

POR UMA NOVA RACIONALIDADE JURÍDICO-PENAL OU MANIFESTO DE INSURGÊNCIA CONTRA O PENSAMENTO QUE ANESTESIA O PENSAR

SALAH HASSAN KHALED JUNIOR *

RESUMO

Este ensaio critica a racionalidade jurídico-penal dominante desde a perspectiva da desconstrução, apontando a existência de vários artefatos discursivos que impedem que o Direito Penal seja efetivamente um limite ao poder punitivo. A análise tem como base as contribuições de autores como Benjamin, Derrida, Agamben, Timm de Souza, Ricoeur, Foucault, Lopes Jr, Carvalho e Zaffaroni.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal, Racionalidade ética, Estado de exceção.

ABSTRACT

TOWARDS A NEW RATIONALITY IN THE CRIMINAL LAW OR MANIFEST OF INSURGENCY AGAINST THE THOUGHT THAT NUMBS THE THINKING

This essay criticizes the dominant criminal and legal rationality from the perspective of deconstruction, indicating the existence of several discursive devices that prevent criminal law from being effectively a limit to the punitive power. The analysis is based on the contributions of authors such as Benjamin, Derrida, Agamben, Timm de Souza, Ricoeur, Foucault, Lopes Jr, Carvalho and Zaffaroni.

KEYWORDS: Criminal Law. Ethical rationality. State of exception.

SUMÁRIO

1 – Introdução 2 – O urgente reencontro com o potencial subversivo do Direito Penal. 3 – O que está em jogo na insurgência contra a racionalidade jurídico-penal dominante. 4 – A necessária desconstrução da narrativa jurídico-penal. 5 – A hegemonia da razão vulgar e da razão ardilosa. 6 – O Estado de exceção nas práticas punitivas. 7 – Considerações finais.

1 – INTRODUÇÃO

* Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais PUC/RS. Licenciatura Plena em História FAPA/RS. Especialização em História do Brasil FAPA/RS. Mestre em História UFRGS. Mestre em Ciências Criminais PUC/RS. Professor Adjunto I da Universidade Federal do Rio Grande.

Toda filosofia, e isso bem sabem os filósofos de todas as eras, constitui-se essencialmente em crítica da razão, ou seja, em cuidadoso processamento crítico da(s) racionalidade(s) vigentes em uma determinada época, desde a percepção qualificada e situada em um determinado locus cultural específico que, não obstante, resgata arqueológica e genealógicamente o passado e abre efetivas possibilidades compreensivas-propositivas ao futuro. E, em um tempo de absoluta urgência como o nosso, um tempo em crise ou em uma crise feita tempo, absolutamente urgente é a retomada incisiva do cerne crítico da própria ideia de crítica. Retomada que não pode ser – e assumimos a dimensão estritamente filosófica da interpretação do que nos “dá o que pensar”, ou seja, o real correlato de nossa mobilização intelectual – senão crítica da(s) racionalidade(s) efetivamente vigentes. Os tempos que correm exigem incisivamente uma crítica da Razão, ou seja, uma crítica de suas razões – dos tempos – e dos argumentos que as legitimam. Essa é, por excelência, a tarefa filosófica do presente, sem a qual a tautologia ocupa indecorosamente todos os escaninhos do real – situação à qual nenhum intelectual digno da tarefa que toma para si pode se curvar.

Ricardo Timm de Souza.¹

Nas contundentes palavras de Ricardo Timm de Souza encontra-se demarcado o sentido que move a elaboração intelectual aqui proposta: trata-se explicitamente da *expressão narrativa* de uma *insurgência* contra a racionalidade violenta dominante que tautologicamente legitima o ilegítimável, através de conceitos sedimentados do discurso jurídico-penal que propositalmente *escamoteiam* os problemas concretos do *real*.

Apesar de idolatrados ao longo de séculos de construção dogmática, conceitos como o *jus puniendi* estatal, a verdade real e as teorias da pena desconsideram as coisas em nome da vontade de sistema de uma razão artilosa que escandalosamente *subtrai* do pensamento o que “dá o que pensar” e simultaneamente, o *descola* do tempo vivido ao estabelecer como verdades absolutas artifícios discursivos aptos a legitimar violências institucionais. Tais constatações expressam porque a razão artilosa deve ser combatida urgentemente – e urgência designa aqui, sobretudo *tempo* – de forma implacável. Não por acaso, Timm de Souza

¹ SOUZA, Ricardo Timm de. O Nervo Exposto: Por uma crítica da ideia de razão desde a racionalidade ética. In: Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. pp.107-108.

