

CONTROLE PUNITIVO E CONTEXTO BIOPOLÍTICO: REVISITANDO O REALISMO MARGINAL DE EUGÊNIO RAUL ZAFFARONI

Fabricio Martinatto da Costa¹

PUNITIVE CONTROL AND BIOPOLITICAL CONTEXT: REVISITING THE MARGINAL REALISM OF EUGENIO RAUL ZAFFARONI

RESUMO

A noção de biopolítica, desenvolvida por Michel Foucault e, mais recentemente, Giorgio Agamben, faz referência à formação de uma sociedade em que a política é dirigida ao controle da vida em todos os seus aspectos. Nesse sentido, o presente artigo pretende levantar a pertinência de inserir o discurso jurídico-penal nesse contexto analítico, a fim de expor as suas mazelas e buscar a sua superação. Torna-se patente que, ao propor um diálogo entre o pensamento foucaultiano e o saber jurídico-penal, a maioria dos trabalhos que abordam tal temática sonheguem veementemente os estudos acerca dos dispositivos biopolíticos, ficando apenas no já tão debatido tema dos dispositivos disciplinares. Paralelamente a tal abordagem, constata-se que as propostas deslegitimadoras do poder punitivo, não-abolicionistas, como a do realismo marginal de Eugênio Raul Zaffaroni, pretendem a contenção do exercício do poder de punir, através de uma reformulação do discurso jurídico-penal. O estudo do discurso jurídico-penal a partir da formação de uma sociedade biopolítica, entretanto, evidencia a necessidade de se buscar novos rumos para a perspectiva deslegitimante, sob pena de se perder o caráter radical que dá renovado fôlego à análise jurídica do fenômeno criminal. Ao final, procura-se apresentar uma alternativa à proposta do realismo marginal, calcado na articulação das noções de “profanação” de Giorgio Agamben e “posse contra propriedade” de Oswald de Andrade, explicitando uma proposta descriminalizante livre das amarras da biopolítica.

Palavras-chave: controle punitivo; deslegitimação do poder punitivo; funções do direito penal; realismo marginal; biopolítica.

ABSTRACT

The notion of biopolitics, developed by Michel Foucault and, most recently, Giorgio Agamben, refers to the formation of a society in that the politics is directed to the control of life in all its aspects. Accordingly, this paper presents the relevance of insert the criminal legal discourse in this analytical context, to expose their ailments and seek its overcoming. It became clear that, by proposing a dialogue between Foucault's thinking and knowing legal criminal, the most papers that address this theme disregard the studies on the biopolitical devices and only discuss the topic related to disciplinary devices. Parallel to this approach, it appears that the no-legitimization proposed, such as the marginal realism of Eugenio Raul Zaffaroni, intended to limit the exercise of the punitive power, through a reformulation of the criminal legal discourse. The study of criminal legal discourse and its relation with a biopolitical society, however, highlights the need to seek new ways to no-legitimate perspective, under penalty of losing the radical character that gives renewed strength to the legal analysis of the criminal problem. At the end, seeks to provide an alternative to the marginal realism proposed, underpinned by the articulation of notions of "profanation" of Giorgio Agamben and "Possession versus propriety" of Oswald de Andrade, explaining a no-criminalizate proposal, free from the shackles of biopolitics.

Keywords: Punitive Control; No-Legitimization Of Punitive Power; Functions Of Criminal Law; Marginal Realism; Biopolitics.

¹Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal de Pelotas-RS. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande-RS. Bolsista CAPES.

1 INTRODUÇÃO

Não parece exagero afirmar que o problema levantado pela noção de biopolítica é incontornável, caso se pretenda compreender minimamente as implicações éticas e políticas dos dispositivos de poder na atualidade. A vida humana tornou-se não mais o objetivo último da intervenção política, mas sim um recurso para gerir populações, um instrumento de governo. Mais do que as disciplinas, os mecanismos biopolíticos reformulam a relação entre vida e política, de modo que o mero viver acaba por se equivaler a uma técnica de administração/gerência de recursos humanos. Efetivamente, o cálculo dos mecanismos biopolíticos é feito para preservar e cuidar da vida, quando útil, e abandoná-la, quando inútil.

O presente artigo pretende demonstrar a pertinência de inserir os discursos jurídico-penais no contexto analítico supra exposto. Contexto este desenvolvido por autores como Michel Foucault e Giorgio Agamben. Diante de um déficit no diálogo entre biopolítica e saber jurídico-penal, a maioria dos trabalhos que adotam uma análise foucaultiana da atuação do direito penal contemporâneo acabam por sonegar veementemente os estudos acerca dos dispositivos biopolíticos, ficando apenas no já tão debatido tema dos dispositivos disciplinares.

Assiste-se, contemporaneamente, à emergência de uma dogmática jurídico-penal voltada para as consequências (HASSEMER, 2008), em que se exige, para sua legitimidade, além de uma conformidade normativa, uma conformidade efetiva sobre o mundo, seja para **proteção** de bens jurídicos, seja para **prevenção** (geral e especial) ou mesmo para garantir a **aplicação racional, segura e justa do direito**, esta última uma clara herança moderna. Qualquer que seja a orientação epistemológica das vertentes dogmáticas, as categorias que formam o arcabouço discursivo do direito penal estão orientadas para, nos termos de Vera Regina de Andrade (1994, p. 262), “gestar a segurança jurídica na administração da Justiça Penal”. Trata-se, portanto, de compreender o papel das teorias penais na manutenção ou não da estratégia governamental contemporânea expressada pelos mecanismos biopolíticos.

Diante disso, passar-se-á a considerar a proposta deslegitimadora do poder punitivo, levada a cabo, na América Latina, pelo Realismo Marginal do penalista argentino Eugênio Raul Zaffaroni que, em síntese, pretende a contenção do exercício do poder de punir, através de uma reformulação do discurso jurídico-penal. A questão, aqui, fundamentalmente será a de averiguar as limitações passíveis de serem encontradas quando

se insere o Realismo Marginal na perspectiva biopolítica: seria, ainda, pertinente sustentar o direito penal como instrumento destinado à contenção do poder punitivo, diante da emergência de uma estratégia de poder que restringe o político à administração da vida humana? Quanto poderia resistir o direito penal para efetivamente afastar-se dos mecanismos biopolíticos e formular um discurso dirigido à contenção das arbitrariedades do poder punitivo?

Ao intentar uma reflexão para, mesmo que contingentemente, responder tais questões, procura-se também apresentar uma alternativa à proposta do realismo marginal, calcada na articulação das noções de “profanação” de Giorgio Agamben e “posse contra propriedade” de Oswald de Andrade, explicitando uma proposta descriminalizante livre das amarras da biopolítica.

2 OS OBJETIVOS BIOPOLÍTICOS DO SABER JURÍDICO-PENAL

Michel Foucault, nas aulas proferidas no *Collège de France*, desenvolveu, especialmente entre 1975 e 1980, o problema da biopolítica. *Em defesa da sociedade, Segurança, território e população e Nascimento da biopolítica* são os cursos de Foucault que darão ênfase à questão da biopolítica, vista como “a nova tecnologia que [...]se dirige a multiplicidade dos homens” (FOUCAULT, 1999, p. 289). Tecnologia esta que, ao mesmo tempo em que se diferencia, é complementar às técnicas disciplinares anteriormente estudadas pelo filósofo francês.

A noção foucaultiana de biopolítica é desenvolvida especialmente em decorrência do método que o autor adota para estudar as relações de poder. Segundo Foucault, não é possível compreender as relações de poder a partir de uma teoria da soberania, eis que tal teoria pressupõe a existência de um sujeito submetido a outro sujeito, um poder unitário e fundado em uma legitimidade transcendente. Foucault (1999, p. 51), ao contrário, trabalha com o que chama de “operadores de dominação”. Isso quer dizer que não são os poderes que derivam da soberania; a análise não parte de elementos preliminares, mas sim da “própria relação de poder, da relação de dominação no que ela tem de factual, de efetivo, e de ver como é essa própria relação que determina os elementos sobre os quais ela incide” (FOUCAULT, 1999, p. 51). O que interessa para Foucault são, portanto, “as relações de sujeição efetivas que fabricam sujeitos” (FOUCAULT, 1999, p. 51) e não procurar o fundamento pelo qual os sujeitos se submetem à sujeição.

A perspectiva metodológica acima delineada permite a Foucault problematizar um dos atributos fundamentais da teoria clássica da soberania, qual seja, o direito de vida e de morte, bem como a transformação dos mecanismos de poder operada especialmente nos séculos XVII, XVIII e XIX. Trata-se de uma modificação do poder soberano de “fazer morrer e deixar viver” por um poder de “fazer viver e deixar morrer”, a biopolítica.

