FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ - UFPR

INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL - ICPC

A FORMA JURÍDICA E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

CURITIBA

2007

RENATA NINI AZZOLINI

A FORMA JURÍDICA E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de especialista no Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Criminologia do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC.

Prof. Orientador: Dr. Juarez Cirino dos Santos

CURITIBA

2007

“A esfera [...] da circulação ou da troca de mercadorias, dentro da qual se operam a compra e a venda da força de trabalho, é realmente um verdadeiro paraíso dos direitos inatos do homem. Só reinam aí liberdade, igualdade, propriedade e Bentham. Liberdade, pois o comprador e o vendedor de uma mercadoria – a força de trabalho, por exemplo – são determinados apenas pela vontade livre. Contratam como pessoas livres, juridicamente iguais. O contrato é o resultado final, a expressão jurídica comum de suas vontades. Igualdade, pois estabelecem relações mútuas apenas como possuidores de mercadorias e trocam equivalente por equivalente. Propriedade, pois cada um só dispõe do que é seu. Bentham, pois cada um dos dois só cuida de si mesmo”. MARX, Karl. O Capital. (p. 206).

Para minha filha Catarina

SUMÁRIO

RESUMO

INTRODUÇÃO.....	1
1. A INSTÂNCIA JURÍDICA E A FORMA JURÍDICA.....	5
1.1 O DIREITO E SUAS DIVISÕES.....	10
1.2 AS DICOTOMIAS DIREITO PÚBLICO - DIREITO PRIVADO E DIREITO OBJETIVO - DIREITO SUBJETIVO.....	12
1.3 O VALOR: O CONTEÚDO DA REGRA.....	15
1.4 O PREÇO: FORMA DE REALIZAÇÃO DO VALOR OU REALIZAÇÃO DO CONTEÚDO DA REGRA.....	17
2. O DIREITO PENAL.....	21
3. MICHEL FOUCAULT: DAS SOCIEDADES DISCIPLINARES ÀS SOCIEDADES DE CONTROLE.....	27
4. GÜNTHER JAKOBS: O DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	35
4.1 A CIÊNCIA DO DIREITO.....	35
4.2 DIREITO PENAL DO INIMIGO E DIREITO PENAL DO CIDADÃO.....	36
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS.....	48

RESUMO

Há um movimento de abrangência mundial pelo aumento da repressão penal e pelo desmonte do sistema de direitos e garantias limitador do poder de intervenção do Estado na esfera de direitos dos cidadãos. O desmonte de instituições do Estado de direito, principalmente daquelas relacionadas ao direito penal, é apresentado como medida imprescindível para que o Estado possa fornecer segurança à sociedade. O direito penal torna-se direito penal do inimigo, ou seja, conjunto de medidas estatais de exclusão, ou neutralização, de indivíduos que, por não apresentarem garantias de suficiente comprometimento com a ordem estabelecida, representariam perigo para a sociedade.

Neste movimento, o direito penal afasta-se da forma jurídica que encontrou no capitalismo condições abrangentes de manifestação devido à generalização de relações sociais de produção que são relações de troca de equivalentes. Estas relações, inclusive, expressam-se como relações jurídicas. A forma jurídica da repressão penal expressa-se claramente enquanto proporcionalidade entre delito e pena e nas instituições do Estado de direito necessárias à vigência desta forma. O modo de produção capitalista é adequado a esta forma porque fundamenta a produção em relações de troca entre mercadorias cujos valores são equivalentes. A generalização de relações de troca entre equivalentes pressupõe o estabelecimento de uma unidade de medida que permita igualar uma infinidade de mercadorias diferentes. O direito autonomiza-se destas relações utilizando seus pressupostos e expressando suas condições: relações entre indivíduos livres e iguais para troca de coisas diferentes que se equivalem em valor. O delito é o ato que se afasta da forma normal das relações e a resposta a ele se dá nos termos do restabelecimento da normalidade, principalmente pela composição e pela indenização.

A sociedade capitalista, no entanto, é sociedade de classes e, paralelamente ao estabelecimento e generalização de suas condições normais de produção e reprodução, desenvolve instituições e mecanismos de dominação de classe. O afastamento da forma jurídica e o recurso a instrumentos de dominação política apresentados como instrumentos jurídicos representam transformações estruturais cujo sentido e abrangência ainda não estão claramente manifestos.

INTRODUÇÃO

O medo tem papel central na sociedade hobbesiana. Ele justifica que as pessoas alienem parcela de suas soberanias individuais para compor o Estado, que, em troca, proverá a sociedade da segurança necessária ao seu funcionamento. Neste sentido, o Estado hobbesiano, denominado pelo próprio Hobbes de Leviatã, e referido por Châtelet¹ como “o mais frio dos monstros frios”, encontra sua única fonte de limitação no direito de os cidadãos terem segurança, pois foi para isto que o pacto fundamental que o criou foi efetuado. “O fim da obediência é a proteção.” Embora não seja incontestável, tem fundamento a interpretação da obra de Hobbes segundo a qual, se o monstro se volta arbitrariamente contra os cidadãos que o instituíram, tornando-se fonte de insegurança para eles, o pacto original é quebrado e o Estado não é mais Estado.

A contraposição medo-segurança por certo ocupa um lugar importante na determinação da estrutura e funcionamento do Estado moderno, embora, por se referir, em grande parte, a sentimentos, talvez não seja possível apreender exatamente o lugar que ocupa e a dimensão que alcança. No momento atual, ganha força, em diversos meios, um discurso que utiliza esta contraposição para justificar o desmonte do sistema de direitos e garantias fundamentais, limitadores da atuação do Estado contra o cidadão. Apela-se para o medo para sustentar – inclusive emocionalmente – o argumento de que, no “atual estado das coisas”, só é possível prover a segurança dos cidadãos se o Estado puder tratar estes mesmos cidadãos como não cidadãos, como indivíduos sem direitos.

Até recentemente, a principal crítica às instituições liberais, fundadas na igualdade formal, na garantia da generalidade (nenhuma lei é feita para indivíduos ou grupos específicos) e da uniformidade da aplicação da lei (a norma se aplica uniformemente a todos os indivíduos ou grupos), vinha de concepções comprometidas com o avanço da igualdade substantiva e dos ideais democráticos. Argumentava-se que, antes de neutralizar o poder político e eliminar “a arbitrariedade das tradicionais hierarquias sociais”, como promete, a

¹ Châtelet refere-se a obra de Nietzsche e sua concepção de Estado. CHÂTELET; PISIER-KOUCHNER, 1983, p.25.

ordem institucional liberal garante um sistema de dominação privada, que perpetua e aprofunda a desigualdade real (RABAT, 2000, p.34). Esta crítica dirige-se, portanto, à insuficiência da ordem liberal para a sustentação efetiva dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade que justificaram ideologicamente a própria ascensão burguesa.

Atualmente, o ataque às instituições jurídico-políticas liberais que construíram o moderno direito penal vem de vários lados, inclusive de grupos que sustentam a radicalização da ordem liberal, principalmente nos aspectos relacionados à supremacia das leis do mercado e à necessidade de diminuir os gastos sociais do Estado. Pode-se dizer que esse outro tipo de crítica dirige-se justamente contra aqueles aspectos em que os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade encontraram alguma sustentação institucional na sociedade burguesa.

A partir da compreensão da instância jurídica no modo de produção capitalista é possível perceber as tensões constitutivas do seu ordenamento jurídico e identificar na sua dinâmica a existência de um “Estado de polícia no interior do Estado de direito, que pugna pelo rompimento de seus limites” (Zaffaroni), ou de um direito penal do inimigo complementar a um direito penal do cidadão (Jakobs Günther), ou de “uma jurisdição criminal, como o terror da classe organizada, que apenas em certa medida se distingue das chamadas medidas excepcionais utilizadas durante a guerra civil” (Pachukanis).

O movimento histórico concreto no qual se desenrola a luta de classes, no interior do modo de produção capitalista, determina as oscilações entre o direito penal mínimo, incluindo a sua quase abolição, até a sua máxima extensão no Estado policial ou no direito penal do inimigo.

A forma jurídica, inerente ao modo de produção capitalista, expressa com clareza e vigor no discurso liberal clássico, privilegia a indenização, a restauração ou a compensação do dano e não a pena. É clássico da sociologia burguesa, o trabalho de Emile Durkheim², que associa o direito penal às sociedades com divisão social do trabalho incipiente, onde predomina a solidariedade mecânica, e associa o direito civil às modernas sociedades industriais, com acentuada divisão social do trabalho e caracterizadas pela solidariedade orgânica. Em vários autores do pensamento liberal fundante da ordem capitalista, é evidente a

² DURKHEIM, 1995.

centralidade do direito civil em relação ao direito penal, ou mais precisamente do direito privado em relação ao direito em geral.

A obra que lançou os alicerces do moderno direito penal “Dos delitos e das penas” do aristocrata italiano, marquês Cezare de Beccaria, publicada em 1764, desenvolve argumentos próprios da racionalidade da burguesia ascendente, e que seria inerente à “ordem natural das coisas” com a definitiva extinção do modo de produção feudal. Beccaria assenta as bases de seu pensamento nas concepções e conceitos do moderno pensamento político (Hobbes, Rousseau, Locke, Montesquieu e outros) e, desconsiderando-se que se debatia contra práticas jurídicas e punitivas medievais, não se afasta do discurso garantista de hoje, de regulação e limitação do poder punitivo do Estado, central na temática de proteção aos direitos humanos.

Para o direito penal das sociedades capitalistas, tal como surgiu em meados do século XVIII e começo do século XIX, na Europa, o crime não deve ter qualquer relação com a falta religiosa ou moral, como fora até então, na sociedade feudal européia. “O crime ou a infração penal é a ruptura com a lei, lei civil explicitamente estabelecida no interior de uma sociedade pelo lado legislativo do poder político.” (Foucault, 2001, p. 80). A lei penal define o que é nocivo à sociedade definindo negativamente o que é útil. O crime é algo que danifica a sociedade.

“[...] para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.” (BECCARIA, 2005, p.107).

Mesmo considerando-se que este direito de garantias do cidadão em relação ao poder punitivo do Estado seja mistificador e tenha por função a reprodução das relações de exploração do modo capitalista de produção, ele representa, sem dúvida, um grande progresso frente aos sistemas de punição e repressão de períodos anteriores, como salienta Pachukanis,³ (e, posteriores, se considerarmos, por exemplo, o campo de prisioneiros estadunidense em Guantanamo, além de outras diversas realidades). Não houve, de qualquer modo, uma vigência desta ordem de direitos em seu estado puro em qualquer época ou lugar. Se nos países onde as condições econômicas, sociais e políticas deram origem a este sistema de direitos “a regra é a teoria e a prática a exceção”, nos países de capitalismo incipiente e subordinado a situação é ainda mais complexa.

Compreender o direito penal no quadro mais geral da teoria do direito pode constituir um passo importante para estabelecer a que imperativos atende o atual discurso de aumento da repressão penal, e identificar se este discurso está, ou não, relacionado a transformações de caráter mais estrutural no atual quadro social e quais suas implicações para a teoria do direito. Mais especificamente, pretende-se questionar se o aumento da repressão penal, nos termos em que se apresenta, é compatível com a concepção de direito que se erigiu em paradigma das sociedades modernas.

³ PACHUKANIS, 1977, p.228.

1. A INSTÂNCIA JURÍDICA E A FORMA JURÍDICA

Como bem sabemos:

“[...] as relações jurídicas – assim como as formas de Estado – não podem ser compreendidas nem por si mesmas, nem pela pretensa evolução geral do espírito humano, inserindo-se pelo contrário nas condições materiais de existência, de que Hegel, a exemplo dos Ingleses e Franceses do século XVIII, compreende o conjunto pela designação de “sociedade civil”, e que a anatomia da sociedade civil deve ser procurada na economia política”. (MARX, citado por MIALLE, 1979, p.64).

Para entender a atual tendência expansiva da repressão penal, no âmbito do presente trabalho, não é necessário, no entanto, recorrer a pesquisas econômicas ou estatísticas. O reconhecimento de que a instância jurídica integra um determinado modo de produção no qual a totalidade das relações de produção da vida social se articulam e se desenvolvem, determinando-se segundo uma lógica específica, permite “compreender ao mesmo tempo a organização social no seu conjunto e um dos seus “elementos”, o sistema jurídico.”(MIALLE, 1979, p. 65). Com isto, reconhece-se a autonomia relativa com que a instância jurídica participa no funcionamento global, pois as instituições e os mecanismos peculiares da instância jurídica possuem lógica própria, embora subordinada, enquanto integrantes desta totalidade.

O lugar do direito, tal como este se apresenta na sociedade capitalista, parece claramente identificado a um poder do Estado, o poder judiciário, cuja função é a pacificação social mediante a dicção do direito para os casos concretos. Existe também a função de produzir normas de direito do poder legislativo, mas esta é uma função política, que num estado de direito reveste a forma jurídica, pois a própria atuação do legislativo, ou seja, a produção de normas, obedece estritamente a procedimentos estabelecidos conforme delimitação explícita do poder constituinte original. Tal como a regra de direito limita a atuação do indivíduo em sua esfera de vida privada, a criação de órgãos estatais e a autorização para sua atuação decorrem de processo legislativo e assumem a mesma forma, de lei que se impõe igualmente à totalidade dos cidadãos. Portanto, somente na forma da lei o poder político, legalmente constituído, pode interferir na conduta privada do cidadão. Este quadro, racional e bem articulado, foi resultado de um longo percurso histórico e geográfico. Em outros tempos (e mesmo hoje, em outros lugares), o direito integrava (ou integra) a teologia. As regras de direito apareciam (aparecem) como prolongamento da vontade divina. A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, invoca explicitamente a proteção

divina, em seu preâmbulo, talvez como resquício destes tempos e lugares não tão distantes assim.

A instância jurídica, no entanto, aparece na extensão e forma que percebemos hoje, na sociedade capitalista, originada na Europa dos séculos XVII e XVIII, num movimento de superação da ordem feudal e, em alguma medida, em oposição a esta ordem, que se esgotava. E mais especificamente, é na sociedade civil burguesa, em suas relações privadas, “cuja anatomia deve ser procurada na economia política”, que podemos encontrar os fundamentos, determinação e forma da instância jurídica.

