

A BIOPOLÍTICA DO CONTROLE PENAL CONTEMPORÂNEO: A MUTAÇÃO DO LEVIATÃ RUMO AO SUBSISTEMA DA EXCEÇÃO¹

THE BIOPOLITICS OF THE CONTEMPORARY PENAL CONTROL: THE LEVIATHAN'S MUTATION TOWARD THE EXCEPTION SUBSYSTEM

José Francisco Dias da Costa Lyra²

Resumo: Busca-se apresentar o conceito de biopolítica moderna, cunhada, especialmente, por Foucault e Agamben, para tentar demonstrar que, na modernidade, a vida, na sua totalidade, é atravessada pela política, que se apodera do corpo vivente. Para tanto, apresenta-se um conceito de biopolítica e, ao depois, demonstra-se que a biopolítica, nas mãos do soberano, que detém o poder de declarar a guerra (e o estado de exceção), pode converter-se num excepcional direito de matar.

Palavras-chave: Biopolítica. Vida nua. Estado de exceção. Controle penal. Guerra.

Synopsis: An attempt to present the concept of modern biopolitics, shaped especially by Foucault and Agamben, to try to prove that, in modernity, life, as a whole, is permeated by politics, which takes control over the living body. For that, we present a concept of biopolitics, which later shows that the biopolitics, in the hands of the sovereign, who holds the power to declare war (and the state of exception), can become an exceptional right to kill.

Keywords: Biopolitics. Bare life. State of exception. Criminal control. War.

NA FORMA DE UMA INTRODUÇÃO

Nas guerras preventivas de combate ao terrorismo, que ganharam especial destaque após o atentado de 11 de setembro de 2001, e combate à criminalidade, “intervenções humanitárias”, defesa da liberdade e direitos humanos etc., está no centro do debate a “preocupação” com a manutenção da vida³ (vitalismo positivo), o que confere destaque ao termo *biopolítica*⁴. Assim, da guerra ao terrorismo, das políticas sanitárias em prol de uma segurança global e medidas preventivas, conferindo extensão ilimitada à legislação de emergência, sobressai uma crescente superposição entre o âmbito da política e do Direito, da vida e seu vínculo estreito com a morte. Essas questões são caras à modernidade, que fez da autoconservação do indivíduo o centro da política estatal. É nessa idade que a biopolítica, ou política

¹ Conforme ESPOSITO, Roberto. **Bios, política y filosofía**. Buenos Aires: Amorrortu, 2006. p. 53 e seguintes, a biopolítica produz subjetividade ou produz morte. Ou torna o sujeito seu próprio objeto, ou o objetiva definitivamente. Dito de outro modo, no pensamento de Esposito, pode haver uma “biopolítica da vida” (que preserva a vida humana. Aqui a política é frenada pela vida, que encadeia um insuperável limite natural à política, não sendo, portanto, soberana), ou “política sobre a vida” (que é própria da modernidade, que se especializou na produção massiva da morte, funcionando como um poder de vida que é exercido contra a própria vida, constituindo uma política soberana). Ver p. 53-72.

² Possui especialização em Direito Público pelo Instituto Cecenista de Ensino Superior de Santo Ângelo – IESA (1997), especialização em Direito Privado pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ (2002), mestrado em Desenvolvimento, Cidadania e Gestão pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ (2004), doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2011). Atualmente é juiz de direito - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e professor de Direito Penal no Instituto Cecenista de Ensino Superior -IESA e na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, atuando principalmente na área do Direito Penal Contemporâneo. Instituição: URI – Santo Ângelo/RS. Email: jfdelyra@tj.rs.gov.br.

³ FOUCAULT, Michel. **Defender la sociedad**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2000. p. 43-47. Ver, do mesmo autor, **A verdade e as formas jurídicas**. 2. ed. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1999, p. 79-126.

⁴ ESPOSITO, Roberto. **Bios, política y filosofía**. Buenos Aires: Amorrortu, 2006, p. 15.

da vida, toma conta do corpo. O *bíos* (vida qualificada, diversa da *zoé*, vida natural e divina) entra no cálculo do poder, pois a política tem como fim conservar e expandir a vida. Logo, o corpo, de forma intensa, passa a viver uma experiência radical de indistinção entre a vida e a política. Por isso, importa uma reflexão nesse âmbito, na medida em que os conflitos, guerras, feridas, sofrimentos humanos e medos que atormentam a humanidade parecem pôr em jogo a vida, que pode estar sujeita a uma política de vida ou sobre a vida (dar a morte ou tanatopolítica). Sob esse aspecto, a biopolítica pode se apresentar negativa, ou seja, propicia a eliminação da vida⁵. Assim, a questão revela-se urgente, na medida em que se vislumbra um desequilíbrio (crise política), devido à consolidação do paradigma de uma guerra mundial permanente e o retorno de um certo totalitarismo de Estado, que instaurou um estado de exceção⁶, que forja um controle penal excepcional, com a eliminação de categorias inteiras de cidadãos, convertidos em não pessoas/inimigos que, por razões econômicas, não são mais integráveis ao sistema político. Ora, o problema é que, face à consolidação do pensamento da guerra permanente, o estado de exceção tende, cada vez mais, a se apresentar como o modelo de governo dominante na política contemporânea, deslocando a terminologia da excepcionalidade para o controle penal, desfigurando a estrutura e o sentido da própria Constituição e seu sistema de direitos⁷. Em resumo, no limiar da modernidade biológica, o homem está atravessado pela política, que, desde o advento do capitalismo e seu controle disciplinar, tem se intensificado, o que corresponde ao ingresso da *zoé* na esfera da *pólis*, com a politização da vida nua, terreno da biopolítica. E o problema da biopolítica moderna repousa no fato de que o soberano, no horizonte da estatalidade, é quem decide sobre a vida, podendo, inclusive, declarar o estado de exceção, estabelecendo a emergência e a guerra para debelar os inimigos, passando a dispor da vida⁸. Assim, a presente pesquisa consiste precisamente em definir o conceito e os contornos do termo *biopolítica*, isso num contexto da pós-modernidade e do trânsito do sistema fordista ao sistema pós-fordista de produção, o que corresponde ao esgotamento do *welfare state* e suas políticas keynesianas, até porque é com a modernidade que a palavra *biopolítica* assume um protagonismo. Em um segundo momento, será observado que a biopolítica e seu retorno à tecnologia do poder soberano possibilitou a corporificação do estado de exceção, como a estrutura original em que o Direito inclui o ser vivente por meio de sua própria suspensão, o que aparece claramente, por exemplo, nas legislações de emergência (*military order* e *USA Patriot Act*), que forjaram uma linguagem bélica que contaminou o sistema penal ordinário, o que será focado na parte final do trabalho.

1 BUSCANDO UM CONCEITO DE BIOPOLÍTICA

O debate filosófico do moderno se inscreve dentro da alternativa topológica entre política e Direito, poder e lei, decisão e norma na dialética entre súditos e soberanos. Nesse sentido, importa uma reflexão de alguns aspectos característicos da realidade cotidiana dos primeiros anos do século XXI, que é

⁵ ESPOSITO, Roberto. *Bios, política y filosofía*, p. 15-22.

⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

⁷ *Idem*, p. 13-15.

⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007, p. 10-20.

informada pela “geopolítica da guerra” e insegurança social, sendo de destacar que, nesse quadro, o fenômeno bélico foi trasladado para o vocabulário ordinário, o que se detecta na denominada guerra ao terrorismo, guerra às drogas, à pornografia, crimes sexuais etc. Não menos relevante resulta o fato de o bélico estar relacionado com a regra de ordenação de transações do sistema econômico e produtivo, que deixou para trás o *welfare* keynesiano, que foi substituído por políticas neoliberais. Em uma palavra, a guerra e as estratégias de poder desenvolvidas por ela implicam um certo retorno da violência política, cenário que se apresenta de forma mais crua após o atentado de 11 de setembro de 2001, que ampliou a “guerra (ditada, primeiramente, contra o terrorismo) a uma guerra total no espaço planetário (geopolítica imperialista)”⁹. Dito de outra forma, a atividade bélica transformou-se em um caráter especificamente social, pois a experiência militar do século XX-XXI se molda ilimitada, modificando profundamente a vida social, já que se convive com a guerra cotidiana. Nesse particular, veja-se a continuação de várias guerras guiadas pelos EUA em nome da legalidade internacional e da defesa dos direitos humanos e da liberdade: Kuwait, 1991; Somália, 1993; Bósnia, 1995; Afeganistão, 2001; Iraque, 2003; e a guerra ao terrorismo após o atentado de 11/09/2001. Assim, o estado de guerra, que não se limita ao terrorismo, produz uma verdadeira mobilização que, longe de constituir um estado de exceção, passa a orientar, normalmente, a vida social, que pode ser sintetizada com a fórmula do primado da segurança (Dal Lago)¹⁰. É a crise do pacto social da modernidade, que nasceu com a intenção de conter a guerra e civilizar a humanidade, com a solução dos conflitos sociais pelo Direito, na busca da almejada segurança dos cidadãos. Todavia, conforme Baratta¹¹, o Direito moderno não conseguiu conter a violência, mormente a estrutural, que logrou ser escamoteada/ocultada na opacidade do Direito¹². Nesse estado da arte, o sistema penal, premido pela eficiência e emergência, é reconicionado pela forma bélica, convertendo-se numa verdadeira panaceia para fazer frente a todos os males sociais,

⁹ Ver PASTOR, Jaime. Geopolítica, guerras y balcanes globales. In: BRANDARIZ GARCIA, José Ángel; MOLINA, Miguel Ángel; HUGUET, Jorge Molinero; PASTOR, Jaime, CONTRERAS, Guillermo Portilla; VIÑAS, Raiundo Viejo. **Guerra global** permanente: la nueva cultura de la inseguridad. Madrid: Catarata, 2005, p. 15-51.

¹⁰ DAL LAGO, Alessandro. La guerra-mundo. In: BERGALLI, Roberto; BEIRAS, Iñaki Rivera (Coord.). **Política criminal de la guerra**. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 19-54. Conforme Dal Lago, “el primado de la seguridad significa en última instancia la militarización del control social, la gestión em termos militares (o incluso bélicos) de las ‘amenazas’ a las sociedades occidentales que provienen del exterior (infiltraciones terroristas) o del interior (células terroristas durmientes). La militarización de control comporta principalmente dos consecuencias: la primera es que ciertas categorías de seres humanos, por ser sospechosas de convivencia con el enemigo, son despojadas de las garantías jurídicas normales sobre las que Occidente há construído su propia representación de cuna de derecho...La segunda consecuencia es la creación de un estado de acusación virtual y real de estos grupos humanos, em particular los inmigrantes, considerados proclives a coger la propaganda de los enemigos de Occidente debido su naturaleza irregular”.

¹¹ BARATTA, Alessandro. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias sociales penales, la política criminal y el pacto social. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: IBDEF, 2004. p. 175-176.

¹² CÁRCOVA, Carlos María. **La opacidad del derecho**. Madrid: Trotta, 2006. Segundo Cárcova, a opacidade do jurídico, em apertada síntese, ocorre quando o Direito não é compreendido pelos seus destinatários. Esse desconhecimento pode variar segundo o desenvolvimento social, econômico, político, cultural, notando que grandes contingentes sociais padecem de situação de postergação de seus direitos, já que a pobreza e o atraso conduzem a marginalidade e anomia. Ver p. 23-46.

instrumentalizado como uma *prima ratio*¹³. Em outras palavras, na configuração atual, o controle penal parece estar caracterizado, seja na atividade legislativa, seja na *práxis* judiciária, por um *habitus* do tipo emergencial, que se apresenta na luta contra as formas de criminalidade¹⁴. Com efeito, nesse cenário de “guerras humanitárias” e de “violência política”¹⁵, a questão relevante não é a duvidosa legitimidade das guerras, nem a força para impô-la, mas, sim, a manifesta superposição entre a defesa da vida e a efetiva produção da morte, isto é, entre a morte e a vida, entre a vida que se deve destruir e a vida que se deve salvar, deslocando para o centro de tal discussão a noção de biopolítica¹⁶.

O que significa o conceito de biopolítica? Quando nasceu? Conforme Esposito, a origem do termo *biopolítica* remonta ao século passado, surgindo, portanto, com a modernidade, uma vez que é, com tal idade, que a questão da autoconservação do indivíduo recebe uma preocupação central, informando o restante das categorias políticas. É aí que a biopolítica moderna toma o corpo com a mediação de categorias referidas com a ordem¹⁷. Dessa forma, a preocupação com a vida é tema central com a “viragem totalitária da década de 1930, especialmente da versão nazista, pois, a partir daí, “a política tem como o único fim conservar e expandir a vida”¹⁸. No que concerne ao seu conceito, tem-se que o termo biopolítica é incerto e sujeito, portanto, à pressão hermenêutica, na lição de Esposito. De outro lado, é composto dos seguintes termos: *bios*, que é a vida qualificada, forma de vida, que remete à *zoé* (vida biológica) e que, devido a um intercâmbio terminológico, *bios* se somou à *zoé*, naturalizando-se, o que levou o termo biopolítica a situar-se numa zona de indiscernibilidade. Entretanto, nesse momento, a política penetra diretamente na vida, não existindo mais uma vida natural que não seja também técnica¹⁹. A política passa a governar a vida. Em

¹³ BARATTA, Alessandro. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias sociales penales, la política criminal y el pacto social, p. 177-179.