Foucault argumenta que essa nova tecnologia de poder opera em um nível diferente daquele em que se exerce o poder disciplinar. Uma vez que “a disciplina tenta reger a multiplicidade dos homens na medida em que essa multiplicidade pode e deve redundar em corpos individuais que devem ser vigiados, treinados, utilizados, eventualmente punidos”, a biopolítica, por seu turno,

se dirige a multiplicidade dos homens, não na medida em que eles se resumem em corpos, mas na medida em que ela forma, ao contrário, uma massa global, afetada por processos de conjunto que são próprios da vida, que são processos como o nascimento, a morte, a produção, a doença, etc. (FOUCAULT, 1999, p. 289).

Trata-se, portanto, de um mecanismo de poder que procura dar conta de problemas relacionados à população e às massas. Problemas esses advindos de uma explosão demográfica e industrial que demandava um certo controle através de órgãos complexos de coordenação e centralização. Esta nova tecnologia de poder seria, portanto, complementar aos mecanismos disciplinares operacionalizados sobre indivíduos (FOUCAULT, 1999).

Entretanto, diante da expressão “fazer viver e deixar morrer”, característica essencial da biopolítica, surge a questão: “como um poder como este pode matar, se é verdade que se trata essencialmente de aumentar a vida, de prolongar sua duração, de multiplicar suas possibilidades, de desviar seus acidentes, ou então de compensar suas deficiências?” (FOUCAULT, 1999, p. 304). Foucault, então, argumenta que a ideia de racismo, apesar de não ter sido inventada com esse propósito, emerge como o mecanismo que permitirá decidir quem deve morrer e quem deve viver. É dessa forma que os Estados soberanos passam a utilizar mecanismos biopolíticos como meio eficaz de exercício do poder:

Se o poder de normalização quer exercer o velho direito soberano de matar, ele tem de passar pelo racismo. E se, inversamente, um poder de soberania, ou seja, um poder que tem direito de vida e de morte, quer funcionar com os instrumentos, com os mecanismos, com a tecnologia da normalização, ele também tem de passar pelo racismo. (FOUCAULT, 1999, p. 306).

O termo racismo não é empregado, aqui, simplesmente na sua concepção étnica, mas deve ser compreendido como todo e qualquer mecanismo de exclusão do diferente

destinado a assegurar a vida. Esse movimento, portanto, consistente num exercício de seletividade e eliminação, permite delinear o princípio racista, do qual o exercício do biopoder é dependente: “a morte dos outros e o fortalecimento biológico da própria pessoa, na medida em que ela é membro de uma raça ou de uma população, na medida em que se é elemento numa pluralidade unitária e viva” (FOUCAULT, 1999, p. 308).

O paradoxo que se constata é que a exclusão e conseqüente morte do outro, operada pela biopolítica, fortalece o sentimento de ser coletivo, social e plural. Nesse mesmo sentido, é possível fazer um paralelo com o sentimento de comunidade inferido por Zygmunt Bauman, nos seguintes termos:

A comunidade realmente existente será diferente da de seus sonhos — mais semelhante a seu contrário: aumentará seus temores e insegurança em vez de diluí-los ou deixá-los de lado. Exigirá vigilância vinte e quatro horas por dia e a afiação diária das espadas, para a luta, dia sim, dia não, para manter os estranhos fora dos muros e para caçar os vira-casacas em seu próprio meio. E, num toque final de ironia, é só por essa belicosidade, gritaria e brandir de espadas que o sentimento de estar em uma comunidade, de ser uma comunidade pode ser mantido e impedido de desaparecer. O aconchego do lar deve ser buscado, cotidianamente, na linha de frente. (BAUMAN, 2001, p. 22).

Realizando o movimento de inserção do discurso jurídico-penal legitimante na perspectiva biopolítica, é possível afirmar que, se é o saber disciplinar (poder sobre o corpo) que efetiva as práticas punitivas nas instituições, por outro lado é a biopolítica que dá novo sentido ao poder punitivo, ao permitir que a vida seja controlada sob a justificativa da *segurança*, da *proteção* aos bens jurídicos, ou da *efetivação* dos direitos fundamentais. É a biopolítica que confere o espaço legítimo de atuação do poder punitivo, a partir de todo um aparato discursivo que procura, simultaneamente, assegurar e aniquilar a vida.

A biopolítica, portanto, consiste em uma nova estratégia de governo, que não age diretamente sobre os indivíduos, mas que “lida com estes fenômenos da política [...], que são os interesses ou aquilo por intermédio do qual determinado indivíduo, determinada coisa, determinada riqueza, etc., interessa aos outros indivíduos ou à coletividade” (FOUCAULT, 2008, p. 62). Exemplo de tal estratégia, segundo Foucault, seria o princípio da moderação das penas: entre o crime e o poder soberano de punir interpõe-se uma “fina película fenomenal” que sustenta o interesse pela punição e sobre a qual a razão governamental biopolítica pode agir:

E com isso a punição aparece como devendo ser calculada em função, é claro, dos interesses da pessoa esada, da reparação dos danos, etc. Doravante, porém, a punição deve arraigar-se apenas no jogo dos interesses dos outros, do seu meio,

da sociedade, etc. Interessa punir? Que interesse há em punir? Que forma a punição deve ter para que seja interessante para a sociedade? Interessa supliciar ou o que interessa é reeducar? Reeducar como, até que ponto, etc., e quanto vai custar? A inserção dessa película fenomenal do interesse constituindo a única esfera, ou antes, a única superfície de intervenção possível do governo (FOUCAULT, 2008, p. 63).

Outro exemplo de implementação desta estratégia biopolítica seria a utilização de análises eminentemente econômicas para decifrar fenômenos não econômicos – a criminalidade, por exemplo –, como fizeram os neoliberais da Escola Econômica de Chicago. Como infere Foucault, a suavização das penas sugerida por essa nova estratégia de governo – da qual Beccaria pode ser considerado o precursor – não está associada a qualquer princípio de humanidade ou de sensibilidade diante das formas antigas de punição, como o suplício. Trata-se, segundo Foucault, de uma análise econômica da política, uma “economia política” do funcionamento da justiça penal. A política penal, assim, não está dirigida a impossível missão de fazer desaparecer o crime, mas de intervir no “mercado do crime e em relação à oferta de crime”, no intento de limitar essa oferta. A intervenção representa um custo que, todavia, não poderá superar nunca o custo da criminalidade cuja oferta se pretende limitar (FOUCAULT, 2008).

Outros problemas, portanto, são inseridos na ordem do direito penal, que não mais se limita a dizer quais condutas devem ser consideradas crimes e como puni-las. Trata-se, agora, de uma gestão da criminalidade, aquilo que Foucault denomina de “questão de penalidade”, ou seja, gerir a quantidade de delitos que devem ser permitidos e a quantidade de pessoas que devem ser deixadas impunes (FOUCAULT, 2008, p. 350).

Poder-se-ia dizer que, tal como os reformadores penais do século XVIII formularam uma verdadeira dogmática jurídico-penal destinada a dar um fundamento ao direito/poder de punir do Estado, ainda hoje é possível constatar nos discursos legitimadores do direito penal a tentativa de instituir uma *economia política da justiça penal*.

É nesse sentido que Cesar Candiotti elabora interessante estudo sobre a normalização e a regulação da delinquência em Michel Foucault. Em *Vigiar e Punir*, Foucault apresenta a prisão como uma forma de punição que permite operacionalizar as disciplinas, produzindo indivíduos dóceis e úteis. Entretanto, a delinquência disciplinada na prisão deve servir também a outros interesses, como a produção de riqueza. Assim,

a questão não é eliminar a delinquência, mas normalizá-la, torná-la economicamente útil, politicamente favorável ao lucro fácil e escuso. **O delinquente não seria o efeito negativo do fracasso prisional, mas o resultado positivo de uma sociedade burguesa que se alimenta da acumulação legal e ilegal do capital** (CANDIOTTO, 2012, p. 22, grifo nosso).

Daí a conclusão, nada ortodoxa, mas muito oportuna, de que o *policciamento* e o *encarceramento* não são mecanismos de combate à delinquência, mas são produtores da insegurança, eis que normalizam e regulamentam a delinquência para gerir as manifestações políticas e sociais, *legitimando as muitas vezes ilegais atuações do estado e de seus aparelhos repressivos* (CANDIOTTO, 2012). À conclusão semelhante chega Giorgio Agamben, quando afirma, na linha de Deleuze, que, mais do que disciplinar, o Estado contemporâneo destina-se a gerir e controlar, e cita um exemplo atual: “depois da violenta repressão das manifestações contra o G8 de Gênova, em julho de 2001, um funcionário da polícia italiana declarou que o governo não queria que a polícia mantivesse a ordem, mas gerisse a desordem” (AGAMBEN, 2014)².

O delinquente é fabricado pelas disciplinas na prisão e é gerido pelos dispositivos de segurança quando está fora dos muros do cárcere. Essa conclusão, iniciada em *Vigiar e Punir* e complementada em *Segurança, Território e População*, permite a Foucault romper com o binarismo segurança/insegurança: os dispositivos de segurança não pretendem acabar com a insegurança. Segundo Candiotto (2012, p. 23), a delinquência passa a ser governada, pois

a permissividade da circulação da delinquência está na raiz da racionalização em torno dos discursos sobre a ordem pública, que a produção da insegurança é constituinte do discurso em torno das estratégias securitárias. Ao pensar assim, ele [Foucault] rompe com a lógica dicotômica e binária segundo a qual a ordem seria a negação da desordem, a política o término da guerra, o direito a negação da violência.

