

# DA LEGITIMIDADE DO *PODER*, NAS SOCIEDADES PÓS-MODERNAS: UMA ABORDAGEM CRÍTICA

*Cássio Mattos HONORATO<sup>1</sup>*

**Sumário:** Introdução; 1. Noção de Estado e Sociedade; 2. Do *poder punitivo*; 2.1. Do *poder punitivo* no período de pré-modernidade; 2.2. Do *poder* no Estado de Direito, ante a Modernidade; 2.3. Da crise da Modernidade Capitalista; 2.4. Do *poder* no Estado Social; 2.5. Do *poder* no Estado pós-intervencionista; 3. Das questões suscitadas; Considerações finais; Referências bibliográficas.

**Resumo:** Noções de Estado e Sociedade, as grandes revoluções da História moderna e as formas de Estado, que auxiliam a compreender a evolução do poder punitivo, desde a pré-modernidade até a pós-modernidade. No Estado Absoluto a “força” legitimava o “poder”, enquanto no Estado de Direito o fundamento é o Contrato Social e na defesa da sociedade. Diante disto questiona-se o que legitima o exercício do poder punitivo no Estado pós-intervencionista.

**Abstract:** The concepts of State and Society, the great revolutions in the Modern History and the forms of State which help to understand the evolution of the punitive power since pre-modernism until post-modernism. In an Absolutist State “strength” legitimated “power” whereas in the State of Right the fundament is in the Social Contract and in the defense of society. In face of that, questions arise about what legitimates the practice of punitive power in a post-interventionist State.

**Palavras-chave:** Estado. Poder. Poder Punitivo. Penologia. Filosofia do Direito.

**Key-words:** State. Power. Punitive Power. Study of Penalties. Philosophy of Law.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito do Estado, junto à Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro; Promotor de Justiça do Estado do Paraná e Especialista em Trânsito, pela Polícia Rodoviária de São Paulo.

## Introdução

A atual situação de crise das sociedades pós-modernas tem levado os estudiosos do direito e, por vezes, os cidadãos a questionarem a origem do *poder* do Estado (em especial, o *poder de polícia* e o *poder punitivo*) e, de forma mais específica, a legitimidade do *poder* conferido aos órgãos e agentes do Estado para imporem sanções aos membros da sociedade.

Há muito já se perdeu a sensação de que, através do denominado “Contrato Social”, cada membro da sociedade cedeu parcela de *poder soberano* a uma entidade abstrata, denominada Estado, que concentra essas parcelas de *poder* e passa a exercer, em nome do povo e pelo povo, uma série de funções indispensáveis ao convívio social. O Estado, deixando a visão romântica de Rousseau, passou a ser compreendido como um ente regulador e repressor (à semelhança do Leviatã, de Hobbes), cujo poder precisa ser limitado e regrado por normas garantistas (vide a *Constituição da República* e os Códigos de Processo).

A estrutura social desenvolvida a partir das promessas da Modernidade não alcançou seus objetivos principais: liberdade, igualdade e fraternidade. O *poder absoluto* deixou a mão do soberano e concentrou-se nas mãos de alguns, em face do “capitalismo desorganizado”. Deixamos, assim, a monarquia despótica da Idade Média, passamos por uma fase de euforia (de utopias), e ingressamos na crise proporcionada pelas aristocracias subordinadas à economia globalizada.

Com o declínio do Estado Social (ou Estado-Providência), questiona-se com maior veemência a legitimidade do *poder*. No momento em que (i) decisões meramente políticas passam a dominar o centro do *poder*; (ii) leis são criadas por pessoas que, na realidade, não representam parcela do povo, mas tão-somente grupos dominantes; (iii) normas jurídicas são elaboradas visando a satisfação de determinadas classes, em detrimento do interesse coletivo; (iv) tributos e serviços públicos são majorados periodicamente, sem haver, no entanto, um número mínimo de retorno ou benefícios sociais; questiona-se a própria existência do Estado.

Mais grave, ainda, a hipótese em que um cidadão que, por meio de ações ou de omissões, realizou conduta descrita como infração (penal ou administrativa), é processado, julgado e condenado por um sistema que apresenta imperfeições tão graves, como: normas jurídicas defasadas e mal elaboradas; ausência de defesa técnica e de profissionais com domínio em relação a determinadas esferas do direito punitivo. A estas acrescentam-se, ainda, os freqüentes casos de corrupção, de desvio de verbas públicas e de condescendência em relação aos privilegiados.

Questiona-se a legitimidade de o Estado determinar o encarceramento de um homem, pela prática de crime contra o patrimônio, e, no momento seguinte, sujeitá-lo a toda espécie de privações de direitos fundamentais, retirando-lhe por completo a dignidade de pessoa humana, e o depositando, juntamente com outras dezenas (ou centenas) de homens que tiveram o mesmo destino. Onde se encontra

a proporcionalidade entre a gravidade do fato e efetiva sanção imposta? Em face de um crime contra o patrimônio, perpetrado pelo particular, o Estado estaria legitimado a perpetrar crime contra a dignidade da pessoa humana? Como explicar ao sentenciado que a sanção penal não traz consigo uma função puramente retributiva; mas visa, essencialmente, à prevenção (geral e especial) e a ressocialização do condenado?