¹⁴ MOCCIA, Sergio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 25, p. 58-91, jan./fev. 1999.

¹⁵ Para AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**, p. 13, “o totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos. Diante do incessante avanço do que foi definido como uma 'guerra civil mundial', o estado de exceção tende, cada vez mais, a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente e, de fato, já transformou, de modo muito perceptível, a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituições. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo”.

¹⁶ Ver ESPOSITO, Roberto. **Bios, biopolítica y filosofía**, p. 11-15.

¹⁷ *Idem*, p. 17.

¹⁸ *Idem*, p. 18. Nas palavras de Esposito, “desde este punto de vista, bien pue decirse que a experiencia nazi representa la culminación de la biopolítica, al menos en la expresión caracterizada por una absoluta indistinción respecto de su reverso tanatopolítico... Hoy en día se deve llevar la reflexión a ese ámbito: el cuerpo que experimenta de manera cada vez más intensa la indistinción entre política y vida ya no es el del individuo; tampoco el cuerpo soberano de las naciones, sino el cuerpo, a la vez desgarrado y unificado, del mundo. Nunca como hoy los conflictos, las heridas, los miedos que lo atormentan, parecen poner en juego nada menos que su vida misma, en una singular inversión entre o motivo filosófico clásico del 'mundo de la vida' y el otro, sumamente actual, de la 'vida del mundo'.

¹⁹ ESPOSITO, Roberto. **Bios, biopolítica y filosofía**, p. 25.

resumo, é na modernidade, portanto, que a vida se coloca no centro da política estatal. Por isso, Foucault definia a biopolítica como a crescente implicação da vida natural do homem nos mecanismos de poder e controle estatal, estando exposta, na sua totalidade, à política²⁰. Assim, é na idade moderna que o homem deixa de ser um animal vivente capaz de ter existência política (Aristóteles) para se transformar em uma animal em que, na política, encontra sua sobrevivência²².

Dessa forma, o ingresso da *zoé* (vida natural) na esfera da *pólis*, com a politização da vida nua, constitui-se o evento decisivo da era moderna, possibilitando, inclusive, o triunfo do capitalismo, que, conforme Agamben, não seria possível sem o controle disciplinar efetuado pelo biopoder, criando os “corpos dóceis” de que necessitava. O decisivo, como categoria fundamental da via política ocidental, é a vida nua-existência política, *zoé-bíos*, exclusão-inclusão²³. É na idade da modernidade que a política se tornou totalmente biopolítica, podendo constituir-se de forma totalitária, implicando uma íntima simbiose com a vida nua, que perdeu sua inteligibilidade. Conforme Agamben, no século XX, “rio da biopolítica, que arrasta consigo a vida do *homo sacer*, corre de modo subterrâneo, mas contínuo. É como se, a partir de um certo ponto, todo evento político decisivo tivesse uma dupla face: os espaços, as liberdades e os direitos que os indivíduos adquirem no seu conflito com os poderes centrais, simultaneamente, prepararam, a cada vez, uma tácita, porém crescente, inscrição de suas vidas na ordem estatal, oferecendo, assim, uma nova e mais temível instância ao poder soberano do qual desejariam libertar-se”²⁴.

Logo, na idade da biopolítica, o direito à vida, ao corpo, à saúde, à felicidade, à satisfação das necessidades etc. inscreve-se nos novos procedimentos do poder, com o risco de as democracias parlamentares transmutarem para Estados totalitários, pois, no mesmo momento em que se afirma a biopolítica, também se nota o alargamento de limites do estado de exceção e da “tanatopolítica”, em que a decisão sobre a vida se torna uma decisão sobre a morte²⁵.

Dessa forma, em ares da biopolítica moderna, o corpo humano é recepcionado como *bíos* (vida qualificada e política), que absorveu a *zoé* (vida sacra, divina, fruto da criação de Deus, claramente distinta da vida política). Então, a política penetra diretamente na vida, que retorna em algo distinto de si mesma, já que é atravessada pela técnica, que se apresenta como terceiro elemento relacionado²⁶. Por tal motivo que, para Foucault, um dos fenômenos fundamentais do século XIX é que o poder tomou conta da vida, como um poder que se estende sobre o homem como ser vivente, numa espécie de estabilização do biológico. E o processo de “governabilidade da vida” somente foi possível, na genealogia foucaultiana, com a superação do modelo clássico da soberania, que era representado pelos suplícios e rituais mortíferos, pelo modelo de uma nova

²⁰ Nesse sentido, AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua I, p. 125.

²¹ ESPOSITO, Roberto. *Bíos, biopolítica y filosofía*, p. 44-45, quando aduz que na análise foucaultiana, o Direito não resulta outra coisa que um instrumento utilizado pelo soberano para impor sua própria dominação, recompondo a dualidade entre poder e direito, aprofundada pelo paradigma da soberania.

²² AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua I, p. 125.

²³ *Idem*, p. 15-17.

²⁴ *Idem*, p. 127.

²⁵ *Idem*, p. 128.

²⁶ ESPOSITO, Roberto. *Bíos, biopolítica y filosofía*, p. 26.

tecnologia do poder, a saber: poder disciplinatário²⁷, preferentemente dirigido à vida do sujeito. Assim, a vida entra no cálculo do poder, mas não só no seu umbral crítico das anormalidades ou patologias, senão que em toda sua extensão²⁹. Sob esse aspecto, soa inegável que a biopolítica produz subjetividade ou produz a morte, isto é, pode traduzir-se em uma política de vida ou sobre a vida (tanatopolítica).

Na forma de uma conclusão em termos provisórios, com Foucault e Esposito, pode-se referir que a sociedade da disciplina se sobrepõe à sociedade da soberania (eminentemente penal) do século XVIII, retirando o poder absoluto do monarca. Logo, desde a Idade Média, face à necessidade de se fixar limites ao poder do Príncipe e de se conferir legitimidade ao exercício do poder, coube ao Direito a função de limitar os poderes do déspota, dissolvendo a dominação que, até então, existia³⁰. Dessa maneira, o sistema do Direito, centrado na lei, assume, em definitivo, a função de dispersar e diluir a dominação exercida pela tecnologia da soberania. A partir de então, estabelece-se uma relação entre poder, Direito e verdade, em que o poder produz o discurso da verdade³¹. Assim, o sistema do Direito e o campo judicial, para Foucault, são veículos permanentes de dominação. Logo, o que constitui, efetivamente, o Estado é a soberania e seu poder difuso, que funciona em rede, e não de forma central e hierarquizada. Há uma deslocação do poder, que transita por todo o corpo³². Essa nova forma de articulação entre o poder e o Direito, embrião da biopolítica moderna, corresponde, na genealogia foucaultiana, a uma invenção da burguesia, que forjou uma nova política sobre o corpo, buscando uma nova força de trabalho, ótima ao sistema de produção

²⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhe. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 63 e seguintes. Conforme Foucault, o protesto contra os suplícios encontra eco, na segunda metade do século XVIII, entre os filósofos e teóricos do Direito, revelando que era necessário punir de outro modo, eliminando a confrontação física entre soberano e condenado e a vingança do príncipe e a cólera do povo. E, como o suplício se revelou insustentável, o século XIX apresenta outra forma de justiça criminal: a que pune em vez de se vingar. Surge o poder disciplinar como um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função “adestrar”, ou adestrar para se apropriar mais e melhor. E o local onde se organiza o poder disciplinar é a fábrica, pois a vigilância se torna um operador econômico decisivo, “na medida em que é ao mesmo tempo uma peça interna no aparelho de produção e uma engrenagem específica do poder disciplinar”. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhe. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 147.

²⁸ Ver FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e de Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1999. Na lição de Foucault, em fins do século XVII e início do século XIX, institui-se a sociedade disciplinar, que demarca o surgimento da prisão, que procurará ajustar o indivíduo. Dessa forma, toda penalidade passa a ser um controle sobre as pessoas, inclusive por uma série de outros poderes laterais à justiça, como a polícia e toda uma rede de instituições de vigilância e correção, a polícia para uma vigilância, as instituições psicológicas, psiquiátricas, criminológicas, médicas, pedagógicas para a correção... Trata-se de uma forma de poder, de um tipo de sociedade que classifico de sociedade disciplinar por oposição às sociedades propriamente penais que conhecíamos anteriormente. É a idade do controle social”. FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e de Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1999. p. 86.

²⁹ ESPOSITO, Roberto. **Bíos, biopolítica y filosofía**, p. 46-47.

³⁰ FOUCAULT, Michel. **Defender la sociedad**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2000. p. 34-36.

³¹ *Idem*, p. 34. Importa notar que, para Foucault, o Direito não pode ser compreendido tão só como a lei, mas, sim, como conjunto de aparatos, instituições e regulamentos que o aplicam, como a prática judiciária.

³² *Idem*, p. 36-38. Conforme Foucault, o poder se apresenta de forma maciça e homogênea e nunca se localiza ou está nas mãos de alguém. O poder funciona e funciona em rede por onde circulam os indivíduos, seja em situação de sofrê-lo, seja em situação de exercê-lo.

capitalista, que, de resto, se apresenta absolutamente incompatível com as relações de soberania. Cuida-se de “un mecanismo que permite extraer corpos, tiempo y trabajo mas que bienes y riqueza”³³. Com efeito, com a tecnologia da disciplina, o poder é exercido continuamente por seus aparatos e instituições. Trata-se de uma nova economia do poder, que não se centra, de forma exclusiva, em corpos, mas que se estende pela terra e produtos, instrumento fundamental à introdução do capitalismo industrial³⁴. Entretanto, na idade da disciplina, isso só foi possível com a organização de um código jurídico, por meio do qual os mecanismos de disciplina lograram entrar em técnicas e procedimentos de controle e mascará-los, escamoteando, de igual sorte, as díspares relações de poder, garantindo, ao fim, pela soberania do Estado (agora deslocada para o Estado de Direito), o exercício do poder. Em uma palavra, os sistemas jurídicos permitiram a “democratização da soberania”³⁵.

Em resumo, o Direito de vida e de morte era um dos atributos fundamentais da teoria clássica da soberania, período sangrento da humanidade³⁶. Nesse modelo de tecnologia de poder, o soberano detinha um direito à vida e à morte, podendo fazer morrer ou deixar viver, decisões que correspondiam à vontade do soberano. O poder era exercido de forma absoluta e cruenta, sem uma economia do suplício do corpo³⁷. O cenário muda, segundo Foucault, com a tecnologia de poder da disciplina, que se organizou em torno da fábrica e da prisão, instituições totais destinadas ao “adestramento” das pessoas (“fabricar indivíduos”), que são tomadas como objetos e instrumentos do exercício do poder, ou seja, “uma realidade fabricada” pela tecnologia da disciplina³⁸. E, com a técnica da disciplina, que passou a operar com instrumentos distintos (vigilância, controle), tornou-se possível reger a vida dos homens (seres vivos), agora já não de forma individual, mas também na sua multiplicidade e de forma global, “afectada por procesos de conjunto que són propios de la vida, como nacimiento, la muerte, la producción, la enfermedad, etcétera”³⁹. O poder da política passa a ser exercido sobre o corpo, o que corresponde a uma biopolítica da espécie humana⁴⁰.

Importa notar que Foucault, por outro lado, relaciona a biopolítica com a sociedade das massas, notando que a biopolítica também se relaciona com os fenômenos coletivos, que se manifestam em termos econômicos e políticos, ensinando que, face à sociedade global, o regramento dos processos biológicos do homem-espécie se dá pela “regularização”⁴¹, aproximando-se, com isso, do pensamento de Deleuze⁴², que, após teorizar sobre as sociedades disciplinares do séculos XIX e XX (que se organizaram em torno das técnicas de confinamento e que entram em crise), refere que “as sociedades do controle” estão substituindo as sociedades disciplinares. O controle, segundo Deleuze, após a crise do confinamento, atua de forma difusa, seguindo a nova formatação do sistema capitalista de produção em que a empresa (e sua gestão flexível) substituiu a

³³ FOUCAULT, Michel. **Defender la sociedad**, p. 43.

³⁴ *Idem*, p. 44.

³⁵ *Idem*, p. 44.

³⁶ *Idem*, p. 73 e seguintes.

³⁷ *Idem*, p. 218.

³⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão, p. 143-161.

³⁹ *Idem*, p. 220.

⁴⁰ *Idem*, p. 220-221.

⁴¹ *Idem*, p. 223.

⁴² DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: 34, 2008. p. 219-220.

fábrica. Nas suas palavras, o homem não é mais um ser confinado, mas, sim, um ser endividado, daí o porquê de o poder não mais dispor da técnica do confinamento, pois os pobres são numerosos demais para serem disciplinados. O controle terá que enfrentar a explosão dos guetos e das favelas, ou seja, gerir grupos de riscos e perigosos⁴³.