Tem-se, portanto, dispositivos de segurança que são fundados na insegurança, destinados a gerir todos os espaços da vida, a partir de uma economia política. Agamben (2008) evidencia o equívoco de justapor em uma única expressão os termos “economia” e “política”, pois “onde tudo é normalizado e tudo é governável, o espaço da política tende a desaparecer”. Este espaço ausente de política é aquele onde o estado de direito é fundamentado e se indetermina a partir do seu estado de exceção, onde os dispositivos de segurança se legitimam nas apelações por segurança, onde finalmente direito e violência não representam uma dualidade, mas estabelecem uma relação de complementaridade.

O conceito de biopolítica delineado por Foucault possibilita realizar a devida crítica

²O resultado dessa “gestão da desordem” foi a morte de um manifestante pela polícia italiana. Em julgamento final proferido em 24.03.2011, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou que o Estado Italiano não violou o direito à vida do manifestante Carlo Giuliani, aceitando a alegação de legítima defesa. A íntegra da decisão, em inglês, encontra-se disponível no sítio <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-24/policia-italiana-manitou-manifestante-legitima-defesa-corte-europeia>>. Acesso em 22.07.2014.

ao movimento totalizante empreendido pelos mais diversos discursos jurídicos contemporâneos: a tentativa de formalização da vida, ou seja, a ideia de abarcar todos os meios de vida no mundo formal do direito, de modo que seja possível a apropriação, a regulamentação e o controle de todas as ações humanas, sob o argumento “humanizadamente” perverso de “controlar para fazer viver”. Nesse sentido são as palavras de Foucault:

Ora, agora que o poder é cada vez menos o direito de fazer morrer e cada vez mais o direito de intervir para fazer viver, e na maneira de viver, e no ‘como’ da vida, a partir do momento em que, portanto, o poder intervém sobretudo nesse nível para aumentar a vida, para controlar seus acidentes, suas eventualidades, suas deficiências, daí por diante a morte, como termo da vida, é evidentemente o termo, o limite, a extremidade do poder (FOUCAULT, 1999, p. 295).

É a biopolítica que justifica, a partir da captura da vida, o ato de “fazer viver” e “deixar morrer” do Estado, ou seja, o poder de aniquilar a vida do outro para que as vidas de algumas pessoas possam ser preservadas. É a partir de um objetivo garantidor que se permite a regulamentação da vida e o controle generalizado dos corpos. Evidentemente, o sentido de aniquilamento da vida pela biopolítica, aqui referido, não significa apenas a morte biológica, mas todas as formas que levam à morte indireta: “o fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição, etc.” (FOUCAULT, 1999, p. 306).

Os mecanismos do biopoder utilizados pelos Estados contemporâneos centram-se, em suma, na ideia de que “a sociedade ou o Estado, ou o que deve substituir o Estado, tem essencialmente a função de incumbir-se da vida, de organizá-la, de multiplicá-la, de compensar suas eventualidades, de percorrer e delimitar suas chances e possibilidades biológicas”. A consequência dessa função atribuída aos Estados e efetivada no âmbito da biopolítica consubstancia-se “[n]o direito de matar ou [n]o direito de eliminar, ou [n]o direito de desqualificar” (FOUCAULT, 1999, p. 313).

Assim, necessário se faz abandonar qualquer ideia que aprisione o sujeito à normatividade, como se fosse possível que o homem autorizasse a regulação de sua vida – sob o argumento de segurança e garantia – em prol de uma irrealizável liberdade. Assim, torna-se inócua qualquer tentativa discursiva de reintroduzir o “sujeito normativo” (o cidadão) à ordem jurídica, como pretendem determinados discursos jurídico-penais ditos garantistas, pois não se trata de um simples equívoco normativo (“falta de um estatuto garantidor aos condenados criminalmente”). A estratégia de desconstrução a ser efetivada passa essencialmente pela crítica ao discurso jurídico-penal enquanto estratégia de poder que busca disciplinar e controlar os corpos através da biopolítica.

Nesse sentido, os estudos de Agamben, baseados na noção de biopolítica de Foucault, servem como norte para a constatação de alguns efeitos proporcionados pelo saber jurídico-penal. É nesse sentido que o filósofo italiano infere que o horizonte biopolítico explicita as dicotomias vividas na Modernidade, que permitiram, por exemplo, a transição do Absolutismo para a Democracia sem a necessidade de modificação profunda na lógica jurídica que sustenta essas duas estruturas (AGAMBEN, 2007a). Outra passagem que corrobora tal entendimento é a seguinte:

A contiguidade entre a democracia de massa e os Estados totalitários não têm, contudo, [...] a forma de uma improvisada reviravolta: antes de emergir impetuosamente à luz do nosso século (século XX), o rio da biopolítica, que arrasta consigo a vida do *homo sacer*, corre de modo subterrâneo, mas contínuo (AGAMBEN, 2007a, p. 181).

Ao passo que a apropriação da vida para o exercício concomitante do controle e da exclusão constitui elemento evidentemente necessário para a promoção do Estado de Direito, ou seja, para garantir a própria vida, não é de se admirar que o saber jurídico-penal, apesar da criação de uma dogmática orientada para o Direito Penal Mínimo, não consiga constituir-se em uma racionalidade que afaste toda e qualquer forma de violência. Tal constatação não propõe pensar uma reconstrução do direito penal voltada para afastar a violência institucionalizada, mas sim alegar que até mesmo a criação de modelos minimalistas não são capazes de efetivar aquilo a que se propõem, precisamente porque fomentam a continuidade de um sistema estatal moldado pela biopolítica.

A importância de Agamben, portanto, reside não apenas na continuidade que o filósofo dá aos trabalhos de Foucault sobre a biopolítica, mas também no estabelecimento de uma relação íntima entre o poder jurídico institucional e o poder biopolítico. Essa relação não foi mencionada nos trabalhos de Foucault, que separava drasticamente poder soberano e biopolítica. Nesse sentido, infere Agamben o seguinte:

Pode-se dizer, aliás, que a produção de um corpo biopolítico seja a contribuição original do poder soberano. A biopolítica é, nesse sentido, pelo menos tão antiga quanto a exceção soberana. Colocando a vida biológica no centro de seus cálculos, o Estado moderno não faz mais, portanto, do que reconduzir à luz o vínculo secreto que une o poder à vida nua [...], reatando assim com o mais imemorial dos *arcana imperi* (AGAMBEN, 2007a, p. 14).

Este trabalho, portanto, adota uma posição mais aproximada à de Agamben, no sentido de considerar que biopolítica e soberania são poderes que estão intimamente relacionados, ainda que não se confundam e guardem certas diferenças. Desde tal ponto de

vista, a biopolítica pode constituir-se em uma estratégia de poder efetivamente orientada pelo poder soberano.

É, portanto, a estratégia biopolítica que autoriza o Estado a fundamentar suas ações, fato que Agamben constata no desenvolvimento da ideia de *vida nua*, ou seja, uma vida que é incluída para ser excluída, que permite ao modelo estatal contemporâneo defender os direitos fundamentais a partir de uma lógica defensivista: exclusão do outro considerado uma ameaça. É possível concluir, com Agamben, que “a vida nua tem, na política ocidental, este singular privilégio de ser aquilo sobre cuja exclusão se funda a cidade dos homens” (AGAMBEN, 2007a, p. 15), cidade esta em que a vida nua não pode habitar, estando, todavia, restrita a um novo espaço: o campo. É possível concluir, ainda, que o saber jurídico-penal sustenta-se e opera a partir dessa lógica. Daí a necessária referência à biopolítica e à vida nua aqui realizada.

A apropriação da biopolítica pelo Estado inclui a vida nua no espaço político. Aquilo que antes estava localizado à margem do ordenamento jurídico agora é incluído para ser excluído. É a vida nua consubstanciada pelos mecanismos biopolíticos que se tornará, segundo Agamben, “o fundamento oculto sobre o qual repousa o inteiro sistema político” (AGAMBEN, 2007a, p. 17).

A vida nua constitui todo o aparato político que pretende a “proteção da vida”. Desta feita, não se pode afirmar que a vida nua seja passível de eliminação pelo Estado de Direito, eis que é exatamente o movimento excludente dessa vida que permite a permanência do paradigma político vigente.

A definição de estado de exceção por Walter Benjamin, na oitava tese sobre a história, cujo estudo é ampliado por Agamben, denota de maneira contundente a inclusão da vida nua no ordenamento jurídico para que se torne objeto de exclusão. O estado de exceção não significa a oposição da vida nua à norma jurídica, como se fosse um local onde faltasse direito. Ao contrário, o estado de exceção é autorizado pela norma a suspendê-la, inserindo a vida nua no âmbito do ordenamento para que seja efetivamente excluída. O estado de exceção permite que o ordenamento se relacione intimamente com aquilo que é excluído do direito, de modo que a vida nua está em perpétua relação com o poder que o banuiu:

A exceção é uma espécie da exclusão. Ela é um caso singular, que é excluído da norma geral. Mas o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão. A norma se aplica a exceção desaplicando-se, retirando-se desta. O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta

da sua suspensão. Neste sentido, a exceção é verdadeiramente, segundo o étimo, capturada fora (ex- capere) e não simplesmente excluída (AGAMBEN, 2007a, p. 25).