O *fenômeno trânsito* (compreendida a expressão como a utilização das vias terrestres) também não se afasta dessa crise. O que legitima a cobrança de pedágios por concessionárias particulares, se estes recursos são considerados tributos? O que legitima a cobrança do IPVA (Imposta sobre Propriedade de Veículo Automotor) se já existe a cobrança de pedágios a cada cinquenta quilômetros de rodovias? Quem confere “poder” aos particulares para implantar “barreiras eletrônicas” (radares) e, conseqüentemente, impor penalidades de trânsito, sem o devido *Processo Administrativo Sancionador*?

Diante de todo esse questionamento e de indignação que ele possa provocar, tendo presente uma concepção basicamente falida do Estado pós-intervencionista, é de se perguntar: *o que legitima o exercício do poder punitivo do Estado?* Esta é a questão central da presente exposição.

Como se perceberá em breve, não há, ainda, resposta para todas as interrogações feitas, em face da mudança paradigmática que atravessa a história da humanidade. No entanto, não se pode perder de vista as novas tendências e concepções impostas pelas inevitáveis mudanças sociais e do constante movimento de todas as estruturas complexas que compõem as sociedades ocidentais.

## **1. Noção de Estado e sociedade**

Não são poucos os conceitos atribuídos ao Estado pelos doutrinadores. Destaca-se o conceito puramente jurídico de Hans Kelsen (1998, p. 261), o conceito eminentemente sociológico de Régis Fernandes de Oliveira (1980, p. 02), e o conceito filosófico de Boaventura de Souza Santos (2000, p. 175). O certo é que

o Estado é uma realidade que pode ser vista numa perspectiva do Direito, numa perspectiva da Sociologia, e outra Filosófica. Não podemos imaginar um ordenamento sem o fenômeno social que se presta a ser regulado pelo Direito. (BASTOS, 2000, pp. 08-09).

Justificam-se, portanto, os diferentes conceitos expressos pelos autores. Um conceito que pode ser adotado, eminentemente sociológico, é o que reúne os quatro elementos constitutivos do Estado, no seguinte sentido: *Estado é a*

*sociedade politicamente organizada, soberana em um território determinado.*

A partir deste conceito já é possível perceber a íntima relação existente entre Estado e Sociedade. Observa-se, no entanto, que extremamente variadas foram as formas, ou modos, de relacionarem-se os dois institutos, ao longo da evolução social.

As sociedades, por mais diversas e complexas que possam se apresentar, possuem – conforme lição de Dalmo de Abreu Dallari – três elementos essenciais: (i) uma finalidade ou valor social; (ii) manifestações de conjunto ordenadas, entendido como ordem social e ordem jurídica; e (iii) o poder social (DALLARI, 2000, pp. 20-21).

A partir do destaque a esse último elemento, percebe-se que o poder do Estado e a Sociedade não são figuras opostas e que, ao menos em um Estado Democrático de Direito, o exercício do primeiro deve, inexoravelmente, visar atingir os objetivos propostos pela Sociedade.

Se é verdadeira a lição do ilustre professor – e entendo que sim – em que fase de nova evolução ocorreu o descarrilamento que nos levou à situação de crise atual? Para se chegar a um argumento palpável faz-se necessária uma profunda análise da evolução do *poder punitivo*, ou, ainda, nas palavras de Boaventura de Souza Santos, uma “escavação” do instituto ao longo da evolução da sociedade.

## **2. Do poder punitivo**

Lição sempre invocada nos cursos de graduação é a relacionada às formas de composição de conflitos sociais, ou, ainda, *sistemas de efetivação de direitos*: autotutela, autocomposição, e jurisdição (GRECO FILHO, 1999, p. 28). Não é, no entanto, neste sentido que se pretende desenvolver o presente raciocínio. O que se propõe é o estudo do *poder punitivo* do Estado, ao longo da história.

É certo que, em um primeiro momento, diante da ausência do próprio Estado, ou, embora formalmente existente, não se encontrasse numa posição garantista, o *poder punitivo* era imposto como forma de “vingança privada”, exercida pela vítima, família, tribo ou clã a que pertencesse a vítima. Ressalta Luiz Régis Prado que,

de acordo com a concepção germânica antiga, o Direito era entendido como sendo uma ordem de paz – pública ou privada – e do delito significava sua ruptura, perda ou negação – *Friedlosigkeit*. A reação era feita individualmente ou através do grupo familiar (*Sippe*), dando lugar à *Faida* (*feithu*), em que o agressor era entregue à vítima ou aos seus parentes para que exercessem o direito de vingança. (PRADO, 2000, p. 39)

Deixando as fases da autotutela e da autocomposição (ou de vingança privada), passamos a analisar a atuação própria do Estado, no exercício da jurisdição e de imposição de sanções.