Em definitivo, a biopolítica, com o advento da modernidade, toma conta do corpo numa verdadeira espécie de biopolítica da espécie humana, o que se deu, primeiramente, pela técnica fordista da disciplina e, atualmente, dá-se pela tecnologia pós-fordista do controle, o que constitui a característica fundamental dos séculos XX e XXI. Entretanto, o problema atual repousa no fato de que a biopolítica pode fazer viver (constituindo-se em uma política de vida), ou pode excluir e matar (na forma de tanatopolítica ou biopoder), até porque a sociedade da disciplina, conforme Foucault, não banuiu do sistema jurídico a tecnologia da soberania e seu poder de declarar guerra e morte, que permanece latente nos confins do Estado de Direito, não custando lembrar que a permanência da guerra na sociedade faz parte do discurso histórico-político. Ora, ainda no pensamento foucaultiano, é sabido que, entre os Estados liberais e estados totalitários, há uma filiação entre o normal e o patológico, inclusive com o monstruoso, o que se vislumbra com a continuidade entre “fascismo”, “estalinismo” e as biopolíticas de exclusão e extermínio⁴⁴, que, no seu excesso, implicam no retorno da soberania e o estado de exceção.

2 O PODER SOBERANO E O ESTADO DE EXCEÇÃO: O RETORNO DO CAMPO

O final do nazismo não significou, de modo algum, o final da biopolítica na acurada observação de Esposito, para quem a biopolítica não foi produto do nazismo, mas, sim, o seu resultado perverso de uma particular versão da biopolítica⁴⁵. Com efeito, a pós-modernidade ou modernidade tardia e sua sensação de mal-estar pelo não cumprimento dos ideais modernos, especialmente de um progresso igualitário (Rouanet⁴⁶) informa que a relação direta entre a política e a vida não decaiu; ao contrário, parece estar em constante incremento. Sob esse aspecto, desde o incremento do elemento ético entre os povos e entre os Estados, até a centralidade da questão sanitária como o principal índice de funcionamento do sistema econômico-produtivo, com a prioridade da ordem e da razão do Estado,

⁴³ DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: 34, 2008, p. 221-223.

⁴⁴ FOUCAULT, Michel, **Defender la sociedad**, p. 217-237.

⁴⁵ ESPOSITO, Roberto. **Bios, biopolítica y filosofía**, p. 175-176. Na lição de Esposito, o jogo do Direito soberano de “dar a morte” e os mecanismos de biopoder estão inscritos e funcionam em todos os Estados.

⁴⁶ Ver ROUANET, Sergio Paulo. **Mal-estar na modernidade**: ensaios. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, especialmente p. 96-117. Para Rouanet, um dos principais motivos do mal-estar da modernidade está nas privações pulsionais exigidas de apenas alguns grupos de homens, essencialmente as classes populares (sobrerpressão). Nas suas palavras, “em certas sociedades, os explorados são a grande maioria da população. São grandes ressentidos e inimigos potenciais ou reais da civilização. A frustração pulsional é neles mais intensa e, portanto, o seu *unbehagen* é mais ameaçador, podendo facilmente ser mobilizado para fins que as classes dominantes considerariam antissociais. Uma mudança nas relações de propriedade, como diz Freud com todas as letras, repartindo de modo mais equitativo os sacrifícios requeridos pela vida em sociedade, contribuiria para reduzir pela raiz grande parte do mal-estar global”. p. 115. Consultar, de igual sorte, FREUD, Sigmund. **O futuro de uma ilusão, o mal-estar na civilização e outros trabalhos (1927-1931)**. Tradução de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 2006. v. 21, p. 67-73.

comprova-se o incremento da política sobre a vida⁴⁷. Importa notar que, no primado da questão da segurança, peculiar à sociedade do controle, que se instituiu com o advento do neoliberalismo econômico-financeiro e o declínio do *Welfare State*, a tecnologia do poder pretende debelar os crescentes riscos pela lógica atuarial, gerindo (ou governando) os grupos de riscos e/ou classes perigosas pelo controle penal, o que implica o retorno, ao cenário jurídico-político, do “estado de exceção” e sua indistinção entre norma e exceção, o que constitui um sério indicador da crescente invasão da biopolítica na sociedade contemporânea, que padece de uma intensa biologização⁴⁸.

Conforme Agamben, o estado de exceção apresenta como forma legal, aquilo que não pode ter de forma legal, que é decorrente da proliferação do estado de emergência permanente, visto que, em um estado de verdadeira “guerra civil mundial”, o estado de exceção tende a se confirmar como paradigma de governo dominante⁴⁹. Nessa perspectiva, o estado de exceção apresenta-se como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo⁵⁰. Partindo do significado imediatamente biopolítico do estado de exceção, em que o Direito incluiu o ser vivente pela própria suspensão da lei e da Constituição, Agamben ensina que a *military order*, promulgada pelo governo dos EUA, em 13.11.2001, que autorizou a *indefinite detention* dos não cidadãos suspeitos de envolvimento com atividades terroristas, bem como a *USA Patriot Act*, promulgada pelo Senado americano, em 26.10.2001, constituem exemplos de estados de exceção, já que são atos de pura dominação e de poder, que atuam totalmente fora da lei e do controle judiciário⁵¹. Dessa forma, em uma primeira abordagem, com Agamben, pode-se dizer que o estado de exceção não corresponde a um Direito especial (como o Direito à guerra), apresentando-se como um ato de suspensão do próprio ordenamento jurídico, daí o porque de sua proximidade com a guerra.

Para Agamben, o estado de exceção não é interior, nem exterior ao ordenamento jurídico, mas se constitui numa “zona de indiferença” em que o dentro e o fora não se excluem, senão que se indeterminam, culminando em asseverar que o estado de exceção corresponde a uma “zona de anomia” ou de “suspensão do ordenamento jurídico”⁵². Assim, o que permite a presença/consolidação do estado de exceção é a suspensão do ordenamento jurídico vigente, que, “longe de corresponder a uma lacuna normativa, o estado de exceção apresenta-se como abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento jurídico, com objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal”⁵³. Em uma palavra, na lição de Agamben, o estado de exceção constitui-se numa “fratura” entre o estabelecimento da norma e sua

⁴⁷ ESPOSITO, Roberto. **Bios, biopolítica y filosofía**, p. 235-236. Nesse sentido, segundo Esposito, “o aumento desmedido de los flujos migratorios de hombres y mujeres privados de toda identidad jurídica y reducidos a condiciones de mera subsistencia, son los rasgos más evidentes del nuevo escenario. La prosiva indistinción entre norma y excepción, ligada a la estabilización de legislaciones de emergencia, constituye un indicador adicional de la cada vez más neta caracterización biopolítica de la sociedad contemporánea”.

⁴⁸ ESPOSITO, Roberto. **Bios, biopolítica y filosofía**, p. 236. Nas palavras do autor “[...] al menos desde 11 de septiembre de 2001, esa maquinaria requiere un estallido de violencia efectiva por parte de todos los contendientes. La idea y la práctica de guerra preventiva constituye el punto culminante de esta espiral autoinmunitaria de la biopolítica contemporánea”.

⁴⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**, p. 12-13.

⁵⁰ *Idem*, p. 13.

⁵¹ *Idem*, p. 14.

⁵² *idem*, p. 38-49.

⁵³ *Idem*, p. 48.

aplicação, como se, em um “caso extremo”, só pudesse ser tratado com a suspensão da lei, que é preenchida pelo estado de exceção⁵⁴.

De outro lado, na definição schmittiana⁵⁵ de soberania, o soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção, o que reduziu a questão da soberania a identificar quem, no interior do ordenamento jurídico, era investido de certo poderes. Logo, o soberano é aquele que, pelo ordenamento jurídico, pode declarar o estado de exceção e de suspensão da validade do ordenamento jurídico⁵⁶. Cumpre, pois, ao soberano, pelo estado de exceção, suspender a norma para garantir a vigência do próprio Direito. A exceção corresponde a uma exclusão, na qual determinado caso singular é excluído da norma geral. Entretanto, não se trata de uma exclusão radical, já que o excluído ainda mantém relação com a norma, mas na forma de suspensão. Segundo Agamben, “não é a exceção que se subtrai à regra, mas a regra que, suspendendo-se, dá lugar à exceção e somente deste modo se constitui como regra, mantendo-se em relação com aquela”⁵⁷. Pode-se inferir das lições de Agamben que o estado de exceção corresponde a uma “exclusão inclusiva”, que serve para incluir o que deve se expulso, pois “a exceção soberana (como zona de indiferença entre a natureza e o Direito) é a pressuposição da referência jurídica na forma de sua suspensão”⁵⁸.

Dessa maneira, a tentativa de construir uma teoria do estado de exceção, na lente de Agamben, se deve a Carl Schmitt, que inscreve o estado de exceção em um contexto jurídico, que provoca a suspensão da ordem jurídica, tornando possível uma articulação entre ambas, ainda que de forma paradoxal⁵⁹. Logo, o aporte fundamental da teoria schmittiana, que se constrói na dicotomia amigo-inimigo⁶⁰, é tornar possível tal articulação entre o estado de exceção e a ordem jurídica, já que algo que deve ser inscrito no Direito é algo essencialmente exterior a ele (zona de anomia/vazio legal)⁶¹. Com efeito, para Schmitt, o estado de exceção, que permite a suspensão da Constituição e de todo o sistema normativo, corresponde ao elemento formal do soberano: a decisão. Assim, a teoria do estado de exceção pode perfeitamente ser apresentada como a doutrina da soberania, visto

⁵⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**, p. 49.

⁵⁵ Ver SCHMITT, Carl. **O conceito de político**: teoria do partisan. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 19-85.

⁵⁶ Conforme AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I, p. 19-23.

⁵⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I, p. 26.

⁵⁸ *Idem*, p. 28.

⁵⁹ A afirmação é de AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**, p. 54.

⁶⁰ SCHMITT, Carl. **O conceito de político**: teoria do partisan, p. 36 e seguintes. Para Schmitt, a essência da política soberana repousa na decisão política acerca de quem é inimigo, bem como na possibilidade de se declarar a guerra, na busca da unidade política. É fundamental, portanto, na sua teoria, a distinção entre amigo e inimigo, já que o fenômeno político só pode ser bem compreendido pela referência do agrupamento do tipo amigo-inimigo. Cumpre, pois, ao político tal distinção. Nas suas palavras, “político é, em todo caso, sempre o agrupamento humano *normativo* e, por conseguinte, a unidade política sempre quando existe em absoluto, sendo a unidade normativa e soberana no sentido de que, por necessidade conceitual, a decisão sobre o caso normativo, mesmo quando este for um caso excepcional, sempre haverá de residir nela”. p. 41. Mais adiante, refere: “O Estado enquanto unidade política normativa concentrou em si mesmo uma imensa competência: a possibilidade de fazer guerra e, assim, de dispor abertamente sobre a vida das pessoas. Isto em virtude do fato de que o *ius belli* contém tal disposição; significa a dupla possibilidade: exigir de membros do próprio povo prontidão para morrer e prontidão para matar, e matar pessoas do lado inimigo”. p. 49. Em uma palavra, para Schmitt, o Estado soberano tem o poder de declarar a guerra frente ao inimigo, declarando o estado de exceção para enfrentar “decisões críticas”.

⁶¹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**, p. 54.

que o “soberano” é quem pode decidir sobre a excepcionalidade e emergência, o que garante sua ancoragem na ordem jurídica⁶².

Sob esse aspecto, no Estado de exceção, a norma é suspensa ou anulada, introduzindo-se, no Direito, uma zona de anomia, que é o que torna possível a normatização de uma determinada situação real⁶³. Trata-se, na visão de Derrida⁶⁴, de um puro “ato de força” sem lei, um espaço anômico, onde o que entra em jogo é uma força de lei sem lei, um puro ato do soberano⁶⁵. E, nesse espaço vazio, o Direito, a violência ou *Gewalt* do Estado se apresentam de forma crua, demarcando o declínio do Direito do Estado, com a negação dos direitos do homem, uma vez que, com o retorno da guerra como modelo dominante, os direitos sagrados e inalienáveis do homem mostram-se desprovidos de tutela e realidade fática⁶⁶. Ora, com o desenvolvimento da biopolítica, o sujeito político livre e consciente é investido/invadido pela soberania, visto que o ser vivente é reinvestido na biopolítica⁶⁷. Nesse particular, os refugiados, os imigrantes irregulares, os apátridas socioeconômicos constituem um triste exemplo da intensa biogilização da vida natural. Nesse sentido, o “refugiado” pode ser interpretado como um conceito-limite para exemplificar a exclusão radical operada pela modernidade, na qual, com o retorno da tecnologia da soberania, é o soberano que decide acerca do valor ou desvalor da vida enquanto tal⁶⁸.