“Efectivamente, o núcleo mais sólido da brumosa esfera jurídica (se assim me é permitido falar), situa-se, precisamente, no domínio das relações do direito privado. É justamente aí que o sujeito jurídico, “a pessoa”, encontra uma encarnação, totalmente adequada à personalidade concreta do sujeito económico egoísta, do proprietário, do titular de interesses privados. É precisamente no direito privado que o pensamento jurídico se move com a maior liberdade e segurança e onde as suas construções revestem a forma mais acabada e harmoniosa.” (PACHUKANIS, 1977, p.87).

Pachukanis, jurista e teórico da Revolução Soviética, demonstra em sua obra “A teoria geral do direito e o marxismo” que o antagonismo entre interesses privados é condição lógica, premissa fundamental da regulamentação jurídica e, ainda, causa real de evolução da estrutura jurídica. Outras regras podem determinar a conduta dos homens, mas o momento especificamente jurídico desta regulamentação “inicia-se onde começam as diferenças e as oposições de interesses”. (Pachukanis, 1977, p. 91). A possibilidade de se constituir o direito enquanto objeto de estudo e focalizar os fenômenos de um ponto de vista exclusivamente jurídico decorre de que, na sociedade de produção mercantil, as relações de troca, ao mesmo tempo em que são económicas, assumem a forma jurídica. Assim a instância jurídica alcança as suas condições reais e objetivas de autonomização.

“Tal como a riqueza da sociedade capitalista reveste a forma de uma imensa acumulação de mercadorias, também a sociedade, no seu conjunto, se apresenta como uma cadeia ininterrupta de relações jurídicas.” (Pachukanis, 1977, p. 95).

Embora Marx não tenha elaborado uma teoria do direito, foi em sua obra que Pachukanis buscou os elementos de sua elaboração teórica.

“[...] As mercadorias são coisas; portanto, inermes diante dos homens. [...] Para relacionar essas coisas, umas com as outras, como mercadorias, têm seus responsáveis de comportar-se, reciprocamente, como pessoas cuja vontade reside nessas coisas, de modo que um só se apossa da mercadoria do outro, alienando a sua, mediante o consentimento do outro, através, portanto, de um ato voluntário comum. É mister, por isso, que reconheçam, um no

outro, a qualidade de proprietário privado. Essa relação de direito, que tem o contrato por forma, legalmente desenvolvida ou não, é uma relação de vontade, em que se reflete a relação econômica. O conteúdo da relação jurídica ou de vontade é dado pela própria relação econômica. As pessoas, aqui, só existem, reciprocamente, na função de representantes de mercadorias e, portanto, de donos de mercadorias.”(MARX, 2001, p. 109-110.)

“A relação jurídica entre os sujeitos é apenas o reverso da relação entre os produtos de trabalho tornados mercadoria.” (Pachukanis, 1977, p. 95). O sujeito de direito, “átomo da teoria jurídica,” (Pachukanis, 1977, p. 131) é o proprietário de mercadoria, mesmo que esta seja apenas sua força de trabalho, e a sua relação com as coisas aparece como a realização da vontade abstrata do proprietário. A troca de mercadorias coisifica o vínculo social entre os homens, pois a relação entre os homens aparece como relação entre coisas, e o homem se determina enquanto sujeito de direitos porque a sua vontade abstrata de proprietário de coisas é pressuposto da troca entre coisas.

A relação jurídica tem como fonte a relação econômica. Apenas as categorias econômicas esclarecem plenamente os fundamentos do direito tais como liberdade (para contratar) e igualdade (equivalência de valores entre as coisas trocadas). No entanto, a relação especificamente jurídica surge apenas no momento do litígio, ou seja, na oposição de interesses. O momento jurídico separa-se então do momento econômico e torna-se autônomo, se entrega à sua própria lógica, mecanismos e instituições.

A regulamentação técnica, por exemplo, pressupõe um fim unitário, a cura de um doente, a maximização de um rendimento, etc. A racionalidade do fim constitui o caráter coativo da regra técnica enquanto que a regulamentação jurídica, além de ser apta a considerar a racionalidade de seu fim(s) específico(s), impõe-se também formalmente, isto é, do ponto de vista da licitude jurídica, ou seja, da aplicação de uma unidade de medida socialmente estabelecida que permita avaliar a equidade de uma dada relação, se ela está conforme o justo, o igual. Daí que norma é aplicação de medida igual e direito é um sistema que estabelece uma unidade de medida. Identifica-se direito a um imperativo no sentido de que determinada ordenação, proporcionalidade entre elementos, tem observância obrigatória, se as pessoas procuram igualdade nas suas relações recíprocas.

Nas formações pré-capitalistas, a forma jurídica confunde-se frequentemente com imperativos éticos, religiosos e até afetivos, além de não distinguir claramente em seu interior o direito público do privado, o civil, do comercial, e etc. Isto não quer dizer que a forma

jurídica não esteja ali presente. A ruptura da forma normal das relações e os conflitos daí resultantes constituem, nas legislações arcaicas, o seu ponto de partida e conteúdo principal. (Pachukanis, 1977, p. 216).

“Efectivamente, a idéia jurídica, isto é, a idéia de equivalência, só se exprime nítida e claramente e só se realiza objetivamente naquele estágio de desenvolvimento económico onde tal forma de equivalência se torna costumeira como igualação na troca [...]. Daí que não seja, de modo algum, necessário que a vingança haja sido inteiramente superada pela reparação. Nos casos em que, precisamente, a reparação é repelida como algo de desonroso – (uma tal concepção predominou, durante longo tempo, entre os povos primitivos) e onde a execução da vingança pessoal é considerada como dever sagrado, o próprio acto da vingança assume um novo matiz que não tinha quando ainda não representava uma alternativa: no caso presente é introduzida a idéia de ele representa a única reparação adequada. O repúdio da reparação sob a forma de dinheiro põe em evidência, em suma, o facto de que a efusão de sangue constitui o único equivalente para o sangue já vertido. De fenómeno puramente biológico, a vingança transforma-se numa instituição jurídica a partir do momento em que se liga à forma da troca equivalente, da troca medida por valores.” (Pachukanis, 1977, p. 220-221)

No capitalismo, com a generalidade que as relações de trocas de equivalentes alcança e, portanto, com o estabelecimento automático de um sistema social de vigência de uma unidade de medida de valores, para a totalidade das relações sociais, o direito encontra o modo de produção apto a sua manifestação mais completa e acabada. Vale notar, no entanto, que se trata ainda de um forma histórica e, como tal, sujeita à superação.

“(...) os indivíduos desiguais (e não seriam indivíduos distintos se não fossem desiguais) não são mensuráveis de acordo com uma unidade comum a menos que se considerem dum mesmo ponto de vista, que se não vejam senão sob um determinado aspecto.” (MARX, citado por MIAILLE, 1979, p. 87).

A parcialização a que são submetidos os homens e mulheres na sociedade capitalista, como premissa de seu funcionamento, é também pressuposto do sistema jurídico e, ao mesmo tempo, indício de tratar-se de uma forma que deve desaparecer junto com a superação das condições de sua existência.⁴

⁴ “[...]. Así, la libertad económica significaría libertad *de* la economía, de estar controlados por fuerzas y relaciones económicas, liberación de la diaria lucha por la existencia, de ganarse la vida. La libertad política significaría la liberación de los individuos *de* una política sobre la que no ejercem ningún control efectivo. Del mismo modo, la libertad intelectual significaría la restauración pensamiento individual absorbido ahora por la comunicación y adoctrinamiento de masas, la abolición de la “opinión pública” junto con sus creadores. El timbre irreal de estas proposiciones indica, no su carácter utópico, sino el vigor de las fuerzas que impiden su realización. La forma más efectiva y duradera de la guerra contra la liberación es la implantación de necesidades intelectuales que perpetúan formas anticuadas de la lucha por la existencia.” (MARCUSE, 1985, p.34).

A relação jurídica e a relação econômica de troca são aspectos diferentes do mesmo ato, constituem a relação social básica da circulação de mercadorias na sociedade capitalista. O mesmo fenômeno, chamado por Marx de fetiche da mercadoria, pelo qual ocorre uma inversão na percepção coisas-pessoas, se manifesta nas duas relações, cada uma, no entanto, fala a sua própria língua.

No capitalismo, “a mercadoria na esfera econômica tem o mesmo papel que a norma na esfera jurídica.” (MIAILLE, 1979, p. 89). A mercadoria torna iguais coisas diferentes permitindo com isto a generalização das relações de troca como modo de satisfação das infinitas e variadas necessidades humanas. O caráter social do trabalho dos produtores isolados, que só se relacionam no momento da troca, aparece como relação social entre coisas, entre as mercadorias que se trocam.

A regra de igualdade na esfera jurídica permite que pessoas diferentes tenham o mesmo direito sem a interferência de diferenças entre elas quanto a raça, religião, ou posição social e etc. Quando se define o direito que compete a cada pessoa, o que se estabelece são os papéis que assumirão os indivíduos no processo social de produção e automaticamente se estabelece um sistema de relações entre os indivíduos dentro de uma unidade de medida dessas relações sociais.

“O fetichismo da norma e da pessoa, unidos doravante sob o único vocábulo de direito, faz esquecer que a circulação, a troca e as relações entre pessoas são na realidade relações entre coisas, entre objectos que são exactamente os mesmos da produção e da circulação capitalistas.” (MIAILLE, 1979, p. 87).

O fetiche, que parece ser apenas uma ilusão ótica, é o modo como se manifesta a parcialização dos homens, que para viver em sociedade, devem parecer que são indivíduos isolados e que separam de si a força de trabalho, enquanto tempo de trabalho homogêneo, e a transformam em mercadoria que pode ser alienada, sem que qualquer conteúdo de sua humanidade participe da forma social do trabalho. É forma social de força de trabalho igual, tanto que pode ser substituída por trabalho mecânico ou eletrônico, e deseja-se que assim possa ser. Não pode, no entanto, ser substituída como única fonte que cria valor novo e não apenas repassa o valor que está em si incorporado.

“A igualdade completa de diferentes trabalhos só pode se assentar numa abstração que põe de lado a desigualdade existente entre eles e os reduz ao seu caráter comum de dispêndio de força humana de trabalho abstrato.” (MARX, 2001, p. 95).

A igualdade legal não poderia ser diferente. É a igualdade entre indivíduos abstratos, que se realiza pelo tratamento legal igual a despeito de diferenças. É a igualdade entre indivíduos igualmente

isolados na sociedade, cuja liberdade consiste no limite da liberdade do outro. Na sociedade burguesa, cada homem encontra no outro a limitação de sua liberdade e não a sua realização.⁵

Um modo de produção que num primeiro momento se assenta no compromisso com a possibilidade de os homens estabelecerem espontaneamente a ordem da convivência cotidiana e pela auto-composição na resolução de conflitos, autonomiza a regra acompanhando o processo de abstração de seus fundamentos materiais e torna-se norma imperativa, cogente, assumindo a forma de garantia do direito de autonomia e auto-composição.

A possibilidade de estabelecer a equivalência entre diferentes para possibilitar trocas e libertar o indivíduo da opressão da produção imediatamente social dos bens necessários à reprodução social, assim como para liberar das tradicionais hierarquias sociais com base em valores irracionais que acompanham a organização imediatamente social do trabalho, torna possível pela generalidade e amplitude que alcança enquanto forma social, a autonomia da regra, enquanto regra jurídica.

No modo de produção capitalista o direito penal torna-se direito autônomo em relação a outros ramos do direito. No entanto, um outro processo, que atinge também os demais ramos em que se divide o direito, é que vai destacar o direito penal como direito eminentemente repressivo, nos dias atuais – é o processo que identifica o direito com um legalismo ou estadualismo e que supõe um Estado enquanto autoridade da qual provêm as normas. “O Estado não é uma superestrutura jurídica mas só pode ser pensado como tal.” (Pachukanis, 1977, p. 122).

A instância jurídica, no modo de produção capitalista decorre imediatamente das relações de produção, no entanto, a esfera pública, enquanto local⁷ da organização política aparece não apenas como conformada e determinada juridicamente, mas, também como fonte do direito.

1.1 O direito e suas divisões

No seu desenvolvimento histórico, no interior do modo de produção capitalista, tal como se manifestou concretamente (no nível das diversas formações sociais), o direito sofre um processo de diferenciação interna, acompanhando o surgimento e recorte dos objetos que foram se apresentando à sua regulamentação, enquanto disciplinas específicas, com objetos

⁵ A igualdade consiste na aplicação da mesma lei para todos, quando protege ou quando castiga. (MARX, 1991, p.44)

autônomos, ou seja, que encontram em si mesmos toda a lógica de sua estrutura, organização e funcionamento.

Há um grande artificialismo nesta divisão que transparece claramente no momento de estabelecer as classificações ou a unidade teórica entre as diversas partes que compõem um grande campo do direito. A divisão nuclear direito público direito privado, por exemplo, aparece principalmente nas instituições onde o direito é ensinado, como uma divisão natural decorrente da própria lógica do objeto. Num primeiro momento o direito aparece como nacional em contraposição ao internacional. Os Estados nacionais modernos já nasceram como estruturas jurídicas e públicas. O direito internacional privado é considerado ramo do público por alguns autores⁶. No interior da grande divisão público-privado, são distribuídas as disciplinas do direito, conforme o objeto seja adequado a um ou outro campo. Embora pareça uma divisão natural e universal, basta que se recorra ao direito comparado, ou à história do direito para verificar-se que nos diversos países e momentos históricos o mesmo objeto do direito pode tanto aparecer como universal e naturalmente público ou natural e universalmente privado.

A arbitrariedade das classificações nos grandes sistemas jurídicos contemporâneos não decorre de insuficiências no interior da atividade científica no campo do direito. Antes, denuncia as contradições constituintes do próprio modo de produção onde se manifesta. Tudo se reproduz dentro de um modo de produção, tendo por padrão os aspectos nucleares desse modo de produção.

