

# DIREITO PENAL MODERNO E PÓS-MODERNO

Sergio Pires

## INTRODUÇÃO

*“Como poderiam os criminólogos propor-se auxiliar a festa da sociedade contra o crime, se o seu propósito último é defender o Homem contra este tipo de sociedade?”*  
(Dias & Andrade, 1992, p. 61)

Este trabalho tem a intenção de analisar as características do direito penal moderno a partir do entendimento de que o direito como um todo caracteriza-se na modernidade pela busca incessante da justificação através da razão. Podemos vincular tal entendimento ao pensamento de Max Weber, à medida que o pensador alemão, criador da sociologia da compreensão, foi um dos mais insistentes e talvez um dos primeiros a caracterizar a modernidade como o mundo do triunfo dos procedimentos racionais, como o mundo do “desencantamento” da vida social e política.

No sentido referido, convém frisar que a sociologia de Weber não se caracteriza exatamente por tratar do mundo ligado à criação e à aplicação das regras de natureza penal. No entanto, não nos parece insustentável depreender do pensamento do sociólogo turíngio afirmações aplicáveis à área penal do direito. Pois, a partir exatamente da construção moderna do direito, o direito penal passou a ser entendido apenas como um ramo do conhecimento da ciência jurídica, somente gozando de autonomia na visão dos mais exacerbados positivistas do final do século XIX.

Por fim, e por ponto principal, alertamos, mais uma vez, já que isso tem sido uma verdadeira obsessão de alguns teóricos do mundo ocidental, que a racionalização da modernidade encontra-se em xeque na contemporaneidade. A crer-se inclusive que algo esboçado - embora não debatido com profundidade - por Weber esteja acontecendo: a irracionalidade triunfando como resultado ou como última etapa do próprio processo de racionalização. A

burocratização atingiu um estágio tão elevado que tornou insuportável a vida regrada, pois é incapaz de conter as mais diversas manifestações humanas que saltam para a vida social aos borbotões.

No direito penal propriamente dito, há uma distância enorme entre o que se anunciava com as promessas humanistas modernas e o que ocorre no mundo real atual. Numa tarefa digna de Sísifo, os penalistas continuam insistindo em doses maciças da mesma receita racionalizada e burocratizada. Por exemplo, num tempo em que se pensa "o movimento anti-sistêmico, ou a desconexão, seja qual for o projeto político, econômico ou social, revela-se difícil ou propriamente impossível" (Ianni, 1996, p. 114), a razão penal teima em pensar suas ações dentro do mais restrito princípio da territorialidade, clássico dogma dos tempos áureos da afirmação da soberania do Estado-nação.

Não se quer, por certo, a renúncia à racionalidade, porém a busca de uma racionalidade que consiga integrar senão conter os surtos cada vez maiores de manifestações sociais não-racionais e irracionais, mormente na esfera das ações típicas e antijurídicas. Convém prestar atenção ao que diz Octávio Ianni:

"O clima mental criado com as realizações e os impasses gerados com o neoliberalismo propiciam o clima sob o qual irrompem surtos de neofascismo e neonazismo, entre outras manifestações enlouquecidas do individualismo que se implanta, generaliza e legitima com o neoliberalismo." (1996, p. 292)

Na área penal temos exemplos recentes no Brasil dessa nova violência, dessas ações irracionais, sem nenhum sentido, fugidias à compreensão weberiana de ação como algo provido de sentido.<sup>1</sup> É sobre esse conflito entre a teoria moderna racional e a realidade pós-moderna "arracional" que trata, pois, este trabalho.

<sup>1</sup> Dois recentes exemplos de ações sem sentido ou de sentido desconhecido para o mundo da racionalidade moderna podem ser citados. No primeiro, em simulacros de operações policiais militares de São Paulo, na cidade de Diadema, região da grande São Paulo, cometeram todos os tipos de atrocidades contra os transeuntes abordados, aparentemente sem nenhum objetivo senão a do exercício da crueldade (CRUZ In Veja 1.490, pp. 28-30, abr. 1997). No segundo, um grupo de jovens bem-nascidos de Brasília, DF, simplesmente atearam fogo em um índio pataxó que dormia numa parada de ônibus da periferia da cidade, matando-o. Indagados na Delegacia de Polícia sobre os motivos do crime, limitaram-se a alegar que haviam confundido o índio com um mendigo ("Jovens de Classe Média Põem Fogo em Índio na Rua". Zero Hora, 21.abr.1997, p. 40).

## 1. DIREITO PENAL E RACIONALIDADE

É bastante conhecida no meio acadêmico a fórmula mais didática do que propriamente científica de dividir a história do direito penal em três grandes fases, a partir de seus mecanismos de justificação. Na primeira fase o direito penal se justificava, ou melhor, a necessidade da sanção se justificava a partir de uma base mítica, qual seja, a necessidade de conservação do grupo. O *tabu* sustentava a necessidade de punir. Na segunda fase, continuando com o mesmo esquema, a justificativa de punição passou para uma entidade divina, alheia à vida em si da sociedade, mas capaz de manifestar através de alguns escolhidos sua vontade para o melhor andamento da vida social. Vivemos, assim, a fase da justificativa divina do direito penal, sintetizada no axioma "Pune-se porque Deus quer.". Na terceira e contemporânea fase o direito penal passa a se justificar a partir do convencimento racional de sua necessidade.