E, nesse ambiente de totalitarismo estatal, onde a exceção se torna a regra, no retorno do campo, lugar para onde são remetidos os refugiados econômicos⁶⁹, reedita-se a condição inumana. No dizer de Agamben, os campos não nascem do Direito ordinário (por exemplo, o sistema carcerário), mas, sim, do estado de exceção e “da lei marcial”, o que a história tornou evidente quanto aos *lager* nazistas. Entretanto, a novidade do retorno do campo baseia-se no fato de que o instituto, na atualidade, é desligado do estado de exceção e começa a tornar-se a regra, isto é, adquire uma disposição espacial permanente. Por tal motivo, “o campo é o próprio paradigma do espaço político no ponto em que a política torna-se biopolítica, e o *homo sacer* se confunde virtualmente com o cidadão”⁷⁰. Em síntese, a essência do campo consiste na materialização do estado de exceção, consistindo na criação de um espaço em que a vida nua e a norma se encontram numa zona de anomia. Daí o acerto de Agamben quando diz que o campo está presente toda vez que o espaço político da modernidade cria uma estrutura, independentemente dos crimes que ali são cometidos. E cita, como exemplos de campos, o estádio de Bari, onde a polícia italiana aglomerou provisoriamente imigrantes clandestinos albaneses antes de expeli-los do país; quanto as *zones d'attente* nos aeroportos internacionais franceses, nas quais são retidos os

⁶² AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**, p. 56. Conforme Agamben, na excepcionalidade, “a constituição pode ser suspensa quanto à sua aplicação, sem, no entanto, deixar de permanecer em vigor, porque a suspensão significa unicamente uma exceção concreta”.

⁶³ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**, p. 58.

⁶⁴ DERRIDA, Jacques. **Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad**. Madrid: Tecnos, 2002. p. 106-111.

⁶⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**, p. 61-62.

⁶⁶ *Idem*, p. 133.

⁶⁷ *Idem*, p. 135.

⁶⁸ *Idem*, p. 149.

⁶⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 39-60.

⁷⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**, p. 178.

estrangeiros que pedem o reconhecimento do estatuto de refugiado e, por fim, o que acontece nas periferias das grandes cidades⁷¹. Em definitivo, conforme o pensamento de Agamben, o campo se refere a uma *localização deslocante*, espaço em que o sistema político e as formas jurídicas não ordenam a vida de relação, podendo a vida e a própria norma serem capturadas⁷². A modo de concluir, na Idade Moderna, o campo é o novo *nómos* biopolítico do planeta, local onde se pode despejar e despir do estatuto jurídico categorias de pessoas⁷³, no qual a prisão de Guantánamo representa um exemplo mais atual. Para ele, também se pode remeter à miséria e à exclusão não somente os conceitos econômicos, como, no caso do gueto, mas categorias políticas. Nesse passo, a prisão de Guantánamo se aproxima do caótico sistema penitenciário brasileiro, visto que o Estado delegou suas funções às facções criminosas, suspendendo, com isso, os sistemas de direitos e garantias, forjando uma zona de anomia ou de pura força sem lei.

De outras, o campo e sua exclusão constituem-se em uma tecnologia de controle do sistema pós-fordista⁷⁴, com a função de gerir/encarcerar a excedência negativa, isto é, a força de trabalho expulsa do setor produtivo; a multidão privada do bem-estar é remetida ao controle do sistema penal, que se expande na medida em que progride a destruição do Estado social, pois, segundo De Giorgi, o aumento vertical das taxas de encarceramento (especialmente, na Europa, de imigrantes, drogados e desocupados) corresponde à redução das práticas sociais. Nesse aspecto, a racionalidade econômica pós-fordista se vale de uma biopolítica sanitária de controle, não sendo mais informada pela inclusão e solidariedade (da época fordista)⁷⁵; ao contrário, atua em direção oposta, buscando neutralizar e inocuizar a excedência negativa⁷⁶. Cumpre notar que a crise do Estado fordista promoveu uma evolução desmedida de um sistema penal de exceção, superando as lógicas de inclusão do Estado *welfarista*, já que o paradigma da guerra permanente e a lógica da emergência/excepcionalidade do estado de exceção confundem o bélico e o policial, já que a questão da segurança interior dos Estados passou a

⁷¹ WACQUANT, Loïc. **Los condenados de la ciudad**: gueto, periferias y Estado. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007. p. 59 e seguintes.

⁷² AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I, p. 181-182.

⁷³ Ver, nesse particular, ARENDT, Ana. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 488 e seguintes, quando fala do domínio completo do totalitarismo, notando que o passo essencial no caminho total é “matar a pessoa jurídica do homem”.

⁷⁴ O termo *pós-fordismo* se refere aos processos de transformação do trabalho e do sistema produtivo, isso em época de esgotamento do modelo fordista de produção industrial, que implicou a revisão das políticas keynesianas. O novo território é do capital global e seu Império rumo a uma economia financeiro-informacional. Ver DE GIORGI, Alessandro. **El gobierno de la excedencia**: postfordismo y control de la multitud. Tradução de José Ángel Brandariz Garcia e de Hermán Bouvier. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006. p. 87 e seguintes.

⁷⁵ É a criminologia do “outro” (e, não, a criminologia do “eu”), na fala de GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. Nessa nova cultura de controle do crime, conforme Garland, “em vez de clientes carecedores de amparo, eles são vistos como um risco que deve ser administrado. Em vez de enfatizar métodos de reabilitação que atendam às necessidades do criminoso, o sistema enfatiza controles efetivos que minimizem os custos e maximizem a segurança”. Ibid., p. 377. Em uma palavra, ainda, segundo Garland, trata-se de um consenso de cariz pré-moderno e mecanicista, que se baseia num conjunto de valores compartilhados e não no pluralismo das diferenças toleradas. Logo, aqueles que não se encaixam no consenso (econômico!), ou não podem se encaixar (excluídos, consumidores falhos), devem ser excomungados e expulsos. Transita-se, pois, do modo social ao modo econômico de pensar. p. 391-395.

⁷⁶ DE GIORGI, Alessandro. **El gobierno de la excedencia**: postfordismo y control de la multitud, p. 127-133.

adotar uma estratégia bélica para tratar do fenômeno da imigração, tráfico de drogas, crime organizado e, sobretudo, do terrorismo mundial, porta de entrada do vocabulário da guerra no sistema do controle penal⁷⁷. Plasma-se, pois, uma nova cultura penal da excepcionalidade, propiciando a edificação de legislações de exceção, tal como a do sistema penal dos EUA e os detentos de Guantánamo, bem como as legislações antiterrorismo⁷⁸, conforme a oportuna crítica de Cancio Meliá⁷⁹. É o retorno da biopolítica da exceção e a suspensão do estatuto jurídico, que, no âmbito do controle penal da modernidade, chegam ao ápice com o Direito Penal do inimigo, formulado por Jakobs (retorno à distinção schmittiana amigo/inimigo), que permite “suspender” o *status* de pessoa e o sistema de direitos, estabelecendo às não pessoas (indivíduos perigosos, como terroristas, traficantes de drogas, criminosos sexuais) um tratamento excepcional, com flexibilização das garantias e penas desproporcionais. Como refere Brandariz García, em concreto, o sistema penal da exceção, na busca de coesão social e para conferir segurança à sociedade, despoja do outro sua condição de pessoa ou cidadão, substituindo-a por um subsistema penal de exceção (zona de anomia ou do não Direito) do Direito Penal do inimigo⁸⁰.

Nesse estado da arte, assiste razão a Prieto Navarro⁸¹, quando afirma que os efeitos biopolíticos e imunitários são patentes na proposta de Jakobs⁸², pois abrem um perigoso passo para que se considere o inimigo como um mero ser vivente (*homo sacer*), pois desprovido de sua personalização e do sistema de direitos, está sujeito a uma perspectiva biopolítica de exclusão/inclusão, consistindo em uma verdadeira biossoberania, na qual se condensa a decisão primitiva e soberana daqueles que pertencem à comunidade (amigos) e que podem gozar do benefício da convivência, daqueles que desde a suspensão do estado de Direito, estão excluídos do sistema. É o retorno do excepcional frente à normalidade e para uma consideração da soberania para definir, originariamente, a normalidade e a exceção⁸³. Mais uma vez, cuida-se da vida nua incluída no cálculo

⁷⁷ Cuida-se de uma militarização dos territórios urbanos considerados mais problemáticos, com a superação da diferenciação entre o inimigo externo e interno, conforme PALIDA, Salvatore. La 'revolución policial'. Tradução de José Ángel Brandariz Garcia e de José Antonio Ramos Vázquez. In: PUENTE ABA, Luz María; ZAPICO BARBEITO, Mónica; RODRÍGUEZ MORO, Luis (Org.). **Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal**. Granada: Comares, 2008. p. 41-68.

⁷⁸ Consultar, nesse particular, BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Comares, 2007. p. 219-226.

⁷⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel. **Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto**. Madrid: Reus, 2010. p. 17-51. Nesse passo, Cancio Meliá ensina que a legislação espanhola que trata do crime de terrorismo está informada por uma política criminal excepcional, sendo informada pelos postulados do Direito Penal do inimigo de Jakobs, constituindo-se em um verdadeiro Direito de exceção. p. 43. Também importa a leitura, CANCIO MELIÁ, Manuel. Sentido y límites de los delitos de terrorismo. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, n. 71, p. 147-180, mar./abr. 2008.

⁸⁰ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Comares, 2007. p. 230-231.

⁸¹ Ver PIETRO NAVARRO, Evaristo. Excepción y normalidad como categorías de lo político. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; PÉREZ, Laura Pozuelo (Org.). **Política criminal em vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada**. Navarra: Thomson Civitas, 2008. p. 76-136.

⁸² JAKOBS, Günther. La autocomprensión de la ciencia del Derecho Penal ante los desafíos del presente. Tradução de Teresa Manso Porto. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BUKHARDT, Björn. **La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio**. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 53-64.

⁸³ PIETRO NAVARRO, Evaristo. Excepción y normalidad como categorías de lo político. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; PÉREZ, Laura Pozuelo (Org.). **Política criminal em vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada**. Navarra: Thomson Civitas, 2008. p. 130-135.

do poder do soberano, na mera condição de ser vivente, despojado do estatuto jurídico, que pode decidir, em últimos termos, sobre sua vida ou morte.

O problema é que, nesse estado de razão pura do Estado, no qual o Direito está submetido à política e à razão do Estado, no qual o soberano decide o estado de exceção, não há controle de constitucionalidade sobre a política, já que a política está fora de controle, o que, de resto, se detecta com relação à política criminal, propiciando que o “Direito” possa ser usado contra não pessoas (inimigos), recortando-se os espaços jurídicos (Donini)⁸⁴. Isso corresponde ao “retorno da questão penal” (Negri), pois o desenvolvimento do sistema capitalista sempre requereu uma coerção econômica e necessitou dela (violência estrutural). Ora, em um estado de exploração planejada e de crise social, o Direito deve operar como forma de civilizar o capital ou, dizendo de outra forma, o Direito Penal assume a função da organização do trabalho social, estabelecendo os processos de criminalização⁸⁵. Trata-se de um Direito de cariz autoritário, que, num excesso normativo, normativiza o conceito de pessoa, que, agora, se define em termos comunicativos (fidelidade ao Direito), e, não, como um sujeito universal de direitos, em conexão com a teoria schmittiana, que sinala que a pessoa somente poderia existir socialmente, isto é, como pessoa jurídico-política (sujeito de um determinado ordenamento jurídico)⁸⁶. O Direito é reduzido a uma simples técnica, um subsistema interessado somente no controle social para satisfação das necessidades individuais de crescimento econômico⁸⁷. Não é por outra razão que vaticina Portilla Contreras que o símbolo atual da pós-modernidade é a exclusão generalizada da multidão (setores de risco), daí o porquê de a excepcionalidade, regra da modernidade, e o “campo de concentração” (espaços fechados, guetos, periferias etc.), *lógus* do “abandono do Direito”, constituírem o “paradigma democrático”. Assim, na estrutura excepcional da modernidade, as áreas do não Direito não mais se circunscrevem ao “campo”, pois o *homo sacer* se encontra totalmente subordinado ao soberano⁸⁸, ficando, no passado, a delimitação da biopolítica no campo de concentração.

Para uma conclusão em termos mais definitivos, pode-se dizer que o poder é sempre soberano, constituindo-se em uma verdadeira máquina da soberania. E nessa perspectiva, o Estado toma forma de um Império⁸⁹, há uma redefinição da

⁸⁴ DONINI, Massimo. Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el derecho penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar. Tradução de Pablo Guérez Tricarico. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; PÉREZ, Laura Pozuelo (Org.). **Política criminal em vanguardia**: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada. Navarra: Thomson Civitas, 2008. p. 29-75.

⁸⁵ NEGRI, Antonio. **La forma-estado**. Tradução de Rapul Sánchez Cedillo. Madrid: Akal, 2003. p. 399-408.

⁸⁶ PORTILLA CONTRERAS, Guilherme. Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal. In: PORTILLA CONTRERAS, Guilherme (Coord.). **Mutaciones de levitán**: legitimación de los nuevos modelos penales. Madrid: Akal, 2005. p. 57-85.

⁸⁷ *Idem*, p. 80-81.

⁸⁸ CONTRERAS, Guilherme. La configuración del homo sacer como expresión de los nuevos modelos del derecho penal imperial. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez (Org.). **Serta in memeoriam Alexandri Baratta**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1041-1423.

