

# Editorial

## A colonização da justiça pela justiça penal: potencialidades e limites do Judiciário na era da globalização neoliberal

A fecundidade analítica que marca a presente edição da **Revista Katálysis** aponta para a vasta complexidade e possibilidade de recortes potencializados pela temática “**Poder Judiciário, cultura e sociedade**” e se, sob multiplicadas lupas se pode abordá-la, imperativo se faz demarcar nossas escolhas: vamos delinear um horizonte teórico possível para a análise da contradição estrutural (regulação x emancipação) que marca o Poder Judiciário na travessia da “modernidade” capitalista, seja central ou periférica; análise que tangenciará, em diferentes sentidos e intensidades, os escritos de base teórica e empírica que se entrecruzam e iluminam esta edição, bem como as preocupações, notadamente emancipatórias, transformadoras e democráticas, de seus articulistas.

Boaventura de Sousa Santos, que tem desenvolvido uma das mais expressivas análises interpretativas da modernidade, sua trajetória e crise, caracteriza-a como um projeto sociocultural complexo, ambicioso e revolucionário, mas também internamente ambíguo. Trata-se de um projeto ambicioso pela magnitude das promessas, sendo marcado por uma profunda vocação racionalizadora da vida individual e coletiva e, neste sentido, caracterizado, em sua matriz, pela tentativa de um desenvolvimento equilibrado entre “regulação” e “emancipação humana”, os dois grandes pilares em que se assenta<sup>1</sup>. Mas, por isso mesmo, aparece tão apto à variabilidade quanto propenso a desenvolvimentos contraditórios, pois, enquanto as exigências de regulação apontam para o potencial do projeto para os processos de concentração e exclusão, as promessas emancipatórias e as lógicas ou racionalidades, construídas para sua realização, apontam para suas potencialidades em cumprir, contraditoriamente, certas promessas de justiça, autonomia, solidariedade, identidade, liberdade e igualdade. Assim, “se por um lado, a amplitude de suas exigências abre um extenso horizonte para a inovação social e cultural; por outro lado a complexidade de seus elementos constitutivos faz com que o excesso de satisfação de algumas promessas assim como o déficit de realização de outras seja dificilmente evitável. Tal excesso e tal déficit estão inscritos na matriz deste paradigma” (SANTOS, 1989a, p. 240-1). Emergindo como um projeto sociocultural entre o século 16 e o final do século 18, é apenas no final do século 18 que a modernidade passa a se materializar e este momento coincide com a aparição do capitalismo como modo de produção dominante nas sociedades capitalistas

avanzadas de hoje. Embora, pois, preceda ao aparecimento do capitalismo, desde então está vinculado ao seu desenvolvimento. Sucede, então, que o pretendido equilíbrio entre regulação e emancipação, que deveria ser obtido pelo desenvolvimento harmonioso de cada um dos pilares e das suas inter-relações dinâmicas, que aparece ainda como aspiração decaída na máxima positivista “ordem e progresso”, nunca foi conseguido. Na medida em que a trajetória da modernidade se identificou com a trajetória do capitalismo, o pilar da regulação - tornado pilar da regulação capitalista - veio fortalecer-se à custa do pilar da emancipação, num processo histórico não linear e contraditório, com oscilações recorrentes entre um e outro, como liberalismo e marxismo, capitalismo e socialismo (SANTOS, 1989a, p.225 e 1990, p.3), e, aduzimos nós, globalização e contra-globalização, contexto no qual o princípio do mercado (re)aparece com ímpar protagonismo, consolidando o desequilíbrio segundo o qual, no capitalismo, a regulação é progressivamente colonizadora da emancipação, a tal ponto que mesmo os processos de contra-globalização ou globalização comunitária parecem reincidentemente prisioneiros desta colonização. Nesta esteira, é possível concluir, pois, que “tanto o excesso como o déficit de realização das promessas históricas explicam nossa difícil situação atual que aparece, na superfície, como um período de crise” (SANTOS, 1989a, p. 223). O Poder Judiciário que herdamos é um elemento co-constitutivo da modernidade e de seu desenvolvimento contraditório e, portanto, de seus excessos, de suas promessas não cumpridas e de sua crise (que aparece como uma crise estrutural), ao tempo em que constitui um *locus* de seus sintomas.