Constituído está o estado de exceção, que se torna a regra para fazer funcionar todo o aparato estatal idealizado para “proteger” a vida.

Com as ideias aqui expostas, é possível inferir que os estudos jurídicos contemporâneos não veem, por exemplo, nos verdadeiros extermínios realizados pelo sistema punitivo brasileiro um ato constitutivo do Estado de Direito, mas uma simples ausência de Constituição. Toda a estrutura jurídica que sustenta esses extermínios torna-se, portanto, inabalável diante de uma crítica jurídica que se limita a tentar estender os direitos fundamentais para a população excluída. Não percebe que, ao realizar essa crítica, os extermínios continuarão, pois é exatamente a noção de “proteção” aos direitos fundamentais que contribui para a barbárie operada, acreditando-se ainda que o fortalecimento da ordem jurídica, a partir da submissão total da vida ao direito, seria capaz de resolver as mazelas sociais. Mais do que isso, o simples desejo de estender os direitos fundamentais à vida nua desconsidera que o viver político dessa população continua inoperante, apesar de capturado.

Em outras palavras, o saber jurídico contemporâneo preocupa-se exclusivamente em estender aos excluídos uma “vida de direitos”, ou seja, tornar possível uma forma de vida racionalmente constituída a ser aceita sem maiores indagações. Trata-se, portanto, de um saber que se contenta na realização dos ideais normativos previamente constituídos pela lógica racionalista, sem promover qualquer senso crítico acerca da perversidade de uma lógica que somente considera válida as formas de vida normatizadas. Ou seja, os próprios ideais normativos (de justiça, de segurança, etc.) passam incólumes por qualquer reflexão jurídica.

Nesse sentido, o contexto biopolítico do estado exceção, desenvolvido por Agamben a partir das incursões a Michel Foucault, Hanna Harendt, Walter Benjamin e Carl Shimidtt torna-se especialmente relevante neste trabalho, pois se trata de um importante exemplo de estratégia jurídica contemporânea totalizante, destinada à propagação dos efeitos de poder sobre determinadas camadas da população, entre elas aquela que é tragada diariamente pelo sistema punitivo estatal. Sistema este racionalmente justificado pelo saber jurídico-penal, onde a estratégia biopolítica encontra seu *locus*.

A grande inovação trazida pela noção de biopolítica ao estudo dos impactos punitivos na contemporaneidade é considerar não apenas o soberano com o trânsito livre

pelo espaço da vida nua, submetendo os corpos e exercendo o poder de matar e fazer viver (vida matável e insacrificável, no sentido de impossibilidade de uma pena capital). No espaço da vida nua, qualquer ação é justificada para a consecução dos objetivos do saber biopolítico, do qual o saber jurídico-penal é absolutamente conivente. É a vida nua uma categoria presente no mundo atual graças à racionalidade instrumental que torna suportável aquilo que é eticamente insuportável.

A apropriação da vida em todos os sentidos, bem como o limiar que torna direito e vida indiscerníveis (vida = norma): constatado está o efeito de poder do discurso jurídico-penal atual. Diante da apropriação de todas as formas de vida para seu efetivo controle, com a conseqüente eliminação do Diferente, o movimento totalizante, fruto de uma racionalidade instrumental, segue o seu destino rumo à justificação de qualquer forma de violência institucionalizada.

A grande contribuição do estudo da biopolítica no âmbito do discurso jurídico-penal legitimante consiste, portanto, numa constatação daquilo que as teorias jurídicas contemporâneas ainda se furtam de enfrentar, ou que arditosamente acabam por justificar: uma estratégia política de reconhecimento e apropriação, com o conseqüente movimento de eliminação (a constituição daquilo que Agamben chama de vida nua). Sem a consciência de que o duplo movimento de apropriação/eliminação constitui o próprio cerne do discurso penal legitimante, não seria possível realizar a crítica aqui proposta, eis que é possível constatar que a violência justificada pelo discurso é operada precisamente na ideia totalizante da biopolítica.

Portanto, é interessante perceber como que as instituições totais vão se aperfeiçoando, de modo que, hoje, a vida não necessita ser mais aprisionada para ser submetida ao controle. Mais do que um mecanismo econômico de submissão de uma classe dominada por uma classe dominante, trata-se de um movimento político que permeia todas as relações humanas, em que todos são submetidos a uma normalização da vida. Nada mais escapa ao controle e ao exercício do poder: o direito formaliza a vida ao ditar a forma a ser aceita ou tolerada e definir qual o padrão a que todos devem estar submetidos. Sua única preocupação seria estender essa forma de vida a todos. Estamos vivendo o ápice da totalidade jurídica: o direito encontrou a forma de vida perfeita, revestiu-a de legitimidade constitucional e projeta estendê-la sem maiores considerações.

3 A DIFICULDADE EM LIVRAR O DIREITO PENAL DOS MECANISMOS BIOPOLÍTICOS

A noção de biopolítica, como observado, é fundamental para compreender o aparato controlador desenvolvido para que a vida siga determinado rumo previamente estabelecido. São as exigências de proteção que formam determinado padrão de vida a ser preservado. A partir de então, é este padrão – também utilizado pela ciência penal - que dará sustentação às decisões sobre aquilo que deva ser preservado ou aniquilado.

A vida, em todos os seus sentidos, é facilmente controlada por mecanismos tão sutis que hoje são considerados fundamentais para se viver. Vide, por exemplo, a ideia de crime e pena: poucos são aqueles que conseguem pensar a existência da vida sem a presença desses mecanismos de controle social, não obstante a comprovação empírica de sua absoluta falta de eficiência e a constatação da violência que tais categorias produzem. De certa forma, não se consegue fugir das amarras da biopolítica, eis que se fez crer que esta é essencial para a própria existência da vida.

Os mecanismos de controle da vida são, assim, identificados com a própria realidade e tornados eternamente necessários. Mais do que isso, é possível verificar que o discurso jurídico-penal tenta desvincular as ações biopolíticas do exercício do poder, justificando o controle punitivo como uma estratégia meramente normativa, necessária para a proteção das pessoas. Assim, por exemplo, a teoria do bem jurídico, que atribui ao direito penal a função de tutela de bens jurídicos, delineia estratégia punitiva alicerçada na necessidade de *punir* para *proteger*. Tal teoria procura se afastar da realidade biopolítica através de um argumento estritamente normativo e, por conseguinte, possui baixíssimo grau de criticidade quanto à “bondade” do poder punitivo.

É possível afirmar que o discurso que justifica a implementação dos mecanismos biopolíticos esgota a vida, pois reduz a realidade aos termos conceituais de uma teoria legitimadora. Que se encubra a violência intrínseca à execução de uma pena criminal com a elaboração de uma sentença condenatória considerada justa, simplesmente porque esta foi elaborada racionalmente em consonância com todos os princípios do direito penal e do processo penal, é já um dos efeitos perversos da representação tornada realidade pela ciência penal.

É possível dizer, ainda, que há sempre um transbordamento de sentido quando a ciência penal pretende impor determinados limites para sua atuação. Isso porque no próprio estabelecimento das bases dogmáticas do direito penal, que procuram impor limites

à incidência do poder punitivo, já se escamoteiam as relações de poder que estão em jogo. Nessa construção discursiva, são eleitas funções metafísicas que nada dizem respeito ao atuar concreto do poder punitivo.

No entanto, como ensina Foucault, não é possível desvincular as relações de poder da formulação de um saber. E, como observa-se em Agamben, o estado de direito não é passível de conter ou de impor limites ao estado de exceção que se verifica no exercício do poder punitivo, precisamente porque o estado de exceção sustenta o estado de direito. A relação entre poder punitivo e estado de direito confirma a tese: não é possível pensar, hoje, o estado de direito sem o exercício do poder punitivo. O que nos faz concluir que as figuras do *homo criminalis*, do desviante, do inimigo não são apenas elementos privilegiados de um Direito Penal de Exceção (ou, para a teoria penal contemporânea, de um Direito Penal do Inimigo). Eles são figuras essenciais também para o Direito Penal do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos (1984) infere que

uma política criminal de “proteção da sociedade contra o crime” como foco dirigido para o indivíduo criminoso, submetido à remoção, segregação, cura e educação, sob o fundamento do estado “perigoso”, mesmo que acene com um Direito Penal “humanizado” pela “ciência do crime e do criminoso”, não deixa de constituir a forma mais acerbadada de violência repressiva.