⁸⁹ Ver HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Alcira Bixio. Buenos Aires: Paidós, 2005. Conforme Hardt e Negri, a globalização capitalista produziu intercâmbios econômicos e culturais irreversíveis, configurando, no plano global, uma nova lógica e estrutura de domínio, a saber, o império, nova forma de soberania, é o sujeito político que, efetivamente, regulamenta os intercâmbios globais, representando, por outro lado, a decadência da soberania do estado-nação. O império, portanto, surge da decadência do Estado, que perdeu sua soberania para os mercados globais, que se caracteriza pela descentralização e desterritorialização. É o espaço da produção da biopolítica da economia global. Por fim, na lição dos autores, o poder imperial pode ser definido no desenvolvimento de uma ciência

bíos pela política, visto que o biopoder assume a totalidade da vida como um totalitarismo⁹⁰, “um Deus vivo” que necessita definir os excluídos, estendendo o biopoder por o todo campo social, ocupando-se, pouco a pouco, de todos os aspectos da vida, podendo, inclusive, adotar a forma de tanatopolítica, já que a guerra se converte na essência do político⁹¹. De outras, a biopolítica funda-se nas tecnologias do capitalismo e soberania, que migraram da disciplina aos dispositivos de controle, como uma grande “medicina social que se aplica ao control de las poblaciones con fin de gobernar la vida, a partir de allí, la vida forma parte del campo del poder”⁹². Desse ponto de vista, a ideia de biopolítica acompanha o trânsito da modernidade à pós-modernidade, apresentando-se de forma ambígua, pois pode promover a vida (vitalismo positivo) ou a morte (tanatopolítica). E o problemático é que a biopolítica aparece na época liberal e mercantil, ou seja, na idade em que há uma subsunção total da sociedade pelo capital, período demarcado pela excedência, que deve ser descrita como uma produção do poder, que toma forma de estado de exceção⁹³. E a declaração do estado de exceção, que ocorre em um momento de crise de possibilidades para o capital, segundo Negri, corresponde à necessidade de se manter a reprodução de poder e seus privilégios, via exercício da força policial em nível global, daí a função ordenadora da guerra⁹⁴, para conferir segurança ao mercado. Sob esse aspecto, a biopolítica passa a ser exercida sobre a vida, não se confundindo com um vitalismo positivo, já que o controle se articula com o poder produtivo com o desiderato de manter as relações de dominação e reprodução de um poder unilateral, com o escopo primordial de controlar as multidões⁹⁵, em um mundo “enfermo”⁹⁶, inteiramente transformado em mercadoria e fetichizado⁹⁷.

Definitivamente, desde a relevância do elemento étnico nas relações entre os povos e Estados até a prioridade da ordem pública como estratégia do funcionamento do sistema econômico-produtivo dos Estados, bem como da progressiva indistinção entre norma e exceção, comprova-se a tendência de a política tomar conta do corpo biológico (ápice da biopolítica moderna⁹⁸). Dessarte,

policial, caracterizada em termos de crise e guerra, operando na forma de prevenção e vigilância, em nome da excepcionalidade dos procedimentos administrativos. Consultar p. 13-41.

⁹⁰ NEGRI, Antonio. **La fábrica de porcelana**: una nueva gramática de la política. Tradução de Susana Lauro. Barcelona: Paidós, 2008. p. 17-23.

⁹¹ *Idem*, p. 37.

⁹² *Idem*, p. 39.

⁹³ *Idem*, p. 49-50.

⁹⁴ NEGRI, Antonio. **La fábrica de porcelana**: una nueva gramática de la política, p. 69-70.

⁹⁵ Multidão pode ser conceituada como sendo a variedade de movimentos de indivíduos, de grupos e de populações que não podem submeter-se, por completo, às leis de acumulação capitalista. O movimento autônomo é o que define o lugar próprio da multidão. Ver HARDT, Michel; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Alcira Bixio. Buenos Aires: Paidós, 2005. p. 413-433.

⁹⁶ DEBORD, Guy. **El planeta enfermo**. Tradução de Luis Andrés Bredlow. Barcelona: Anagrama, 2006.

⁹⁷ DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**: comentário sobre a sociedade do espetáculo. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. A sociedade do espetáculo, conforme Debord, trabalha com o princípio do fetichismo da mercadoria. Nela, “o mundo da mercadoria é assim mostrado como ele é, pois seu movimento é idêntico ao afastamento dos homens entre si e em relação a tudo que produzem”.

⁹⁸ Nesse sentido, ver FOUCAULT, Michel. **Defender la sociedad**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2000. p. 33 e seguintes. Também consultar, FOUCAULT, Michel. **La arqueología del saber**. Tradução de Aurelio Garzón del Camino. 2. ed. Buenos Aires: Siglo XXI, 2010. p. 231-254.

a salvaguarda da vida biológica voltou a ser uma temática principal da filosofia, principalmente face ao atual “excesso de defesa” que ronda os conflitos planetários⁹⁹. Com efeito, como diz Esposito, é preciso desconstruir a biopolítica sobre a vida, que tornou o homem um animal e empurrou a vida ao limite da não vida¹⁰⁰. Logo, frente à ruína do Estado de Direito, há que opor, como propugna Portilla Contreras, métodos universalistas centrados nos direitos humanos, que não podem estar ligados ao conceito estrito de cidadania (e de maneira formal), senão ao reconhecimento de direitos econômicos, sociais e culturais, inerentes à pessoa humana, impondo, portanto, a necessidade de uma radical reformulação no modo de produção do controle penal¹⁰¹¹⁰². Ora, em um contexto demarcado pela excepcionalidade da biopolítica e pela “crise de humanidade”, que assolam o homem moderno, este e a sociedade seguem pedindo algo à filosofia (Heidegger¹⁰³¹⁰⁴).

3 O EXCESSO DE DEFESA DA BIOPOLÍTICA MODERNA: A HUMANIDADE COMO LIMITE À EXCEPCIONALIDADE

É da lição de Foucault que, com a tecnologia da disciplina, que implicou a superação/revisão da técnica do poder soberano, ficou para o passado a história do século XVIII, informada por protestos contra os suplícios e as penas infames. Houve, na economia da pena, uma mudança da concepção do homem e na sensibilidade frente a ele como tal, despido de seus atributos sociais, culturais e econômicos, atenuando-se a violência que provinha do sagrado. Com isso, o controle penal estabeleceu uma nova economia da pena, suavizando a penalidade, embora, com o fim do suplicio e do escândalo, o Estado passasse a punir de forma mais intensiva¹⁰⁵. De outro lado, foi, nesse marco, que ocorreu a secularização do

⁹⁹ ESPOSITO, Roberto. **Biopolítica y filosofía**, p. 236-238.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 259.

¹⁰¹ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. **El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista**. Valência: Tirant lo Blanch, 2007. p. 267.

¹⁰² HERRERA FLORES, Joaquín. Las lagunas de la ideología liberal: el caso de la constitución europea. In: HERRERA FLORES, Joaquín (Org.). **El vuelo de anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal**. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000. p. 129-170.

¹⁰³ HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. Tradução de Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães, 1985. Como leciona Heidegger, para resolver o problema da humanidade do homem é preciso interrogar pelo ser, porque o homem só se revela compreensível na interpelação pelo ser (sua essência). De outro lado, para Heidegger, o esquecimento do ser pela metafísica da substância, que o “entificou” na técnica, provoca o esquecimento do homem, com o risco de o homem perder sua humanidade, que vem da sua própria existência. A tarefa que se impõe à filosofia em tempos “indigentes”, conforme Heidegger, é pensar o homem, pois “mais importante que qualquer fixação de regras é o homem encontrar o caminho para morar na verdade do ser”.

¹⁰⁴ Consultar, de igual sorte, GRASSI, Ernesto. **Heidegger y el problema del humanismo**. Tradução de Ubaldo Pérez Paoli. Barcelona: Anthropos, 2006. Conforme Grassi, quando Heidegger interpela pelo ser, confere primazia ao homem e sua humanidade, pois o humanismo, por si só, não alcança a essência do homem. O ser que é o mais próximo do homem e sua humanidade. Ver. p. 45-46.

¹⁰⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**, p. 63 e seguintes. Nas palavras de Foucault: “essa necessidade de um castigo sem suplício é formulada primeiro como um grito do coração ou da natureza indignada: no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua humanidade. Chegará o dia, do século XIX, em que esse homem, descoberto no criminoso, se tornará o alvo da intervenção penal, o objeto que ela pretende corrigir e transformar, o domínio de uma série de ciências e de práticas estranhas ‘penitenciárias’, criminológicas”.

controle penal (Messuti¹⁰⁶), com o progressivo abandono do fundamento religioso e de todos os “fundamentos” metafísicos. Em uma palavra, para Messuti, a secularização significa o reconhecimento da finitude do ser. Entretanto, cumpre notar que o reconhecimento da finitude do ser (que reconhece que o homem é frágil por constituição, característica do seu ser¹⁰⁷) não penetrou no discurso do controle penal, que sempre procedeu “como se fosse dono do tempo”¹⁰⁸, tanto do passado (restabelecendo o equilíbrio alterado pelo crime) como do futuro (prevenção), esquecendo-se do tempo de duração da vida do ser humano¹⁰⁹. Essa falta de consciência de sua finitude do discurso totalitário do controle penal obedece ao círculo vicioso de sua racionalidade/irracionalidade¹¹⁰¹¹¹. Nesse estado da arte, impõe-se a superação da filosofia racional e da conceitual, que procedem das racionalidades lógicas e fundantes por um pensamento hermenêutico, que partem de uma reflexão sobre e a partir da experiência, uma vez que, “en la experiencia, nos damos cuenta de que las cosas no eran como creíamos”¹¹². Como diz Messuti, “experiente (ou experimentado)” é quem é consciente da finitude da experiência humana, quem sabe que não é dono do tempo, nem do futuro¹¹³.

Sob esse aspecto, o pensamento hermenêutico supera o racionalismo metafísico, bem como os paradigmas do cientificismo positivista e do estruturalismo, que colocaram o sujeito numa situação abstrata e de neutralidade, separando o observador e o observado (dualismo sujeito-objeto)¹¹⁴. Logo, com a hermenêutica filosófica (que não significa mera interpretação de textos filosóficos),

¹⁰⁶ MESSUTI, Ana. Derecho penal y derechos humanos: los círculos hermenéuticos de la pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 28, p. 28-38, out./dez. 1999. Ver também, MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Tradução de Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 80-123.

¹⁰⁷ RICOEUR, Paul. **Finitud y culpabilidad**. Tradução de Julio Díaz Galán e de Carolina Meloni. Madrid: Trotta, 2004, p. 21.

¹⁰⁸ Conforme MESSUTI, op. cit., p. 29.

¹⁰⁹ Aqui, Messuti, socorrendo-se dos ensinamentos heideggerianos, ensina que “por isto o ordenamento jurídico é tão generoso com o tempo da pena. Porque se trata do tempo da comunidade. A comunidade, como ser coletivo e anônimo, sempre tem tempo porque não morre. E não morre porque a morte é sempre a minha morte, a tua morte. A comunidade somente conhece o tempo público, que uniformizado, nivelado, pertence a todos e, por conseguinte, a ninguém. Esse é o tempo que se mede para fixar a duração da pena. Mede-se-o como uma unidade imutável a fim de que possa estar sempre à disposição de todos”. MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**, p. 60.

¹¹⁰ Como refere RICOEUR, Paul. *Introducción a la simbólica del mal*. Buenos Aires: Megapolis, 1976. p. 95 apud MESSUTI, Ana. Derecho penal y derechos humanos: los círculos hermenéuticos de la pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 28, p. 29, out./dez. 1999, “aquello que es más racional en la pena, a saber, que recompensa el crimen es, a la vez, lo más irracional, que lo borra”. Consultar, na mesma temática, RICOEUR, Paul. **Vivo hasta la muerte siguiendo de fragmentos**. Tradução de Horacio Pons. México: Fondo de Cultura Económica, 2008. p. 50-51.

¹¹¹ Ver, por todos, RICOEUR, Paul. **Finitud y culpabilidad**. Tradução de Julio Díaz Galán e de Carolina Meloni. Madrid: Trotta, 2004. No livro, o autor aborda fenomenologicamente, a culpa e a experiência do mal humano, partindo do seu caráter opaco e absurdo. Ver p. 257-302, quando Ricoeur trata da questão da culpabilidade.

¹¹² MESSUTI, Ana. Derecho penal y derechos humanos: los círculos hermenéuticos de la pena, p. 28-38.

¹¹³ *Idem*, p. 30.