destaca que a redescoberta da radicalidade do *tempo* como engrenagem da construção e reconstrução do real é uma das conquistas primordiais da filosofia contemporânea.²

Se o apelo de Timm de Souza já prenuncia o enredo a se desenrolar, as teses de Walter Benjamin sobre o conceito de história expressam – mesmo que não diretamente – o sentimento *subversivo* que anima a elaboração discursivo-narrativa a ser desenvolvida neste ensaio.³ Para Benjamin, a história é uma *luta permanente* entre oprimidos e opressores em que há uma partida, um jogo em disputa. Trata-se de um jogo em que o inimigo não tem cessado de vencer: a história parece a ele uma sucessão de vitórias dos poderosos, abalada por ocasionais irrupções de insurgência dos oprimidos.

De acordo com Benjamin, é necessário recontar a história, interpretá-la corretamente, em suma, narrativamente *insurgir-se* contra uma visão que somente glorifica e celebra os triunfos dos poderosos. Não só recontar a história, mas “escová-la a contrapelo”, ou seja, lutar contra a visão da história dos opressores, contra os *documentos de barbárie* transmitidos de vencedores a vencedores. Para Timm de Souza, a expressão escovar a história a contrapelo significa que “[...] o sentido da história tem de ser passado a limpo; e, com este exame difícil, a própria noção de ‘sentido’ – *construída historicamente* será colocada definitivamente em questão”⁴. Como refere Ruth Gauer, “talvez estejamos vivendo um momento no qual o analista é, antes de mais nada, um criador de sentidos, mais do que um respondedor de perguntas.”⁵

Benjamin explicitamente opõe duas visões radicalmente distintas e incompatíveis de história: a história como progresso linear, contínuo e triunfal da civilização, da democracia e da razão, e a história como expressão de barbárie e violência, de imposição de sofrimento aos vencidos pelos vencedores. Para Benjamin a barbárie não foi *superada* com a modernidade, pois ela de modo algum foi ou pode ser erradicada simplesmente através do

² SOUZA, Ricardo Timm de. *Justiça em seus termos: dignidade humana, dignidade do mundo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 26.

³ BENJAMIN, Walter. *Sobre o conceito de história*. In: *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

⁴ SOUZA, Ricardo Timm de. *Justiça em seus termos: dignidade humana, dignidade do mundo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 30. Grifos do autor.

⁵ GAUER, Ruth M. Chittó. *Falar em tempo, viver o tempo!* In: *Tempo/história*. GAUER, Ruth M. Chittó (coord.) DA SILVA, Mozart Linhares (org). Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998. p. 24.

progresso científico, industrial e técnico: pelo contrário, o progresso em si mesmo é a expressão de uma barbárie.

Na nona tese sobre a história, Benjamin – em diálogo com P. Klee – nos oferece a imagem de um anjo que não vê no passado uma mera cadeia de acontecimentos orientados ao *progresso*, mas uma catástrofe única, que acumula incansavelmente ruína sobre ruína. O anjo gostaria de deter-se para acordar os mortos e juntar os fragmentos, mas uma tempestade sopra do paraíso e o impele com força irresistível para o futuro, de modo que ele não consegue mais fechar suas asas. Enquanto isso, o amontoado de ruínas cresce até o céu. Benjamin chama a tempestade de *progresso*. Segundo Timm de Souza,

o sentido da grande história – não apenas idealisticamente considerada, mas da forma mais concreta possível – é o seu autoencontro, e a história deste autoencontro, desta grande obra da cultura que é também grande obra da barbárie, é a história da produção contínua de ruínas – as ruínas são, em última análise, *sentidos abortados*. São estes, e não meros restos, ou estes precisamente *enquanto* meros restos – que sobram da imensa catástrofe e a caracterizam exatamente como catástrofe.⁶

Como Benjamin percebeu, o nazifascismo somente foi possível *graças ao progresso*. O próprio Direito Penal esteve envolvido profundamente no ponto culminante dessa barbárie, que Benjamin não viveu para testemunhar.⁷ Nesse sentido, para Timm de Souza, o que Benjamin presenciou não se constitui

[...] absolutamente, em algum tipo de perverso acidente de percurso, ou em uma súbita e inesperada contaminação da razão pela desrazão, ou em um tresloucado desvio de fundamentos ou de itinerário; trata-se, antes, da *realização efetiva* de uma possibilidade extrema e congênita da própria cultura ocidental, do logos abandonado a si mesmo, do Ser com sentido em si mesmo, da resolução definitiva da grande equação da realidade e do cume da dialética e da vontade de potência.⁸

⁶ SOUZA, Ricardo Timm de. *Justiça em seus termos: dignidade humana, dignidade do mundo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.32.