É com o pensamento moderno surgido no Renascimento, mas instaurado definitivamente no mundo ocidental com a ascensão do Iluminismo ao poder, que veremos a constituição do direito tal como o entendemos ainda hoje, eis que os regramentos existentes até então constituíram-se apenas em dádivas concedidas pelos príncipes aos vassalos. A explicação do mundo através do nexo de causa-efeito, que inaugurou o pensamento científico moderno, trouxe à humanidade questões completamente novas, desafiadoras e grandiosas. Em determinado momento da História, no ápice do que se chamou pensamento positivista - final do séc. XIX -, o homem teve a impressão de que poderia resolver todos os seus problemas apenas manipulando uma ferramenta recém-descoberta: a ciência.

O direito penal foi caudatário dessa movimentação na cultura ocidental. Com isso conseguiu libertar-se das presilhas da legislação do Antigo Regime através da luta política implementada pelos autores iluministas<sup>2</sup> e pelos próprios cidadãos comuns que já não conseguiram verificar, à luz dos conhecimentos novos, nenhuma lógica no sistema jurídico repressor oriundo da tradição medieval, completamente alheia à relação causa-efeito, à proporcionalidade e ao livre-arbítrio. Deu-se, também em razão da luta por

<sup>2</sup> O exemplo máximo é Césaire Beccaria e seu livro *Dos Delitos e das Penas*.

um novo sistema jurídico-penal, a era das revoluções.<sup>3</sup> Revoluções que levaram a razão ao poder.<sup>4</sup>

O mundo moderno, portanto, foi forjado a partir de uma gama de aspectos, entre os quais o econômico foi fundamental, embora não exclusivo. Max Weber insistirá muito na complexidade dos fatores que forjaram a modernidade, relativizando os fatores econômicos e salientando os fatores culturais. Na sua visão a modernidade não é apenas obra de transformações na base material da sociedade ocidental, mas também quicá principalmente, das mudanças espirituais, das mudanças de *compreensão* do mundo. Mas, fundamentalmente, será o mundo moderno o mundo da burocratização racional-legal.

## 2. A SOCIOLOGIA DO DIREITO DE MAX WEBER

### 2.1. O Pensamento Sociológico de Weber

Escreve Maurício Tragtenberg: "Weber elabora um sistema compreensivo de conceitos, estabelecendo uma terminologia precisa como tarefa preliminar para a análise das inter-relações entre os fenômenos." (1980, p. XIII).

De fato, ao começar sua obra *Economia e Sociedade*, Weber estabelece seu entendimento de *ação*, dizendo que ela é "um comportamento humano (tanto faz tratar-se de um fazer externo ou interno, de omitir ou permitir) sempre que e na medida em que o agente ou os agentes o relacionem com um sentido subjetivo". E essa ação será considerada social desde que "se [refira] ao comportamento de *outros*, orientando-se por este em seu curso" (1991, p. 03).

<sup>3</sup> É sabida a importância que teve a luta por um sistema penal mais justo na Revolução Francesa. Basta ver que a data da ocupação popular de uma penitenciária do Antigo Regime - A Bastilha - passou à História como uma das mais importantes da revolução: 14 de julho de 1789. Já na Revolução Americana, os colonos da Nova Inglaterra fizeram guerra à Coroa porque, entre outras coisas, o Rei chegava a lhes negar muitas vezes o "sagrado direito ao Tribunal do Juri". Sobre este último item, ver "O Liberalismo e a Constituição de 1988: Textos Selecionados de Rui Barbosa" (Barreto, 1991).

<sup>4</sup> Entre 1789 e 1791, a vitoriosa burguesia moderada (...) tomou providências para a gigantesca racionalização e reforma da França, que era seu objetivo." (Hobsbawm, 1996, p. 30).

Quanto às ações sociais Weber, segundo o mesmo comentar, classifica-as em racionais em relação a valores, afetivas e tradicionais, sem que no entanto seja possível classificar-se uma ação como puramente de um ou outro tipo.

Diz Maurício Tragtenberg:

"Para Weber, uma ação é racional quando cumpre duas condições. Em primeiro lugar, uma ação é racional na medida em que é orientada para um objetivo claramente formulado, ou para um conjunto de valores, também claramente formulados e logicamente consistentes. Em segundo lugar, uma ação é racional quando os meios escolhidos para se atingir o objetivo são os mais adequados." (1980, pp. XII-XIII)

É no sentido extremo de busca de racionalidade de todas as ações que Welzel (1993, pp. 39-53)<sup>5</sup> constrói a teoria causal da ação, segundo a qual nenhuma conduta humana ativa ou omissiva está livre de uma finalidade. Assim, *contrario sensu*, somente poder-se-ia chamar de "ações humanas" as condutas conscientes e voluntárias, as ações e omissões com finalidade racional. É fácil de se entender, portanto, que a condutas racionais correspondam sanções racionais.

### 2.2. A Lógica Espiritual do Capitalismo

Não foi Weber o primeiro autor a verificar a relação entre capitalismo e protestantismo. No entanto "com os trabalhos de Weber foi possível elaborar uma verdadeira teoria geral capaz de confrontar-se com a de Marx" (Tragtenberg, 1980, p. XVI). Enquanto Marx insistirá na importância da base material, Weber buscará a causa cultural para explicar a revolução capitalista.