¹¹⁴ *Idem*.

p. 30. Para Messuti, “la hermenéutica es un pensamiento motivado principalmente por razones éticas. Nace como reacción ante un mundo que se perfilaba como el mundo de la organización total. Que significava el triunfo de la mentalidad objetivante. Esta mentalidad permite que se despliegue la tendencia metafísica a identificar el ser con que está presente y es controlable. Y en esa identificación la existencia humana queda reducida a la simple presencia, calculable y manipulable”.

a interpretação se impõe como uma questão fundamental da filosofia¹¹⁵. E isso é relevante para a filosofia, na medida em que os problemas humanos e a realidade vivida pelas pessoas não se resolvem e se compreendem na mera objetivação intelectualizante do *sujeito gnosiológico*, que, ao temer o compromisso que arrisca, se recusa à participação em que atua¹¹⁶. Conforme Castanheira Neves, é necessário reconhecer que o mundo estaria vazio sem o homem, e isso interessa para o jurista e o Direito, uma vez que o Direito só pode sê-lo enquanto for um transcendente axiológico, crítico das relações humanas na convivência comunitária. E, como projeto axiológico, não terá lugar numa sociedade que aceite submeter-se ao totalitarismo da redução racional-tecnológica.

Com efeito, esse é o desafio que se impõe ao jurista como “mediador da convivência ética” na sociedade, na feliz expressão de Castanheira Neves, que não pode pautar seu labor no formalismo e logicismo, sob pena de cair no anacronismo, sem qualquer utilidade social. Efetivamente, o Direito e também os juristas devem estar comprometidos com a vida prática e, pois, com os homens, sob pena de haver o “esquecimento do ser”, como bem adverte o referido autor, asseverando¹¹⁷: “[...] Pois duas coisas são certas. Em primeiro lugar, a inegável e profunda ambivalência da sociedade plenamente industrializada” – para usarmos as conclusões de Sérgio Cotta – “por um certo aspecto benéfica, progressiva e libertadora, mas por outro lado, prejudicial, opressiva, alienante”. Em segundo lugar, a possibilidade de escolher ou a renúncia da alienação ou a responsabilidade da libertação. É que “o resíduo” humano pode ser perdido, se o homem se perder não o afirmando, mas não pode ser reduzido analiticamente. Assim, a redução estruturalista tem de pôr, entre parênteses, o homem com a totalização das suas relações com os outros homens e o mundo, para ver nele apenas o sujeito intelectual perante um mundo externo só objeto, tem de suspender o tempo histórico e o dinamismo diacrônico, para só ver o estaticismo sincrônico e o sistema a-histórico: receptiva unicamente às funções e às formas do mundo humano, esquece que este “não tem apenas funções e uma forma, mas forma-se, tem história e remete a uma história”.

Nesse ponto de vista, a hermenêutica filosófica traz a interpretação como a questão fundamental da filosofia¹¹⁸, uma vez que se trata de um pensamento motivado principalmente por questões éticas, superadora da imagem do mundo como uma organização total, triunfo de uma mentalidade objetivante e calculadora. Ora, não se pode esquecer que o sistema jurídico faz parte do mundo, pois os textos e normas são instituições sociais. Logo, a pós-modernidade impõe à filosofia a retirada do homem de sua inautenticidade, de sua decadência e encobrimento pela técnica e seus pré-conceitos, para se poder dar conta da finitude do ser humano¹¹⁹. A razão humana está, portanto, limitada e condicionada por diversas formas, daí o porquê de a interpretação se dar por movimentos circulares (círculo hermenêutico), dentro de uma determinada tradição (Gadamer), que antecipa o

¹¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica Tradução de Flávio Paulo Meurer. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 341 e seguintes.

¹¹⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Lisboa: Coimbra, 1995. v. 1, p. 11.

¹¹⁷ *Idem*, p. 18-19.

¹¹⁸ Nesse sentido, HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**: parte I. 14. ed. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 204-300.

¹¹⁹ MESSUTI, Ana. Derecho penal y derechos humanos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 28, p. 20-31, out./dez. 1999.

sentido que guia a interpretação, como postulado de coerência. Nesse contexto, há que se notar que os direitos humanos, que conferem validade material aos ordenamentos jurídicos, partem da constatação de vulnerabilidade e fragilidade do ser. Daí a virtude da hermenêutica fundamental, como exercício de crítica da realidade social, como sentimento de responsabilidade¹²⁰. Se isso não for bem compreendido, a autonomia do homem, sua liberdade e dignidade serão renunciadas e encapsulizadas pela técnica, pela burocracia do Direito, restando a este apenas o dever-ser sem o ser, o que, na observação de Castanheira Neves, constitui a heteronomia formal-objetiva do jurídico tradicional¹²¹. Assim, em um horizonte qualificado por uma investitura capitalista total da vida, por um biopoder que coloniza e ocupa todo o tecido político da história de uma sociedade, impondo uma tecnologia de poder insuperável, transformando o mundo em mercadoria (num processo de coisificação do homem), é preciso que se supere a debilidade crítica da subsunção real de toda a sociedade abaixo do capital, disfarçando as contradições e antagonismos, a fim de rechaçar a violência homologante com a finalidade de fazer possível a reconstrução sensata da vida humana pela ontologia do mundo atual¹²².

Dessa forma, para poder-se dar conta do ser histórico e finito do ser humano, requer-se uma reabilitação substancial dos pré-juízos (especialmente os legítimos) herdados da tradição (como os direitos humanos e a ideia de Constituição), levando-se em conta, ainda, o caráter constitutivo que tem na compreensão. E disso não foge o controle penal, que pressupõe uma série de pré-juízos que são parte de nossa realidade histórica e social. De outras, a secularização do Direito Penal abriu caminho ao pensamento dos direitos humanos, uma vez que ambos, secularização e direitos humanos, ligam a vulnerabilidade e fragilidade do ser, requerendo do hermeneuta uma “razoável responsabilidade”, que, conforme Gadamer, diz com “a virtude hermenêutica fundamental¹²³. Tal responsabilidade do intérprete de que fala Gadamer, apresenta-se dotada de uma atualidade radical, mormente, como já notado, pelo fato de que o século XX tem sido enfatizado como o período mais sangrento da humanidade, não havendo nenhuma certeza no sentido de que, no século XXI, se possa contar com resistências suficientes para evitar que se repita a história da humanidade/inumanidade do século passado. Face à barbárie que se instalou no período, é difícil confiar na lei moral ou progresso moral¹²⁴. Como diz Peces-Barba, o começo do século não permite otimismo, visto que os atentados terroristas de 11.09.2001 (EUA), 11.03.2004 (Madri), 07.07.2005 (Londres), final de dezembro de 2006 (Madri), a recente guerra do Iraque e todas as mentiras que se seguiram, a facilidade com que se tomaram medidas excepcionais (retorno da tortura do campo) provocaram uma tensão no compromisso com a paz e respeito aos direitos humanos¹²⁵.

Deve ser levada a sério, pois, a observação do Peces-Barba no sentido de que uma política nacional e internacional erigida sobre a utilização desmedida do medo (utilizado por Hobbes, que bem ensinou acerca do papel do medo para justificar a presença de um Estado forte), pode ter consequências prejudiciais à

¹²⁰ MESSUTI, Ana. Derecho penal y derechos humanos, p. 20-31.

¹²¹ *Idem*, p. 28-29.

¹²² NEGRI, Antonio. **La fábrica de porcelana**: una nueva gramática de la política, p. 115-136.

¹²³ MESSUTI, Ana. Derecho penal y derechos humanos, p. 37-38.

¹²⁴ A conclusão é de PECES-BARBA, Gregorio. **Educación para la ciudadanía y derechos humanos**. Madrid: Espasa Calpe, 2007. p. 132.

¹²⁵ *Idem*, p. 133.

humanidade (perdas humanas irreparáveis). Por isso, segundo ele, não pode ser esquecido que o exercício da autonomia, liberdades cívicas e políticas, aliadas ao cumprimento das promessas do Estado Social e Democrático de Direito, precisam de um espaço na discussão da segurança¹²⁶. O problema é que o “capitalismo de competição”, a globalização e o império provocam o aumento de “perdedores (frustrados, vítimas, vencidos)”, que vão se dissociando um dos outros num processo caótico, alimentado o ódio e a loucura individual rumo à socialização do rancor (fundamentalismo, terrorismo etc)¹²⁷. De outra banda, a questão do papel dos direitos na gestão da globalização sofre alteração na estrutura jurídico-política, que interfere na constituição de um Estado de Direito internacional respeitoso com os princípios que legitimam tal instituição, provocando uma releitura no contexto jurídico internacional, com o ressurgimento de uma concepção técnica do Direito Penal, que abandona as garantias dos processados, dando vazão ao surgimento de um discurso justificatório da tortura, que significa a morte do “império da lei”, colocando em reflexão a questão da humanização do Direito Penal e processual. Nesse entorno, a teoria dos direitos, frente a uma biopolítica racial¹²⁸, que orienta o controle penal por critérios de raça, etnia, grupos de riscos etc., não é capaz de pronunciar-se de maneira coerente e tolerante¹²⁹.

Nesse estado da arte, o certo é que a política penal contemporânea desenterrou uma cruzada contra o mal através de um Direito Penal militarizado, sem respeito pelos princípios do Direito internacional. Instrumentaliza-se uma polícia global, fazendo a dicotomia schmittiana amigo-inimigo penetrar no Direito Penal ordinário. Renasce o conceito de “guerra justa”, em princípio contra o crime de terrorismo, numa coartada contra o “eixo do mal”, que culmina por se estender a todos os desobedientes do sistema produtivo, como imigrantes ilegais, vagabundos, drogados etc. É o perfil da guerra preventiva usada, especialmente, para a defesa do sistema neoliberal¹³⁰. Conforme ensina Portilla Contreras, na verdade, existe uma íntima relação entre o Direito Penal do inimigo de Jakobs e o paradigma da guerra preventiva ou guerra justa, espaço anômico onde se assiste, de modo flagrante a uma insustentável degradação das garantias, o que vaticina a existência de um controle penal ilegítimo¹³¹. Nesse cenário bélico, o inimigo substituiu a figura do “monstro moral ou anormal” (os criminosos normais do século XIX, que,

¹²⁶ PECES-BARBA, Gregorio. **Educación para la ciudadanía y derechos humanos**. Madrid: Espasa Calpe, 2007, p. 133-134.

¹²⁷ *Idem*, p. 134-136.

¹²⁸ Conforme FOUCAULT, Michel. **Defender la sociedad**, p. 217, a raça sempre esteve ligada com a guerra, especialmente a partir do século XVIII. Para ele, o tema da raça não desapareceu, senão que retornou em algo distinto do racismo do Estado: a biopolítica, isto é, o soberano passa a ter o direito sobre a vida e a morte das pessoas. E não se trata mais da lógica da disciplina (que não desapareceu segundo Foucault), dando lugar a uma nova tecnologia do poder (não mais centrada na disciplina do trabalho e que regia o corpo), que se aplica à vida dos homens (e, não, ao corpo) e que cuida de reger a multiplicidade dos homens (multidão), isto é, a massa global (homem-espécie) e todos os seus problemas econômicos e políticos, buscando uma regularização. Em definitivo, na doutrina de Foucault, trata-se de um poder contínuo, o poder de “fazer viver”. Nas suas palavras, “la soberanía hacía morir y dejaba vivir. Y resulta que ahora aparece un poder que yo llamaría de *regularización* y que consiste, al contrario, en hacer vivir e dejar morir... tenemos una tecnología que no se centra en un cuerpo sino en la vida; una tecnología que reagrupa los efectos de masas propios de una población, que procura controlar la serie de acontecimientos riesgosos que pueden producirse en una masa viviente [...]”.

¹²⁹ PECES-BARBA, Gregorio. **Educación para la ciudadanía y derechos humanos**, p. 190-199.

¹³⁰ PORTILLA CONTRERAS, Guilherme. **El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo modernista**, p. 123-128.

¹³¹ *Idem*, p. 209.

conforme Foucault, não acatavam o pacto social e que, por isso, deviam ser banidos) que, hoje, infelizmente, se apresenta personalizado nas figuras dos terroristas, criminosos reincidentes, imigrantes clandestinos, drogaditos etc., numa perigosa indeterminação entre inimigo e classes perigosas¹³².

Em síntese, em ares de uma biopolítica racial sobre a vida, a técnica ou gestão atuarial da multidão pelo Direito Penal inviabiliza o diálogo intercultural, que é fundamental para uma política de reconhecimento e respeitosa aos direitos humanos¹³³, pois o discurso atual se encontra impregnado de um certo “conservadorismo ocidental”. Daí a importância da hermenêutica filosófica e da herança de Gadamer, que centrou sua preocupação na ameaça de um “mundo da técnica”¹³⁴, submetido ao “sonho tecnológico”¹³⁵. Também não escapou de Gadamer a preocupação com relação ao risco de as relações entre as culturas, em um mundo cada vez mais globalizado, resultarem conflituvas, inviabilizando uma articulação democrática entre as sociedades, que hoje se revela atual, na medida em que os movimentos migratórios constituem a outra cara dos processos de globalização¹³⁶. Dessa forma, a pluralidade complexa das sociedades atuais, que chega ao ponto de ter a denominação de “sociedades multiculturais” ou “estados mestiços”¹³⁷, planta a necessidade de se repensarem os valores universalistas da convivência política, o que passa pela ampliação da noção da cidadania, tornando mais legítimas as diferenças culturais, invertendo a lógica assimétrica da exclusão que tem imperado. E a alternativa viável para a convivência democrática só pode vir com a abertura das tradições a um “diálogo intercultural”¹³⁸, que, sem menosprezar as diferenças, reconheça um “núcleo ético comum”, que pode começar cobrando valor à vida e à dignidade da pessoa humana, desde o multiculturalismo à interculturalidade. Apresenta-se uma questão de vital importância para os direitos humanos do século XXI: levar a sério o “imperativo intercultural”, abrindo-se à alteridade diversa, logrando acordos necessários para implementação da justiça política¹³⁹. Daí a pertinência da hermenêutica filosófica gadameriana, especialmente quando ele refere que “a hermenêutica é a arte do entendimento”, mormente em um período em que a ciência (e todo seu aparato tecnológico) exerce um domínio cada vez maior sobre a natureza e rege a administração da vida humana¹⁴⁰.