⁷ MUNÓZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁸ SOUZA, Ricardo Timm de. *Justiça em seus termos: dignidade humana, dignidade do mundo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 30-31.

Portanto, o Holocausto não foi uma *mancha* na caminhada histórica progressiva da racionalidade moderna: foi a expressão mais *extrema* de uma grande catástrofe que acumulou ruína sobre ruína. Por outro lado, isso não significa dizer que o *moinho racional-instrumental* de trituração da vida humana tenha cessado de funcionar. Pelo contrário, o moinho permanece em movimento, legitimado por *artifícios discursivos ardilosos* que dão a essa barbárie a aparência de uma técnica racional e civilizada, obtida a partir do avanço progressivo da ciência e do saber jurídico. Trata-se exatamente da racionalidade hegemônica que *urgentemente* é preciso combater.

Nesse sentido, lutar contra uma visão de história cujo sentido é a *celebração do progresso*, como propõe Benjamin, só pode significar acima de tudo uma coisa em âmbito jurídico-penal: a recusa enfática e veemente do *caráter glorificante* através do qual os penalistas contam a sua própria história, afirmando dessa forma, a continuidade da mais *absoluta barbárie*. O meio pelo qual essa incisiva recusa é proposta é, justamente, – *justamente* porque animada por uma *loucura por justiça*⁹ – através do ato narrativo prospectivo em sentido contrário, *genealógico* e *arqueológico*, ou nos termos de Benjamin, o ato de *escovar a história a contrapelo*. Para Timm de Souza, a *inversão de sentido* que é proposta consiste na inversão “[...] da máxima ‘dividir para governar’: trata-se agora de integrar para compreender, mas compreender profundamente, desde as raízes, até as raízes, e inelutavelmente”.¹⁰

Segundo Benjamin, a história implica em uma *dívida para com o passado*, mas também, em uma *luta no presente*. São duas frentes de batalha que não estão *dissociadas*, mas que, ao contrário, se *complementam*. Para ele, há um *combate emancipador* a ser travado. Neste combate, o passado pode ser *iluminado* pela luz dos combates que são travados hoje, pela luz do sol que se levanta no céu da história: dessa forma, o presente *ilumina* o passado e o passado iluminado torna-se uma *força* no presente. No entanto, Benjamin refere que articular o passado historicamente não significa conhecê-lo tal como ele propriamente foi. Significa apoderar-se de uma *lembrança* tal como ela *lampeja num instante de perigo*.

⁹ DERRIDA, Jacques. Força de lei: o fundamento místico da autoridade. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 49.

¹⁰ SOUZA, Ricardo Timm de. Justiça em seus termos: dignidade humana, dignidade do mundo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 31.

2 – O URGENTE REENCONTRO COM O POTENCIAL SUBVERSIVO DO DIREITO PENAL

O que isto pode significar, afinal, para a grande narrativa jurídico-penal moderna? Parece-nos que o sentido que pode ser extraído das reflexões de Benjamin está no reencontro com o *potencial subversivo* do discurso jurídico-penal, no reencontro com sua *potencial aptidão* para conter os excessos de um poder punitivo que deve ser reconhecido como concretamente existente, mas *ilegitimável por definição e por exigência ética*. É justamente esse *potencial subversivo* da narrativa jurídico-penal que precisa ser resgatado em que se encontra *submerso*. Para liberar essa *energia* e ir ao encontro dela, é necessário *destruir* as amarras discursivas que impedem que a narrativa jurídico-penal atinja sua *vocação libertária*. Se esse empreendimento for bem sucedido, o Direito Penal pode adquirir outra significação que não a de *meio institucionalizado de manifestação* da violência do poder punitivo.

No entanto, o próprio Benjamin melancolicamente vê com pouco otimismo as perspectivas de vitória no confronto entre vencedores e vencidos, diante dos insucessos do passado e do presente, o que o leva a crer que a redenção dos oprimidos é uma possibilidade muito pequena, mas a que é preciso saber se *agarrar*. Aqui novamente Benjamin pode ser uma grande *inspiração*. Não se esquivar de empreender a tarefa de *dissolução* dos sistemas de pensamento que falaciosamente tornam *suportável o insuportável*: eis aí a função que cabe ao intelectual desempenhar face ao *sonambulismo dogmático* que assola o saber jurídico *hermeticamente sedimentado*.