“Quando toda a vida econômica se edifica sobre o princípio do acordo entre as vontades independentes, cada função social reveste, de uma maneira mais ou menos reflectora, um carácter jurídico, isto é, torna-se simplesmente não apenas uma função social mas também um direito pertencente a quem exerce estas funções sociais”. (Pachukanis, 1977, p. 122).

Por isso, novos setores, novos produtos, à medida que vão surgindo, prestam-se a constituir novos ramos do direito como, por exemplo, o direito urbano, o direito agrário, o direito autoral, o direito da propriedade intelectual, o direito empresarial e etc.

⁶ José Afonso da Silva, no seu Curso de direito constitucional positivo.

1.2 As dicotomias direito público - direito privado e direito objetivo - direito subjetivo

O direito aparece, então, principalmente como a manifestação de um poder do Estado, o judiciário, que tem por função, “dizer o direito” e o direito é percebido como direito objetivo, um comando a ser obedecido, em sua manifestação positiva – norma elaborada pelo poder legislativo. Conclui-se que o direito é norma de conduta proveniente de uma autoridade e que as matérias reguladas pelo direito não são os elementos geradores da forma jurídica. Vigora a convicção de que o sujeito e a relação jurídica não existem fora da norma objetiva, assim como se acredita que “o valor não existe e não pode ser definido fora da oferta e da procura já que ele apenas se manifesta empiricamente nas flutuações dos preços.”(Pachukanis, 1977, p. 102). Proceda-se na teoria econômica da mesma forma que na jurídica: funda-se uma teoria lógico-formal em uma avaliação empírica individual. (Pachukanis, 1977, p. 102).

Para o positivismo jurídico o conteúdo do ordenamento jurídico é determinado pela vontade do legislador e não importa qual seja este conteúdo. As normas emanadas do Estado podem referir-se aos mais diversos assuntos. O que importa é que este ordenamento, qualquer que seja seu conteúdo, tenha caráter positivo. Jakobs comenta que para Kelsen, autor da obra que estabelece definitivamente o positivismo jurídico, o Estado nacional-socialista era Estado de direito, pois tratava-se de um “Estado com ordenamento normativo suscetível de ser imposto por coação. (...). Daí, se um tirano abusa dos cidadãos, desde que o abuso obedeça a uma determinada regra – ainda que esta disponha que a vontade do tirano é lei -, para esta concepção tratar-se-á de uma realização do Direito.” (JAKOBS, 2003, p.13).

Se se estabelece a norma como elemento primário, a partir do qual se organiza a teoria do direito, como o faz o positivismo jurídico, a existência de uma autoridade que formule e garanta a vigência da norma é pressuposta e alheia ao direito. O fato de que o positivismo jurídico elimina de seu âmbito de reflexões qualquer referência à autoridade que produz e mantém a norma pretende neutralizar qualquer interferência política da teoria e prática jurídica. “A sociedade burguesa produz os conteúdos; a ciência do Direito mantém a forma.” (JAKOBS. 2003, p. 12). O que resulta disto, no entanto, é que o direito aparece como direito objetivo, coativo, dado por uma autoridade, que seria o fundamento último do direito e a “superestrutura jurídica seria uma consequência da superestrutura política.” (Pachukanis, 1977, p. 103)

Pachukanis contesta esta implicação do positivismo jurídico, fundamentando-se na análise de Karl Marx sobre a posição da superestrutura jurídica em relação à superestrutura política. A superestrutura jurídica, no caso as relações de propriedade, praticamente se confunde com as relações de produção. São basicamente os mesmos atos e processos. Apenas as relações de propriedade aparecem como o momento jurídico, ou a expressão jurídica das relações de produção. A superestrutura política, identificada, no caso, com o Estado, tem sua origem e determinação nas relações de produção e de propriedade:

“(...) as relações de propriedade, que constituem a camada fundamental e mais profunda da superestrutura jurídica, se encontram em contato tão estreito com a base, que aparecem como sendo as ‘próprias relações de produção’ das quais são a ‘expressão jurídica’. O Estado, isto é, a organização do domínio político de classe, nasce no terreno de dadas relações de produção e de propriedade. As relações de produção e a sua expressão jurídica formam aquilo a que Marx chamava, na seqüência de Hegel, a sociedade civil.” (Pachukanis, 1977, p. 103).

Portanto, o Estado e a vida política estadual constituem um momento secundário e derivado em relação à sociedade civil. O Estado e a vida política do Estado é que têm sua fonte na sociedade civil, ou seja, nas relações de produção e sua expressão jurídica. As normas legais, enquanto produção legislativa de uma autoridade, só ganham sentido se relacionadas à economia mercantil e monetária e seus pressupostos sociais.

“Na esfera da organização política o direito público só pode existir como reflexo da forma jurídica privada ou então deixará, de uma maneira geral, de ser um direito. Qualquer tentativa que vise apresentar a função social pelo que ela é, isto é, simplesmente como função social, e que vise apresentar a norma simplesmente como regra organizatória significa a morte da forma jurídica.” (Pachukanis, 1977, p. 123)

Não podemos esquecer, no entanto, que na sociedade capitalista, os interesses gerais separam-se dos interesses privados e se opõem a eles. Quando, nesta oposição, os interesses gerais assumem a forma de interesses privados, assumem, pois, a forma jurídica e constituem os momentos jurídicos na organização estatal.

O direito público só se constitui no movimento através do qual ele é constantemente repellido do direito privado, determinando-se por seu oposto e a ele retornando como o seu centro de gravidade. (Pachukanis, 1977, p. 126) “Assim como é simples, compreensível e ‘natural’ o ‘direito do credor’ à restituição da dívida, assim é precário, problemático e ambíguo, digamos, o ‘direito’ do parlamentar a votar o orçamento.” (Pachukanis, 1977, p.127).

A separação entre o indivíduo e a sociedade toma a forma de oposição e as relações privadas se opõem às públicas na finalidade, no conteúdo e na expressão jurídica. A liberdade fica com o indivíduo e a coação com o Estado. O direito público, coativo, imperativo, tem sua razão de ser nas premissas do direito privado, qual seja, garantir a liberdade do indivíduo não importando que para isto precise cercear sua liberdade. A liberdade do indivíduo se confunde com sua propriedade, pois é o fundamento lógico e material dela.

A fronteira público privado não é estática. Sofre deslocamentos nos diversos momentos históricos e nas diversas formações sociais. É objeto de lutas e negociações e em geral obedece à efetiva correlação de forças sociais.

“Assistimos a duas deslocações da fronteira: uma no sentido favorável à publicização do direito, é o movimento mais aparente (correspondeu à vaga da economia dirigida depois de 1945); a outra, no sentido de sua privatização, é o movimento real.” (MIAILLE, 1979, p.148).

A privatização do Estado tem sua forma mais acabada na criação das agências reguladoras que primam pela regulamentação e fiscalização de setores privados prestadores de serviços, em sua maioria, essenciais, à população. Preocupam-se, estas agências, com a autonomia que tenham as prestadoras privadas de serviços face aos governos para que não haja interferência política, e cuidam com zelo das condições que permitam às prestadoras de serviço uma suposta excelência técnica e o sucesso econômico, pois este é o critério da eficiência. Parece que o sistema da dominação privada (regras de propriedade e de contratação formalmente igual entre desiguais) também quer se revestir da forma da regulamentação pública, neutralizando o canal da participação popular, por mais tênue que seja, o do governo eleito pelas regras da democracia burguesa (haja monstro frio).

A separação público-privado, a manifestação do direito enquanto norma coativa e enquanto faculdade de agir, e a produção centralizada da lei não são decorrentes de uma lógica jurídica fundada em si mesma, mas antes expressam a racionalidade que assumiu a dominação na sociedade capitalista, além de ser uma forma de acomodar suas contradições.

A forma jurídica, em si, não se constitui em forma de dominação pública⁷. A forma de dominação privada que engendra, poderia, teoricamente, em algumas de suas possibilidades

⁷ Constitui forma ideológica de dominação de classe, pois identifica o interesse e as premissas de um grupo específico, os capitalistas, com o interesse geral e com as premissas naturais de funcionamento de toda a sociedade.

(por exemplo, Rousseau da Origem das diferenças...) chegar a um grande equilíbrio de forças entre os atores sociais.

“O desenvolvimento do direito como sistema não foi engendrado pela exigência de relações de dominação, mas pela exigência das trocas comerciais entre pequenas populações que, precisamente, não estavam submetidas a uma esfera de poder único.” (Pachukanis, 1977, p. 110).

Configurações nada ortodoxas do modelo jurídico (e político) liberal burguês se mostraram compatíveis com as diversas formações sociais que historicamente se estabeleceram sob o domínio do capitalismo. De fato, este modelo jamais vigorou na plenitude de sua forma em nenhuma formação histórica concreta. No entanto o fato de que sua configuração tenha se aproximado paulatinamente de um modelo de dominação política, revestido de forma jurídica, pode ter múltiplas determinações. Dois aspectos que podem ter alguma importância neste processo serão destacados. O valor enquanto conteúdo da regra e o preço enquanto forma de realização do valor ou de realização do conteúdo da regra.

1.3 O valor: o conteúdo da regra

Há uma representação do indivíduo na sociedade burguesa, relacionada à sua existência enquanto proprietário de mercadorias, cuja troca propicia a satisfação de todas as suas necessidades. Esta representação o pressupõe isolado e livre, enquanto isolado. Para que este indivíduo satisfaça todas as suas necessidades mediante a troca da mercadoria de que dispõe (pode ser a força de trabalho), por aquelas de que necessita para viver, basta que ele seja proprietário de sua mercadoria. Ele não precisa ser filho de fulano, morador de tal região, praticante daquela ou desta religião. Estas referências sobre ele não interessam a ninguém, pois na troca de mercadorias só interessam os produtos que se relacionam uns com os outros como equivalentes.

Na sociedade burguesa um indivíduo satisfaz suas necessidades propiciando, mediante a troca, a satisfação da necessidade do outro. O indivíduo é proprietário de um bem que não tem utilidade para ele a não ser na medida em que este bem é útil a outro indivíduo. Realiza-se uma operação de troca que permite que aquele bem que não era útil para consumo de seu proprietário original chegue às mãos daquele para quem este bem satisfará uma necessidade mediante consumo. Com isto, o proprietário original do bem poderá adquirir os bens que para

ele apresentam utilidade. Somente nesta operação se estabelece o vínculo que torna o trabalho um trabalho social. A comunidade tem como único atributo, que a estabelece enquanto tal, a equivalência entre os valores das mercadorias de que cada um dispõe para trocar.

As normas de direito, tais quais as conhecemos, só ganham significado na sociedade de economia mercantil e monetária, porque, em primeiro lugar, referem-se aos bens, de produção ou de consumo, como propriedades. Portanto, as relações entre estes bens são relações de propriedade. Em segundo lugar, porque as estruturas políticas que foram se erigindo em torno destas relações de produção e de propriedade não apenas assumiram a forma jurídica, de preceitos legais, mas assumiram esta forma enquanto manifestação política dos pressupostos jurídicos de suas relações nucleares. O direito é direito de homens livres e iguais. Liberdade é a autonomia, o isolamento. Igualdade é a referência à equivalência nas relações. O Estado, como única forma de autoridade que pode obrigar alguém a fazer algo, só pode fazê-lo mediante lei. O conteúdo de qualquer lei só pode se referir à manutenção dos pressupostos das relações de produção, a liberdade, a igualdade e a propriedade. O direito, assim, se contrapõe a privilégio. Privilégio aparece como vantagem de direito público decorrente da vitória de um grupo sobre outro, decorrente da dominação que um grupo exerce sobre outro.

Este aspecto nuclear da sociedade capitalista foi libertador no que se refere à opressão das arbitrariedades das oligarquias tradicionais, e continua a sê-lo. É como direito, e não como privilégio, que as relações sociais das mais diversas naturezas se legitimam na sociedade capitalista – pelo conteúdo material, econômico das relações, mesmo onde elas não aparecem como tal. A sociedade capitalista coloca a relação de igualdade como nuclear em contraposição às hierarquias, por exemplo, das sociedades feudais, cujos fundamentos e valores, não racionais, pois apresentam-se antes como paixões (honra, glória, etc.), relacionavam-se à superioridade, forma que delineava a instância jurídica, e a legitimação da dominação aristocrática.

Neutraliza-se a esfera política feudal, em primeiro lugar, libertando as relações cotidianas das determinações diretamente políticas, dotando a esfera política de autonomia frente a estas relações. Os privilégios e obrigações (forma jurídica feudal) decorrentes da posição social, do servo ao senhor, são abolidos e a posição social perde o significado imediatamente político (e jurídico) que detinha. A possibilidade e a forma de participação nas

decisões políticas não decorrem, então, de qualquer posição social. A participação em uma relação econômica decorre do direito de propriedade sobre uma mercadoria. A participação na esfera política decorre de que, qualquer um, em qualquer situação, sendo proprietário de uma mercadoria, pode participar da relação social que o torna portador do direito ao equivalente da mercadoria que possui. É a igualdade e ela é aberta à inclusão social. A liberdade em relação a conteúdos de valor que não possam se reduzir à medida de valor equivalente, liberta ao mesmo tempo da opressão de julgamentos com base em valores morais, religiosos, em diferenças quanto à origem social, gênero, raça, etnia, etc.

Continua sendo o reconhecimento desta liberdade e desta igualdade o que reivindicam as vítimas de discriminações de todo o tipo. O que se lhes oferece como resposta são as discriminações positivas legais. A diferença dessas em relação aos privilégios é a necessidade da forma legal para estabelecê-las. Só a lei pode estabelecer discriminações positivas. E não foi sem luta que se admitiu esta ofensa ao princípio da igualdade na ordem jurídica formal. A base ideológica desta mitigação do princípio da igualdade formal é a desigualdade real e os movimentos sociais que lutam pela democracia real.