¹³² PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. **El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo modernista**, p. 216.

¹³³ Consultar, nesse particular, BENHABID, Seyla. **Los derechos de los otros**: extranjeros, residentes y ciudadanos. Tradução de Gabriel Zadunaisky. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 29-59.

¹³⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução de Enio Paulo Giachini. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p.182 e seguintes.

¹³⁵ PÉREZ TAPIAS, José Antonio. Hermenéutica de las tradiciones y diálogo entre culturas. In: ACERO, J. J. et al. (Org.). **El legado de Gadamer**. Granada: Universidad de Granada, 2004. p. 497-518.

¹³⁶ *Idem*, p. 499. Nesse particular, refere Pérez Tapias que “las asimetrías que así resultan, a través de las cuales se agrava la injusticia de un sistema económico que deja fuera a las mayorías de la humanidad, condenando a millones a la marginalidad de una periferia irrelevante, constituyen el marco de las migraciones que, en las sociedades de inmigración, multiplican su pluralidad interna”.

¹³⁷ BARATTA, Alessandro. El estado-mestizo y la ciudadanía plural. Consideraciones sobre una teoría mundana de la alianza. In: SILVEIRA GORSKI, Hector C. (Org.). **Identidades comunitarias y democracia**. Madrid: Trotta, 2000. p. 185-210.

¹³⁸ PÉREZ TAPIAS, José Antonio. Hermenéutica de las tradiciones y diálogo entre culturas, p. 500.

¹³⁹ *Idem*, p. 501.

¹⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice, p. 292-293.

Sob esse aspecto, seguindo os ensinamentos gadamerianos no sentido de que o diálogo é essencial para a abertura rumo à alteridade do outro, já que o mundo compartilhado e culturalmente constituído em virtude de um pertencimento a uma tradição comum somente pode se dar com a comunicação entre os seres humanos, pois não há fronteira ou barreira para o diálogo, desde que se escute o outro (Gadamer)¹⁴¹. Assim, o diálogo intercultural requer uma “fusão de horizontes” que possibilite o entendimento recíproco, a partir da interpenetração do outro e sua fala, uma vez que é, na aceitação do outro, que se “mostra o poder da razão” que obriga, moralmente, a escutar o outro até o ponto de “renunciar a ter razão”¹⁴². Em definitivo, somente com um diálogo intercultural, que constitua assento na solidariedade e no reconhecimento, é que se pode humanizar as relações entre os povos e as classes sociais, que se encontram em risco de inumanidade face ao império tecnológico do sistema da biopolítica moderna e sua disponibilidade completa sobre a vida¹⁴³.

Em uma conclusão provisória, não se pode negar que a exclusão e o movimento das multidões correspondem à outra cara da globalização, isto é, que a globalização em curso, com o desenvolvimento unilateral do mercado global, tem, no seu reverso, os intensos fluxos de pessoas e dos excluídos do sistema econômico e social na busca de melhores condições de vida ou esperando encontrar um mínimo de vida digna¹⁴⁴. Revela-se, por demais importante, que “se aprenda viver com os outros”, transformando essa pluralidade fática em uma pluralidade de uma ética de libertação¹⁴⁵. Dessa forma, as sociedades democráticas do século XX-XXI necessitam de uma cidadania comprometida com a ética, transitando desde uma multiculturalidade até uma “interculturalidade”, assumindo o pluralismo como “valor”¹⁴⁶. Ora, somente com o diálogo, com estar face ao outro como pessoa portadora de direitos universais, pode-se partir para a tradução e

¹⁴¹ GADAMER fala em “abertura à opinião do outro”, colocando sempre a opinião do outro em relação com o conjunto das opiniões próprias (pré-conceitos), que devem ser suspensas, especialmente se forem inautênticas. Consultar a questão do círculo hermenêutico e o problema dos preconceitos. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice, p. 354 e seguintes.

¹⁴² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice, p. 508-509.

¹⁴³ PÉREZ TAPIAS, José Antonio. **El riesgo de opinar**: apuestas por la izquierda. Granada: Universidad de Granada, 2006. p. 137-153.

¹⁴⁴ PÉREZ TAPIAS, José Antonio. **Del bienestar a la justicia**: aportaciones para una ciudadanía intercultural. Madrid: Trotta, 2007. p. 143. Com tal pensamento conflitivo, segundo Pérez Tapias, perde-se de vista que a pluralidade do mundo e sua diversidade cultural são fonte de riqueza humana. Ver p. 144.

¹⁴⁵ Nesse sentido, consultar DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão, p. 519 e seguintes. Com efeito, em um mundo dominado por um neoliberalismo total (ortodoxo), que põe em risco a reprodução da vida da maioria dos sujeitos humanos (subjetividades flexíveis e fluidas, “vítimas negadas”), torna-se necessária uma ética radical ou, nas palavras de Dussel, “uma práxis da libertação” que parte de “cada sujeito ético da vida cotidiana, cada indivíduo concreto de seu agir, já é um sujeito possível da práxis da libertação, enquanto como vítima ou solidário com a vítima fundamentar normas, realizar ações, organizar instituições ou transformar sistemas de eticidade” (Ibid., p. 519). Efetivamente, o mundo moderno, que se encontra cercado de “vítimas” (excluídas do sistema produtivo), necessita de uma eticidade que parta do reconhecimento da subjetividade de todo ser humano, pois os sistemas formais fetichizados (o capitalismo, a educação, o racismo discriminatório etc.) acabam por funcionar sem sujeitos (como uma subjetividade holística funcional autorreferente), uma vez que os reais (pessoas de carne e osso, trabalhadores) ficam na invisibilidade das abstrações, funções e nas relações de força. Consultar p. 519-533.

¹⁴⁶ PÉREZ TAPIAS, José Antonio. **Del bienestar a la justicia**: aportaciones para una ciudadanía intercultural, p. 148.

humanização das relações entre os povos, pode-se superar a impostura ocidental¹⁴⁷ e sua globalização econômica predatória¹⁴⁸, que deprecia os direitos humanos. Em uma palavra, frente à barbárie desumanizante da sociedade moderna (centrada na subjetividade do capitalismo egoísta da “religião fundamentalista do mercado¹⁴⁹”), que, por vezes, gera a inumanidade, é preciso valorizar a questão ética do ser humano e seus direitos, isto é, levar a “sério” o problema do sentido da humanidade: responsabilidade constituinte da subjetividade rumo à abertura ao outro¹⁵⁰ (Levinas e a alteridade transcendente¹⁵¹).

Em termos de uma consideração mais conclusiva, a quadratura revela ser urgente a denúncia de que a biopolítica pós-moderna engendrou um discurso que dá uma desmensurada relevância à segurança e à “prevenção-fática-policia”, dando ensejo à aprovação de normas penais que agravam as penas ou recortam o sistema de garantias. Cuida-se, no dizer de Cancio Meliá¹⁵², de um “discurso preventista”, motor da “demonização” (ou moralização), multiplicador social do Direito Penal do inimigo (cartéis de drogas, criminalidade organizada, determinados crimes sexuais, criminalidade da imigração, terrorismo), que é submetido a “uma verdadeira fogueira de sentimentos”, inviabilizando uma análise fria e desapaixonada da gestão dos riscos sociais. No limite, conforme Cancio Meliá, o Direito Penal do inimigo é “estrela do arsenal argumentativo” a favor de regras excepcionais e punitivistas para o tratamento dos inimigos¹⁵³. Efetivamente, o Direito Penal, como diz Cancio Meliá, segue evadido de elementos moralizantes e fazendo discriminações, sendo, cada vez mais, impulsionado a uma extensão irracional rumo a uma prevenção fática, restando confundido com uma polícia preventiva¹⁵⁴. E o que se revela mais dramático é que tem respondido ao pensamento do liberalismo econômico e político, que subordina aos dos proprietários, daí o porquê de a economia das ilegalidades não se afastar da lógica capitalista e da defesa de certos interesses econômicos¹⁵⁵. Ora, o Direito Penal deve

¹⁴⁷ PÉREZ TAPIAS, José Antonio. **Del bienestar a la justicia**: aportaciones para una ciudadanía intercultural, p. 152-162.

¹⁴⁸ FALK, Richard. **Globalização predatória**: uma crítica. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. especialmente p. 263 e seguintes. No que concerne às necessidades atuais dos direitos humanos, GALTUNG, Johan. **Direitos humanos**: uma nova perspectiva. Tradução de Margarida Fernandes. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 91 e seguintes.

¹⁴⁹ Conforme BARCELONA, Pietro. **O egoísmo maduro e a insensatez do capital**. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 1995. p. 115-132.

¹⁵⁰ PÉREZ TAPIAS, José Antonio. **Del bienestar a la justicia**: aportaciones para una ciudadanía intercultural, p. 231-232. Como refere Pérez Tapias, a prioridade do outro como condição moral do reconhecimento democrático é o que fundamenta os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana. Segundo ele, “el otro que exige justicia – imperativo categórico encarnado, de verdad apriorico respecto de las distinciones discursivas entre formalismos y materialismos éticos –, revelando el infinito de su humanidad, es decir, la santidad de su inviolabilidad ética, la que reconocemos como dignidad que no deve ser quebrantada, nos sale al encuentro con su derecho antes de todo derecho. Es su derecho humano, si, queremos decir así”.

¹⁵¹ LEVINAS, Emmanuel. **De la existencia al existente**. Tradução de Patricio Peñalver. Madrid: Arena Libros, 2006. p. 11-21 e 69-77. Ver, também, LEVINAS, Emmanuel. **Los imprevistos de la história**. Tradução de Tania Checchi. Salamanca: Sígueme, 2006. p. 26-36.

¹⁵² CANCIO MELIÁ, Manuel. Errores en la graduación de las penas. La ilustración y de los delitos y de las penas: algunas reflexiones sobre la definición de injusto. In: MATUS, Jean Pierre (Dir.). **Dei delitti e delle pena**: de la obra maestra a los becarios. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2011. p. 99.

¹⁵³ *Idem*, p. 93-102.

¹⁵⁴ *Idem*, p. 102.

¹⁵⁵ Conforme PORTILLA CONTRERAS, Guilherme. **El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista**, p. 337-339.

favorecer a proteção de outros valores que contribuam para a emancipação básica do indivíduo e, para logr -la deve contar com os direitos humanos¹⁵⁶ como fonte de legitimação externa, notadamente econômicos e sociais, que correspondem   autonomia do indiv duo¹⁵⁷, pois, só assim, a biopolítica assume um vitalismo positivo. No limite, impõe-se uma releitura do primado da segurança, já que, frente   exclusão, deve ser radicalizada a questão da segurança dos direitos, combatendo-se os efeitos devastadores da globaliza o neoliberal pela inclusão total, conferindo-se a segurança aos setores débeis, reservando-se a política criminal como um elemento subsidiário de política integral de segurança dos direitos (Baratta)¹⁵⁸.

CONSIDERA OES FINAIS

A aventura da biopolítica, que estabeleceu uma estreita liga o da vida com a política, tem a ver com o advento da modernidade, idade representativa da derrocada do poder da soberania, tecnologia essa que   substituída pelo controle social da disciplina, havendo uma certa preocupa o com a manuten o da vida humana, que passou a contar na contabilidade do poder, inicialmente, para adapt -la ao projeto fordista da fábrica, primeira institui o fechada por excelência. Assim, a biopolítica, em um primeiro momento, detinha a fun o de, pela vigilância, forjar corpos dóceis (Foucault).   verdade que a tecnologia da disciplina transitou, seguindo os moldes da muta o do capitalismo (do fordismo ao pós-fordismo), para um controle mais difuso e intenso, que se prolongou para além das institui es totais da penitenciária e da fábrica (sociedade do controle, de Deleuze), conferindo ao controle social uma forma mais flexível e “empresarial”. Mas, de toda maneira, seja pela disciplina ou controle atuarial, a vida biológica, com a modernidade,   atravessada pela política e seus dispositivos de controle, que, no limite, podem dar a vida ou a morte. Nesse passo, cumpre notar que o cenário atual, demarcado por guerras permanentes, no  mbito interno e externo, sofrimento humano, exclusão social, sinalizam uma visível tanatopolítica, já que os Estados, via instrumentaliza o do estado de exce o, guerra e exclusão social e econ mica, têm empregado a política para dar a morte. Sob esse aspecto, o que tem se revelado problemático   que o sistema capitalista neoliberal e seu poder imperial têm impulsionado uma “guerra civil permanente” e uma verdadeira biopolítica sobre a vida, que têm produzido danos e perdas humanas irreparáveis, deixando para tr s o projeto ideológico da modernidade de um desenvolvimento igualitário e justo para todos; afinal, as pessoas deveriam vir em primeiro lugar...¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Direitos Humanos como uma  tica pós-moderna. Ver SWAANINGEN, Ren  Van. **Perspectivas europeias para uma criminologia crítica**. Tradu o de S lvia Susana Fernandez. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2011. p. 371-404.