Evidentemente, não se trata de tornar indiferentes o Direito Penal de Exceção e o Direito Penal do Estado Democrático de Direito. As medidas teóricas criadas para a efetivação de um direito penal orientado contra o poder soberano de punir, instituindo aportes dogmáticos de contenção das agências executivas punitivas, são especialmente relevantes nos países cujas instituições democráticas demonstram-se fragilizadas, como o Brasil.

No entanto, como será delineado a seguir, a construção de um direito penal contentor do poder punitivo não aprofunda o problema. Permanecerá a possibilidade de criação de um espaço de exceção constituinte do estado de direito, permitindo que a *vidanua*, a partir desse espaço indiscernível de atuação soberana, possa ser morta. A morte ocorre sob os auspícios do Estado de Direito, e não fora dele.

Talvez mesmo a dogmática jurídico-penal não comporte um problema desta magnitude. No entanto, tratando-se de um saber conivente com o exercício do poder punitivo, mesmo quando pretende contê-lo, necessário se faz uma investigação acerca das pretensões do direito penal diante do modelo atual de Estado e de Direito estudado por Michel Foucault e, mais recentemente, por Giorgio Agamben.

Diante desse quadro, ainda que o saber penal não seja capaz de modificar a estratégia biopolítica, é a partir da análise de seu discurso que se abrem possibilidades para um pensamento que vai além da mera justificção do exercício do poder punitivo ou da mera tentativa de conter o estado de exceção consubstanciado nas práticas punitivas.

Nesse sentido, deve-se ter a devida consciência da esfera de incidência do discurso legitimador do poder punitivo. Para tanto, não é possível mais dizer que o direito penal atua exclusivamente no âmbito da decisão penal e da execução da pena. O direito penal, ao representar a “programação normativa e tecnológica do exercício de poder dos juristas” (ANDRADE, 2006, p. 469), autoriza e fomenta o funcionamento de todo o sistema penal, desde as técnicas utilizadas pelas instituições de operacionalização do controle penal (Congresso, Polícia, Ministério Público, Justiça, Penitenciária) até a formação de uma cultura punitiva (mídia, escola, universidade). As funções eleitas pelo discurso, portanto, estão intimamente relacionadas com todo o aparato penalógico que sustenta e envolve o sistema penal como um todo.

4 O REALISMO MARGINAL: TENTATIVA DE CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO PENAL LIVRE DOS OBJETIVOS BIOPOLÍTICOS

Diante do que foi até aqui discutido, restaria questionar como as teorias jurídico-penais ocupam-se em construir elementos dogmáticos a fim de operacionalizar o direito penal nesse contexto biopolítico, acima delineado. Ao considerar que a penalidade contemporânea é cada vez mais uma questão de gerência da desordem do que propriamente uma questão de manter a ordem, é possível localizar o discurso jurídico-penal numa nova dimensão. Trata-se de um discurso mais preocupado em criar maneiras de atuação efetivas e condizentes com o modelo estatal adotado do que legitimar-se internamente. Uma dessas tentativas pode ser atribuída ao Realismo Marginal de Eugênio Raul Zaffaroni.

A proposta de Zaffaroni é partir de um direito penal deslegitimado, ou seja, sem a intenção de justificá-lo com os objetivos de segurança ou proteção, fato que ocorre comumente nas teorias penais hegemônicas. A posição teórica, assim ganha especial relevância, sobretudo na América Latina, local em que, como salienta Zaffaroni, diante da alta mortalidade advinda da operacionalidade do sistema penal, o discurso “se desarma ao mais leve toque com a realidade” (ZAFFARONI, 1991, p. 12).

A deslegitimação do sistema penal proposta por Zaffaroni é constatada a partir da análise de dados sociais, que são mais aparentes na região marginal (América Latina):

mortes, privação de liberdade e vitimizações que recaem sobre os setores majoritários e carentes de nossas populações; a total indiferença pelas vítimas dos órgãos que exercem o poder penal; a perda completa de controle sobre as agências executivas do sistema penal e a crescente minimização da intervenção dos órgãos judiciários; e a prática de delitos gravíssimos por parte dos integrantes dos órgãos penais (ZAFFARONI, 1991, p. 108).

Em suma, as mortes produzidas cotidianamente em decorrência da operacionalidade do sistema penal permite, sem exageros, denominar o que hoje se vive como “um genocídio em andamento” (ZAFFARONI, 1991, p. 108).

Desde já, percebe-se que a posição deslegitimante de Zaffaroni está sedimentada numa observação da realidade social da América Latina. Esta consideração não é admitida pela maioria dos discursos jurídico-penais, pois estes consideram que, por se tratar de um saber normativo, a programação do direito penal não poderia ser deslegitimada por dados empíricos, estando restrita ao mundo do “dever ser”. No entanto, é pertinente a crítica de Zaffaroni (1991, p. 19) ao inferir que o discurso jurídico-penal, ao restringir-se ao “dever ser”, desconsidera a possibilidade de esta programação “vir-a-ser”, pois, segundo o penalista argentino, “para que esse ‘dever ser’ seja um ‘ser que ainda não é’ deve considerar o vir-a-ser possível do ser, pois, do contrário, converte-a em um ser que jamais será, isto é, num embuste”. Portanto, o discurso jurídico-penal formulado alheio à realidade social é um discurso perverso, pois “oculta ou perturba a percepção do verdadeiro exercício de poder” (ZAFFARONI, 1991, p. 19).

O erro metodológico das teorias legitimantes evidenciado não consistiria simplesmente na formulação de um “direito penal desprovido de dados sociais, mas sim construído sobre dados sociais falsos” (ZAFFARONI et. al., 2003, p. 65-3). A partir de tal fato, destacam-se dois dados falsos incorporados pelo discurso legitimante: “a) a suposta realização natural da criminalização secundária e b) a partir dela, a ilusão de sua capacidade para resolver os mais complexos problemas e conflitos sociais” (ZAFFARONI et. al., 2003, p. 67). Nesse sentido, o discurso estaria superdimensionando o poder da agência judicial frente à seletividade do poder punitivo.

No entanto, “a mera observação leiga da realidade” permite constatar que o poder punitivo realmente opera a partir da seletividade, evidenciando uma séria lesão ao “narcisismo teórico do direito penal” e destruindo a crença messiânica do discurso jurídico-penal (ser o direito penal capaz de resolver os mais graves problemas sociais):

Pode-se afirmar que a história do poder punitivo é a das emergências invocadas em seu curso, que sempre são sérios problemas sociais. [...] o poder punitivo pretendeu resolver o problema do mal cósmico (bruxaria), da heresia, da prostituição, do alcoolismo, da sífilis, do aborto, da rebelião, do anarquismo, do comunismo, da dependência de tóxicos, da destruição ecológica, da economia informal, da especulação, da ameaça nuclear etc. Cada um desses conflitivos problemas dissolveu-se, foi resolvido por outros meios ou não foi resolvido por ninguém, mas nenhum deles foi solucionado pelo poder punitivo. Entretanto, todos suscitaram emergências em que nasceram ou ressuscitaram as mesmas instituições repressoras para as quais em cada onda emergente se apelara, e que não variam desde o século XII até a presente data (ZAFFARONI et. al., 2003, p. 68).

Valendo-se dessas falsas premissas e de objetivos “bondosos”, constrói-se um discurso jurídico-penal que: (a) cumpre função legitimadora, não apenas da agência judicial, mas de todo o sistema penal (teorias da pena); (b) cumpre função pautadora de decisões que devem ser necessariamente adequadas à premissa legitimante (teorias do delito), importando mais a coerência interna de um sistema justificador do poder punitivo do que propriamente a realidade conflitiva social; (c) é dotado de elementos negativos que reduzem o poder da agência judicial, impondo limites ao horizonte de projeção do saber penal e legitimando o exercício de poder das agências executivas (ZAFFARONI, 1991, p. 186).

A partir da constatação de um poder punitivo deslegitimado e da falsidade e consequente violência dos discursos jurídico-penais legitimantes, Zaffaroni (1993) elabora, a partir do realismo marginal, um outro discurso – consciente dos efeitos de poder produzidos pela dogmática penal – que não esteja comprometido em legitimar o exercício do poder punitivo.

O autor infere ser necessário, primeiramente, que o jurista tome consciência dos “estritos limites de seu poder” (ZAFFARONI, 1991, p. 195). Ao constatar que o seu discurso legitimante está “esvaziado”, o jurista perceberá que o sistema penal – que é um fato de poder – permanecerá intacto. Assim, “por maior que seja a deslegitimação discursiva, os fatos de poder não desaparecem com os escritos dos juristas, uma vez que não estão sublinhados por sua legitimidade, mas, sim, por seu poder” (ZAFFARONI, 1991, p. 195). Seria necessário que as agências judiciais abandonassem a tentativa de relegitimar o exercício do poder punitivo (que não é um poder exercido pelas agências judiciais, mas sim pelas agências executivas) e procurassem legitimar o seu próprio exercício de poder.