Weber, segundo Maurício Tragtenberg,

"...chega à conclusão fina de que os protestantes, tanto como classe dirigente, quanto como classe dirigente, seja como maioria, seja como minoria, sempre teriam demonstrado tendência específica para o

<sup>5</sup> Com sua teoria finalista da ação penal, Welzel radicaliza ao extremo a busca da racionalidade da conduta, avançando além da tradicional teoria causal da ação.

racionalismo econômico. A razão desse fato deveria, portanto, ser buscada no caráter intrínseco e permanente de suas crenças religiosas e não apenas em suas temporárias situações externas na história e na política." (Tragtenberg, 1980, p. XVIII)

Embora salientando que, coerente com sua proposta epistêmica dos fatos sociais, Weber em nenhum momento simplifica o debate a ponto de considerar o espírito capitalista pura consequência da ética protestante, para Maurício Tragtenberg assim se resume a hipótese weberiana:

"Em síntese, a tese de Weber afirma que a consideração do trabalho (entendido como vocação constante e sistemática) como o mais alto instrumento de ascese e o mais seguro meio de preservação da redenção da fé e do homem deve ter sido a mais poderosa alavanca de expressão dessa concepção de vida constituída pelo espírito do capitalismo." (1980, p. XXI)

O império do capital, concordando-se com Weber, é um mundo forjado racionalmente pela vontade de uma classe social, e não apenas fruto da racionalidade ôntica das forças de produção.

### 2.3. A Legitimidade Racional-Legal

O Estado, definido como a organização monopolizadora da força física legítima na sociedade, terá sempre pretensões típicas de legitimidade, que construirão, de acordo com a natureza dessa legitimidade, sistemas jurídicos típicos. Diz Weber:

"Há três tipos puros de dominação legítima. A vigência de sua legitimidade pode ser, primordialmente: 1. de caráter racional: baseada na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação (dominação legal); ou 2. de caráter tradicional: baseada na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade (dominação tradicional); ou, por fim, 3. de caráter carismático: baseada na veneração extracotidiana da santidade, do poder heróico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas (dominação carismática)." (1991, p. 141)

Ao explicar a dominação racional-legal, Weber faz questão de salientar que ela é a forma de "administração especificamente moderna", e baseia-se nas seguintes características entrelaçadas:

"1. que todo direito, mediante pacto ou imposição, pode ser *estatuído* de modo racional (...); 2. que todo direito é, segundo sua essência, um cosmos de regras abstratas, normalmente estatuídas com determinadas intenções; (...) que a administração é o cuidado racional de interesses previstos pelas ordens da associação, dentro dos limites das normas jurídicas (...); 4. que - como se costuma expressá-lo - quem obedece só o faz como *membro* da associação e só obedece 'ao direito'." (1991, p. 142)

Claro fica a compreensão do autor da vinculação imanente entre modernidade e legitimidade racional, exercida pela burocracia racional-legal.

### 2.4. A Sociologia do Direito

No pensamento weberiano o Estado moderno acaba constituindo-se basicamente em formalização racional, pois

"En el sentido más amplio, el círculo de la administración 'pública' encierra tres clases de tareas, a saber: creación del derecho, aplicación del mismo y o que queda de la actividad de los institutos públicos después de separar aquellas dos esferas." (Weber, 1991, p. 500)

Para Weber, na modernidade e no sentido estrito, o direito ou a ordem jurídica é aquela ordem que "partindo da vigência empírica indubitável [das] normas, procura classificá-las de modo a encaixá-las num sistema sem contradição interna" (1991, p. 209). Nesse particular, portanto, não difere em seu entendimento do conceito clássico que a dogmática penal utiliza para o direito penal.

Ele fala do que neste trabalho chamamos de período mítico do direito penal. Diz que "la fe mágica es una de las fuentes originales del 'derecho penal', em oposición al 'civil'". Baseada na vingança, tem como princípio a expiação através da aplicação da pena, caracterizando-se por:

“... la falta de un análisis de la noción de ‘culpa’ y de los ‘grados de culpabilidad’, en relación con ‘intención’ del delincuente. El hombre sediento de venganza no toma en cuenta el motivo subjetivo, sino que se preocupa solamente por el resultado objetivo de la conducta ajena, que excita y domina sus sentimientos y provoca en él la necesidad de vengarse.” (1944, p. 503)

Essa fase inicial, porém, é superada à medida que a fase chamada neste trabalho de fase teológica começa a triunfar no mundo ocidental. Assim,

“El desenvolvimiento general del derecho y del procedimiento, estructurado en ‘etapas’ de desarrollo, conduce de la revelación carismática a través de *profetas jurídicos*, a la creación y aplicación empírica del derecho por *notables* (creación cautelar de acuerdo con los precedentes); después al ‘otorgamiento’ del derecho por el *imperium* profano y los poderes teocráticos y, por último, al ‘derecho sistemáticamente estatuido’ y a la ‘aplicación’ del mismo por juristas especializados, sobre la base de una educación letrada de tipo lógico-formal.” (Weber, 1944, pp. 649-50)

Instaura-se por fim o triunfo da racionalização da criação e da aplicação do direito, no nosso caso, do direito penal. Em raciocínio weberiano expreso:

“La creciente sujeción de todas las personas y situaciones de hecho individuales a un instituto que, al menos actualmente, descansa en principio sobre una ‘igualdad jurídica’ de carácter formal, obedece a los grandes fuerzas de racionalización: el ensachamiento del mercado, por una parte, y la burocratización de la actividad orgánica de las comunidades consensuales, por la otra.” (Weber, 1944, p. 559)