Interessante destacar, desde logo, a correspondência existente entre as denominadas “grandes revoluções modernas” e as diferentes formas de Estado. BERMAN distingue seis grandes revoluções, ou revoluções “totais”, na História moderna: a Revolução Russa, a Revolução Francesa, a Revolução Americana, a Revolução Inglesa (1640-1688), a Reforma protestante (1517-1555) e a Revolução Papal (1075-1122). (*Apud* SANTOS, 2000, p. 183)

Segundo o autor,

em todas elas, as transformações fundamentais do direito estiveram interligadas com alterações profundas noutras esferas da vida social, mas também em todas elas o novo direito representou uma tentativa de superar a incapacidade do antigo direito para dar resposta adequada às transformações que estavam a acontecer na sociedade antes do surto revolucionário.

Em relação às formas de Estado, sustenta Dalmo de Abreu Dallari que, com pequenas variações, os autores que tratam da evolução do Estado adotaram uma seqüência cronológica ou histórica, compreendendo as seguintes fases: Estado Antigo, Estado Grego, Estado Romano, Estado Medieval e Estado Moderno (DALLARI, 2000, p. 62). Acrescenta-se à enumeração, o Estado Constitucional pós-moderno, em suas três versões (ou orientações): Estado de Direito, de orientação liberal; Estado Social (ou Estado de Bem-Estar Social, ou, ainda, Estado-Providência); e o atual Estado Contemporâneo, denominado Estado pós-intervencionista<sup>2</sup>, de orientação neoliberal.

Particularmente, para fins do presente trabalho, é de se associar as revoluções modernas de Berman às formas de Estado de Dallari, e dividir a exposição em relação ao *poder punitivo* do Estado em três grandes grupos: período de pré-modernidade, Estado de Direito ou Sociedade Moderna, e Sociedade Pós-moderna.

É evitada a expressão “Estado Moderno” para não confundir (i) a sociedade desenvolvida com as promessas da Modernidade (século XVII e XVIII), a partir da Revolução Francesa de 1789; e (ii) o Estado Moderno, surgido a partir dos Tratados de Paz de Westfália, em 1648, ora denominado Estado Absoluto.

## 2.1. Do poder punitivo no período de pré-modernidade

Esse primeiro período das sociedades ocidentais, ora denominado pré-moderno, corresponde às formas de Estado Antigos, Grego, Romano e Estado Absoluto (ou Estado Moderno), e situa-se no momento histórico anterior à Revolução Francesa e, conseqüentemente, ao início da Modernidade.

Esclarece Dalmo de Abreu Dallari que, nas sociedades primitivas, o *poder* era atribuído a entidades sobrenaturais, de modo que aquele que o exercia, fazia-o “como instrumento da vontade de uma divindade” (DALLARI, 2000, pp. 42-44). Esse mesmo fenômeno legitimou o *poder dos monarcas*, já no século XVIII, “com a afirmação do direito divino dos reis”.

Observa-se, aliás, nesses períodos um grande afastamento entre os institutos Estado e Sociedade. De fato, a relação existente entre estes era vertical, com amplo predomínio daquele, em detrimento desta. Chega-se a falar em uma relação “soberano-súdito”, com manifesta supremacia dos interesses do monarca ou governante.

Duas, pelo menos, eram as fontes de *poder* durante a Idade Média: a eclesiástica (exercida por meio do *direito canônico*, e decorrente da primeira grande revolução assinalada por Berman, no século XII) e a feudal, imposta pelo senhor feudal. Afirma Friede que

se encontram nesse período da história da humanidade dois princípios peculiares: a confusão da teologia com a política (ou seja, concepções religiosas, espirituais, com as do Estado) e a confusão do Direito Político com o Direito Privado. (FRIEDE, 1994, p. 132)

A respeito do *poder punitivo*, durante a Idade Média, bem esclarece Foucault (1999, p. 41) que os “suplícios” impostos aos violadores da “vontade dos soberanos” superava, em muito, a relação violação-punição (ausência de proporcionalidade). As punições eram compreendidas, também, como um ritual político; cerimônias pelas quais se manifestava o poder e a “força do príncipe”; revelando o *poder punitivo* do soberano e impondo temor aos súditos. Para o autor,

o direito de punir será então como um aspecto do direito que tem o soberano de guerrear seus inimigos: castigar provém desse direito de espada, desse poder absoluto de vida ou de morte de que trata o direito romano ao se referir ao *merum imperium*, direito em virtude do qual o príncipe faz executar sua lei ordenando a punição do crime. (FOUCAULT, 1999, p. 42)

A potestade sancionadora realizada ainda no período pré-constitucional, perante os “Estados Absolutos”, revelava algumas características fundamentais, dentre as quais destacam-se: (1) o desconhecimento do princípio da legalidade; (2) o emprego de fórmulas genéricas para definir condutas sancionáveis, com violação do princípio da tipicidade; (3) exclusão do princípio da culpabilidade e da graduação da pena; (4) inexistência da prescrição de infrações e de sanções; (5) emprego normal do *bis in idem*; (6) inversão do princípio de presunção de inocência, mediante atribuição de presunção de veracidade e certeza dos atos dos agentes administrativos; (7) limitação drástica das garantias individuais contra os atos sancionadores, como ausência de efeito suspensivo dos recursos, *solve et repete*, *reformatio in pejus*. (Cf. PASTOR, 2000, p. 372)