Essa tomada de consciência é fundamental para Zaffaroni, pois a desidentificação entre discurso jurídico-penal e exercício do poder punitivo permitirá a construção da proposta fundamental de todo o pensamento do penalista argentino: constituir o direito

penal como “ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito” (ZAFFARONI et. al., 2003, p. 40). O autor admite, assim, uma “volta ao direito penal liberal em novas bases, que reforcem a orientação decisória limitativa e redutora do poder punitivo por parte das agências jurídicas” (ZAFFARONI et. al., 2003, p. 77).

Admitindo-se a inexistência de estados de direito reais perfeitos, mas apenas “estados que contêm (mais ou menos eficientemente) os estados de polícia neles enclausurados”, propõe-se que “o estado de direito [contenha] os impulsos do estado de polícia que encerra” (ZAFFARONI et. al., 2003, 41). Essa contenção, por sua vez, dar-se-ia através da constituição de um poder jurídico consciente dos seus limites, somente instituído de legitimidade quando destinado a controlar o exercício arbitrário do poder punitivo. Conforme Zaffaroni et. al. (2003), o exercício do poder punitivo a ser contido é uma clara expressão do estado de polícia que sobrevive dentro do estado de direito graças às teorias legitimantes que, em maior ou menor escala, racionalizam as funções manifestas do direito penal.

Zaffaroni justifica, por conseguinte, a necessidade de uma decisão pré-dogmática (política) sob a qual se fundamente o direito penal, tendo em vista a impossibilidade de um saber jurídico-penal politicamente neutro: “o direito penal, neste sentido, é teleológico: trata-se de um saber com um destino político definido de antemão, que pode ser garantidor (limitador) ou autoritário (supressor de limites), funcional quanto ao estado de direito ou ao estado de polícia” (ZAFFARONI et. al., 2003, p. 154).

Ao reivindicar um posicionamento político do discurso jurídico-penal, Zaffaroni pretende denunciar um discurso asséptico que tem a pretensão de atingir a segurança jurídica através da neutralidade de seus conceitos. Além disso, torna-se perceptível que os objetivos do discurso jurídico-penal não são definidos pelo método dogmático, mas são produtos de uma escolha política anterior, que orientará toda a construção conceitual do discurso (teoria do delito, especialmente).

No entanto, o autor nega que a simples explicitação de uma opção política do discurso seja capaz de fazer oposição à violência do exercício do poder punitivo. Argumenta que também se faz necessário um “discurso sistemático elaborado de modo progressivo e redutor” (ZAFFARONI et. al., 2003, p. 172). Refere que, caso não se construa um discurso sistemático, a partir da deslegitimação do poder punitivo, ocorreria a

substituição do sistema “por uma decisão política pura, só que em lugar de fazer a opção pelo estado de polícia, far-se-ia pelo estado de direito” (ZAFFARONI et. al., 2003, p. 161).

Nesse sentido, não bastaria definir a opção política do discurso; esta deveria vir acompanhada de uma sistemática que desse racionalidade às decisões judiciais, pois refutar

o desenvolvimento conceitual do direito penal – em particular, o referente à teoria do delito [...], na tarefa de construir um direito penal exclusivamente redutor do poder punitivo, seria mergulhar no consabido absurdo de pretender descobrir o que todos conhecem e levaria a uma série de desatinos institucionais isolados e, sobretudo, inidôneos para a função prática do direito penal (orientar as agências jurídicas do sistema penal). O direito penal se dissolveria numa crítica política sem sentido prático (ZAFFARONI et. al., 2003, p. 162).

Assim, para Zaffaroni, uma dogmática que não explicita sua opção política – pleiteando a neutralidade – constituiria um discurso “irracional por seu método construtivo, sem prejuízo de que possa acabar no autoritarismo e ainda que não o faça” (ZAFFARONI et. al., 2003, p. 154). Por sua vez, um discurso que, apesar de realizar a opção política, não adote determinada sistemática ou adote uma sistemática falsa (doutrina penal voltada para a legitimação das criminalizações primárias, fundamentando-se na ficção de que “o legislador é racional” e prescindindo de uma confrontação com os dados da realidade), transformaria o direito penal em instrumento arbitrário, sem qualquer efetividade para orientar as decisões judiciais e conter o poder punitivo.

Assim, a opção política da construção teórica de Zaffaroni é, como exposto, a de constituir um direito penal capaz de conter os excessos do poder punitivo. Acompanhada dessa escolha política, o autor procura construir um sistema que comporte tal função jurídico-penal e permita orientar as decisões judiciais no sentido politicamente proposto. Nesse sentido, utiliza-se da metáfora do “dique” para explicitar uma sistemática do direito penal politicamente orientada para a contenção do poder punitivo – portanto, não voltado para a simples sistematização das decisões legislativas:

O direito penal deve programar o exercício do poder jurídico como um dique que contenha o estado de polícia, impedindo que afogue o estado de direito. Entretanto, as águas do estado de polícia se encontram sempre em um nível superior, de modo que ele tende a ultrapassar o dique por transbordamento. Para evitar isso, deve o dique dar passagem a uma quantidade controlada de poder punitivo, fazendo-o de modo seletivo, filtrando apenas a torrente menos irracional e reduzindo sua turbulência, mediante um complicado sistema de comportas que impeça a ruptura de qualquer delas e que, caso isto ocorra, disponha de outras que reassegurem a contenção. O direito penal deve opor ao poder punitivo uma seletividade com sinal trocado, configurando perante ele uma contra-seletividade. [...] Para um direito penal entendido como filtro redutor da irracionalidade e da violência do poder punitivo, as comportas do dique penal que contiverem as águas desse poder devem fazê-lo com inteligência. Descartando o impedimento da passagem de toda água (que levaria o dique à estagnação ou à ruptura), ele não poderá permitir a passagem de qualquer água nem de qualquer forma: sua quantidade, sua qualidade e forma de passar devem

ser cuidadosamente pré-determinadas. Se o poder punitivo é uma força irracional e o direito penal deve dar passagem somente àquela parte dela que menos comprometa a racionalidade do estado de direito, a seleção penal deve ser racional, para compensar – até onde puder – a violência seletiva irracional da torrente punitiva (ZAFFARONI et. al., 2003, p. 156-5 e 162).

À constatação da deslegitimação do poder punitivo exercido sempre de maneira “irracional” Zaffaroni responde com a elaboração de um direito penal com “racionalidade contentora”. Essa construção sistemática seria “permanentemente dinâmica, tensa e contraditória”, pois se estaria diante de uma relação de constante luta, onde são opostos direito penal e poder punitivo.

A proposta, portanto, é feita a partir de uma dupla tomada de consciência. A primeira diz respeito à deslegitimação do poder punitivo. A segunda se refere aos limites do direito penal, que não é capaz de resolver os problemas sociais a que se propõe. A partir dessa conscientização, o direito penal ganha uma função delimitada, que consiste em oferecer elementos conceituais capazes de, racionalmente, orientarem uma decisão judicial contentora do poder punitivo. Para tanto, estado de direito (direito penal) e estado de polícia (poder punitivo) são polarizados. Nesse sentido, admitindo que o estado de polícia (poder punitivo) jamais será erradicado pelo estado de direito (direito penal), elabora-se um modelo (que também tem a pretensão de exercer poder – poder jurídico) que reduza a incidência do poder punitivo.

As construções dogmáticas propostas por Zaffaroni a partir da perspectiva do realismo marginal não são objeto de estudo do presente trabalho. O que interessa especificamente é a crítica formulada pelo penalista argentino a uma dogmática que se furta à análise dos dados sociais para as suas formulações teóricas e a proposta alternativa a essa construção teórica. O pensamento de Zaffaroni traz o esboço até então inédito de um saber penal voltado para a produção de efeitos de poder que a operacionalidade dos conceitos inevitavelmente produz. É esse pensamento que, particularmente, interessa à presente exposição.

Por seu turno, a perspectiva deslegitimante do poder punitivo emerge de uma confrontação entre dogmática jurídico-penal e dados fornecidos pelas ciências sociais (que, para Zaffaroni, não são meramente ciências *acessórias* ou *auxiliares*). Todavia, percebe-se que o movimento de Zaffaroni não ocorre no sentido de buscar aproximar a dogmática jurídico-penal da realidade, mas de questionar o direito penal que pretende afirmar as suas funções na realidade, de questionar os próprios limites que o projeto do direito penal encontra diante da realidade. Realidade esta nunca passível de totalização, sempre

interpretada parcialmente pelo saber e nunca esclarecida definitivamente. Reconhece-se um saber provisório, diante da conscientização da temporalidade.

O poder punitivo mostra-se deslegitimado não apenas em relação a não verificação empírica das funções declaradas da dogmática penal na realidade, mas, principalmente, em relação à pretensão – sempre totalizante – de esclarecer o fenômeno criminal e estabelecer a solução para o problema.