1.4 O preço: forma de realização do valor ou realização do conteúdo da regra

A forma mercadoria para se completar precisa encontrar uma mercadoria dinheiro apta a expressar “os valores das mercadorias como grandezas que têm a mesma denominação, qualitativamente iguais e quantitativamente comparáveis.” (MARX, 2001, p.121) Precisa, portanto, que uma mercadoria específica exerça a função de medida universal dos valores e se torne dinheiro. O ouro até recentemente era esta mercadoria dinheiro e vigia a regra do padrão-ouro. Atualmente há a referência a uma cesta de moedas que teriam substituído a função do padrão-ouro que até então servia de referência ao valor das diversas moedas nacionais e suas equivalências. “A expressão do valor de uma mercadoria em ouro é a sua forma dinheiro ou seu preço.” (MARX, 2001, p.122). O preço ou a forma dinheiro de uma mercadoria é uma forma ideal ou mental e se distingue da forma corpórea, real da mercadoria. “A magnitude do valor de uma mercadoria expressa uma relação necessária entre ela e o tempo de trabalho socialmente necessário para produzi-la, relação que é imanente ao processo de produção de mercadorias.” (MARX, 2001, p.129).

A transformação da magnitude do valor de uma mercadoria em preço é extrínseca àquela relação que, no entanto, só por meio desta transformação, se realiza.

“Nessa relação, pode o preço expressar tanto a magnitude do valor da mercadoria quanto essa magnitude deformada para mais ou para menos, de acordo com as circunstâncias. A possibilidade de divergência quantitativa entre preço e magnitude de valor, ou do afastamento do preço da magnitude de valor, é, assim, inerente à própria forma preço. Isto não constitui um defeito dela, mas torna-a a forma adequada a um modo de produção em que a regra só pode se impor através da média que se realiza, irresistivelmente, através da irregularidade aparente.” (MARX, 2001, p.129).

Não pode ser por coincidência que a forma jurídica se comporta de forma análoga na realização de sua atividade de aplicar a lei por meio de decisões. Realizar a equivalência jurídica “através da irregularidade aparente”, aplicar a mesma lei para todos de modo a que a igualdade jurídica se efetive, acontece de forma aproximada, com margens de variação não tão estreitas quanto seria de se desejar do ponto de vista da segurança jurídica. Segundo este aspecto é inevitável que situações absolutamente análogas encontrem decisões judiciais diferentes e até divergentes. Não decorre disto que necessariamente tais decisões sejam sentidas como não legítimas, ou que os órgãos que as proferiram tenham atuado de má-fé. Voltemos à forma preço.

“A forma preço, não só admite a possibilidade de divergência quantitativa entre magnitude de valor e preço, isto é, entre a magnitude de valor e sua própria expressão em dinheiro, mas também pode esconder uma contradição qualitativa, de modo que o preço deixa de ser expressão do valor, embora dinheiro seja apenas a forma do valor das mercadorias.” (MARX, 2001, p.129).

Como já havia referido Marx, “O nome de uma coisa” é extrínseco às suas propriedades” (MARX, 2001, p.128). Nada impede que ao nos referirmos a uma pessoa, troquemos o seu nome, ou que duas pessoas tenham o mesmo nome. No entanto, toda pessoa deve ter um nome. Não prescindimos de atribuir um nome específico a cada pessoa para nos referirmos a elas, embora saibamos que um nome é só um nome e não aquela pessoa. Mas aquela pessoa é aquela que tem aquele nome. O preço, designado pela sua expressão monetária, refere-se ao valor e só por esta referência mantém-se como vetor das relações sociais que efetua. Porque o preço pode se descolar de sua referência ao valor e “esconder contradições qualitativas”, permite, além das divergências inerentes à sua forma de atuar, que coisas que não têm valor econômico, como honra, consciência, etc., sejam tratadas como mercadorias, e alienadas por dinheiro. “Uma coisa pode formalmente ter um preço, sem ter valor.” (MARX, 2001, p. 130).

Do mesmo modo, a forma jurídica, por ser forma, embora seja de fato uma referência à equidade das relações sociais e seus pressupostos, pode se descolar desta referência, sem que por isto perca o sentido e pareça mais arbitrária do que nas divergências usuais de sua atuação normal.

Aspectos estruturais de nosso modo de produção sustentam a impressão de autonomia da norma em relação aos seus pressupostos, assim como o dinheiro parece ter vida própria, tanto quanto o capital financeiro, em sua hegemonia política, parece ser determinante economicamente e capaz de gerar mais valor sem que este mais valor tenha sido criado por trabalho novo, vivo, em algum ramo da atividade produtiva.

Já quando Pachukanis escreveu sua obra, publicada em 1924, era possível associar a idéia de que o direito tem como “momento lógico fundamental” a regulamentação externa e “identificar o direito com a ordem social estabelecida autoritariamente” ao “espírito de uma época em que a ideologia de Manchester e a livre concorrência foram substituídas pelos grandes monopólios e pela política imperialista”.

“O capital financeiro aprecia muito mais um poder forte e a disciplina do que ‘os direitos eternos e intocáveis do homem e do cidadão’. O proprietário capitalista, transformado em auferidor de dividendos e de lucros de bolsa, não pode deixar de encarar, sem um certo cinismo, ‘o direito sagrado de propriedade’.” (Pachukanis, 1977, p. 119).

No momento atual, a idéia do direito como regulamentação externa e sua identificação com a ordem social estabelecida autoritariamente concilia “a ideologia de Manchester e da livre concorrência” com “os grandes monopólios, a política imperialista” e com “o gosto do capital financeiro pelo poder forte e a disciplina”. Disto decorre o caráter de nossa sociedade atual, que permite que se identifique o direito como mera técnica que “administra as condições comuns das respectivas satisfações privadas”, e que, se guarda algum resíduo humanista que o identifique como ciência, se refere exclusivamente à obrigação de fazer compreender “os limites do tecnicismo de nosso tempo ao fazê-lo aflorar de modo consciente.” (JAKOBS, 2003, p. 26).

O resultado do desenvolvimento histórico das premissas econômicas e sociais do direito (conforme encontradas nas obras dos fundadores do pensamento político moderno) levou ao “empobrecimento do direito”, reduzindo-o a um tecnicismo. Os estudantes que optam pela formação universitária no âmbito do direito “não esperam ciência, mas técnica, conhecimentos sobre o funcionamento das coisas.” (JAKOBS, 2003, p.2). A sobreposição do fim unitário, êxito econômico, a todas as esferas da vida, a generalização deste critério para

todos os aspectos da vida, empobreceu-a de seus conteúdos específicos. Ter dinheiro é o fim último, pois é o único meio de satisfação de toda e qualquer necessidade.

Pachukanis refere-se a um procedimento da percepção dos fenômenos, utilizado pela filosofia do direito, que ao seu modo reproduz a lógica de funcionamento presente na mercadoria, e, no âmbito específico em que atua, produz um esvaziamento dos conteúdos específicos da vida. A filosofia do direito toma por geral um aspecto particular de um fenômeno, que, este sim, é dotado de generalidade.

“A análise corrente, que pode encontrar-se em qualquer filosofia do Direito, constrói a relação jurídica, como relação por excelência, como relação da vontade dos homens em geral. O pensamento parte aqui dos “resultados acabados do processo de evolução,” das “formas de pensamento corrente,” sem ter em conta a sua origem histórica. Enquanto na realidade as premissas do acto de troca se tornam, em função da economia mercantil, as premissas naturais, as formas naturais de qualquer relação humana, à qual imprimem a sua marca, os actos de comércio, pelo contrário, apresentam-se na mente dos filósofos unicamente como casos particulares de uma forma geral que tomou para eles um caráter de eternidade.” ((Pachukanis, 1977, p.92).

Os atos de troca são os atos mediante os quais as necessidades humanas podem ser satisfeitos na sociedade capitalista dado o alcance que tomou a divisão social do trabalho. Cada indivíduo vende a mercadoria de que dispõe para obter dinheiro, obtém mediante troca por dinheiro todas as outras de que necessita. Por isso o ato de troca alcança um nível de generalidade que abarca toda a sociedade (de indivíduos) e todos os aspectos da vida de cada um, pois cada aspecto da vida será satisfeito, ou não, mediante troca. Como as trocas não são diretas mas são efetuadas mediante o pagamento em dinheiro de seu preço, a própria troca entre mercadorias desaparece e o dinheiro aparece como o meio universal de satisfação das necessidades. Logo, o dinheiro em si aparece como a única necessidade real.

Houve alterações meramente quantitativas relacionadas ao fenômeno, sua magnitude e generalização. Talvez a capacidade de sobreposição do fim econômico a todos os conteúdos da vida com o empobrecimento de seus conteúdos específicos seja uma mudança estrutural. Pode tratar-se, no entanto, apenas de um momento específico de um longo processo histórico, no qual revelam-se seus limites, ou seja, até onde podem chegar determinados aspectos quando acirrados pelo próprio desenvolvimento que lograram, quando livres de seus naturais constrangimentos que foram concretamente reduzidos ou conduzidos à sua real dimensão numa determinada ordem social.

2. O DIREITO PENAL

O capítulo da obra de Pachukanis “A teoria geral do direito e o marxismo” que trata do direito penal chama-se “o direito e a violação do direito”. Este será o tema do presente capítulo.

Para Pachukanis a forma jurídica adquire significação universal e a ideologia jurídica se torna a ideologia por excelência na sociedade burguesa. O substrato material da forma jurídica é a relação econômica privada da sociedade capitalista. No entanto, Pachukanis esforça-se por compreender as “formas embrionárias” do direito nos períodos pré-capitalistas e “relacioná-las com as formas mais desenvolvidas,” sem que chegue, no entanto, delinear “os grandes traços de evolução histórica e dialética da forma jurídica.” (Pachukanis, 1977, p.37).

No capítulo da obra a que estamos nos referindo, o autor começa a identificar o direito, nos primórdios da história russa, com a violação da norma. Há referências à história de outros povos, (os germânicos, os romanos, os gregos), e o direito em seus primórdios identifica-se ainda com a violação do direito. Não há, como já foi dito, intenção de abordagem histórica do fenômeno, mas apenas a abstração de traços lógicos de suas base históricas.

“A não submissão à norma, a violação da norma, a ruptura da forma normal das relações e os conflitos daí resultantes constituem o ponto de partida e conteúdo principal da legislação arcaica.” (Pachukanis, 1977, p.216).

A lei não fixa o que é normal, mas o que rompe com, ou se opõe ao normal. É com a violação do direito que surge o caráter específico da relação jurídica. “O conceito de roubo surge mais cedo do que o conceito de propriedade.” (Pachukanis, 1977, p.216).

Nas sociedades pré-capitalista as infrações penais ou civis não distinguem-se umas das outras. Tampouco as penalidades recebiam esta clivagem. Um devedor insolvente poderia pagar a sua dívida com partes de seu corpo e uma ofensa física poderia ser ressarcida em bens. No entanto, a idéia puramente jurídica de equivalência é a que se encontra presente nestas relações. Por sua vez, o caráter dramático de que se reveste o processo judiciário e que serve-se de fórmulas e cerimônias solenes, para criar uma “singular existência jurídica,” destacando o momento jurídico dos momentos normais cotidianos, relaciona-se mais diretamente ao direito penal.

“Se, [...], o direito privado reflecte, o mais directamente, as condições gerais de existência da forma jurídica como tal, o direito penal representa a esfera onde a relação jurídica atinge a maior tensão. Aqui, o momento jurídico destaca-se, pela primeira vez e o mais

nitidamente, das práticas consuetudinárias e torna-se totalmente independente [...]. O carácter dramático do processo criou, de maneira patente, uma singular existência jurídica.” (Pachukanis, 1977, p.217)

O direito penal, por atingir mais direta e brutalmente a pessoa individual, identifica-se, no senso comum, ao direito, tomando-se a parte pelo todo. No entanto, é na forma mercantil que a idéia de equivalência, idéia puramente jurídica, encontra sua fonte. “A proporção entre delito e a reparação se reduz a uma proporção de troca.” (Pachukanis, 1977, p.219). Tanto é assim que para Ihering o processo penal reveste o carácter de um contrato comercial onde as partes negociam até chegar a um acordo. A presença de um mediador ou arbitro, escolhido por ambas as partes, facilita a composição. Daí a que uma autoridade pública assumisse a posição de juiz exclusivo necessitou de outros pressupostos.

Em primeiro lugar houve razões de ordem fiscal para que as penas se tornassem públicas. A autoridade pública recebia custa judiciais a título de compensação pelo serviço e tempo despendido na atividade judiciária.

“[...] ao lado da pena pública como fonte de rendimento, surge muito cedo a pena como meio de manter a disciplina e defender a autoridade do poder clerical e militar.” (Pachukanis, 1977, p.223).

O fato de os delitos poderem se revestir de carácter de ofensa aos preceitos religiosos, ou às próprias entidades religiosas, permite o uso do direito como meio de obter obediência ao mesmo tempo em que este se constitui em fonte de renda para as autoridades clericais. A pena, além de revestir o carácter de equivalente ou reparação, adquire um “significado superior, abstrato, como castigo divino.” (Pachukanis, 1977, p.223). No momento histórico, em que se identifica a importância e o papel da igreja na organização das sociedades pré-capitalista, pode-se identificar o seguinte processo:

“[...] a Igreja quer associar o momento material da indemnização ao motivo ideológico da expiação (expiatio) e fazer assim do direito penal, construído sobre o princípio da vingança privada, um meio eficaz de manutenção da disciplina pública, isto é, do domínio de classe.” (Pachukanis, 1977, p.224).

Já num período posterior, na sociedade europeia, na sociedade de classes amplamente desenvolvida, a capitalista, com o desenvolvimento do comércio e dos Estados nacionais, a justiça penal já não é mais “um simples meio de enriquecimento, para os detentores do poder, mas um meio de repressão impiedosa e brutal.” (Pachukanis, 1977, p.223). Paradoxalmente é

também a sociedade onde o momento propriamente jurídico, inclusive em sua manifestação penal, encontra-se mais amplamente desenvolvido, como por exemplo, na obra de Beccaria.

A explicação para o caráter que assume a prática penal do Estado nas sociedades de classes encontra-se em sua natureza antagônica. “O interesse de classe imprime, assim, a cada sistema penal a marca da concretização histórica.” (Pachukanis, 1977, p.227).

