excedente populacional não integrado e não integrável ao sistema produtivo, cujo destino é a estocagem ou o armazenamento nas prisões. A transição do

¹⁰⁹ Idem, p.105.

¹¹⁰ Idem, p.108.

¹¹¹ Idem, p.99.

¹¹² DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2006, p.95.

¹¹³ Idem, p.111.

¹¹⁴ Idem, p.29.

¹¹⁵ WACQUANT, Lôic. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p.17-75.

¹¹⁶ YOUNG, Jock. Op. cit., p.91.

¹¹⁷ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2006, p.33-39.

modelo econômico fordista para o pós-fordista, caracterizado pela escassez de oferta de emprego, tem como resultado o surgimento da multidão, um refugio humano descartável, objeto de técnicas de inocuização pura e simples; não são mais indivíduos infratores que são alcançados pelo sistema penal, mas grupos inteiros identificados como perigosos – minorias raciais, imigrantes, desempregados, marginalizados, doentes mentais –, os quais, por isso, se tornam objetos degradados do controle atuarial dos Estados.¹¹⁸

O atuarialismo, nessa perspectiva, seria uma forma de controle social que não se preocupa com causas mas com probabilidades, não se importa com a justiça mas com a diminuição de riscos, não busca a integração dos infratores mas a mera limitação rotineira das perdas.¹¹⁹ Daí que seu instrumento de aferição de eficácia privilegiado sejam as estatísticas.

O traço distintivo fundamental é que se abdica de todo o saber sobre essas populações. Não se trata mais de detê-las para estudá-las e desenvolver técnicas de assimilação social, como ocorria desde há cerca de quatrocentos anos. Agora, a governância centra-se na ideia de risco, cingindo-se a dispositivos de supervisão (formas variadas de vigilância), de limitação de acesso (condomínios fechados, por exemplo), de neutralização (penas de longa duração e prisões de segurança máxima, por exemplo) e de contenção do excesso (centros de detenção para imigrantes, por exemplo).¹²⁰

Mesmo com todo o sofrimento causado aos grupos sociais vitimizados pela política repressiva dos Estados, surgem oportunidades de lucro que não são negligenciadas pelos empresários. Vem estruturando-se, assim, uma indústria do controle do crime, capaz de potencializar ainda mais a exclusão social via manejo do direito penal, através da insuflação artificial do medo ao crime, que conduz tanto à criação de novos tipos penais e ao agravamento das penas previstas ao já existentes, como à privatização da construção e da administração de presídios e à oferta de inúmeros produtos e serviços destinados ao controle e à vigilância dos infratores. O caráter comunitário da pena desaparece em prol do negócio, já que se acredita que tudo o que o Estado faz a empresa privada pode fazer melhor.¹²¹

Lobbies poderosos (a *American Correctional Association*, por exemplo) articulam o acesso aos recursos públicos, contando as empresas, ainda, com publicações (a revista *Corrections Today*, por exemplo) e eventos de divulgação próprios. Já os produtos e serviços oferecidos são incontáveis: instalações penitenciárias marítimas, telefones programáveis, pulseiras de identificação de presos com código de barras, dispositivos de gás lacrimogêneo, roupas anti-motim, entre tantos outros.¹²²

Sem dispor de outros valores a tutelar, como os da solidariedade e da fraternidade, os Estados-guarnição da atualidade sofrem, segundo Pratt, uma reversão em seu processo civilizador, marcado que foi pela progressiva humanização das penas. Agora,

¹¹⁸ DE GIORGI, Alessandro. Op. cit., p.83-114.

¹¹⁹ YOUNG, Jock. Op. cit., p.105.

¹²⁰ Idem, p.92.

¹²¹ CHRISTIE, Nils. *A Indústria do Controle do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.101-132.

¹²² Idem, p.95-100.

diferentemente, os Estados não mais contêm a mentalidade punitiva das turbas com alguns gestos simbólicos, mas as insuflam com a maquinaria modernizada e eficiente do castigo, estendendo constantemente as fronteiras da punição permissível.¹²³

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado moderno talvez tenha sido o mais bem sucedido projeto humano de convivência na complexidade.

Desde seu surgimento no século 16, passou por inúmeras transformações, que lhe foram agregando características singulares, fruto dos embates sociais e do pensamento reflexivo.

Em sua conformação Democrática e Social de Direito, o Estado conseguiu, por algum tempo e em alguns lugares, promover igualdade social, desenvolvimento econômico e liberdade política, proporcionando qualidade de vida incontrastável para seus cidadãos, notadamente na Europa ocidental.

Desde há algum tempo, porém, padece essa forma político-jurídica de crises que atingem severamente as suas bases, provocadas pela globalização da economia, pelo déficit de representatividade, pela promiscuidade governamental, pelo desmantelamento dos serviços públicos, pelo surgimento de órgãos de poder supranacionais, pelo pluralismo cultural, entre outros fatores.

A crise institucional é a que atinge o instrumento jurídico-político que simbolizou o pacto fundacional dos Estados modernos: a Constituição. Essa crise constitucional decorre da incapacidade de exercer sua potência normativa, sempre superada por forças internas e externas que a esvaziam como projeto civilizacional.