É esse mundo que está ameaçado de ruir, à medida que a realidade não se conforma a esse esquema racional e as teorias que pretendem superá-lo vacilam entre a negação pura e simples da razão e a aceitação pacífica do que está acontecendo. Nesse sentido reflete Boaventura:

“(...) é pesada e forte a versão do pós-moderno como conformismo, celebração do que existe (...). Uma coisa é aceitar a crise da modernidade e argumentar no sentido de que essa crise é irreversível e final. Outra

coisa é recusar a validade das promessas que a modernidade fez: promessas de igualdade, direitos humanos, diferença sexual, solidariedade. Elas são válidas. O problema é que a modernidade pôs a serviço dessas promessas uma série de instrumentos que não são mais viáveis. Temos problemas modernos, mas não os podemos resolver de uma maneira moderna. O pós-modernismo inquietante é aquela vertente do pensamento contemporâneo que procura renovar uma teoria crítica, uma teoria que não esqueça as promessas da modernidade, mas que saiba que elas não podem ser cumpridas de acordo com os instrumentos da modernidade (...). Não vejo, no futuro próximo, uma alternativa radical à organização do Estado (...). O pós-moderno inquietante procura reinventar o Estado sem o destruir. Também há a questão do espaço público não-estatal.” (Boaventura, 1996)

A assertiva de que o desenvolvimento inexorável da racionalidade moderna redundaria numa outra sociedade foi um equívoco, pois transformou o mundo em algo ainda mais capitalista e num capitalismo ainda mais profundo. O papel da classe operária esgota-se, pela sua fragmentação. Porém, “Agora que o marxismo é considerado morto, o capitalismo é abertamente marxista. A economia nunca comandou tanto nossas vidas.” (Boaventura, 1996). O capitalismo que engendrou a burocratização racional tende a prescindir da mesma para seu completo triunfo.

### 3. DIREITO PENAL E A CRISE DA RACIONALIDADE MODERNA

#### 3.1. A Crise do Direito Ocidental

A racionalidade jurídica, segundo Weber (1944, pp. 603-21) traduz-se tanto numa dimensão material e como dimensão formal. Materialmente, na modernidade há a

“... ficção jurídico-política, ou propriamente ideológica, de que compradores e vendedores de força do trabalho e outras mercadorias se apresentam no mercado sob as mesmas condições de liberdade e igualdade.” (Ianni, 1996, p. 285)

Já a burocratização crescente fez com que na atualidade a racionalidade formal fosse hipertrofiada em detrimento da racionalidade substancial, *leitmotiv* da fase revolucionária de implantação do capitalismo burguês. Não são poucos os que denunciam tal realidade, alguns cuidando em preservar o caráter necessário da racionalidade material.

“A racionalidade jurídica é herdeira das Luzes. Sua subsubunção à racionalidade instrumental não lhe retira sua força em termos revolucionários, pois é parte fundamental da modernidade em relação ao tradicionalismo pré-Revolução Francesa.” (Arruda Jr., 1995, p. 14)

O que ocorre é que o esquema de sustentação da sociedade capitalista necessita reafirmar constantemente o caráter instrumental da racionalidade moderna. O esquema ideológico de sustentação do sistema é reproduzido por todos os seus agentes. Mas, como diz Baratta,

“... este esquema ideológico no es un esquema solamente imaginario del sistema punitivo, privado de contacto con la realidad. Ante todo, por medio de la ideología de los propios organismos oficiales, se realiza, de hecho, aquella función de autolegitimación del sistema que Weber llama la ‘pretensión de legitimidad’.” (1991, p. 178)

A crise apresenta-se em facetas distintas, de acordo com o nível em que evoluíram especificamente determinadas sociedades, dentro da inserção no programa global de desenvolvimento do capitalismo. A crise no centro mundial não se manifesta da mesma forma que na periferia.

“A burguesia ‘universalizou’ sua concepção particular de mundo no direito e no estado, realizando-a na história, e de maneiras distintas. Entre nós, na periferia, a modernidade jurídica e social é um projeto a ser realizado, bem distante do Welfare State, este mesmo mergulhado em profunda crise na Europa.” (Arruda Jr., 1995, p. 20)

Mas não há como se negar que o final do século XX convive com a crise da racionalidade e ela é produzida pelo próprio desencadear-se do processo de racionalização. Diz Arruda Jr.: “Todos sabemos com Weber que a excessiva racionalidade formal conduz necessariamente à irracionalidade.” (1995, p. 16).

Mas não é somente porque o mundo contemporâneo foi hipertrofiado pela burocracia racional que a crise se instala. Com igual importância é preciso atender às mudanças substanciais havidas na contemporaneidade, notadamente no mundo de organização das forças produtivas, com reflexos profundos na relação da sociedade com o direito. Como diz Baratta:

“El modelo weberiano de la racionalización, como tendencia de desarrollo de la sociedad capitalista, es aplicable, en el mundo burocratizado de la *industria*, sólo a aquellos conflictos en los que el impacto de los frentes se atenúa en la medida, precisamente, en que el conflicto es institucionalizado.” (Baratta, 1991:147)

Ocorre que a organização das forças produtivas não apresenta mais as características da fase racional desenvolvida por Weber. O pensamento penal, porém, trata a sociedade como se ela fosse, uma vez capitalista, imutável. Pode-se perfeitamente concordar com Baratta quando este afirma, falando sobre os teóricos da sociologia do conflito:

“... desechan hoy de las márgenes de su concepto de sociedad las necesidades y los comportamientos de aquellos sujetos que la sociedad neocapitalista deja fuera de la zona inmediatamente productiva y, en consecuencia, jurídicamente institucionalizada de la *industria*.” (Baratta, 1991, p. 148)

Além disso, ocorre que num mundo globalizado o direito penal, como aliás todas as ciências sociais, trabalha ainda a partir do conceito básico de Estado-nacional. Diz Octávio Ianni:

“A maior parte dos conceitos, categorias e leis formulados pelas ciências sociais têm por base as relações, os processos e as estruturas de dominação e apropriação, integração e antagonismo, soberania e hegemonia peculiares à sociedade nacional. As principais teorias da sociedade, tais como a evolucionista, positivista, funcionalista, marxista, weberiana, estruturalista e sistêmica, entre outras, tomam por base relações, processos e estruturas próprios da sociedade nacional, como um todo ou em alguns dos seus aspectos.” (1996, p. 100-1)

O direito não acordou ainda para a realidade da globalização de todas as atividades contemporâneas. É certo que “o globalismo não nasce pronto,

acabado, e muito menos presente, visível, evidente. Revela-se aos poucos, seja à observação, seja ao pensamento." (Ianni, 1996, p. 236). Porém é preciso atentar a que todas as ciências

"... defrontam-se com os desafios do globalismo, pela sua originalidade como objeto de reflexão e pelas urgências da sua interpretação ... Acontece que a mesma ruptura histórica que constitui o globalismo revela-se simultaneamente uma ruptura epistemológica." (Ianni, 1996, p. 253)

Na verdade, temos um processo de desterritorialização que se dá no mundo social (Ianni, 1996) no mundo do trabalho,<sup>6</sup> até no mundo da própria linguagem,<sup>7</sup> e, como não poderia deixar de ser, no mundo do direito penal (Pires, 1990).

### 3.2. Crise do Direito Penal Brasileiro

O direito penal brasileiro chega à crise da pós-modernidade da maneira mais dramática possível. De um lado ainda não conseguiu impor ao sistema penal os preceitos da modernidade; de outro, quando consegue fazê-lo, descobre que tais medidas já não encontram consonância com a realidade de muitos lugares sociais, sejam esses tomados no sentido horizontal, sejam no vertical. Existe uma descontinuidade no tecido social brasileiro tão grande que convivem, às vezes lado a lado, bolsões de "encantados" - entendidos como ignorantes ainda da racionalidade moderna - com vanguardas - sejam pobres ou ricas economicamente - telemáticas, virtuais, pós-rationais.

O caminho da racionalização palmilhado com imenso vagar a partir do Código Criminal do Império, de 1830, reafirmado pelo menos como propósito formal com o Código Penal de 1940, nos levou ao ápice da sofisticação moderna das reformas de 1984 e da Constituição de 1988. Porém, nem pudemos experimentar a possibilidade de conviver com uma legislação completamente moderna - no sentido que damos à palavra neste

<sup>6</sup> "[Em] breve surgirá a desterritorialização completa das relações de trabalho quando, 'via' telemática, a mão-de-obra disponível será 'puxada' dos lugares mais convenientes segundo as regras do mercado globalizado." (Genro, 1996e, pp. 24).

<sup>7</sup> "Mas sobretudo os dispositivos hipertextuais e as redes desterritorializam o texto. Eles fizeram emergir um texto sem fronteiras próprias, sem interioridade definitiva." (Lévy, 1996, p.4).

texto - porque descobrimos que tal ideário já não era compatível com a complexidade da sociedade brasileira contemporânea. Tivemos então de começar o nosso direito penal à luz da nova realidade cosmopolita mundial. A partir disso

"... descobre-se que a nação é um produto histórico europeu, desenvolvido no bojo da revolução burguesa; e transformado em um modelo exportado pelo imperialismo europeu e norte-americano pelos diversos continentes, ilhas e arquipélagos. Um modelo que se concretiza às vezes muito precariamente na Ásia, Oceania, África, América Latina..." (Ianni, 1996, p. 141)

Descobre-se, como diz Arruda Jr. (1996, p. 81), que é necessário fazer-se o balanço da modernidade negada e da modernidade sonhada. Infelizmente o debate não consegue suplantar o impasse da ineficácia das medidas modernas, não supera a dicotomia dos que insistem em acreditar que "la solución es más de lo mismo" (Cohen, 1988, p. 40) e os que pregam o retrocesso; ficamos entre os que defendem a implementação de um programa de choque de humanismo racional moderno e os que defendem a exacerbação das penas, nos moldes do sistema retributivo arcaico.<sup>8</sup>

### 4. DIREITO PENAL E PÓS-MODERNIDADE

Ao considerar que na contemporaneidade não há lugar para o absoluto e o infinitismo,<sup>9</sup> diz Vânia Duarte de Azeredo que hoje

<sup>8</sup> Tal corrente obscurantista é hoje francamente majoritária nos meios formadores de opinião, avançando já entre os doutrinadores e aplicadores do direito penal. Perfazem o que é comumente chamado de movimento de "lei e ordem" (Law and Order). Sobre os efeitos concretos dessa corrente no universo do direito penal brasileiro, ver Franco (1992), Jesus (1995) e Pires (1995).