No entanto, o conteúdo e o caráter de instrumento de dominação de classe que assume o direito penal do poder do Estado não impede, necessariamente e em todos os casos, que a forma jurídica do direito penal se manifeste, e que esta efetive-se através da jurisprudência. Mesmo nos momento de mais encarniçada luta e de atuação do aparelho repressivo, assim como nas fases pré-capitalistas, ou nas formações sociais em que o modo de produção capitalista aparece articulado a elementos de outros modos de produção, a forma jurídica não necessariamente se extingue por completo, desde que as manifestações judiciárias encontrem seu fundamento em uma referência à proporcionalidade das relações à quais se refere⁸. “Inversamente, se este princípio da relação de equivalência desaparece, a própria denominação de “direito penal” perde todo o significado”. (Pachukanis, 1977, p.227).

A realização da forma jurídica, no direito penal da sociedade moderna, identifica-se ao Estado de direito e atinge o mais alto grau na vigência de uma unidade de medida com base na troca de equivalentes. Apesar de o direito penal moderno aparecer como fundado na violação da norma legal estatal, e não como lesão à direitos de um indivíduo, o dano sofrido pela parte lesada reaparece no processo, por intermédio do procurador público. Não é sem motivo que o Estado atua no processo penal representado por duas pessoas distintas, o procurador público, que faz a denúncia e promove a persecução penal e o juiz, parte imparcial que põe fim à lide por meio de decisão. O procurador, representante do Estado que procura reparação da lesão à norma estatal, só pode atuar no processo como parte. Mesmo que a parte lesada, e suas pretensões, estejam escondidas por trás da lesão ao bem jurídico penalmente protegido, o processo não pode prescindir da figura de uma vítima que pede reparação. Não pode prescindir também de uma parte oposta que solicita uma avaliação menos gravosa do dano a ser reparado e, por fim, o tribunal pronuncia-se pela equidade. Manifesta-se, assim, forma do contrato que delinea a forma jurídica.

⁸ Do mesmo modo que relações de troca podem ser estabelecidas mesmo em economias predominantemente de subsistência.

No entanto, quanto mais acirrada a luta de classes mais difícil torna-se ao direito penal realizar-se no interior da forma jurídica.

“Neste caso, o tribunal “imparcial”, com a s suas garantias jurídicas, cede o lugar a uma organização directa da violência de classe, cujas ações são guiadas exclusivamente por considerações de oportunidade política” (Pachukanis, 1977, p.230).

Transformar o processo penal em modo pelo qual se verifica como transformar a vida do acusado, com o intuito de corrigi-lo para proteger a sociedade, e a pena em mera adoção de procedimento correcional, significaria a inexistência da forma jurídica no direito penal, e, portanto, a inexistência do próprio direito penal. Nestes casos, o processo poderia ser, por exemplo, pesquisa investigativa com fim de sustentar decisões técnicas sobre medidas de proteção à sociedade. A pesquisa e as decisões por ela sustentadas se refeririam a fins a serem perseguidos, passíveis de verificação técnica. Um procedimento com fins a transformar a vida do acusado para corrigi-lo e proteger a sociedade pode, também, ser mera repressão política, na forma de regulamentação estatal.

A inclusão de um momento exclusivamente psicológico no conceito de responsabilidade pessoal, que identifica o ato punível, poderia significar que o que se avalia são as condições subjetivas do autor de um delito com finalidade de intervenção médica ou pedagógica. Não é disto que se trata. A inclusão do dolo ou a da imprevisão na conduta típica, não significa a exclusão da relação jurídica de reparação equivalente. Não significa que houve um afastamento da forma jurídica e o processo se teria tornado instrumento de investigação psicológica. A responsabilidade penal, ao contrário, torna-se fundamento para a gradação das penas equivalentes. Quanto mais responsável o acusado, quanto mais ele desejou praticar a conduta lesiva e alcançar seu resultado, maior a pena. Quando, no entanto, a pena tem por fim corrigir o acusado de modo a torná-lo mais responsável, o contrário ocorreria, quanto menos responsável o réu, maior a pena. Tratar-se-ia, pois, de um contra-senso e de uma irracionalidade. A pena enquanto retribuição deve ser proporcional ao delito, e quanto maior a intenção consciente do autor de produzir um resultado lesivo ao bem jurídico, maior a lesividade da conduta, maior a pena. Se o autor da conduta não teve qualquer intenção de

produzir um resultado, ou capacidade de representar em sua consciência o resultado de sua ação, e desejá-lo, não há delito a punir⁹.

Se a responsabilidade torna-se pressuposto da pena, a idéia de reparação é imprescindível, e, portanto, a forma jurídica prevalece. “O delinqüente responde com a liberdade pelo delito cometido e responde com um quantum que é proporcionado à gravidade do seu acto.” (Pachukanis, 1977, p.235). Esta é a forma específica de realização da reparação equivalente do direito penal moderno. A sua contradição com os fins de proteção da sociedade pela reeducação do delinqüente não é apenas uma questão teórica, mas encontra-se na estrutura da própria sociedade. A política penal trás em si um componente de defesa social, que se apresenta como defesa do bem comum, mas trata-se, por se tratar de uma sociedade de classes, de defesa da classe dominante e de seus interesses, que aparece como “medidas de defesa social e de reeducação dos indivíduos socialmente perigosos”. (Pachukanis, 1977, p.235).

Pachukanis refere-se à dificuldade de transição do direito penal da reparação para um de defesa social, na Rússia socialista de sua época. A determinação da forma jurídica não é legislativa, mas social. No caso da revolução russa, pretendia-se abolir as classes sociais, o antagonismo entre elas, e a possibilidade de exploração de uma pela outra. Isto também não acontece por determinação legal. O direito em geral e o direito penal não mais existiriam, naturalmente, com a abolição social das classes sociais. De qualquer modo as próprias medidas de defesa social não seriam, neste caso, judiciárias, mas forma autônoma, de medidas de natureza médica e pedagógica, com resultado verificável de forma técnica, médica e/ou pedagógica. Sem entrar no mérito do que veio a acontecer na URSS, pois não nos interessa agora, para os fins deste trabalho, além de não dispormos de informação sobre o assunto, importa chamar atenção para a ressalva que Pachukanis faz:

“Uma aplicação coerente do princípio de defesa da sociedade [...] exigiria [...] uma descrição precisa de sintomas que caracterizam o estado socialmente perigoso e uma elaboração precisa dos métodos a aplicar em cada caso particular para proteger a sociedade.” (Pachukanis, 1977, p.244).

⁹ Jakobs observa que numa sociedade onde os indivíduos não tomam consciência da possibilidade de resultados lesivos de suas condutas por falta de compromisso com esta sociedade ou porque ignorar os riscos de suas condutas pode trazer vantagens econômicas aos indivíduos, deve ser imputado ao autor o dolo indireto.

Pachukanis alerta para as dificuldades envolvidas em tal projeto além do fato que seria um absurdo forçar um indivíduo a expiar porque a sociedade o considera perigoso. Parece que a nossa sociedade pós ameaça comunista, que nem sequer cogita se, por um acaso, o interesse da classe dominante não é o interesse de todos, superou estas dificuldades. A classe dominante, portadora incontestada do bem geral, encontra expressão para sua política penal de defesa social em concepções como a de Günter Jakobs sobre o direito penal do inimigo. Voltaremos a ela após uma pequena passagem pela história do surgimento da sociedade do controle de Michel Foucault, onde são relatados alguns dos processos relacionados à organização da repressão penal na sociedade atual.

3. MICHEL FOUCAULT: DAS SOCIEDADES DISCIPLINARES ÀS SOCIEDADE DE CONTROLE

Jakob Günther identifica já nos primeiros pensadores da ordem burguesa a existência do direito penal do inimigo. Foucault, por sua vez, identifica o nascimento dos mecanismos e instrumentos da sociedade disciplinar – e de sua sucedânea, a sociedade de controle – em determinadas práticas de origem popular, primeiro de defesa, depois de afirmação e finalmente autônomas.

Foucault (FOUCAULT, 2001) investiga a sociedade disciplinar que surge no final do século XVIII e início do século XIX, contrapondo a teoria liberal do direito penal e a prática que junto com ela se desenvolve. Pergunta-se como uma determinada teoria penal que programa claramente certo tipo de coisas caminha ao lado de uma prática real, social, que conduziu a resultados totalmente diferentes.

Para Foucault, o discurso penal liberal, que encontra sua expressão em “Beccaria, Bentham, Brissot e em legisladores que são os autores do 1º e 2º código Penal francês da época revolucionária” (FOUCAULT, 2001, p.80), propunha “a organização da penalidade centrada na infração penal e na infração a uma lei representando a utilidade pública,” (FOUCAULT, 2001, p.83). O crime, portanto, como dano social e não religioso ou moral, e como ato de ruptura da lei civil. Apenas as condutas definidas previamente por lei, como nocivas socialmente, são passíveis de punição.

↗

O criminoso também sofre redefinição teórica. O criminoso é o que danifica a sociedade sendo, portanto, nocivo a ela por romper o pacto social. Esta definição, que identifica o criminoso com o inimigo interno da sociedade, “é nova e capital na história da teoria do crime e da penalidade.” (FOUCAULT, 2001, p.83). A pena, não sendo, portanto, redenção de pecado ou vingança regulamentada na lei, torna-se reparação da perturbação que a conduta, previamente definida como lesiva, causou.

“[...] para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.” (BECCARIA, 2005, p.107).

Em decorrência desta reformulação teórica, haverá quatro tipos de punição possíveis, segundo Foucault. Primeiro, deportação ou banimento, já que quem pratica crime é o inimigo

social. Segundo, a exclusão social sem o afastamento físico, isolamento moral, psicológico e público, provocados pela vergonha e humilhação face à aversão e desprezo da opinião pública suscitados pelo crime. Terceiro, a reparação do dano causado pelo trabalho forçado do criminoso. Quarto, a retribuição do dano, na mesma proporção do dano causado, para que, quem delinqüiu, não queira volta a delinqüir,

Os projetos assim elaborados, inclusive na forma de legislação efetivamente adotada, tomam seus próprios rumos, não como negação, mas como desvio. “A prisão não pertence ao projeto teórico da reforma da penalidade do século XVIII. Surge no início do século XIX, como uma instituição de fato, quase sem justificativa teórica.” (FOUCAULT, 2001, p.80).

A própria lei penal sofre uma inflexão em relação ao que estava na teoria, a partir do início do século XIX. Ela procurará ajustar-se ao indivíduo, mitigando a generalidade da aplicação da lei por meio de atenuantes em razão da pessoa, e pretenderá menos defender a sociedade do que controlar e reformar o comportamento dos indivíduos.

A penalidade projetada por Beccaria, segundo a qual não há punição sem lei explícita e sem comportamento explícito de violação da lei, ajusta-se para controlar, não o que o indivíduo fez, mas o que ele pode fazer. A noção de periculosidade torna-se central para a criminologia do século XIX. O judiciário, para efetuar tal controle, deve recorrer “a poderes laterais, à margem da justiça, como a polícia e toda uma rede de instituições de vigilância e correção.” (FOUCAULT, 2001, p.86).

A tarefa de corrigir virtualidades dos indivíduos dissemina-se por toda a sociedade, por meio de diversas instituições, daquelas que se organizam em torno do judiciário até aquelas que pretendem enquadrar os indivíduos durante toda a sua existência, como a escola, os hospitais, a fábrica, etc. Foucault refere-se a este período como a “idade da ortopedia social” e classifica a sociedade que vive esta idade como “sociedade disciplinar por oposição às sociedades propriamente penais que conhecíamos anteriormente”. E Bentham, criador do *panopticon*, é seu apóstolo. (FOUCAULT, 2001, p.86). O *panopticon*, uma forma de arquitetura, assentada sobre um poder-saber de vigilância total e sem interrupção de todos os indivíduos dentro do prédio, por um só, de forma centralizada. O panoptismo tornou-se o modelo em torno do qual a sociedade capitalista do século XX organizou mecanismos de

poder, mecanismos de controle, difundidos por toda a sociedade, por meio de suas instituições, que produzem um certo saber sobre as virtualidades dos indivíduos.

Os casos da França e da Inglaterra são tomados para análise de como alguns destes mecanismos de controle foram obscuramente se formando durante o século XVIII para responder a certas necessidades e foram progressivamente ganhando importância até se estenderem a toda a sociedade e se imporem à prática penal. Assim, para Foucault, a teoria penal liberal tem seu programa original progressivamente suplantado por uma certa prática social.

Na Inglaterra, estes mecanismos de controle da população e do comportamento dos indivíduos tiveram origem em grupos de pessoas de nível social relativamente baixo que se auto-atribuíam a tarefa de manter a ordem. Foram inicialmente grupos religiosos que organizavam a própria polícia e tinham a dupla tarefa de vigilância e de assistência. Eram grupos quase populares e estes mecanismos de controle constituíam uma forma de defesa contra a lei penal medieval, que poderia atingi-los, já que eram grupos dissidentes religiosos. Coíbiam comportamentos de membros do grupo que pudessem justificar a intervenção da lei penal sobre o grupo.

Houve também sociedades não religiosas que se preocupavam com a reforma das maneiras: impedir bebedeiras, prostituição, adultério, etc. “Tratava-se como diz Wesley em seus sermões, de impedir a classe mais baixa e mais vil de se aproveitar dos jovens sem experiência e lhes extorquir seu dinheiro”. (FOUCAULT, 2001, p.90).

No final do século XVIII surge uma sociedade de funcionamento essencialmente moral, no entanto, laicizada. Há ainda os grupos de autodefesa de caráter para-militar. Os grupos mais afortunados da aristocracia e da burguesia se organizavam em resposta a agitações populares que não eram ainda proletárias. Por último; temos as sociedades propriamente econômicas que se organizam para defender seu patrimônio contra amotinados e bandidos.

Essas sociedades de supressão dos vícios sofrem um deslocamento social recrutando seus quadros entre pessoas ricas. Não têm mais o caráter de auto defesa penal e tornam-se, ao contrário, um reforço da autoridade penal.