Conclui-se que o *poder punitivo* exercido pelo Estado, no período de pré-modernidade, legitimava-se de duas formas distintas: (i) “poder” como instrumento da vontade da divindade, e (ii) “política do medo”, em que “os suplícios não restabeleciam a justiça, mas, ante o temor gerado, reativava o poder” (FOUCAULT, 1999, p. 43). No Estado Absoluto, portanto, a força legitimava o poder.

## 2.2. Do poder no Estado de Direito, ante a modernidade

Emergiu, no entanto, uma segunda revolução, ainda durante a Idade Média: a do *direito natural racionalista* (a partir do século XVII); cujos ideais e aspirações formaram as bases das Revoluções Americana e Francesa, do final do século XVIII.

Denominada “a Grande Revolução”, como “evento político extraordinário que assinala o fim último de uma época e o princípio de outra”, na exposição de Norberto Bobbio (1997, p. 113), a Revolução Francesa de 1789 marca, de fato, o início de um novo período, ora denominado “Modernidade”.

Somente no final da Idade Média – e com o advento do “Estado de Direito” – é que se concebe o “povo como unidade e fonte de direitos e do poder”; partindo-se da concepção contratualista de Rousseau (o “Contrato Social”), e concluindo-se pela “existência de uma vontade geral e de direitos sociais”. Altera-se profundamente, dessa forma, a relação Estado-Sociedade; deixando de haver uma relação vertical (de subordinação entre soberano e súditos), passando a uma relação horizontal, entre Cidadãos e seu Estado-nação.

A revolução burguesa implantou, junto ao Constitucionalismo, o “Estado de Direito”, de orientação ideológica liberal; que apresentava três grandes objetivos: “a afirmação da supremacia do indivíduo, a necessidade de limitação do poder dos governantes e a crença quase religiosa nas virtudes da razão, apoiando a busca da racionalização do poder.” (DALLARI, 2000, p. 198)

Um dos principais reflexos dessa passagem do *Estado Absoluto* ao *Estado de Direito* é a subordinação do *poder* do Estado aos princípios constitucionais de

garantia e às denominadas liberdades públicas. Outro reflexo significativo é a fragmentação, ou divisão, do *poder* do Estado em diversas funções (com destaque para a tese de *tripartição do poder*, de Montesquieu), distribuídas por diferentes órgãos e entes do Estado.

Legitimava-se, portanto, o *poder* do Estado, ante a sociedade moderna, com fundamento no “Contrato Social” (de Rousseau); ou seja, na convicção de que o Estado é detentor de *poder punitivo* tão-somente porque lhe foi atribuída parcela do poder de cada um dos seus cidadãos; cujo exercício somente será legítimo se o fizer para o atendimento do interesse público e alcance das finalidades propostas pela sociedade organizada. Justifica-se, nesse sentido, a afirmação de que o *poder* do Estado, nesse período, era um *poder consentido* ou *poder racional*, no sentido “que é exercido pelas autoridades investidas pela lei” (Cf. Weber, *apud* DALLARI, 2000, P. 44). Nas palavras de Boaventura de Souza Santos,

a dominação jurídica racional é legitimada pelo sistema racional de leis, universais e abstractas, emanadas do Estado, que presidem a uma administração burocratizada e profissional, e que são aplicadas a toda a sociedade por um tipo de justiça baseado numa racionalidade lógico-formal. (2000, p. 142)

É de se reconhecer que a Época das Luzes se reflete, também, sobre as sanções impostas aos cidadãos administrados. O *poder de punir* perde o caráter de “suplício” e sua natureza exclusivamente retributiva, como uma vingança do soberano ao súdito violador das leis impostas. O castigo passa a ter a “humanidade” como “medida”, de modo que “o *homem* que os reformadores puseram em destaque contra o despotismo do cadafalso é também um *homem-medida*: não das coisas, mas do poder (FOUCAULT, 1999, p. 64). Conclui FOUCAULT (*Op. cit.*, p. 76) que “o direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade”, revelando as funções preventiva e corretiva da sanção.

### **2.3. Da crise da modernidade capitalista**

Não obstante os méritos atribuídos à Revolução Francesa, há quem afirme que a revolução foi frustrante, na medida em que limitou os ideais da Segunda Revolução (a do direito natural racionalista) e dos Iluministas que contribuíram para a sua eclosão. O fato é que a adoção do “sistema capitalista” levou a modernidade à crise; em particular pelo fato de se ter atribuído ao direito moderno a tarefa de assegurar a ordem exigida pelo capitalismo (SANTOS, 2000, p. 119). Para se entender melhor tais afirmações, faz-se necessário recordar as três fases do



capitalismo, e sua relação com a passagem da Modernidade para a Pós-modernidade.