Trata-se de uma tomada de consciência fundamental, em que a dogmática jurídico-penal é *responsabilizada eticamente*, porque não é possível que ela produza eternamente o seu discurso sob o argumento de ser uma ciência normativa e, portanto, atuar no mundo do “dever ser”. A normatividade da dogmática jurídico-penal e o seu caráter programático não são *desculpas* plausíveis para escamotear o entendimento de que o real sempre está diante do saber e nunca absolutizado pelo saber. Significa dizer, em outros termos, que os conceitos dogmáticos, ao tentarem efetivar as funções que dão legitimidade ao poder punitivo, pré-concebem o fenômeno criminal e, numa pretensão de dominação da realidade, acreditam que os problemas estão desvelados com o esclarecimento do real³.

No entanto, a questão que permanece diante da proposta deslegitimante de Eugenio Zaffaroni é: não estaria o direito penal, ainda que delimitado por uma função redutora, relegitimando o poder punitivo ao pretender encontrar elementos racionalizantes que autorizam (ainda que restritivamente) a incidência de tal poder? Não estaria o direito penal relegitimado no contexto biopolítico que não discerne estado de direito e estado de polícia? A que se presta, hoje, essa desidentificação entre direito penal e poder punitivo? Algumas aproximações entre o pensamento de Zaffaroni e de Agamben, a serem feitas a seguir, sugerem que a alternativa deslegitimante precisa dar outros passos.

³A ideia pré-concebida do fenômeno criminal está presente nas duas vertentes epistemológicas mais conhecidas da criminologia: a criminologia etiológica e a criminologia crítica, esta última exercendo influência fundamental sobre Zaffaroni. Isso se dá porque as duas teorias, ainda que absolutamente opostas, partem da crença de que existe uma explicação válida para o crime e suas causas. Nesse sentido, cf. LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminología crítica**. 3ª ed., Madrid: Siglo Veintiuno, 2000.

5 PARA ALÉM DO REALISMO MARGINAL: O PENSAMENTO LIVRE DAS AMARRAS DA BIOPOLÍTICA, PRESENTE EM GIORGIO AGAMBEN E OSWALD DE ANDRADE

Quando Giorgio Agamben, na esteira de Walter Benjamin, afirma que a exceção tornou-se a regra, que a vida excepcionada pelo poder estatal tornou-se vida nua e que a biopolítica converteu-se na tática de governo hegemônica, quer-se dizer, ao final, que as democracias tornaram-se incapazes de pensar uma política fora do âmbito estatal. Mais do que isso, as teorias jurídicas não mais enxergam o resíduo entre vida nua e direito. Baseando-se numa igualdade formal, em que todos são sujeitos de direitos, tais teorias acreditam tratar-se de um mero problema de efetivação de direitos e ignoram que a “ausência” de direitos é fato constitutivo do estado de direito. Isso porque, repita-se, não há, para essas teorias, uma política fora do Estado: a biopolítica ainda emerge como modelo de governo a ser combatido.

É preciso dimensionar, agora, as implicações dessas constatações no direito penal, especialmente sobre aquele direito penal que, acertadamente, não mais fundamenta a criação de seus conceitos a partir de objetivos metafísicos que nada dizem respeito ao atuar jurídico-penal. Tal análise acaba por restringir-se ao modelo deslegitimante de Zaffaroni, o único penalista que, reconhecidamente, trabalha o direito penal desde uma perspectiva agnóstica e, portanto, não vincula os conceitos jurídico-penais às pretensas funções “cientificamente” estabelecidas pelo sistema jurídico.

A teoria de Zaffaroni, ao propor a contenção do poder punitivo (estado de polícia) pelo direito penal (estado de direito), está perfeitamente consciente – ao contrário do pensamento penal hegemônico – de que o estado de polícia não foi sucumbido pelo estado de direito. Apesar de ver os dois modelos como ideais e antagônicos, admite que o estado de polícia está presente no estado de direito através do exercício do poder punitivo e que “o poder do estado de polícia (poder punitivo) jamais será erradicado pelo direito penal” (ZAFFARONI et. al., 2003, p. 96).

Sendo assim, não parece desautorizada a aproximação entre os conceitos de “estado de exceção” de Agamben e “estado de polícia” de Zaffaroni, principalmente em decorrência da relação desses dois modelos com o estado de direito. No entanto, enquanto, para o primeiro, o estado de exceção é o fundamento do estado de direito, para o segundo, o estado de polícia é passível de contenção pelo estado de direito. A reivindicação de Zaffaroni por um poder judicial (o direito penal) capaz de conter os arbítrios do poder

punitivo está certamente muito distante da leitura que Agamben faz acerca do estado de exceção.

O problema que Agamben identificaria na teorização de Zaffaroni talvez fosse o mesmo que o motivou a escrever *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*: a ausência de uma teoria que seja capaz de relacionar o modelo jurídico-institucional e o poder biopolítico. Nesse sentido, o estado de direito como contendor do poder punitivo constituiria a manutenção da estratégia biopolítica, pois o que acaba por subsistir é o estado de direito violento, o exercício legitimado da violência estatal, a gestão da insegurança por dispositivos de segurança. A função contentiva do estado de direito acaba também tornando possível o exercício do estado de exceção. Aliás, não poderia ser outro o resultado de tal proposição, tendo em vista que estado de direito e estado de exceção são complementares e não opostos.

A violência é exercida, portanto, em nome da própria salvação do estado de direito. A matriz da exceção que torna direito e vida indiscerníveis continua capturando fora a figura do não-cidadão dentro do próprio estado de direito. Com isso não se quer dizer que Zaffaroni defenda o estado de exceção como regra, mas que o movimento deslegitimante perde a grande chance de questionar o próprio esquema violento que sustenta o direito penal.

O reconhecimento do poder punitivo como um elemento político, fora do direito, não apenas desidentifica direito penal e poder punitivo. Há, igualmente, uma tentativa fracassada de desidentificação entre direito penal e violência, que não faz outra coisa do que autorizar a violência através do direito. Nesse sentido, afirmar que o direito penal faz-se necessário apesar de sua insuficiência não seria um retorno ao discurso efficientista que a própria racionalidade deslegitimante pretendia combater? Propor que o direito penal, que durante toda a sua história legitimou o poder punitivo, seja capaz de agora contê-lo não seria escamotear o próprio problema de uma estrutura jurídica fundamentalmente violenta?

Dessa forma, admitir um poder jurídico incapaz de acabar com a violência do poder punitivo é uma constatação pertinente feita por Zaffaroni, ao identificar o genocídio em andamento vivido principalmente na América Latina. No entanto, a proposta redutora acaba por inviabilizar a radicalidade da crítica, ao se perpetuar o exercício do poder punitivo como elemento político a ser contido.

Se o poder punitivo não pode ser destruído pelo poder dos juristas e se a desaparecimento do poder punitivo necessita de profundas mudanças culturais, é preciso que os manuais de direito penal – se não são capazes de formular propostas radicais – não

admitam a eternização desse poder punitivo, impedindo a crítica à subsistência da violência nas teorias jurídico-penais.

Para além da adoção de uma posição que opõe direito penal e poder punitivo, o primeiro com o objetivo de conter o segundo, vislumbram-se algumas possibilidades teóricas de superação do paradigma biopolítico que une direito e violência.

A partir da tentativa de aproximar a proposta antropofágica de Oswald de Andrade acerca da noção de “posse” com o conceito de “profanação” de Giorgio Agamben, é possível delinear alternativas àquelas medidas que não conseguem fugir das soluções, tão fáceis quanto inúteis, do direito soberano “contra” as injustiças. Com isso, dar-se-ia um novo uso ao direito, nos termos requeridos por Agamben (2007b, p. 65). Segundo o filósofo, “puro, profano, livre dos nomes sagrados, é o que é restituído ao uso comum dos homens”; restituição que, ressalte-se, não se trata de retornar a um uso natural, mas de desativar o dispositivo jurídico, desvinculá-lo de seus fins (que, geralmente, consiste numa auto-referência – “o direito para manter o direito”), constituindo-se em um novo uso, em um meio sem fins.

O que faz Oswald de Andrade, ao formular a teoria da “posse contra a propriedade”, é algo muito semelhante àquilo que o conceito de “profanação” sugere. Absolutamente coincidente com suas intenções antropofágicas, Oswald utiliza, em seus textos, diversos recursos da linguagem, tais como a paráfrase, as colagens, as citações e a “grilagem”, desconstruindo a noção de propriedade e gerando importantes consequências sobre o tema dos direitos autorais. Oswald, inclusive, na primeira publicação de “Serafim Ponte Grande”, de 1933, introduz a seguinte nota no início do romance: “Direito de ser traduzido, reproduzido e deformado em todas as línguas”⁴.