“[...] enquanto no primeiro grupo tratava-se de fazer reinar uma ordem moral diferente da lei que permitisse aos indivíduos escapar à lei, no fim do século XVII esses grupos - agora controlados e animados por aristocratas e pessoas ricas - têm como objetivo essencial obter do poder político novas leis que ratificarão esse esforço moral. Tem-se assim um deslocamento da moralidade à penalidade.” (FOUCAULT, 2001, p.93).

A partir do momento em que as classes ricas, detentoras do poder passam a exercer esse controle moral sobre as camadas populares mais pobres, torna-se um instrumento de poder político. Ocorre uma estatização progressiva desses instrumentos de controle social que acabam por se introduzir no sistema penal.

“Estas sociedades respondiam a uma necessidade demográfica ou social, à urbanização, ao grande deslocamento de populações do campo para as cidades; respondiam também (...), a uma transformação econômica importante, a uma nova forma de acumulação da riqueza, na medida em que, quando a riqueza começa a se acumular em forma de estoque, de mercadoria armazenada, de máquinas, torna-se necessário guardar, vigiar e garantir sua segurança; respondiam, enfim, a uma nova situação política, às novas formas de revoltas populares que, de origem essencialmente camponesa, nos séculos XVI e XVII, se tornam agora grandes revoltas urbanas populares e, em seguida, proletárias.” (FOUCAULT, 2001, p. 92).

Na França o percurso foi diferente, pois, ainda possuía monarquia absoluta com forte aparelho de Estado. Foucault comenta ter sido a França a inventar um instrumento para-judiciário - a polícia, além de ser dotada do aparelho judiciário clássico. Além disso, a prisão, que vai se tornar a principal forma de punição do século XIX, tem sua origem numa prática francesa para-judiciária, a *lettre-de- cachet*, uma ordem do rei a uma pessoa, obrigando-a a fazer algo. Em geral era um instrumento de punição. Na maioria das vezes, a *lettre-de- cachet* era solicitada ao rei por maridos ultrajados, comunidade perturbada por algum indivíduo inconveniente, moças desonradas pedindo que o rei obrigasse o rapaz a se casar com ela, entre outros motivos.

Tornavam-se então, de instrumento de arbitrariedade real, em instrumento de controle espontâneo que a sociedade exercia sobre si mesma, regulando a moralidade da vida cotidiana e também regulando conflitos, inclusive trabalhistas. Das *lettres-de cachet* punitiva resultava a prisão para a correção, sem prescrição prévia ou determinada de tempo.

A despeito de a principal obra do direito penal liberal não fazer referência à prisão como pena, mas apenas como maneira de deter o cidadão até que este seja considerado culpado, a prisão tornou-se a pena por excelência do regime capitalista e da sociedade contemporânea. E, ainda, a pena de prisão teve sua origem em aparelhos para-judiciários relacionados a práticas populares.

Foucault explica este processo de “desvio” do projeto liberal original, acertadamente, pela materialidade que a riqueza assume nas sociedades capitalista. A riqueza configura-se na sociedade capitalista em “uma imensa acumulação de mercadoria”.

“Ora, essa fortuna constituída de estoques matérias-primas, objetos importados, máquinas, oficinas, etc., está diretamente exposta à depredação. Toda essa população de gente pobre, de desempregados, de pessoas que procuram trabalho tem agora uma espécie de contato direto, físico com a fortuna.” (FOUCAULT, 2001, p. 100).

A proteção desta forma material de riqueza necessita que sejam instaurados mecanismos de controle adequados à sua proteção. Por isso, “esse controle, com um funcionamento de base quase popular, foi retomado de cima em determinado momento” (FOUCAULT, 2001, p.101). E a eles foi dada uma versão autoritária e estatal. Foucault não ignora, é claro, a adequação das sociedade disciplinares à organização capitalista da produção e ao controle do trabalho.

As práticas punitivas estatais, neste novo contexto de acumulação de mercadorias, encontram nos novos instrumentos de controle social forma e conteúdos adequados. Não foi, portanto, para punir que se começou a vigiar. A fábrica, tanto quanto, ou até mais que a prisão, realiza o projeto ideal dos meios de confinamento. A causalidade entre os dois termos, vigiar e punir, não se estabelece assim nesta ordem direta. Produzir corpos dóceis, eis aí uma valiosa lição aprendida com o mestre Nietzsche, para explicar particularidades deste processo:

“É essa a função do Leviatã: colocar as individualidades corporais em seu lugar hierarquicamente determinado, de tal modo que tais individualidade – expressões do tumulto imanente à vida tornem-se inatuantes (obedecer não é agir, mas somente efetuar segundo a norma); comandam os que não são mais do que almas; executam os que tiveram aniquilada toda força inventiva.

Portanto, qual é, em última análise, o objetivo de tais dispositivos? Reduzir a vida a seu exercício biológico mínimo; destruir os prazeres e os sofrimentos intensos em proveito da segurança e do bem-estar médio; privilegiar a mitologia da razão – em nome da prudência – em detrimento da potência passional; educar os músculos para que aprendam a se dominar ou a só efetuar gestos pré-determinados... E qual é a paixão oculta que anima o platonismo? O medo, o medo da vida, que é excessivo.

É assim que Platão propõe substituir a vivacidade dos corpos singulares pelo corpo mecânico do “monstro frio”. A ordem da Verdade, desta verdade começa... e ela conduz ao Estado Moderno”. (CHÂTELET; PISIER-KOUCHNER, 1983. p.24).

As sociedades disciplinares, nascidas nos séculos XVIII e XIX, atingem seu apogeu no início do século XX. Antes delas vieram as sociedades de soberania (Foucault também se refere a este período anterior como sociedade penal), cujo objetivo e funções eram “açambarcar, mais do que organizar a produção, decidir mais sobre a morte do que gerir a

vida.” (DELEUZE: 2000, p.219). A sociedade disciplinar, - cujo objetivo e funções eram “concentrar; distribuir no espaço; ordenar no tempo; compor no espaço tempo uma força produtiva cujo efeito deve ser superior à soma das forças elementares.” (DELEUZE: 2000, p.219), - rapidamente conheceu sua crise e cedeu lugar a novas forças que se instalaram após a segunda Guerra mundial. As diversas instituições de confinamento, família, escola, hospital, prisão, fábrica, etc., agonizam, e são anunciadas reformas para gerir esta agonia, enquanto não se instalam definitivamente as novas forças que se anunciam: as da sociedade de controle em substituição às sociedades disciplinares. “Controle” é o nome do novo monstro. Deleuze expõe algumas de suas características em contraposição às características das sociedades disciplinares:

Os confinamentos, das sociedades disciplinares são moldes, os controles são uma modulação, uma moldagem auto-deformante que muda continuamente. A linguagem dos meios de confinamento é analógica, a dos modos de controle é numérica (não necessariamente binária). A empresa nas sociedades de controle substitui a fábrica e o sistema modulador de premiação, de jogos, de salário por mérito atravessa todas as instituições, da escola à empresa. A formação permanente substitui a escola e o controle contínuo substitui o exame. Nas sociedades disciplinares se recomeçava o tempo todo, nas de controle, não se termina nada. A forma jurídica da quitação aparente é substituída pela forma jurídica da moratória ilimitada. O homem não é mais o homem confinado, mas o homem endividado. Nas sociedades disciplinares a assinatura indica o indivíduo e o número de matrícula indica sua posição numa massa, nas sociedades de controle o essencial é a cifra, uma senha, que marcam o acesso à informação ou a rejeição. Quanto ao dinheiro, talvez a melhor expressão da diferença entre as duas sociedades, a disciplina sempre se referiu a moedas cunhadas em ouro - que servia de medida-padrão. O controle remete a trocas flutuantes, modulações que fazem intervir como cifra uma percentagem de diferentes amostras de moedas. O capitalismo das sociedades disciplinares volta-se para a produção, o das sociedades de controle é voltado para o produto, para a venda ou o mercado. O instrumento de controle social, agora é o marketing que “forma a raça impudente de nossos senhores sociais”. A disciplina é de longa duração, infinita e descontínua enquanto que o controle é de curto prazo e de rotação rápida, mas contínuo e ilimitado. (DELEUZE, 2000, p.220 - 224)

Outras características poderiam ser selecionadas no belo texto de Deleuze em homenagem a Foucault. Estas, no entanto, já são suficientemente ilustrativas dos processos

sociais que acompanham o presente movimento de redefinição do direito penal no sentido de eliminação das garantias e de acirramento das penas assim como de transformação de suas modalidades. A periculosidade, que aparece nas sociedades disciplinares, continua central nas sociedades de controle. O uso de coleiras eletrônicas, - adequada para o perigo sempre eminente em indivíduos cuja modulação não é decorrente de nenhum conteúdo prévio, mas ao imperativo de obter êxito, vencer a competição, - é um exemplo das respostas que as sociedades de controle podem trazer para a crise das sociedades disciplinares. Poderia se dizer que as sociedades de controle sempre estiveram, assim como as sociedades disciplinares, presentes na lógica da reprodução do capital. Há momentos em que um aspecto se sobrepõe ao outro. Mas a periculosidade, por exemplo, é um conceito que atravessa os dois tipos de sociedade.

Outro aspecto levantado por Deleuze é relevante para o tema tratado:

“É verdade que o capitalismo manteve como constante a extrema miséria de três quartos da humanidade, pobres demais para a dívida, numerosos demais para o confinamento: o controle não só terá que enfrentar a dissipação das fronteiras, mas também a explosão dos guetos e das favelas” (DELEUZE, 2000, p. 224).

O Brasil mantém a sua tradição de acompanhar as tendências estabelecidas nas economias centrais, com uma dinâmica interessante. Um pequeno e seletivo grupo vive em um país de fantasias, com padrão de vida, como se diz, “de primeiro mundo.” Vivem como estrangeiros em seu próprio país. O restante da população, em sua maioria, compõe aquela parcela da humanidade dos “pobres demais para a dívida e para o confinamento”. No entanto, talvez por desconhecimento de como efetivamente se configuram as sociedades periféricas, Deleuze se enganou. Não há pobres demais para o confinamento. Ao contrário são eles os alvos principais de tal prática, ao menos no Brasil. As prisões, no Brasil, adquiriram o aspecto de um monstro assustador¹⁰, caricatura do modelo dos países centrais, uma adaptação daquele, cuja perversidade, embora presente no original, aqui aparece como resultado de suas próprias deficiências. O Estado de direito brasileiro reflete bem as dificuldades decorrentes da adaptação de uma realidade a uma dinâmica que, fortemente estabelecida em outro lugar, tem que se submeter a termos que não são os seus próprios. Não se quer dizer com isto que, por serem pobres, as instituições mais adequadas às economias periféricas seriam outras, pois, já nasceram para ignorar o que eram: Um território tomado de outros povos, de povos a serem

9 Não que as cadeias não sejam uma aberração, na Europa, ou em qualquer lugar.

tratados como coisa, ou como inimigo, povo que não era raça humana, mas pura e simplesmente força de trabalho, que não fazia parte enquanto gente das soluções a serem forjadas. Eram como parte da natureza, podiam ser obstáculos, podiam ser recursos.

O momento atual, de crescimento de pressões no sentido de que se fortaleçam as instituições de controle e correção social assim como de que diminuam as garantias dos indivíduos sob a alegação de necessidade de contenção, ou melhor, extinção da periculosidade, apenas acentua um aspecto já presente no momento em que se configurava o novo mundo burguês, regido pelo capital. Há quem diga que o direito penal liberal nunca viveu efetivamente, em sua plenitude, em nenhum lugar do planeta. No entanto, é possível perceber que em diferentes momentos históricos ele ganha maior ou menor força, para o bem ou para o mal. Há quem ataque o direito penal garantista, por ser uma forma burguesa a serviço dos interesses da classe dominante e denuncie que por mais que revestido de todas as garantias atinge apenas os pobres e os socialmente fragilizados. Não há como não perceber, de fato, certa covardia na prática das instituições relacionadas à aplicação da lei penal. Raramente se vê alguém poderoso submetido a seus ditames, e mesmo, quando ocorre é naquele momento em que sua força encontra-se reduzida.

4. GÜNTHER JAKOBS: O DIREITO PENAL DO INIMIGO

4.1 A ciência do direito

Para Günther Jakobs, “Todo conhecimento depende do contexto” (JAKOBS, 2003, p.5). O direito, ao lado de outras ciências, pode referir-se a vários contextos, sem que um deles, em particular, mostre-se o correto, inclusive porque cada um deles pode apresentar “maior densidade explicativa” para uma ou outra questão (JAKOBS, 2003, p.6). A opção por um contexto ou outro é uma opção por uma determinada “cosmologia acompanhada da simultânea fixação do eu” (JAKOBS, 2003, p.6). Nas palavras de Jakobs, optar por uma definição de direito como a dele próprio ou por uma como a de Pachukanis levaria a concepções “distintas no que se refere ao ordenamento jurídico, mas também a um entendimento divergente das criaturas, sujeitos, pessoas ou seres humanos que pensam sobre o direito e a respeito das quais o Direito tem vigência” (JAKOBS, 2003, p.6).

Por isso, por não poder se limitar à tarefa de transmissão de informações para formação técnica, mas por exigir, para a sua apreensão, a adesão a uma concepção do mundo, a uma determinada cultura que ao mesmo tempo fixa o eu, forma o sujeito do conhecimento, o direito é ciência. Por liberdade, e não por coação se faz tal opção. O direito, então, seria também humanismo, pois apenas libertando-se do dogmatismo alienante e fazendo uso da liberdade para aperfeiçoamento próprio, pode a pessoa decidir, por si mesma, em qual concepção de mundo encontra maior coerência e possibilidade de se formar como sujeito do conhecimento e cidadão (JAKOBS, 2003, p.8).