Distingue Boaventura de Souza Santos (2000, pp. 140-157) três diferentes fases do capitalismo, denominadas: (1ª) capitalismo liberal; (2ª) capitalismo organizado; e (3ª) capitalismo desorganizado.

A primeira fase, adotada por considerável número de Estados ocidentais após as Revoluções Americana e Francesa, corresponde ao Estado de Direito, de orientação liberal, cuja exposição foi realizada no item anterior.

A segunda fase (denominada “capitalismo organizado”) inicia-se no final do século XIX e encontra seu ápice no período entre Guerras. Pode-se afirmar que “começou por reconhecer a idéia de que o déficit no cumprimento de promessas era inevitável e irreversível” (BOAVENTURA, 2000, p. 144), e tornou-se evidente com a eclosão da Revolução Russa, de 1917. As transformações sociais “conduziram à necessidade de intervenção do Estado, sobretudo para regular os mercados” (BOAVENTURA, 2000, p. 147); surgiu, então, o “Estado Social”, ou “Estado-Providência”.

A rápida e implacável evolução do capitalismo não permitiu, no entanto, a manutenção do Estado Social, de orientação intervencionista. Mais uma vez, as mutações sociais impuseram sensíveis mudanças ao Estado; e a globalização da economia, associada à perda da centralidade dos Estados-nação, conduziu o capitalismo a sua terceira fase, denominada “capitalismo desorganizado”, em face do gradual desmantelamento das instituições estatais.

Segundo Boaventura de Souza Santos (2000, p. 157), o “neoliberalismo” imposto pelo capitalismo desorganizado revela a crise do Estado-Providência, e faz emergir uma nova forma de Estado, que denomina “Estado pós-intervencionista”, em face do qual rompemos o novo século e nos sujeitamos atualmente.

## **2.4. Do poder no estado social**

Aquela nova estrutura de Estado, inaugurada a partir do Iluminismo oitocentista, de orientação ideológica liberal, ou de mercado, levou à concentração de rendas nas mãos de poucos e à penúria da classe trabalhadora, gerando inúmeros conflitos sociais, no final do século XIX, que culminaram com a Revolução Russa de 1917, seguida de uma *Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado*, em janeiro de 1918; e a consagração de novos direitos fundamentais, relacionados aos direitos dos trabalhadores, expressos na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição Alemã (de Weimar), em 1919. (FERREIRA FILHO, 1995, pp. 41-47.)

Surgiam os Direitos Sociais, ou *direitos humanos de segunda geração*, alterando as características do Estado, do anterior Estado de abstenção (Estado

Mínimo), para um Estado intervencionista “forte” (o Estado Máximo), denominado “Estado de Bem-Estar Social”, “Estado Social Democrata”,<sup>3</sup> ou “Estado-Providência”. Altera-se, portanto, o perfil ideológico dos Estados ocidentais e, como, conseqüência, a intensidade de sua atuação nas relações Estado-cidadão e Estado-mercado.

O *poder punitivo* – nesse período - permanece limitado e vinculado aos direitos e garantias fundamentais, expressos nas Constituições Políticas. O que de fato se altera é a amplitude, ou o alcance, das manifestações e intervenções do Estado, passando a disciplinar e regular diversos novos valores e interesses, anteriormente legados com exclusividade à iniciativa privada.

Dois importantes conseqüências derivam desse modelo de Estado Intervencionista: (i) ampliação da tutela estatal a outros ramos (v.g., intervenção no domínio econômico, estabelecimento de normas para as relações de trabalho, e regulamentação de direitos sociais); e (ii) início da fragmentação do *poder*, inicialmente centralizado na figura do Estado, permitindo que o capitalismo corroesse suas bases, bem como iniciasse a formação de novos núcleos (ou “espaços estruturais”); dando origem ao capitalismo desorganizado, e o fim do Estado Social.

Ante a natureza “forte” dos regimes impostos pelos “Estados Intervencionistas”, perde-se a noção de *racionalidade do poder*, e passa-se a questionar a existência do “Contrato Social” e do próprio Estado. O *poder*, embora limitado e regrado, passou a ser visto de forma diversa, como se a população vivesse em uma sociedade “Panóptica”,<sup>4</sup> sujeitando-se, constantemente, à “disciplina” das instituições criadas nos novos “espaços estruturais”.

Nesse sentido, parece correta a afirmação de FOUCAULT, no sentido que foi

inventada uma nova anatomia política, entendida como uma multiplicidade de processos muitas vezes mínimos, de origens diferentes, de localizações esparsas, que se recordam, se repetem, ou se imitam, apoiam-se uns sobre

---

<sup>3</sup> “O Estado de bem-estar (*Welfare state*), ou Estado assistencial, pode ser definido, à primeira análise, como Estado que garante “tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade mas como direito político” (H.L. Wilensky, 1975).” (BOBBIO, 1997, p. 416, verbete: *Estado de Bem-Estar*).