Por outro lado, merece transcrição texto de editorial do mais importante jornal do sul do país: "A proliferação de quadrilhas integradas por crianças e adolescentes nas grandes cidades brasileiras é mais um indicativo em favor da revisão da maioridade penal no país. Porto Alegre ingressou definitivamente na rota da delinqüência infanto-juvenil: garotos entre 12 e 18 anos vêm assaltando sistematicamente ônibus e caminhões de entregas, além de se envolverem seguidamente em homicídios. Embora se deva pensar prioritariamente em soluções para as mazelas sociais que dão origem à criminalidade, os pequenos infratores não podem continuar impunes enquanto os cidadãos ficam expostos à violência e ao medo." (Zero Hora, 21.fev.97, p. 3). Exatamente o que "encanta" é a fria divisão pré-moderna entre cidadãos e não-cidadãos: os "pequenos infratores".

<sup>9</sup> Infinitismo é aqui entendido como a crença racional de que postulados ou leis científicas possam ter a pretensão de serem eternos, contrastando, pois, com a crença no conhecimento como algo provisório, sempre em construção.

"Existe uma crise no estabelecimento de um fundamento seguro não só para o agir, mas para o conhecer e o ser. Com isso a questão da finitude aparece como definidora da compreensão e da ação. O infinitismo vigente na tradição de fato é suplantado pela assimilação inevitável da falta, da transitoriedade e da particularidade como elementos constitutivos do homem." (Azeredo, 1996, p. 84)

E cita Loparic para concluir seu pensamento:

"De fato, hoje, o dever virou sinônimo de obediência à realidade dos fatos e aos acordos sociais, perdendo o sentido nobre de moralidade incondicional ou de compromisso histórico inarredável. Agir não significa mais fazer o bem ou fazer história, mas, de maneira crescente, agir planejadamente." (Loparic, 1994, p. 38. In Azeredo, 1996, p. 84)

Essa racionalidade meramente instrumental não consegue suportar a revolução pós-moderna, que anda além dos modelos preconizados pela racionalidade introjetada pelo mundo moderno. Como diz Baudrillard:

"É ingenuidade atribuir causas a todos os acontecimentos e pensar que ele poderia não ter acontecido - o acontecimento puro, sem causas, só pode se desenvolver fatalmente - em compensação ele nunca pode ser reproduzido, ao contrário de um processo causal. Mas justamente: ele não é mais um acontecimento." (1996, p. 14)

Os adeptos do neocorporativismo, ao invés de tentarem viver o tempo atual, tentam isolar-se nas torres do castelo da modernidade ou do que dizem ser os "avanços" da modernidade, não vendo que cada vez mais aumenta o fosso que os separa do mundo circundante. Jean Baudrillard, irônico, diz:

"Talvez eles tenham razão. Talvez fosse preciso interromper essa hemorragia de valor. Basta de radicalidade terrorista, basta de simulacros - recrudescência da moral, da crença, do sentido. Abaixo as análises crepusculares!" (1996, p. 15)

No entanto a tábua de salvação do corporativismo não flutua como seria lógico à luz da razão moderna, nem há porto seguro à vista. Não há como negar que

"... o globalismo inaugurou um novo ciclo na história, quando esta se movimentou como história universal. No passado, inclusive nos tempos do Iluminismo e por todo o século XIX, a história universal podia ser vista principalmente como uma idéia, ficção ou utopia. No século XX, e cada vez mais ao longo desse século, a história universal se revela real, um imenso e impressionante cenário, ainda que como babel e labirinto." (Ianni, 1996, p. 249)

O fato é que o direito penal não está preparado para conviver com as ações sem causas e sem sentido que caracterizam muitas das violências hodiernas. Precisa, no entanto, urgentemente acordar para o novo mundo. Não abandonar o mundo racional moderno, mas incursionar no labirinto do universo pós-moderno, antes que o minotauro virtual devore seus joviais sonhos humanistas.

Escatologias à parte, é de se ter em mente a observação de Pierre Lévy de que ainda não se instaurou a barbárie em nossas vidas porque "as formas econômicas e jurídicas do período precedente impedem hoje o movimento de desterritorialização de ir até seu fim." (1996, p. 5).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nova Iorque pode ser considerada a cidade-símbolo da contemporaneidade, a Roma da pós-modernidade. Nela, diz Jean Baudrillard, "os loucos foram soltos (...). Não se justificava que uma cidade tão louca manivesse os seus loucos à sombra, subtraísse à circulação espécimes de uma loucura que, de fato, sob múltiplas formas, tomou conta da cidade inteira" (1986, p. 20). No mundo antigo todos os caminhos levavam a Roma. No mundo pós-moderno todos os caminhos virtuais trazem Nova Iorque à nossa mais imediata realidade. Pois nesse mundo

"Realidades geográficas e históricas que pareciam estáveis ou ultrapasadas, ressurgem de repente, ao mesmo tempo que se desenhavam novos mapas do mundo. São cartografias desesperadas destinadas a redesenhar os espaços e os tempos fugidos dos seus lugares inesperados." (Ianni, 1996, p. 238)

De tal sorte que a violência novaiorquina é idêntica à de São Paulo, onde "Eles atiram primeiro, perguntam depois" é o que mais se ouve na



periferia quando alguém pretende definir o tipo de ação dos matadores da PM." (Barcellos, 1994, p. 120). Com o instrumental moderno jamais poderemos entender tal atitude livre de sentido; no entanto, somente uma razão que consiga tal entendimento poderá engendrar formas de superar e buscar uma real adequação legal de tais fatos, adequação que extravase os limites das promessas modernas nunca cumpridas em nosso país.