Para definir direito, Jakobs chega exatamente ao reverso de onde partiu. A sociedade burguesa encobre sob a palavra pluralista, frequentemente utilizada para adjetivá-la, uma certa desintegração social, que reduz a sociedade a mera “convivência paralela”. A constituição da sociedade como Estado de direito não tem qualquer referência ao vínculo de união dos membros da sociedade, mas apenas refere-se à condição de funcionamento de uma sociedade pluralista. O bem-estar do conjunto da sociedade reduz-se a apenas uma condição fática para o bem-estar próprio. Os direitos fundamentais, a Constituição, a juridicidade:

“[...]constituem um pressuposto da existência (e, por isso, são importantes), em sentido literal, como o pão para comer. Mas já não produzem sentido. [...] neste sentido, o humanismo está ultrapassado. [...] O desenvolvimento do sujeito, para o qual o humanismo

supôs um passo adiante, conduziu sob as condições da sociedade de produção competitiva – tal como foi descrita brilhantemente e com importantes repercussões por Locke em fins do século XVII – ao isolamento dos sujeitos: e é isso que a *satisfação privada* é, precisamente, *satisfação privada*” (JAKOBS, 2003, p.24).

Nesta sociedade, na qual os cidadãos “formam uma multidão desintegrada, em que os indivíduos se mantêm indiferentes uns aos outros”, resta à ciência do direito “formular com clareza que administra as condições comuns das respectivas satisfações privadas” (JAKOBS, 2003, p.25). Com isto, o resquício de humanismo que existe na ciência do direito, enquanto esta articula as condições da própria pobreza, refere-se exclusivamente à possibilidade de fazer aflorar de modo consciente os limites do tecnicismo de nosso tempo.

4.2 Direito penal do inimigo e direito penal do cidadão

Jakobs considera que nas diversas manifestações do direito penal, referido ao processamento de fatos delitivos, é sempre possível encontrar aspectos do direito penal do cidadão ou do direito penal do inimigo, entendido este como “defesa frente a riscos futuros.” (JAKOBS, p. 21).

A despeito de sua análise, é possível perceber em sua concepção de sociedade o contexto onde os conceitos jurídicos e os atos por eles configurados ganham sentido, que o direito penal do cidadão torna-se crescentemente insuficiente.

O direito moderno deve garantir as “condições de funcionamento de uma sociedade pluralista,” para a qual os conteúdos da vida não são importantes. O que faz cada um, por mais que seja acessível ao conhecimento do outro, não importa, não tem significado, reduz-se à contingência de “mera convivência paralela.” (JAKOBS, 2003, p.23). O direito moderno, direito positivo, “esgota o jurídico no efetivo” (JAKOBS, 2003, p.15). Qual a efetividade jurídica? Evitar um homicídio de modo ilegítimo ou condenar o autor do homicídio a uma pena de modo que a sociedade obtenha a auto-comprovação “acerca da manutenção de sua expectativa normativa, pressuposto normal da legitimidade”? (JAKOBS, 2003, p.15)

Dito de outro modo, a pena configura-se em uma resposta ao fato delitivo, de modo que, por ela, a sociedade responde ao autor do delito que a despeito de seu ataque à configuração normativa daquela sociedade, seu ato foi irrelevante e a sociedade mantém íntegra a sua configuração. (JAKOBS, p. 22). Se, no entanto, a resposta jurídica ao fato

delitivo, condenatória, apesar de exprimir claramente que aquela conduta não é aceitável, não tem como efeito que aquele tipo de conduta não se realizará, ou, ao menos, terá a sua incidência bastante reduzida, a própria configuração normativa perde, no mínimo, densidade.

“Entretanto, a prevenção mediante pena, concebida esta como pena imposta *juridicamente*, vê-se sujeita a limitações que uma sociedade consciente do risco não aceita porque lhe são demasiadamente restritivas; e desse modo surge a necessidade de um balanço constante entre juridicidade e efetividade” (JAKOBS, 2003, p. 50-51).

Como se evitar um homicídio de modo ilícito não constituísse também um ataque à configuração normativa de uma sociedade, cujo significado seria o de que não é possível seguir a norma. De que risco se trata, este do qual a sociedade moderna “de viés ocidental,” é consciente? A resposta encontra-se em algumas das características, conforme descrição apresentada por Jakobs, desta sociedade de risco e do direito penal adequado a ela. É perceptível, pois, que o direito penal, ao responder às características desta sociedade abandona progressivamente a face de confirmação de sua identidade mediante a produção da estabilidade de sua configuração normativa, para assumir a função, não jurídica, de garantir a segurança dos supostos cidadãos frente aos supostos inimigos. Resumidamente, são as seguintes, as características da sociedade apresentada por Jakobs e alguns aspectos do direito adequado a esta sociedade:

1. “A sociedade atual possibilita cada vez mais os contatos relativamente anônimos”. Espera-se, nestes contatos, que cada um comporte-se de acordo com as regras jurídicas, sem que, no entanto, tenha-se qualquer outra informação relevante sobre a pessoa. Há situações de contatos anônimos em que “os participantes dispõem de objetos perigosos,” que eventualmente causam danos, como carros, por exemplo.¹¹ (JAKOBS, 2003, p.31-33).

2. Para Jakobs, na sociedade de contatos anônimos, os crimes de resultado não são realizáveis, pois o direito não tem condições de garantir a expectativa de fidelidade ao direito por parte dos integrantes de uma relação anônima, com a atual configuração do dolo, que se dá “a partir do indivíduo com seu estado psíquico, no qual se dá ou não se dá a vontade”. (JAKOBS, 2003, p.39).

¹¹. Nestes casos, para Jakobs, o legislador não pode deixar que os postulados normativos sejam administrados de maneira descentralizada. São os crimes de perigo. O legislador descreve o comportamento contrário à norma e não o resultado, que é ou indiferente ou agravante, etc.

“Por exemplo, um vendedor ambulante vende alimentos em péssimo estado de conservação que causam doenças, fato ao qual não dá atenção porque a ele, que constantemente muda de lugar, não há interesse em fazê-lo” (JAKOBS, 2003, p.38).

A indiferença do autor (não há dolo), livra-o de pena mais grave. Os crimes de resultado, no entanto, são possíveis, para Jakobs, se o dolo, enquanto elemento destes tipos penais, modificar-se significativamente para atender às necessidades de orientação do tipo. Na situação atual, desconhecer o risco criado pela própria conduta elimina o dolo. Nos contatos anônimos, é presente, e elevada, a possibilidade de interação com pessoas que não tomam conhecimento do risco porque não se interessaram. “A ignorância diante dos fatos por indiferença” é atitude corrente e que diminui, na configuração normativa atual, a pena. (JAKOBS, 2003, p.38)

3. A sociedade que possibilita contatos anônimos precisa, ainda, incorporar a categoria da imputação objetiva à teoria da imputação, para que os tipos de resultado sejam viáveis. A imputação do resultado não é adequada, ou suficiente, devendo haver a imputação do comportamento não permitido. Os déficits cognitivos condicionados pela anonímia da sociedade devem ser compensados mediante padrões normativos.

Com isto a prestação-padrão fidelidade ao direito fica garantida pelo direito penal, pois, garante-se que os portadores de papéis especiais, como o motorista ou o médico, satisfaçam “o papel geral de cidadão fiel ao direito e não assumam papéis para os quais não estão preparados e conduzam com cuidado a função assumida”. (JAKOBS, 2003, p.40) Padroniza-se a interpretação da norma e conseqüentemente a fronteira entre “o comportamento socialmente adequado e o comportamento com significado de lesão em função da afinidade pelo risco.” (JAKOBS, 2003, p. 40).

Na sociedade de contatos anônimos para que se possa esperar que o direito penal garanta a validade da norma, e que, portanto, se aplique a quem demonstra não ter disposição para cumpri-la, o dolo e a culpa não podem ser tomados como fatos psíquicos individuais, subjetivos, que fundamentam uma decisão individual, mas como “expressão clara no indivíduo de um defeito determinado objetivamente [...], são indícios no indivíduo de um a insuficiência objetiva.” (JAKOBS, 2003, p.43). Nas sociedades de contatos anônimos há uma maior necessidade de normas objetivas, pois constituem a armação de suporte dessas sociedades e a própria sociedade se esgota nelas.

4a. “A sociedade moderna é uma sociedade de massas, o que no contexto atual significa que se tem de administrar comportamentos de massa distintos mas também uniformes dos cidadãos.” (JAKOBS, 2003, p.38). Há comportamentos de massa minimamente perigosos individualmente, mas cuja repetição cotidiana e freqüente representa grandes perigos, como, por exemplo, “conduzir veículos em estado de embriaguez moderada ou jogar cigarros acesos na lixeira.” Constitui-se, com base nesses comportamentos, na medida em que se tornam familiares, um ambiente de grande insegurança. Crimes de imprudência com resultado, neste ambiente, são crimes de perigo abstrato com um resultado como condição objetiva de punibilidade e deveriam ser tratados como tal.

4b. Condutas de pequeno relevo, pequenos delitos, criminalidade de bagatela, ao contrário do caso anterior, que não se avolumam acarretando danos de grandes proporções, mas acarretam perda da estabilidade da infra-estrutura. As regras de imputação perdem a eficácia em casos de infração jurídica endêmica. Se todos fazem a mesma coisa (cometem o mesmo pequeno delito), qual o benefício de um tratamento isolado da conduta delitiva de um indivíduo? Numa sociedade de massas os indivíduos não são somente indivíduos mas fazem parte de uma massa. Até o momento, a dogmática não prestou atenção a este aspecto da sociedade atual. (JAKOBS, 2003, p.47).

5. A sociedade atual é uma sociedade principalmente de exploração e com preponderância do sistema econômico sobre os demais. “[...] o poder econômico substitui o poder dos Estados não só é considerado incapaz em certos aspectos, mas marginalizado de forma geral.” (JAKOBS, 2003, p.48).

O êxito econômico é decidido no mercado, e este é altamente competitivo. A violação de regras pode significar lucros, que é o fim da competição e portanto êxito econômico. Há, em certos casos, “incitação permanente a aproveitar as fronteiras do permitido e a arriscar transgressões que se podem esconder.” (JAKOBS, 2003, p.48).

O titular dos bens coletivos que tem interesse em padrões de respeito não tem representação no mercado. Há necessidade de definir estes padrões de forma inelástica, “como permissões individuais exatamente delimitadas” ou “como *valores-limite* precisos de validade geral.” Há necessidade ainda de se recorrer subsidiariamente ao direito

administrativo e a violação de seus postulados pode, segundo Jakobs, realizar, neste contexto, um tipo penal. Exemplo: distribuição de recursos escassos como a potabilidade da água.

“[...] aquele que age contra o ordenamento de distribuição desses recursos não apenas contradiz a administração, mas se apropria de algo que não lhe corresponde, rouba à coletividade a – relativa – limpeza do meio ambiente.” (JAKOBS, 2003, p.49).

6a. A sociedade consciente dos riscos exige do direito que a imposição de penas seja preventiva. A imposição jurídica de penas limita a prevenção mediante pena. Há, portanto, incompatibilidade entre juridicidade e efetividade ideais.

Juridicamente as pessoas se caracterizam primordialmente pelo status, são possuidoras de obrigações e direitos. Só secundariamente a segurança de seus bens tem importância jurídica. Do mesmo modo, num delito, importa primeiramente a lesão à norma e só depois ao bem. A pena, por sua vez, também não está referida à segurança dos bens.

“A pena deve ser entendida como marginalização do ato em seu significado lesivo para a norma e, com isso, como constatação de que a estabilidade normativa da sociedade permanece inalterada; a pena é a confirmação da identidade da sociedade, isto é, da estabilidade normativa que com a pena se alcança – desde que se pretenda –, pois esta é sempre a finalidade da pena.” (JAKOBS, 2003, p.51).

Como função latente aparece a prevenção geral decorrente da primeira função, pois a reiterada afirmação da identidade da sociedade e confirmação da identidade social excluem da perspectiva cotidiana dos cidadãos a sugestão de comportamento criminoso. A pena apresenta ainda um efeito intimidatório de prevenção negativa, e outros.

Cada função da pena se dirige a destinatários distintos. O efeito confirmatório dirige-se às pessoas (cidadãos). As pessoas são participantes da comunicação, juridicamente motivadas. Não precisam da habitualidade ou da intimidação.

6b. A sociedade consciente do risco aparentemente não dispõe de tolerância suficiente para esperar que a função aberta da pena, de confirmação da identidade normativa, “emane prevenção suficiente”. Além disto, “a pena determinada conforme o Estado de direito é insuficiente em alguns âmbitos”. (JAKOBS, 2003, p.54). Não basta que o ordenamento jurídico reafirme sua vigência apenando aqueles que cometem delito. É necessário que haja alguma garantia de que, não sendo permitido matar, a probabilidade de ser vítima de homicídio seja reduzida. Se a probabilidade é muito grande, por mais que se saiba que os que

praticam homicídio serão punidos juridicamente, a própria vigência da norma se esboroa, porque não oferece uma configuração social realmente suscetível de ser vivida. (JAKOBS, p.34). A uma configuração social normativa deve corresponder minimamente uma configuração social real. “As pessoas não só querem ter direito, mas também preservar seu corpo, isto é, sobreviver como indivíduos [...]”. (JAKOBS, p.34).

“O mesmo ocorre com a personalidade do autor de um fato delitivo: tampouco esta pode se manter de modo puramente contrafático, sem nenhuma confirmação cognitiva. Pretendendo-se não só introduzir outrem no cálculo como indivíduo, isto é, como ser que avalia em função de satisfação ou insatisfação, mas tomá-lo como pessoa, o que significa que se parte de sua orientação com base no lícito e no ilícito. Então, também esta expectativa normativa deve encontrar-se cimentada, nos aspectos fundamentais, de maneira cognitiva.” (JAKOBS, p.34).

Portanto, para Jakobs, não basta que consideremos que a qualquer indivíduo são devidas as considerações decorrentes de sua existência como cidadão. A presunção de inocência, por exemplo, pode existir em relação àquele que se comporta sistematicamente em desacordo com a lei, de forma que não oferece qualquer garantia cognitiva de que respeitará a esfera de direitos do cidadão ao seu lado? Jakobs considera que não. “Sem essa garantia ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser a reação contra um adversário”. (JAKOBS, p.55).