<sup>4</sup> “O Panóptico de Bentham é a figura arquitetural dessa composição. O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. [...] O dispositivo panóptico organiza unidades espaciais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente. [...] Daí o efeito mais importante do Panóptico: induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. [...]”. (FOUCAULT, 1999, pp. 165-166.)

os outros, distinguem-se segundo seu campo de aplicação, entram em convergência e esboçam aos poucos a fachada de um método geral.<sup>5</sup>

Esta nova anatomia do *poder* é denominada “disciplina”. Nos Estados Intervencionistas, o *poder* deixa de ser imposto em sentido linear, e passa a constituir-se de forma concêntrica, levado a efeito por instrumentos considerados simples, como “o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e sua combinação num procedimento que lhe é específico, o exame” (FOUCAULT, 1999, p. 143). Nessa sistemática, a imposição de penalidades (denominadas “sanção normalizadora”) perde o caráter retributivo, e passa a exercer função essencialmente corretiva (ressocializadora), visando “reduzir os desvios” sociais e a preservação da ordem pública.

Legitima-se, portanto, o exercício do *poder* no Estado Intervencionista, por meio do “poder disciplinar”, e da constante fiscalização exercida pelo Estado, seus agentes, e outras instituições que emergem da própria estrutura social.

O Panoptismo, como instrumento para se alcançar a disciplina, promove a organização e fortalecimento do *poder*; não pelo *poder*, mas pela própria sociedade, visando “aumentar a produção, desenvolver a economia, espalhar a instrução, elevar o nível da moral pública; fazer crescer e multiplicar” (FOUCAULT, 1999, p. 172). Nesse sentido salta aos olhos o sentido maior dessa legitimação pelo “poder disciplinar”: a “satisfação do interesse social”, ou ainda, do interesse público primário.

Em relação ao *poder punitivo*, talvez seja correta a afirmação da *legitimação pelo procedimento*. O que de fato ocorre é que, atualmente, o *poder de punir* é apenas legal (ou institucionalizado), mesmo que não seja socialmente aceito. Nas palavras de FOUCAULT (1999, p. 184), “o que generaliza então o poder de punir não é a consciência universal da lei em cada um dos sujeitos de direito, é a extensão regular, é a trama infinitamente cerrada dos processos panópticos”.

## 2.5. Do poder no estado pós-intervencionista

Com a crise do Estado-Providência, imposta pelo neoliberalismo, observa-se: (i) um acentuado recuo do *poder* estatal (e do direito formal), (ii) um conseqüente fortalecimento do “direito” de outros “espaços estruturais”, e (iii) a ampliação de outras esferas de *poder*, no interior das diferentes estruturas que se formaram na sociedade pós-moderna.

---

<sup>5</sup> Cf. FOUCAULT, *op. cit.*, pp. 118-120. “Enquanto os juristas procuravam no pacto um modelo primitivo para a construção ou a reconstrução do corpo social, os militares e com eles os técnicos da disciplina elaboravam processo para a coerção individual e coletiva dos corpos.” (*Idem*, p. 142.)

Boaventura de Souza Santos, por exemplo, reconhece seis espaços estruturais”: espaço doméstico, espaço de produção, espaço de mercado, espaço da comunidade, espaço da cidadania e o espaço mundial. A cada um desses segmentos da sociedade pós-moderna correspondem diferentes manifestações de *poder* e formas específicas de *direito* e de *conhecimento*.

A redução da *força centrífuga* do “poder disciplinar” diminui o nível de vigilância e faz desaparecer, quase por completo, o Panoptismo em relação à sociedade: é o fim da “disciplina”. Nessa nova configuração, sim, parecem fazer sentido as críticas lançadas por Boaventura de Souza Santos (2000, p. 265), em relação à tese de Foucault, no sentido que “se o poder está em todo o lado, não está em lugar algum”.

É de se concluir que, na realidade, ambos os autores têm razão; cada um a seu tempo, e em seu laboratório social. A verdade é que uma nova estrutura social se formou a partir da terceira fase do capitalismo, no final dos anos sessenta, não sendo mais possível afirmar a legitimação pelo “Contrato Social”, tampouco por meio do “poder disciplinar”, pois o espaço ocupado pelo Estado (denominado “espaço da cidadania”) não mais exige qualquer forma de “disciplina”; muito ao contrário, a aversão a essa expressão tornou-se tão intensa que chega a ser considerada “palavra de baixo calão”.

Abandona-se o Estado Intervencionista e ingressa-se em uma nova fase, ainda pouco conhecida. A sociedade pós-moderna, dos últimos quarenta anos, revelou-se caótica e desorganizada, onde o capitalismo “nada” desorganizado, fragmentou o *poder* e desconstituiu a crença no Estado-nação. Reconhece-se, dessa forma, a existência de múltiplos *poderes*, diferentes direitos e variadas formas de conhecimento; cada um aplicável a um determinado “espaço estrutural”.