Qual é, pois, o rosto do “Poder Judiciário” que emerge neste modelo? Emerge, antes de mais nada, o rosto de um poder que, sacralizado pela teoria da separação dos poderes e institucionalizado no marco do Estado de Direito liberal, e do Direito estatal (a lógica moral-prática do Direito) deveria confinar o exercício de sua soberania à “à boca que pronuncia as palavras da lei” (Montesquieu, autor revisitado neste volume). Um Poder Judiciário independente e autônomo, signo da neutralidade ideológica que, lhe assegurando a serena condição de árbitro imparcial dos conflitos (interindividuais) e da segura aplicação da lei, garantidora dos direitos individuais, replicava a confortável separação liberal entre poder

(o legislativo) e Direito (o judiciário despolitizado). Desta forma, o Judiciário emerge, na modernidade, como portador de um conjunto de promessas ou funções declaradas, vinculadas ao pilar da emancipação (defesa de interesses e direitos, justiça, solução de conflitos) e esta discursividade de um poder a serviço do homem, constitui o horizonte ideológico, sob o qual se desenvolve até hoje a sua legitimação, e o horizonte simbólico, sob cujos potenciais infundáveis lutas pela efetividade dos direitos humanos e da cidadania têm sido travadas, com um impacto cotidiano sobre vidas humanas, que não é possível contabilizar. Mas não obstante seus potenciais emancipatórios, o judiciário-instituição foi desde sempre um braço nobre da regulação social e, portanto, um poder funcionalizado para a reprodução da estrutura social (capitalista e patriarcal), de suas instituições e relações sociais, sendo marcado, inteiramente, pela ambigüidade constitutiva de sua matriz. Não é por outra razão que o rosto deste soberano produziu, para funcionalizá-lo, uma cultura jurídica positivista, de inspiração liberal (formalista e conservadora), cujo subproduto mais secularizado é um saber, a chamada Dogmática Jurídica que, bifurcada em tantos ramos quantos direitos se criaram e criam, constitui até hoje a matriz da formação dos operadores jurídicos, produzindo um jurista-tipo (técnico) e um senso comum jurídico e um senso comum punitivo que não apenas se mantêm, mas se encontram fortalecidos em tempos de globalização neoliberal. É por isso que a lógica estrutural de funcionamento do Judiciário, no universo do sistema de justiça, é a seletividade (a gestão diferencial da justiça), que expressa e reproduz a desigualdade de classe, a hierarquia de gênero e a discriminação racial, em sua contradição estrutural com a igualdade jurídica (cidadania); seletividade que o tema do acesso à justiça apenas tangencia. Esta lógica, embora seja empiricamente visível na Justiça Penal, estende-se, em maior ou menor grau, a todo o modelo. Se a neutralidade deste “poder” reverteu desta forma nas “cinzas de um passado que nunca existiu” (SANTOS, 1989a), deixou-nos ele, entre tantas heranças, a força simbólica do mito. Imperioso, pois, enfrentar o mito: para além do mito da neutralidade, o mito da unidade. De fato, se até aqui buscamos apreender a unidade funcional do Judiciário no universo do sistema de justiça e sua conexão funcional com a sociedade (seletividade reprodutora de desigualdades), é preciso agora passar do Judiciário no singular ao Judiciário no plural; é preciso pluralizar este sujeito monumental, para reencontrar as justiças plurais através das quais tanto aquela ambigüidade potencial quanto aquela unidade funcional se materializa. Primeiramente, porque o Judiciário não está só: ele integra um sistema de justiça no qual exerce sua funcionalidade a várias mãos formais (Legislador, Polícia, Ministério Público, Advocacia, Prisão...) e informais (escola, família, mídia, mercado de trabalho, religião...) e, a seguir, sobre objetos diferenciados,

podendo-se falar, parafraseando Foucault, em arquipélagos judiciais: a divisão entre justiça militar e comum, penal e civil, do trabalho, tributária, eleitoral, etc. E nenhuma diferenciação ilustra melhor tanto a ambigüidade constitutiva do Judiciário, quanto a crescente colonização da emancipação pela regulação, do que a referência às funções, politicamente contraditórias, que lhe foram atribuídas, a saber, de ser um dos protagonistas da construção social da criminalidade (da criminalização) e da construção social da cidadania. Daí seu exercício de poder como justiça que deve operacionalizar as promessas cidadãs da Constituição, potencialmente emancipatórias, e as promessas criminalizadoras da legislação penal que, não deixando de estar contidas no projeto constitucional, são abertamente reguladoras. No exercício da primeira função concorre para distribuir seletivamente crimes e penas: o *status* negativo de criminosos e vítimas; no exercício da outra, para distribuir seletivamente direitos e deveres sociais, provendo o *status* positivo de cidadania. Tais funções antagonizam-se nos binômios punir x prover, regulação violenta x emancipação, possível no limite da regulação (compensação da seletividade classista, como na justiça do trabalho), senão vejamos. Enquanto a cidadania, recoberta pelo direito constitucional, é dimensão de luta pela emancipação humana, em cujo centro radica(m) o(s) sujeito(s) e sua defesa intransigente (exercício de poder emancipatório), a criminalização pela justiça penal (exercício institucionalizado de poder punitivo) é dimensão de controle e regulação social, em cujo centro radica a reprodução de estruturas e instituições sociais, e não a proteção do sujeito, ainda que em nome dele fale e se legitime; enquanto a cidadania é dimensão de construção de direitos e necessidades, a justiça penal é dimensão de restrição e violação de direitos e necessidades; enquanto a cidadania é dimensão de luta pela afirmação da igualdade jurídica e da diferença das subjetividades; a justiça penal é dimensão de reprodução da desigualdade e de desconstrução das subjetividades; em definitivo, enquanto a cidadania é dimensão de inclusão, a justiça penal é dimensão de exclusão social. São processos contraditórios, então, no sentido de que a construção (instrumental e simbólica) da criminalidade pelo sistema de justiça penal, incidindo seletiva e estigmatizantemente sobre a pobreza e a exclusão social, preferencialmente a masculina e de cor, (veja-se a clientela da prisão nas sociedades capitalistas, patriarcais e racistas) reproduz, impondo-se como obstáculo central à construção da respectiva cidadania. A presente era de globalização do capitalismo, que arrasta consigo a globalização dos conflitos e dos riscos, é marcada, sob o domínio legitimador da ideologia neoliberal, por um duplo movimento, a saber, de maximização do poder econômico globalizado x minimização do poder político nacional e fragilização dos canais tradicionais de mediação política entre Estado e comunidade, ou seja, dos