A título de síntese do exposto quanto à concepção de sociedade de Jakobs, podemos considerar:

_ Trata-se de uma sociedade de indivíduos, conceito construído em contraposição ao de pessoa. O indivíduo só pode ser conhecido por aspectos por demais abstratos “- ser que avalia em função de satisfação ou insatisfação”-, não sendo possível conhecer sua fidelidade jurídica, sua predisposição de aderir à norma, enquanto que a pessoa é substrato capaz de oferecer uma garantia mínima de que vai se comportar como cidadão. .

_ Trata-se de uma sociedade de contatos anônimos (contatos entre indivíduos - para trocar mercadorias não há necessidade de ser alguém, uma pessoa, basta que entre as mercadorias trocadas haja equivalência de valor). Portanto, os indivíduos, como forma generalizada de ser social, compõem uma situação onde aparecem como elemento de risco (não oferecem garantia de que comportar-se-ão como pessoas, que apresentarão fidelidade à

norma). Além disto, estes indivíduos estabelecem contatos anônimos portando objetos perigosos (veículos no trânsito, por exemplo), situação de grande risco. O trânsito, efetivamente, mata mais do que a guerra.

_ Trata-se de uma sociedade de massas, significando que ocorrem comportamentos distintos e uniformes dos indivíduos. Os comportamentos uniformes de massa, atos individuais e cotidianos, podem traduzir-se em atos de lesividade insignificante que, no conjunto, tornam-se altamente lesivos. Há ainda dificuldade decorrente de que comportamentos individuais uniformes só são apreensíveis juridicamente individualmente. Crimes de bagatela individuais praticados por todos, podem produzir danos agregados consideráveis, entretanto não há como punir cada indivíduo isoladamente pela insignificância do ato.

Do exposto, é possível perceber que, embora Jakobs considere o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo como duas manifestações possíveis do direito, em qualquer realidade, na concepção que apresenta da sociedade moderna, enquanto contexto normativo, o direito penal do inimigo aparece como o mais adequado, mesmo que potencialmente. Tantos riscos e ninguém em quem confiar, quem é o cidadão, quem é o inimigo? O próprio Jakobs admite que “se as aparências não enganam, o número de não-alinhados (visíveis ou em pele de cordeiro) não vai decrescer tão prontamente, ao contrário, a possibilidade maior é que aumente ainda mais.” (JAKOBS, 2003, p.58). Jakobs também admite que tal situação não pode ser solucionada apenas com medidas policiais mas que atualmente não há alternativa visível, pois há “necessidade de neutralização daqueles que não oferecem uma garantia mínima cognitiva, necessária para que efetivamente possam ser tratados como pessoas.” (JAKOBS, 2003, p.59).

O direito penal do inimigo (ou de oposição, como prefere o tradutor Ribeiro Lopes, em JAKOBS, 2003), caracteriza-se pela ampla progressão dos limites da punibilidade, ou seja, a perspectiva da punibilidade passa daquela referente ao ato já praticado para aquela do ato que se vai praticar. Neste sentido, o direito não pune o homicídio, mas reprime quem se supõe que vai praticar o homicídio. O direito penal do inimigo atua também mediante repressão com penas mais elevadas, passagem da legislação do direito penal para legislação de combate à criminalidade e limites às garantias processuais.

O próprio Jakobs declara não ser uma questão resolvida se o direito penal do inimigo “indagado em seu conceito, se revela como direito” (JAKOBS, 2003, p.57). Com a linguagem do direito penal do inimigo, declara Jakobs

“[...] o Estado não se comunica com seus cidadãos, mas ameaça seus não-alinhados [...]. O não alinhado é um indivíduo que, não apenas de maneira incidental, em seu comportamento (delinqüência sexual [...]) ou em sua ocupação profissional (criminalidade econômica, criminalidade organizada e também, especialmente, tráfico de drogas) ou, principalmente, por meio de vinculação a uma organização (terrorismo, criminalidade organizada, novamente a criminalidade de entorpecentes ou a antiga *premeditação para homicídios*) vale dizer, em qualquer caso de forma presumivelmente permanente, abandonou o direito e, por conseguinte, não garante o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal e o manifesta por meio de sua conduta.” (JAKOBS, p.57).¹²

Portanto, trata-se de um “procedimento para tratamento de indivíduos hostis”, “regulado juridicamente, mas se trata de regulação jurídica de exclusão: os indivíduos são atualmente não-pessoas.” (JAKOBS, 2003, p.59) Trata-se, em suas próprias palavras, de uma guerra, cujo limite depende do temor ao inimigo.

Pelos próprios termos em que Jakobs define a sociedade – sociedade de indivíduos, portanto, para ele, de inimigos potenciais, ou sociedade da guerra de todos contra todos, ou sociedade onde o homem é o lobo do homem, sociedade do medo (não é acidental a referência constante a Hobbes) - o Estado existe para garantir a segurança. No entanto, o espaço do cidadão, aquele a quem o Estado deve garantir segurança, deve reduzir-se, pois o cidadão, tornado indivíduo, é fonte de ameaça. Poder-se-ia dizer que o Monstro encontrou forma de ampliar, para além dos limites do pacto original, a possibilidade de exercício de seu poder legítimo. Bastou adicionar mais medo ainda a pessoas já tão medrosas, ou, quem sabe, pela amplitude da alienação de suas forças, a resistência das pessoas ao medo diminuiu. Aqueles de quem se deve ter medo, por sua vez, não têm mais a que temer. Suas vidas, para o próprio direito, já não valem mesmo muito.

Jakobs se expressa em termos muito próximos aos de Pachukanis: “medidas judiciário-correctivas de defesa social” é tarefa “não só fora da alçada da actividade

11 É de se notar que, no Brasil, desde sempre há aquele contingente incontável de pessoas a quem o Direito nunca prestou assistência, nunca apresentou-se como perspectiva que essas pessoas pudessem incorporar como dimensão de suas vidas. Agora que começa a delinear-se a construção de um Estado de direito importa-se o modelo do direito penal do inimigo e vão dizer que foram aqueles que nunca tiveram acesso a direito algum a abandonar o direito e não o contrário. Não que faça qualquer diferença, pois essas pessoas não sabem o que é ser tratado como cidadão pelo estado ou pela sociedade.

puramente judiciária” mas que, além disto, torna o processo e sentença inúteis, devendo tornar-se função social autônoma com critérios próprios. (Pachukanis, 1977, p. 243). Em uma sociedade sem opressão de classe, o objetivo de tais medidas seria tão-somente de inclusão. Tampouco na sociedade de classes tal regulamentação para tratamento de indivíduos hostis se configura como tarefa judiciária, a não ser enquanto máscara ideológica da dominação de classe. E quanto mais encarniçada se encontra a luta de classes mais difícil é que a sociedade funcione no interior da forma jurídica.

Dois aspectos têm relevância no que diz respeito à sociedade do direito penal do inimigo. De fato, o contingente de não alinhados deve aumentar devido à dinâmica de concentração de capital, que substitui a mão de obra pela máquina, seja mecânica, seja eletrônica. O capital financeiro, predominante, no mundo atual, como já salientado por Pachukanis, “aprecia muito mais um poder forte e a disciplina do que ‘os direito eternos e intocáveis do homem e do cidadão’” (p. 119). Portanto, ou estas manifestações são sintomas de esgotamento do capitalismo ou há muito motivo para temer a violência a que pode chegar o atual nível de antagonismo de classes sem a tutela sequer de um tênue Estado de direito. Na verdade, a classe oprimida e explorada nunca contou de fato com ele.

CONCLUSÃO

O pensamento de Jakobs é tomado aqui como representativo do movimento, que ganha alguma amplitude no mundo atual, pela expansão qualitativa e quantitativa, no âmbito do direito penal, da tipificação de condutas, incluindo condutas prévias ao cometimento de lesões efetivas a bens jurídicos penalmente protegidos; pelo aumento desproporcional das penas; e pelo afastamento de garantias jurídicas, protetoras do indivíduo em relação ao poder punitivo estatal ou da mera ingerência do Estado na esfera da vida privada do cidadão.

Tal movimento, que teoricamente significa o abandono do pensamento liberal fundador da ordem política social burguesa, encontra defensores de todos os matizes, inclusive no neoliberalismo, que, desde a década de 1970, ganhou força no mundo, basicamente a partir dos Estados Unidos e da Inglaterra.

Jakobs, pensador teoricamente vigoroso e consistente, identifica nos filósofos comprometidos com a fundação do mundo burguês, essencialmente liberal, a origem do direito penal do inimigo, ou de oposição, como ficou conhecido o direito penal e processual penal que pretende abandonar as garantias constitucionais de defesa do cidadão contra o Estado e ampliar o escopo punitivo do direito penal. Os teóricos mais estritamente contratualistas, segundo Jakobs (ele cita nominalmente Rosseau e Fichte),¹³ não reconheceriam outro direito penal que não o do inimigo. Os que cometem delitos, para estes pensadores, abandonam o contrato social que os faz cidadãos. Não sendo cidadãos, não têm acesso a direitos e garantias, além de que, seu comportamento, lesivo aos próprios termos de constituição da sociedade, é perigoso, e deve ser combatido como o do inimigo em uma guerra.

Hobbes e Kant (não essencialmente contratualistas) seriam mais tolerantes com o delinqüente, pois este – se guarda algum compromisso com a ordem vigente, e seu comportamento, embora contraditório, não significa ameaça à ordem estabelecida – pode recompor o dano e indenizar o prejuízo que causou com sua ação. A atuação do direito penal seria então reafirmadora da ordem, portaria a mensagem de que o comportamento delitivo nada significou e as coisas permanecem estáveis a despeito daquela ação delitiva. Apenas

¹³ CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org.). *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre, 2005.

condutas de rebelião ou de alta traição justificariam que o indivíduo que as praticasse fosse tratado como inimigo, pois ele não é cidadão, não tem qualquer compromisso com a ordem estabelecida e não oferece garantias de que seu comportamento não colocará em risco a segurança e a ordem pública.

Jakobs reconhece, no entanto, que direito penal do inimigo não é direito,¹⁴ e só recebe esta designação porque adquire a forma de regulação estatal. No seu entender, não é desejável que tal regulação esteja disseminada no interior do direito penal do cidadão, devendo ser separada e regulada à parte, em corpo legal próprio. Esta regulação, assim separada, representaria menos perigo para o Estado de direito. No entanto, se prestarmos atenção apenas ao direito penal do cidadão, de Jakobs, seria precipitado concluir que ali, para alguns (os cidadãos), o Estado de direito permanece incólume. Supor ser possível haver direito para um grupo de pessoas e procedimentos de segurança para outro, que não é nem ao menos previamente definido, é proposta cujas contradições são insuperáveis. O Brasil, que se formou como uma sociedade escravista, teve grandes dificuldades com a implantação de sua codificação civil. Mesmo hoje, os resquícios da escravidão se fazem sentir – e, quanto ao Estado de direito, grande parcela da população ainda não foi apresentada a ele.

A esta posição de Günther Jakobs importa contrapor a posição de Pachukanis. A principal oposição entre ambos refere-se à concepção de sociedade que informa a construção de suas teorias e conceitos. Esta oposição impede uma comparação direta e isolada de seus conceitos. Reconheça-se, no entanto, que falam do mesmo mundo, a sociedade capitalista. Pachukanis alertava, antes de mais nada, para o perigo de criar uma legislação com medidas de proteção à ordem social, num contexto de existência de diferentes classes sociais em oposição. Jakobs, de certo modo, reconhece a luta de classes, sem usar a expressão nem tirar as conclusões pertinentes. Fala dos não alinhados, dos inimigos, absolutizando com isto a posição do grupo que a eles se contrapõe, os cidadãos, cuja legitimidade não se questiona, mas cuja identificação é sempre precária e arbitrária. Com isso, aumenta a insegurança e a incerteza social, em nome da necessidade imperativa de reforçá-la.

Como bem nota Pachukanis, a centralidade das medidas de exclusão, para defesa social, no ordenamento regulatório estatal, significa o abandono da forma jurídica. Assim, a designação direito penal do inimigo apenas camufla a violência pura e simples do Estado, que

em nome da segurança pública, elimina aqueles identificados, mesmo que de forma tênue e subjetiva, como ameaçadores de uma ordem favorável a um grupo, cujos interesses privados, num dado momento, conseguem se impor aos demais. Numa situação de grande desigualdade social, e o Brasil nos dá o exemplo disto, os grupos sociais mais vulneráveis são os mais expostos às medidas penais meramente protetoras da segurança pública. (Como já mencionado, há uma certa covardia no funcionamento dos aparelhos de repressão social, jurídicos e para-jurídicos).

Se a forma jurídica encontra sua determinação na sociedade civil, cuja anatomia deve ser procurada na economia política, o afastamento, mesmo que não absoluto, do direito penal em relação à forma jurídica, pode estar indicando transformações sociais mais profundas. As análises de Foucault e de Deleuze, apresentadas no capítulo 3, indicam alguns aspectos desta transformação, relacionados, aliás, com o acirramento de características presentes na sociedade capitalista desde o seu surgimento. Os mecanismos de controle social sofisticaram-se, acompanhando os modos em que a riqueza se apresenta e se mantém. Não é por se mostrarem mais sofisticados e exuberantes que estes modos e suas mutações, mera fenomenologia de estruturas mais profundas, não revelam sinais de esgotamento de um modo de produção que não gerou ainda os termos de sua superação.

¹⁴ “É regulação jurídica de uma exclusão.” (JAKOBS, 2003, p. 59).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BECCARIA, Cezare de. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1992.
- DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2001.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. In Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. São Paulo: Manole, 2003.
- JAKOBS, Günther. “Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo”. in CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org.). **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.
- MARCUSE, Herbert. **El hombre unidimensional**. Obras Pensamiento Contemporáneo, Barcelona: Planeta-Agostini, 1985.
- MARX, Karl. **A questão judaica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Moraes, 1991
- MARX, Karl. **O capital – Crítica da economia política**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**. Lisboa: Moraes Editores, 1979.
- PACHUKANIS, E.B. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Coimbra: Centelha, 1977.
- RABAT, Márcio Nuno. “Princípio da igualdade, ação afirmativa e democracia racial”. **Cadernos Aslegis**, Brasília, set./dez. 2000, n.º 12, p. 34-47.