A questão da legitimidade do *poder* no “Estado pós-intervencionista” mostra-se ainda mais complexa, vez que na dependência do espaço a ser ocupado pela sociedade. Se for adotada uma microvisão, de modo a analisar as relações no “espaço doméstico”, haverá uma aproximação à forma de *poder* denominada “patriarcado”; caso se tome como amostra um determinado grupo social, bairro, ou comunidade, então se poderá admitir a existência de diferentes estruturas, denominadas “espaços da comunidade”, cujas normas de convívio social podem ser, até, contrárias às impostas pelo Estado (como “espaço da cidadania”).

Exemplo mais característico dessa dicotomia é o *poder* exercido pelos traficantes e chefes do crime organizado junto a algumas das favelas do Rio de Janeiro. É de se ponderar, nesta ótica – mesmo que silenciosamente -, se a adoção desse “Estado paralelo” e o exercício de um *poder* autônomo nesse “espaço estrutural” não corresponderiam a um direito legítimo, denominado *autodeterminação dos povos*. E se esses fatores não seriam as sementes de um

controvertido direito, o de *secessão*.<sup>6</sup>

Destaca-se que, além do “espaço da cidadania”, formado pelo *poder* do Estado (denominado “dominação”, por Boaventura de Souza Santos), há, ainda, o “espaço mundial” e o “espaço de produção” que têm ampliado drasticamente seu *poder* de “troca desigual” e de “exploração”, como já se percebeu neste período de economia globalizada.

Conclui-se que corrosão social gerada pelo capitalismo desorganizado levou à falta de efetivo *poder* do Estado, após a crise do Estado Social, e à fragmentação do *poder* em, pelo menos, seis “espaços estruturais”, correspondendo um deles à estrutura formal de *poder* do Estado, e os demais a estruturas paralelas, difusas e informais.

A legitimação do *poder* no “Estado pós-intervencionista”, portanto, deverá ser buscada no interior de cada uma dessas diferentes estruturas; conforme seus *poderes, direitos e conhecimentos* próprios. Deve-se atentar, no entanto, para que a Sociedade, como um todo, não seja submetida à “exploração” e às forças da “troca desigual”.

### 3. Das questões suscitadas

Não há respostas simples em uma sociedade tão complexa. Na realidade, não se sabe, ao certo, se há respostas convincentes para os questionamentos realizados junto à Introdução, dessa exposição.

As questões relacionadas à “esfera punitiva” do Estado devem ser pensadas em duas esferas distintas: *penal e administrativa*. Felizmente a moderna ciência do Direito Penal progrediu a passos largos e proporcionou uma ampla ramificação de direitos e garantias, em nível constitucional, determinando severos limites ao Estado (que, ao menos por enquanto, detém a exclusividade do *ius puniendi*). A partir dessa sedimentada dogmática, o processo penal deixou de ser visto como instrumento de opressão, e passou a atuar como instrumento de dupla garantia: ativa e passiva. Garantia ativa

porque diante de alguma ilegalidade, pode a parte dele utilizar-se para a reparação dessa ilegalidade; garantia passiva porque impede a justiça pelas próprias mãos, dando ao acusado a possibilidade de ampla defesa contra a pretensão punitiva do Estado. (GRECO FILHO, 1993, p. 40.)

---

<sup>6</sup> Em sentido contrário dispõe o artigo 1º, *caput*, da *Constituição da República*, de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”.

Não obstante a já reconhecida *falência da pena de prisão* e os intensos debates entre a Escola de Frankfurt - defensora dos princípios da fragmentariedade e de intervenção mínima - e os que sustentam a necessidade de ampliação da tutela penal a outros ramos das relações sociais; no mais, o sistema penal parece ter encontrado suas diretrizes garantistas para os próximos cinquenta anos. O mesmo, no entanto, não pode ser afirmado em relação às punições impostas pela Administração Pública aos cidadãos-administrados.

Ao pensarmos na esfera administrativo-sancionadora não nos referimos à manifestação do *poder hierárquico* ou do *poder disciplinar*, exercido pelos órgãos e instituições públicas em relação a seus servidores; mas à imposição de penalidades aos cidadãos que violarem normas jurídicas de natureza administrativa. Esta relação jurídica estabelecida entre o Estado-Administração e o cidadão-infrator denomina-se *Processo Administrativo Sancionador*.

Considerado um *direito repressivo arcaico e pré-beccariano* (ENTERRÍA, 1991, p. 891), o processo para imposição de penalidades administrativas ainda possui um longo caminho a percorrer, no sentido de deixar a Idade Média e ingressar de fato no Terceiro Milênio. Passo decisivo foi firmado pelo legislador pátrio com a publicação da Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal; restam, ainda, muitos outros a serem firmados pela doutrina.

Em relação à legitimidade da imposição dessas sanções administrativas, observa-se que a própria Constituição da República, em 1988, já impôs um novo paradigma a validar o *Processo Administrativo Sancionador e as penalidades decorrentes dessa relação jurídica*: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente” (CF/1988, art. 5º, inc. LV).