Um dos aspectos marcantes dessa crise é a postura repressiva adotada pelos Estados contemporâneos, os quais praticamente abdicaram de suas funções promocionais em prol da vigilância e da penalização dos setores sociais que não conseguiram integrar-se ao novo modelo de economia flexibilizada e desregulamentada própria da globalização.

Com essa feição regressiva de Estado-guarnição, os governos retomam o quadro liberal próprio do período imediatamente subsequente ao Absolutismo, agora, porém, com um crescente aviltamento dos direitos e das garantias que delimitaram historicamente as esferas de liberdade impermeáveis ao poder político.

Zaffaroni, nesse ponto, é enfático em sua denúncia

Este período ficará conhecido como o mais degradado da história penal; sua decadência sequer pode ser comparada às legislações autoritárias do entre-

¹²³ PRATT, John. *Castigo y Civilización: una lectura crítica sobre las prisiones y los regímenes carcelarios*. Barcelona: Gedisa, 2006, p.257.

guerras, que sancionavam leis frontalistas para a propaganda e complacência de seus autocratas, nem com os momentos de legislação repressiva das frequentes ditaduras do nosso passado, porque os legisladores atuais o fazem apenas por temor à publicidade contrária ou por oportunismo, ou seja, sua conduta não está orientada por um autoritarismo ideológico, como o fascista, o nazista ou o stalinista, nem tampouco pelo autoritarismo conjuntural das ditaduras militares, ela é simplesmente *cool*, o que a torna mais decadente, considerando-se a perspectiva institucional. O presente desastre autoritário não responde a nenhuma ideologia, porque não é regido por nenhuma ideia, e sim justamente pelo extremo oposto: é o *vazio do pensamento*.¹²⁴

Sem embargo, o desalento não precisa ser imobilizador. As crises são situações reveladoras, pois nelas emerge a dualidade entre o latente e o manifesto, entre o virtual e o atual; são, de certo modo, momentos da verdade.¹²⁵ *Krisis* – o termo grego – significa decisão. E indeterminação e decisão são interdependentes. “A crise é um momento indeciso e ao mesmo tempo decisivo”.¹²⁶

O Estado moderno, como obra humana, continuará transformando-se ou desaparecerá por força das lutas sociais e do pensamento político-jurídico, já que a história não se detém jamais, e as tendências estruturais não são completamente imunes ao coeficiente agencial.¹²⁷

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vidas Desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- BECK, Ulrich. *La democracia y sus enemigos*. Barcelona: Paidós, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOLZAN DE MORAES, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- BURDEAU, Georges. *O Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

¹²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.79.

¹²⁵ MORIN, Edgar. *Sociologia: A sociologia do microsocial ao macroplanetário*. Portugal: Publicações Europa-América, [s.d.], p.114.

¹²⁶ Idem, p.115.

¹²⁷ SZTOMPKA, Piotr. *A sociologia da mudança social*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998, p.341-342.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede. A Era da Informação: economia, sociedade e cultura*. V.1, 7.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

CAVADINO, Michael; DIGNAN, James. *Penal Systems: a comparative approach*. London: Sage Publications, 2006.

CHAMPAGNE, Patrick. *Formar a opinião: o novo jogo político*. Petrópolis: Vozes, 1998.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das Ideias Políticas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

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

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. *A Imprecisão do Direito: do Código Penal aos Direitos Humanos*. Barueri: Manole, 2005.

DUSO, Giuseppe (Org.). *O Poder: História da Filosofia Política Moderna*. Petrópolis: Vozes, 2005.

ELIAS, Norbert. *O Processo Civilizador: Formação do Estado e Civilização*. V.2. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*. Roma/Bari: Laterza, 1999.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales: Apuntes de historia de las constituciones*. 3.ed. Madrid: Trotta, 2000.

FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 2.ed. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

GARLAND, David. *The Culture of Control: Crime and social order in contemporary society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

GIDDENS, Anthony. *O Estado-nação e a violência*. São Paulo: EDUSP, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HOBSBAWN, Eric. *A Era dos Impérios: 1875-1914*. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

HOBSBAWN, Eric. *A Era das Revoluções: 1789-1848*. 9.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

HÖFFE, Otfried. *A Democracia no Mundo de Hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem*. 21.ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986.

KEEGAN, John. *Uma História da Guerra*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

LEA, John. *Crime and Modernity*. London: Sage Publications, 2002.

MANFRED, A. *A grande Revolução Francesa*. São Paulo: Ícone, 1986.

MARRAMAO, Giacomo. *Céu e Terra*. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2006.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Tratado de Criminología*. 3.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

MONET, Jean-Claude. *Polícias e Sociedades na Europa*. São Paulo: EDUSP, 2001.

MORIN, Edgar. *Sociologia: a sociologia do microsossial ao macroplanetário*. Portugal: Publicações Europa-América, [s.d.].

NAÍM, Moisés. *Ílícito*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

OFFE, Claus. *Capitalismo Desorganizado*. 2.ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

POLANYI, Karl. *A Grande Transformação: As origens da nossa época*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

PRATT, John. *Castigo y Civilización: una lectura crítica sobre las prisiones y los regímenes carcelarios*. Barcelona: Gedisa, 2006.

SZTOMPKA, Piotr. *A sociologia da mudança social*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAES, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VAN CREVELD, Martin. *Ascensão e declínio do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

WACQUANT, Löic. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WACQUANT, Löic. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 2001.

YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

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