¹⁵⁷ SWAANINGEN, Ren  Van. **Perspectivas europeias para uma criminologia crítica**, p 367.

¹⁵⁸ Ver SKULJ, Agustina Iglesias. Estrategias de pensamento para a política criminal en la era de la globalización. In: HOYOS, Gustavo Balmacema (Coord.). **Problemas actuales de derecho penal**. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007. p. 15-52.

¹⁵⁹ SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: a  tica do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. Tradu o de Bernardo Ajzemberg e Carlos Eduardo da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, especialmente p. 33-50, quando   tratado o problema da exclusão, que persiste no mundo, que, como nunca, conta com um grande contingente de pobres.

Com efeito, a sociedade pós-moderna, na sua transição da fase sólida para a modernidade líquida, convive com desafios inéditos, uma vez que, em ares de globalização econômico-financeira, houve um divórcio entre o poder e a política, que estavam vinculadas quando do surgimento do Estado moderno, havendo, com isso, uma redução na questão da segurança comunal, já que com a retirada do Estado, restaram solapados os fundamentos da solidariedade social. “Mercados sem fronteiras” constituem a receita para a injustiça e para a nova desordem mundial, passando a política a ser a continuação da guerra por outros termos, visto que a desregulamentação, a anarquia global e a violência armada se alimentam mutuamente, na correta observação de Bauman, pois os medos estimulam a ação defensiva, propiciando o retorno dos lemas de “lei e ordem”, “tolerância zero”, “guerra ao crime”, discurso esse cada vez mais reduzido à questão da segurança pessoal¹⁶⁰. Passa-se a conviver com o “pânico da segurança”, que encontra, no terrorismo global, um terreno fértil para a difusão de políticas de repressão, avaliadas de forma exagerada e distorcida pela elite política (Bauman), que, na guerra ao “terrorismo”, possibilitam o retorno à sociedade da soberania e do estado de exceção, com a substituição do Estado social pelo Estado prisional¹⁶¹. E, no intento de se implementar, planetariamente, a cultura jurídico-política da emergência e da excepcionalidade, com a dramática redução de alguns clássicos direitos de liberdade, como não ser torturado, ter uma acusação oficial para ser segregado, apresenta-se um totalitário Direito Penal de autor, punindo, inclusive a intencionalidade e a ideologia, já que os inimigos são os “desobedientes”. Em uma palavra, a tentativa de normalizar a excepcionalidade e suspender o estatuto jurídico é estrutural e acompanha a ofensiva neoliberal¹⁶². O horizonte informa que se deve manter a tendência ao endurecimento do Direito Penal material, tendência essa que compartilham os governos conservadores como os de centro-esquerda (Mir Puig)¹⁶³. Por tal motivo, a decisão de Obama de fechar a prisão de Guantánamo, um espaço sem Direito, que, na feliz expressão de Mir Puig, constitui a expressão mais descarada do abandono do Estado de Direito¹⁶⁴, até hoje não se implementou! Nesse triste retrato, perde-se de vista que a segurança de que, a sociedade necessita, é a segurança dos direitos, pois a sua ausência é que provoca angústia, ódio, rancor e o retorno das classes perigosas, foco primordial do fundamentalista discurso da segurança neoliberal, que se especializou, pelo retorno do campo, em dar fim à vida dos novos *homo sacer pós-modernos*.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

¹⁶⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**, p. 11-32.

¹⁶¹ *Idem*, p. 22-29.

¹⁶² Conforme GORDILLO, José Luis. **Nostalgia de otro futuro**: la lucha por la paz em la posguerra fría. Madrid: Trotta, 2008. p. 91, que diz: “[...] a principios del siglo XXI, la continuidad de la globalización empresarial parece exigir un orden político autoritario que, en las sociedades del Norte, está cristalizando en una combinación de poliarquía electoral y medidas propias de un estado de excepción”.

¹⁶³ MIR PUIG, Santiago. **Bases constitucionales del derecho penal**. Madrid: Iustel, 2011. p. 31.

¹⁶⁴ *Idem*, p. 31-32.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

AL LAGO, Alessandro. La guerra-mundo. In: BERGALLI, Roberto; BEIRAS, Iñaki Rivera (Coord.). **Política criminal de la guerra**. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 19-54.

ARENDT, Ana. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BARATTA, Alessandro. El estado-mestizo y la ciudadanía plural. Consideraciones sobre una teoría mundana de la alianza. In: SILVEIRA GORSKI, Hector C. (Org.). **Identities comunitárias y democracia**. Madrid: Trotta, 2000. p. 185-210.

_____. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias sociales penales, la política criminal y el pacto social. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: IBDEF, 2004. p. 175-176.

BARCELLONA, Pietro. **O egoísmo maduro e a insensatez do capital**. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BENHABID, Seyla. **Los derechos de los otros**: extranjeros, residentes y ciudadanos. Tradução de Gabriel Zadunaisky. Barcelona: Gedisa, 2005.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Comares, 2007.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Errores en la graduación de las penas. La ilustración y de los delitos y de las penas: algunas reflexiones sobre la definición de injusto. In: MATUS, Jean Pierre (Dir.). **Dei delitti e delle pena**: de la obra maestra a los becarios. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2011.

_____. **Los delitos de terrorismo**: estructura típica e injusto. Madrid: Reus, 2010.

_____. Sentido y límites de los delitos de terrorismo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 71, p. 147-180, mar./abr. 2008.

CÁRCOVA, Carlos María. **La opacidad del derecho**. Madrid: Trotta, 2006.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Lisboa: Coimbra, 1995. v. 1.

DE GIORGI, Alessandro. **El gobierno de la excedencia**: postfordismo y control de la multitud. Tradução de José Ángel Brandariz Garcia e Hermán Bouvier. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**: comentário sobre a sociedade do espetáculo. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

_____. **El planeta enfermo**. Tradução de Luis Andrés Bredlow. Barcelona: Anagrama, 2006.

DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: 34, 2008.

DERRIDA, Jacques. **Fuerza de ley**: el fundamento místico de la autoridad. Madrid: Tecnos, 2002.

DONINI, Massimo. Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el derecho penal del enemigo no deve limitarse a exorcizar. Tradução de Pablo Guérez Tricarico. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; PÉREZ, Laura Pozuelo (Org.). **Política criminal em vanguardia**: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada. Navarra: Thomson Civitas, 2008. p. 29-75.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime Clasen e Lucia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2002.

ESPOSITO, Roberto. **Bíos, biopolítica y filosofía**. Buenos Aires: Amorrortu, 2006.

FALK, Richard. **Globalização predatória**: uma crítica. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

FOUCAULT, Michel, **Defender la sociedad**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2000.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

_____. **La arqueología del saber**. Tradução de Aurelio Garzón del Camino. 2. ed. Buenos Aires: Siglo XXI, 2010.

_____. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Tradução de Raquel Ramallete. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

FREUD, Sigmund. **O futuro de uma ilusão, o mal-estar na civilização e outros trabalhos (1927-1931)**. Tradução de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 2006. v. 21.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução de Enio Paulo Giachini. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GALTUNG, Johan. **Direitos humanos**: uma nova perspectiva. Tradução de Margarida Fernandes. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GORDILLO, José Luis. **Nostalgia de otro futuro**: la lucha por la paz em la posguerra fría. Madrid: Trotta, 2008.

GRASSI, Ernesto. **Heidegger y el problema del humanismo**. Tradução de Ubaldo Pérez Paoli. Barcelona: Anthropos, 2006.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Alciria Bixio. Buenos Aires: Paidós, 2005.

HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. Tradução de Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães, 1985.

_____. **Ser e tempo**: parte I. 14. ed. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005.

HERRERA FLORES, Joaquín. Las lagunas de la ideología liberal: el caso de la constitución europea. *In*: HERRERA FLORES, Joaquín (Org.). **El vuelo de anteo**: derechos humanos y crítica de la razón liberal. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000. p. 129-170.

JAKOBS, Günther. La autocomprensión de la ciencia del Derecho Penal ante los desafíos del presente. Tradução de Teresa Manso Porto. *In*: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BUKHARDT, Björn. **La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 53-64.

KLIKSBERG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Tradução de Bernardo Ajzemberg e Carlos Eduardo da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

LEVINAS, Emmanuel. **De la existencia al existente**. Tradução de Patricio Peñalver. Madrid: Arena Libros, 2006.

_____. **Los imprevistos de la história**. Tradução de Tania Checchi. Salamanca: Sígueme, 2006.

MESSUTI, Ana. Derecho penal y derechos humanos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 28, p. 20-38, out./dez. 1999.

_____. **O tempo como pena**. Tradução de Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIR PUIG, Santiago. **Bases constitucionales del derecho penal**. Madrid: Iustel, 2011.

MOCCIA, Sergio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 25, p. 58-91, jan./fev. 1999.

NEGRI, Antonio. **La fábrica de porcelana**: una nueva gramática de la política. Tradução de Susana Lauro. Barcelona: Paidós, 2008.

_____. **La forma-estado**. Tradução de Rapul Sánchez Cedillo. Madrid: Akal, 2003.

PALIDA, Salvatore. La 'revolución policial'. Tradução de José Ángel Brandariz Garcia e de José Antonio Ramos Vásquez. *In*: PUENTE ABA, Luz María; ZAPICO BARBEITO, Mónica; RODRÍGUEZ MORO, Luis (Org.). **Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración**: retos contemporáneos de la política criminal. Granada: Comares, 2008. p. 41-68.

PASTOR, Jaime. Geopolítica, guerras y balcanes globales. *In*: BRANDARIZ GARCIA, José Ángel; MOLINA, Miguel Ángel; HUGUET, Jorge Molinero; PASTOR, Jaime; CONTRERAS, Guillermo Portilla; VIÑAS, Raiundo Viejo. **Guerra global permanente**: la nueva cultura de la inseguridad. Madrid: Catarata, 2005. p. 15-51.

PECES-BARBA, Gregorio. **Educación para la ciudadanía y derechos humanos**. Madrid: Espasa Calpe, 2007.

PÉREZ TAPIAS, José Antonio. **Del bienestar a la justicia**: aportaciones para una ciudadanía intercultural. Madrid: Trotta, 2007.

_____. **El riesgo de opinar**: apuestas por la izquierda. Granada: Universidad de Granada, 2006.

_____. Hermenéutica de las tradiciones y diálogo entre culturas. In: ACERO, J. J. *et al.* (Org.). **El legado de Gadamer**. Granada: Universidad de Granada, 2004. p. 497-518.

PIETRO NAVARRO, Evaristo. Excepción y normalidad como categorías de lo político. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; PÉREZ, Laura Pozuelo (Org.). **Política criminal em vanguardia**: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada. Navarra: Thomson Civitas, 2008. p. 76-136.

PORTILLA CONTRERAS, Guilherme. Los excesos del formalismo jurídico neocuncionalista em el normativismo del derecho penal. In: PORTILLA CONTRERAS, Guilherme (Coord.). **Mutaciones de leviatán**: legitimación de los nuevos modelos penales. Madrid: Akal, 2005. p. 57-85.

_____. **El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

_____. La configuración del homo sacer como expresión de los nuevos modelos del derecho penal imperial. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez (Org.). **Serta in memeoriam Alexandri Baratta**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1041-1423.

RICOEUR, Paul. **Finitud y culpabilidad**. Tradução de Julio Díaz Galán e Carolina Meloni. Madrid: Trotta, 2004.

_____. **Vivo hasta la muerte siguiendo de fragmentos**. Tradução de Horacio Pons. México: Fondo de Cultura Económica, 2008.

_____. Introducción a la simbólica del mal. Buenos Aires: Megapolis, 1976. p. 95 *apud* MESSUTI, Ana. Derecho penal y derechos humanos: los círculos hermenéuticos de la pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 28, out./dez. 1999.

ROUANET, Sergio Paulo. **Mal-estar na modernidade**: ensaios. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SCHMITT, Carl. **O conceito de político**: teoria do partisan. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SKULJ, Agustina Iglesias. Estrategias de pensamiento para la política criminal en la era de la globalización. In: HOYOS, Gustavo Balmacema (Coord.). **Problemas actuales de derecho penal**. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007. p. 15-52.

SWAANINGEN, René Van. **Perspectivas europeias para uma criminología crítica**. Tradução de Silvia Susana Fernandez. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2011.

WACQUANT, Loïc. **Los condenados de la ciudad:** gueto, periferias y Estado. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.

Recebido em: 8 de março de 2012

Aceito em: 5 de junho de 2012