O direito penal não pode mais, como de resto nenhum espaço teórico sério, ignorar as mudanças que nos assaltam, até porque "o direito não pode ser nunca superior à estrutura econômica nem ao desenvolvimento cultural da sociedade por ela condicionado" (Marx, s/d, p. 214). Talvez a legislação sim, porém não o direito; mesmo que continue sendo essa a vontade do *establishment*.

Num país em que a modernidade, sempre anunciada pelas elites que justificaram e justificam suas ações políticas em seu nome, marca mais pela ausência do que pela presença, é preciso alertar-se para mais esse desafio. É preciso pensar o Brasil a partir do contexto global e não o mundo a partir do Brasil, pois

"... o paradigma clássico, cujo emblema tem sido a sociedade nacional simbolizada no Estado-nação, está posto em causa. Continuará a ter vigência, mas subordinado à globalização, à sociedade global, como realidade e imaginação." (Ianni, 1996, p. 110)

Tal teoria ou tais teorias, necessariamente fragmentadas como a realidade que as forja, devem levar em consideração o que diz J. Luiz Marques, em artigo que tenta recuperar o pensamento de Ernst Bloch, para o pós-modernismo. Diz ele que hoje

"... nem permanecem os motivos para manter-se a chama transformadora na subjetividade dos indivíduos, nem o espaço requerido para as revoltas subjetivas de classe é o mesmo. A era das grandes narrativas estaria ultrapassada." (1996, p. 8)

Assim, se alguém ainda pretende continuar pensando na utopia resumida tão magistralmente por Marx: "De cada qual, segundo sua capacidade; a cada qual, segundo suas necessidades" (s/d, p. 215), é preciso que

tenha capacidade para "sonhar de olhos abertos com a construção de órbitas de atuação não-estatais." (Marques, 1996, p. 8).

O Estado-nação, construído e conformado pelo direito racional, sustentado pela justificativa racional de punições a condutas racionalmente possíveis e imagináveis, de sentido compreensível - para bem ou para mal - está a *deperecer*. Compreender esse processo racionalmente exige um novo *status* para a razão. Diz Ianni:

"A razão pode inclusive imaginar o seu limite, impossibilidade, equívoco, auto-engano, ilusão. Repensar o espaço e o tempo, o todo e a parte, a aparência e a essência, o passado e o presente, o singular e o universal. Fragmentar o que lhe parece global, recompor o heterogêneo, montar o imprevisto, inventar o desconhecido, imaginar o impossível. Em lugar da modernidade, a pós-modernidade, em lugar da experiência, o simulacro, em lugar da realidade, a virtualidade." (1996, p. 84)

O direito penal do futuro não será, é óbvio, fruto tão-somente do *deuir* tresloucado das forças indomáveis do processo pós-moderno. Somente o homem pode construir seu futuro. O futuro do direito penal será o que os homens construirém. Tal construção exigirá intervenção política. Isso não era segredo para o criador da sociologia compreensiva, em que pesem as tão veementes acusações que lhe são feitas de descompromisso com a concretude do mundo:<sup>10</sup>

"Weber (...) indicava com realismo e certa resignação que a única saída para a burocratização enquanto processo inexorável que caracteriza a racionalização moderna e a própria modernidade, estaria na valorização da política, do parlamento e do carisma dos líderes políticos." (Arruda Jr. 1995, p. 23)

<sup>10</sup> Sobre tal assunto consultar *Ciência e Política: Duas Vocações* (Weber, 1993).