Adicionando-se, portanto, os princípios constitucionais de garantia do processo, aos princípios que regem a Administração Pública, teremos, realmente, condições de solucionar grande parcela das questões relacionadas ao *fenômeno trânsito* e à imposição de penalidades pela Administração Pública. Descarta-se, dessa forma, qualquer possibilidade de imposição de penalidades por meio de particulares, mesmo que sejam concessionários de serviços públicos, por violar o princípio da finalidade e, conseqüentemente, o interesse público.<sup>7</sup>

Resta, ao final, a questão central dessa exposição, relacionada à legitimidade do *poder punitivo* do Estado. Como se pôde observar, as mutações sociais impuseram mudanças ao Estado e em relação às diferentes manifestações de seu *poder*.

---

<sup>7</sup> Nos termos do artigo 269, § 1º, da Lei n. 9.503/97 (que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro): “A ordem, o consentimento, a fiscalização, as medidas administrativas e coercitivas adotadas pelas autoridades de trânsito e seus agentes terão por objetivo prioritário a proteção à vida e à incolumidade física da pessoa.”

Deixando as fases iniciais de autotutela e de autocomposição, percebemos que nos “Estados Antigos” o *poder místico*, atribuído a entidades sobrenaturais, legitimava a imposição de sanções. No transcorrer da “Idade Média”, a força dos soberanos, manifestada publicamente em espetáculos cruéis (os “suplícios”), impunha temor aos súditos; que suportavam o *poder punitivo do príncipe*. Exercia-se o *poder* no “Estado Absoluto” por meio da força e do medo.

As revoluções sociais modernas fizeram eclodir as Revoluções Americana e Francesa, trazendo luz aos novos “Estados de Direito”. Nesse período de grandes utopias, o denominado “Contrato Social” legitimava o *poder do Estado*, eis que era o poder de todos, manifestado em benefício da própria Sociedade.

A Modernidade, no entanto, entrou em crise, e sucederam-lhe duas formas de “sociedades pós-modernas”: O *Estado Social* e o *Estado pós-intervencionista*. Em relação ao primeiro, pode-se afirmar que a *força centrípeta* do Estado Máximo fez surgir uma comunidade Panóptica; legitimando-se o *poder* por meio da “disciplina”, na busca da satisfação do interesse público primário.

Em relação ao último estágio, o “Estado pós-intervencionista”, – se é que nossa Sociedade já ingressou neste por completo – pouco se pode afirmar, em face da ausência de um novo paradigma. Assim, diante do desmembramento do *poder central*, o ideal é que a legitimidade do *poder punitivo* seja analisada em cada um dos diferentes “espaços estruturais”, onde aquele venha manifestar-se.

### **Considerações finais**

As grandes revoluções modernas impuseram profundas mutações sociais, que causaram mudanças nos Estados e no exercício do *poder*. A Revolução Francesa, considerada a última revolução levada a cabo conjuntamente pelo direito e pela revolução (SANTOS, 2000, p. 184), trouxe consigo um “germe” causador de novas alterações estruturais.

As promessas da Modernidade, estampadas no brasão da Grande Revolução, não foram cumpridas. O capitalismo, em sua terceira fase, levou a sociedade à desorganização e ao enfraquecimento do *poder central*; permitindo a ampliação de outros “espaços estruturais”.

Perdeu-se o paradigma da Modernidade. Não mais se têm no “Contrato Social” e no “poder disciplinar” as fontes legitimadoras do *poder punitivo*. A situação é de grave crise; no entanto, o “barco não pode permanecer à deriva”, faz-se necessária a introdução de uma nova e eficaz “bolina” que torne viável, ao menos, o exercício do *poder* no “espaço da cidadania”, onde se encontra o Estado-nação.

A realidade aponta para uma sociedade caótica, em meio a uma grave crise paradigmática. Uma coisa, no entanto, é certa, e deve ser defendida até que o Poder

Constituinte Originário (como expressão maior da soberania popular) o altere: uma sociedade que afirma ser um “Estado Democrático de Direito”, deve nortear suas condutas em direção ao interesse social, com fundamento nos princípios e garantias Constitucionais, visando à realização dos objetivos que a própria sociedade se propôs a alcançar. Se não o fizer, será (por seus próprios méritos e indolência) absorvida pelos *poderes* dos demais “espaços estruturais”.

Destaco, para finalizar, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, inscritos no artigo 3º de nossa Constituição: (I) constituir uma sociedade livre, justa e solidária; (II) garantir o desenvolvimento nacional; (III) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; (IV) promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

### Referências bibliográficas

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. ed., trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale, et alii, 10. ed., Brasília (DF): Universidade de Brasília, 1997. 2 v.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: RT, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 21. ed., trad. Raquel Ramallete. Petrópolis (RJ): Editora Vozes, 1999.

FRIEDE, R. Reis. *Questões de Teoria Geral do Estado (e de Direito Constitucional)*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 1999. vol. I.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Penal*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges, 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.



OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. 2. ed., São Paulo: RT, 1980.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo*. Volumen II. Segunda edición, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 2. ed., São Paulo: RT, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. v. 1. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