atores políticos tradicionais (partidos, parlamento, administração) e do espaço público democrático. No prolongamento deste movimento e como seu retrato intra-sistêmico desenvolve-se um outro, de reengenharia institucional: o de maximização do Estado penal x minimização do Estado social (a que vimos denominando Estado do mal-estar penal). Ao Estado neoliberal mínimo no campo social e da cidadania, passa a corresponder um Estado máximo, onipresente e espetacular, no campo penal. O Estado não apenas se retira da intervenção na ordem econômica e social, agravando o profundo déficit de promessas não cumpridas em cujo centro está o déficit de direitos humanos e cidadania, sobretudo de terceira geração, mas nesta retirada substitui o modelo de combate à pobreza, típico do *welfare-state*, pelo modelo de combate aos pobres e excluídos dos benefícios da economia globalizada, um modelo abertamente excludente: assim como o poder está nu, o limite da luta de classes também o está. Os déficits de dívida social e cidadania são ampla e verticalmente compensados com excessos de criminalização; os déficits de terra, moradias, educação, estradas, ruas, empregos, escolas, creches e hospitais, com a multiplicação de prisões: a instrumentalidade da Constituição, das Leis e direitos sociais, pelo simbolismo da Lei penal, a potencialização da cidadania pela vulnerabilidade à criminalização. Estamos perante autêntica “indústria do controle do crime” (CHRISTIE, 1998) que, realizando a passagem do “Estado-providência” ao “Estado-penitência” (WACQUANT, 2001), cimenta as bases de um “genocídio em marcha”, de um “genocídio em ato” (ZAFFARONI, 1991). Trata-se de um movimento de colonização do Estado e da Justiça pelo sistema de justiça penal, e cuja consequência direta, possibilitada pela revolução tecnológica, é a transfiguração da política em política-espetáculo, com o fortalecimento singular da mídia como *locus* de controle social e legitimação do poder. Esta “boca do poder” encarrega-se de encenar, entre o misto do drama e do espetáculo, uma sociedade comandada pelo banditismo da criminalidade e, tornando este “inimigo” cenicamente maior que todos os demais, constrói um imaginário social amedrontado. Eis aí a engenharia e a cultura do medo, preocupação transversal e recorrente neste volume de **Katálysis**.

O Estado, impossibilitado de oferecer soluções instrumentais e democráticas para a conflitividade crescente, gerada pelas condições excludentes do poder econômico globalizado e agravada por sua própria ausência, produz um espetáculo continuado de soluções simbólicas, sendo um dos meios preferidos do Estado-espetáculo a produção de leis, que prometem mais direitos e soluções, notadamente penais, para solucionar o gigante criminalidade que ele próprio cria. Estamos diante dos fenômenos de hiperinflação legislativa e função simbólica do Direito e do sistema de justiça: um intrincado e contraditório mosaico de leis produ-