## BIBLIOGRAFIA

- ABRAMO, Cláudio Weber. "O telhado de vidro do relativismo". *Folha de São Paulo*. São Paulo, 15.set.96. Caderno Mais!(5), p. 3.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1996. 118 p.
- \_\_\_\_\_. *Dogmática e sistema penal: em busca da segurança jurídica prometida*. Florianópolis. Tese de doutorado apresentada no CPGD da UFSC, em 20.dez.1994.
- ARGÜELLO, Katie (org.). *Direito e democracia*. Florianópolis : Letras Contemporâneas, 1996. 237p.
- ARRUDA JR., Edmundo Lima de. Gramsci: a democracia enquanto racionalidade jurídico-normativa - reflexões preliminares. In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de & FILHO, Nilson Borges (org.). *Gramsci: estado, direito e sociedade*. Florianópolis : Letras Contemporâneas, 1996. Pp.9-26.
- \_\_\_\_\_. *Moderno e o pós-moderno no direito: reflexões sobre um neocolonialismo jurídicista*. *Direito em Debate* n. 2. Ijuí : Unijuí, out.1992. Pp. 77-85.
- \_\_\_\_\_. *Modernidade tardia e ordem periférica. Humanidades em Revista* n. 2. Ijuí : Unijuí, dez.1995. Pp. 17-28.
- AZEREDO, Vânia Duarte de. Ética e Conhecimento. *Humanidades em Revista* n. 3. Ijuí : Unijuí, jan.-jun. 1996. Pp. 65-86.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica y Crítica del Derecho Penal*. Trad. de Álvaro Búnster. 3. ed. México : Siglo Veintiuno Editores, 1991. 258 p.
- BARRETO, Vicente (org.). *O liberalismo e a Constituição de 1988: textos selecionados de Rui Barbosa*. Rio : Nova Fronteira, 1991. 402 p.
- BAUDRILLARD, Jean. *América*. Trad. de Álvaro Cabral. Rio : Rocco, 1986. 106p.
- \_\_\_\_\_. *As Estratégias Fatais*. Trad. de Ana Maria Scherer. Rio : Rocco, 1996. 169p.
- COHEN, Stanley. *Visiones de control social*. Trad. de Elena Larrouri. Barcelona : PPV, 1988. p. 407.
- COUTINHO, Carlos Nelson. *Marxismo e Política - a dualidade de poderes e outros ensaios*. São Paulo : Cortez, 1994. 160 p.
- CRUZ, Angélica Santa. *Chefia e Confusão*. *Veja*, São Paulo, Ed. 1.490, Ano 30, n.14, p. 28-30, abr., 1997.
- DRUCKER, Peter. *Sociedade Pós-Capitalista*. Trad. de Nivaldo Montingelli Jr. 4. ed. São Paulo : Pioneira, 1993. 186 p.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorgede, COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra : Coimbra Editora, 1992. 573 p.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 2. ed. São Paulo : Revista do Tribunais, 1992. 270p.
- GENRO, Tarso. *Socialismo e Novo Modo de Vida. Humanidades em Revista*. Ijuí, Unijuí, jan./jun., p. 05-16, n.3, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Respostas às Contribuições. Humanidades em Revista*. Ijuí, Unijuí, jan./jun., p. 43-9, n.3, 1996.
- \_\_\_\_\_. *O Novo Espaço Público. Folha de S. Paulo. Caderno Mais!* p. 3. São Paulo, 09/jul./1996.
- \_\_\_\_\_. *A Síndrome FHC da Intelectualidade. Folha de S. Paulo. Caderno Mais!* p. 3. São Paulo, 20/out./1996.
- \_\_\_\_\_. *Crise Terminal do Velho Direito do Trabalho. Revista da Anamatra*. São Paulo, ano 8, n.26, p. 24-26, abr/maio, 1996.
- HOBSBAWM, Eric J. *A Revolução Francesa*. Trad. de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1996. Coleção leitura. 57p.
- IANINI, Octávio. *A Idéia de Brasil Moderno*. 2. ed. São Paulo : Brasiliense, 1994. 180 p.
- \_\_\_\_\_. *A Era do Globalismo*. Rio : Civilização Brasileira, 1996. 342 p.
- JESUS, Damásio Evangelista. *Diagnóstico de Legislação Criminal Brasileira: crítica e sugestões. Ciências Criminais*, São Paulo, ano 3, n. 12, out./dez., p. 107-117. 1995.
- LÉVY, Pierre. *O rio da informação banha a tribo global*. Trad. de Celso Cândido. *Zero Hora*. Caderno de Cultura. p. 04-06. Porto Alegre, 19/out./1996.

- LOPARIC, Zeljko. Ética e Finitude. In: *A Crise do Pensamento*. Belém : Universitária, 1994.
- MARQUES, J. Luiz. O Sonho da Razão e a Utopia Real. *Zero Hora*. Caderno de Cultura. p. 08. Porto Alegre, 19/out./1996.
- MARX, Karl. Crítica ao Programa de Gotha. In: MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. *Obras Escolhidas*. São Paulo : Alfa-Omega, s/d. V. 2. p. 203-34.
- MORIN, Edgar, KERN, Anne Brigitte. *Terra-Pátria*. Trad. de Paulo Neves. Porto Alegre : Sulina, 1995. 192p.
- MORIN, Edgar. A promessa do progresso inevitável - entrevista a Leandro Samatz. *Zero Hora*. Caderno Cultura. p. 08. Porto alegre, 12/out./1996.
- NEGRI, Antonio. Estados Chegam à Era do Império. *Folha de S. Paulo*. Caderno Mais! p. 3. São Paulo, 20/out./1996.
- PIRES, Sergio Luiz Fernandes. Direito Penal e Autoritarismo. *Direito em Debate*, Ijuí : Ed. Unijuí, n.05, set. p. 76-90., 1995.
- \_\_\_\_\_. Repressão Internacional ao Narcotráfico. Textos para Análise no Ciclo Básico. Ijuí : Ed. Unijuí, 1990. p. 21-2.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Um pós-moderno contra o apartheid global. entrevista concedida a Eduardo Sterzi. *Zero Hora*. Caderno Cultura. p. 06. Porto Alegre, 06/jul/1996.
- SANTOS, Jair Ferreira. *O que é Pós-moderno*. 14. ed. Brasiliense, 1995. Coleção Primeiros Passos. 111 p.
- TRAGTENBERG, Maurício. Weber - Vida e Obra. In: WEBER, Max. *Textos Seleccionados*. trad. de Maurício Tragtenberg et alii. 2. ed. São Paulo : Abril Cultural, 1980.
- WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. trad. de José Medina Echavarría et alii. v. 2. México : Fondo de Cultura Económica, 1944. 660 p.
- \_\_\_\_\_. *Economía e Sociedad*. Trad. de Karen Elisabe Barbosa e Regis Barbosa. V. 1. Brasília : UNB, 1991. 422p.
- \_\_\_\_\_. *Ciência e Política*: duas vocações. Trad. de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo : Cultrix, 1993. 124p.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. Trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. 4. ed. Santiago : Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- Jovens de classe média põe fogo em índio na rua. *Zero Hora*, Porto Alegre, 21 abr. 1997. p. 40.
- Zero Hora, Opinião ZH - A Idade do Crime. Porto Alegre, 21 de fevereiro de 1997.