Mas a teoria de Oswald de Andrade não se restringe a discutir direitos autorais. O autor realiza uma verdadeira “profanação” – no sentido agambeniano – do velho direito de propriedade. Na Revista Antropofágica, em texto intitulado “Schema ao Tristão de Athayde”, Oswald de Andrade (1928, p. 3) afirma que “o Brasil é um grilo de seis milhões de quilômetros, talhado em Tordesilhas”. Em seguida, infere que “o fato do grilo histórico, (donde sairá, revendo-se o nomadismo anterior, a verídica legislação pátria) afirma como pedra do direito antropofágico o seguinte: a posse contra a propriedade”. Ao constatar que, historicamente, toda estrutura de propriedade no Brasil foi construída a partir de métodos

⁴Para a discussão sobre os direitos autorais da obra de Oswald de Andrade, cf. NODARI, Alexandre. Lei do homem. Lei do antropófago: o direito antropofágico como direito sonâmbulo. In: I Simpósio de Direito & Literatura, 2011, Florianópolis, **Anais...** Florianópolis, Fundação Boiteaux, 2011.

de utilização da posse contra a propriedade (fundamento, aliás, de todo e qualquer direito de propriedade), o próprio direito aparece ausente de fundamento, podendo ser-lhe atribuído um *novo uso*. Segundo Nodari (2009, p. 137-80),

A mensagem que a Antropofagia nos lega é da mais alta urgência política: ao demonstrar que no centro do Direito está a ausência de fundamento, isto é, a ação humana – que só num momento posterior é sacralizada –, é esta que libera ao livre uso dos homens. Voltar a posse contra a propriedade é abrir um campo em que, indiferenciando próprio e impróprio, é possível se apossar e fazer uso de algo que, na medida em que derroga as fronteiras excludentes da separação jurídica, pode-se chamar de comum.

Diante desse novo uso do direito, não se pode diferenciar entre os furtos do passado e os furtos do presente, como se tem feito até hoje: para os primeiros, títulos de propriedade; para os últimos, a criminalização. Desta forma, em termos de política criminal, concorda-se inteiramente com a sugestão exposta no folheto Rastros (2012, p. 3), no sentido de “legalização do furto, com sua consequente regulação pelo direito civil, agora com a natureza jurídica de aquisição alternativa da propriedade [...]. Assim, o termo ladrão poderá ser guardado para etiquetar latifundiários e rentistas em geral”.

A alternativa oswaldiana permitiu, ao profanar o direito soberano, desativá-lo de seu fundamento originário para torná-lo sem fundamento, abrindo possibilidade política para um novo uso de um dispositivo que, inicialmente, estava sacralizado. Trata-se de uma alternativa que a proposta de contenção do exercício do poder punitivo não é capaz de formular, pois atribui como único *uso* possível do direito penal a contenção do exercício do poder punitivo, agindo apenas internamente ao sistema punitivo, como um mero “gestor” da desordem.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A biopolítica, considerando o que se arguiu ao longo desta exposição, constitui-se em uma estratégia de poder evidenciada também nas práticas punitivas contemporâneas, delineando importante discurso jurídico-penal que se coaduna perfeitamente com o Estado Democrático de Direito. A exceção, que a biopolítica inscreve sobre o Estado Democrático de Direito, mostra-se fundamental para a garantia do próprio paradigma do Estado de Direito, constituindo uma zona indiscernível onde a exclusão inclusiva pode ser operada, onde o poder punitivo pode livremente circular sobre a vida nua.

Interessante ressaltar que a Constituição Federal de 1988 define, em seu Título V, as medidas necessárias à “Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”. Entre essas

medidas, são elencadas as atribuições da polícia e, o que não seria surpreendente a Agamben, as regras para a decretação do Estado de Defesa (art. 136) e do Estado de Sítio (art. 137-139). É preciso enfatizar, entretanto, que tal fato não significa dizer que se está concordando com a tese de que o estado de exceção somente se constitui com a decretação dos institutos excepcionais acima referidos. Ao contrário, o exemplo citado (a inserção dos dispositivos de exceção no Título da Constituição definido como “Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”) auxilia na compreensão do *locus* topológico do estado de exceção. Ele não está fora, mas inserido no Estado Democrático de Direito e, mais do que isso, constitui seu fundamento, bem como o paradigma político contemporâneo.

Nesse sentido, é possível questionar se o discurso jurídico-penal não pressuporia sempre, em alguma medida, a legitimação do poder punitivo, e não sua contenção ou limitação. Isso porque, segundo as considerações de Agamben sobre direito e violência, não seria cabível criar categorias da dogmática penal capazes de conter a incidência do poder punitivo. Essa tarefa estaria reservada a outro nível analítico, certamente mais inacessível quanto mais desejável, qual seja, o espaço político, ou aquilo que Agamben (2004, p. 97), inspirado em Walter Benjamin, denomina “desmascaramento da violência mítico-jurídica”, em que direito e violência não estão mais conjurados e indistintos. Reconhece-se o caráter enigmático da expressão, que necessitaria de um novo trabalho para ser satisfatoriamente explicado. Entretanto, bastaria aqui dizer que a solução da relação entre direito e violência, consubstanciada no estado de exceção e fomentada pela estratégia biopolítica, não pode ser dada por uma “reorganização” dos objetivos do direito, em especial do direito penal. Quem sugere isso desconsidera irresponsavelmente a violência que funda e mantém o direito.

Por seu turno, a biopolítica mostrou-se a categoria que melhor explicita o discurso jurídico-penal como um gestor da vida, a partir de dispositivos que servem não para promover segurança, mas gerir a insegurança. O grande objetivo dos discursos jurídico-penais, hoje, consiste na governabilidade das grandes massas, oferecendo uma proteção ilusória em função dos riscos e perigos. Entretanto, é mesmo dentro dos limites impostos ao poder punitivo que operam os dispositivos de segurança, de modo que a distinção entre dentro (direito penal) e fora (poder punitivo), como demandado pelo Realismo Marginal de Eugênio Zaffaroni, não faz qualquer sentido no contexto biopolítico. Aceitando as palavras de Foucault, que Zaffaroni tão bem conhece, “não é recorrendo à soberania contra a disciplina que poderemos limitar os próprios efeitos do poder disciplinar” (FOUCAULT, 1999, p. 47). Como parece perfeitamente claro, a proposta de utilização do direito penal

como lógica contentora do poder punitivo não se livrou do direito soberano violentamente legitimado.

Evidentemente, não se trata, de modo algum, de questionar a importância fundamental da teoria de Zaffaroni na redução das arbitrariedades e tiranias do poder punitivo estatal e de sua função histórica humanizadora; seu papel decisivo na história do pensamento criminológico crítico não pode deixar de ser reconhecido, salvo por um déficit analítico imperdoável. A intenção do presente trabalho foi a de apenas indicar o caráter bifronte que quanto ao seu discurso se pode reconhecer, como em todo e qualquer acontecimento de efetiva relevância histórica e política, evidenciando suas limitações e possibilidades para se pensar além do discurso deslegitimante do realismo marginal e sua proposta de contenção do poder punitivo.

Se Zaffaroni fala em um poder deslegitimado que necessita ser contido, entretanto permanece sem qualquer crítica a legitimidade de *fato* do Estado, que é chamado a responder às demandas sociais através da implementação de dispositivos de segurança. Em alguma medida, no sistema contentivo, o poder punitivo estará legitimado: diante da impossibilidade de “criar” a ordem, restará ao direito penal, juntamente com outros aparelhos estatais, gerir a desordem, problema que a crítica deslegitimadora do exercício do poder punitivo não é capaz de, sequer, levantar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. Como a obsessão por segurança muda a democracia. **Le Monde Diplomatique**. 6 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1568>>. Acesso em 1º jul. 2014.

_____. Democracia e pó-ideologia se ilidem. **IHU Online**. 2008. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/12818-democracia-e-pos-ideologia-se-elidem-entrevista-com-giorgio-agamben>>. Acesso em 1º jul. 2014.

_____. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007a.

_____. **Profanações**. São Paulo: Boitempo, 2007b.

ANDRADE, Vera Regina de. **Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida**. 1994. 501 fl. Tese de Doutorado. Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1994.

_____. Minimalismos e Abolicionismos: a crise do sistema penal entre a expansão e a deslegitimação. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 13, p. 459-488, 2006.

ANDRADE, Oswald de. Schema ao Tristão de Athayde. **Revista de Antropofagia**, São Paulo, ano 1, n 5, p. 3, 1928.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

CANDIOTTO, Cesar. Disciplina e segurança em Michel Foucault: a normalização e a regulação da delinquência. **Revista Psicologia e Sociedade**, Belo Horizonte, vol. 24, p. 18-24, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1974-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Segurança, território e população**: curso no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal**: Fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminología crítica**. 3ª ed., Madrid: Siglo Veintiuno, 2000.

NODARI, Alexandre. “[...] o Brasil é um grilo de seis milhões de quilômetros talhado em Tordesilhas”: notas sobre o Direito Antropofágico. **Revista Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 121-141, jan 2009.

_____. Lei do homem. Lei do antropófago: o direito antropofágico como direito sonâmbulo. In: I Simpósio de Direito & Literatura, 2011, Florianópolis, **Anais...** Florianópolis, Fundação Boiteaux, 2011.

RASTROS. **Nota sobre as polêmicas envolvendo o projeto de novo Código Penal**. Florianópolis: número 2, nov. 2012. Disponível em: <<http://rastros.culturaebarbarie.org/n2.html>>. Acesso em 1º jul. 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **As raízes do Crime**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 12.

ZAFFARONI, Eugênio Raul et. al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.