zidas para não serem cumpridas, sem possibilidade de operacionalização pelo próprio Judiciário, mas para gerar a ilusão de solução dos problemas. E é justamente nesta espetacular constelação de circunstâncias e vazio de respostas que se deve buscar compreender a extraordinária sobrecarga de responsabilidades que têm sido canalizada e transferida ao Poder Judiciário, talvez um dos atores mais demandados neste início secular, para que ele concretize as promessas de realização dos direitos humanos e da cidadania, sonogados pelos sistemas econômico e político. A tradicional onipotência do Poder Judiciário é (re)posta em cena, como se ele fosse capaz de operacionalizar aquela justiça total e totalizadora, que significa tudo e nada, e que o poder dramático da mídia retrata a cada entrevista focada na dor: o que você deseja? Que se faça Justiça! Estamos diante do movimento de “judicialização” dos conflitos ou dos problemas sociais, tão caro aos articulistas deste volume, e do qual o movimento de criminalização (o preferido do poder globalizado), igualmente interpelado aqui, aparece como colonizador intra-sistêmico. Esta sobrecarga, que tem sua matriz formal no Legislativo (hiperinflação legislativa e criminalizadora), ou seja, no *in put* do sistema de justiça, potencializa os sintomas e as críticas de ineficiência e morosidade da resposta judicial, ou seja, no *out put* do sistema, originando, a sua vez, um extraordinário e errático reformismo jurídico, sempre em nome das promessas deficitárias, sempre em busca da “eficiência perdida” (por isso “eficientista”), ainda que à custa da crescente e aberta negação das garantias individuais: vivemos um tempo de reformas em todos os campos do Direito, sob o signo da sintomatologia da crise do Judiciário, mediante as quais os arquipélagos tendem a se bifurcar (pense-se em juizados especiais cíveis e criminais em nível federal e estadual, etc.).

A crise do Judiciário, enquanto co-constitutiva e sintoma da crise estrutural da modernidade, estaria configurada pelo seu desenvolvimento desequilibrado entre regulação (excessiva) e emancipação (deficitária), desequilíbrio agravado no presente pelo excesso de criminalização e pela colonização da Justiça pela Justiça penal, excesso tensionado, a sua vez, por uma também estendida demanda pelo cumprimento das promessas deficitárias, seja trazendo à cena velhas demandas e direitos, de efetividade nula ou relativa, seja trazendo à cena necessidades e direitos inéditos, por atores individuais e coletivos, impondo ao Judiciário uma tarefa imensamente superior à sua instrínseca capacidade. Se o Judiciário atravessa a modernidade, profundamente tensionado pelas exigências contraditórias de regulação/emancipação (dilema entre legalidade-segurança e justiça), sua ambigüidade tem um limite estrutural, além do qual não pode avançar, com a melhor reforma.

O problema do Judiciário não é de velocidade, nem quantitativo, mas qualitativo, relativo às estruturas, às instituições e à cultura da modernidade. O Judiciário não pode,

portanto, reverter os déficits estruturais da modernidade, seja compensando as irresponsabilidades genocidas da economia capitalista e do mercado (violência estrutural), seja se ocupando dos vazios do Estado ou das molecagens de seus funcionários (violência institucional), ainda quando afinado com a melhor e mais democrática demanda comunitária, mas também não pode, ele próprio, desresponsabilizar-se. A problemática da responsabilidade emerge, portanto – conlevando a nova mitologia neoliberal da responsabilidade individual - no centro da crise da modernidade e do Judiciário, que estão a demandar extraordinário “equilíbrio” (para o balanço do necessário aprendizado sobre o pretérito), ousadia e invenção, certamente de novas utopias, as únicas capazes de romper com os roteiros envelhecidos e com as promessas de sucesso que reverberam sempre em novos fracassos. As alternativas ao velho e os sinais do novo também constituem, em derradeiro, marcada preocupação deste provocador e pedagógico volume de **Katálysis**.

## Referências

- CHRISTIE, N. *A indústria do controle do delito. A caminho dos GULAGs em estilo ocidental*. Tradução Luis Leiria. São Paulo: Forense, 1998.
- FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Tradução Ligia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. La transición postmoderna, Derecho y política. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 6, p.223-263, 1989a.
- \_\_\_\_\_. Os direitos humanos na pós-modernidade. *Direito e Sociedade*, Coimbra, nº 4, p. 3-12, mar.1989b.
- \_\_\_\_\_. O Estado e o Direito na transição pós-moderna. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 30, p. 13-43, jun. 1990.
- ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- WACQUANT, L. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

## Nota

- 1 O pilar da regulação constitui-se do princípio do Estado (formulado destacadamente por Hobbes); do princípio do mercado (desenvolvido particularmente por Locke e Adam Smith); e do princípio da comunidade (que inspira a teoria social e política de Rousseau). O pilar da emancipação está constituído pela articulação entre três lógicas ou dimensões de racionalização e secularização da vida coletiva, tal como identificadas por Weber: a racionalidade moral-prática do Direito moderno; a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica modernas e a racionalidade estético-expressiva das artes e da literatura modernas (SANTOS, 1989a, p. 225).

## Vera Regina Pereira de Andrade

Mestre e Doutora pelo Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC.

Pós-Doutora em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de Buenos Aires.

Professora nos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito da UFSC.