Se a escrita pode *emular* o gesto e tentar *agarrar-se a essa chance* – e uma chance não é *pouca coisa*, pois é um *momento de oportunidade* demarcado no *tempo* – é isso que narrativamente se tentará. Para Benjamin, não há um único instante que não carregue consigo a sua *chance revolucionária*, ainda que ela deva ser definida como uma chance *específica*, como solução inteiramente nova, diante de uma tarefa inteiramente nova: cada momento histórico tem suas *potencialidades revolucionárias*, o que é radicalmente distinto de *leis da história* ou de um *progresso inexoravelmente gradativo*. Para Timm de Souza,

o momento de eclosão do novo é, sempre, estritamente um *agora*, não um “antes”, nem um “depois”, muito menos um “ainda não”. Os

acontecimentos não são contas de um rosário, como a história não é a descrição de fatos, ou a temporalidade uma coleção de instantes sufocados em si mesmos, em sua obviedade; os acontecimentos são, simplesmente, “*agoras*” abortados ou aproveitados, e se dão, sempre, em uma situação de extrema tensão, em uma recolocação do sentido, que corresponde ao virtual ponto de viragem entre o presente e o futuro que *pode* vir a ser, caso corresponda àquele momento real de eclosão do *novo*.¹¹

Portanto, o instante de *realização* da chance pode ser o *aqui e agora*: a história está em *aberto*, não é determinada *antecipadamente* e, logo, pode produzir – e tem produzido – incontáveis catástrofes, mas também produz – e certamente continuará a produzir – *movimentos emancipadores, aberturas e fissuras* na razão dominante.

É preciso dizer que o pensamento de Benjamin é caracteristicamente *enigmático*, o que importa em uma exigência de acréscimo de sentido, que se mostra ainda mais intensa na medida em que é proposta uma *apropriação reflexiva e criativa* do seu pensar. Logo, é necessário precisar o sentido que as reflexões de Benjamin assumem no decurso das considerações aqui traçadas, mesmo reconhecendo que essa precisão reduza a força desse pensar. O inimigo a que Benjamin se refere não é necessariamente o mesmo a ser enfrentado aqui, pois o sentido é um pouco mais restrito. Se Benjamin se preocupou fundamentalmente com o poder de classe e a dominação e exploração daí decorrentes, a preocupação aqui é com o *autoritarismo estatal* e a *violência institucional*, embora ela não deixe de ser seletiva à sua própria maneira. Portanto, o inimigo em questão – contra o qual serão decididamente *apontadas as baterias* – é o poder punitivo: poder que é preciso conter, mas poder – no sentido foucaultiano – que não apenas é, mas poder que produz subjetividades, poder que se aplica, poder que se reproduz para além dos marcos do objetivamente identificável, poder que está integrado à anatomia política, mas que não se restringe somente a ela.¹²

No entanto, ainda que o inimigo em questão expresse outro aspecto da racionalidade hegemônica referida por Benjamin, trata-se de um inimigo que historicamente também não tem *cessado de*

¹¹ SOUZA, Ricardo Timm de. Justiça em seus termos: dignidade humana, dignidade do mundo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp.34-35. Grifos do autor.

¹² FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003. pp.11-12.

vencer: desde a irrupção dos Estados de Direito modernos, a luta tem sido travada de forma incessante para *confinar* o poder punitivo ao espaço minimamente aceitável para evitar ou reduzir sua incidência arbitrária. Em suma, para estabelecer o seu caráter rigorosamente rígido de manifestação como *ultima* ou *extrema ratio*, já que a sua dissolução – se é que possível – está para além de um *horizonte de expectativa* realizável ou ao menos realizável em um futuro próximo.

3 – O QUE ESTÁ EM JOGO NA INSURGÊNCIA CONTRA A RACIONALIDADE JURÍDICO-PENAL DOMINANTE

Se a intenção de contenção do *ilegitimável* poder punitivo pode ser pensada desde a *metáfora do jogo*, trata-se de um jogo que tristemente ainda está muito longe de ser vencido, pois as regras têm sido constantemente ditadas pela racionalidade dominante que implacavelmente destrói tudo que pode vir a ameaçá-la. Por todas as partes e por todos os lados, o *Estado de exceção* – que Benjamin já vislumbrava – transborda para além dos limites discursivamente estabelecidos e *presentifica* na carne e na alma dos homens a arbitrariedade que no passado se buscou sem sucesso erradicar e que no presente ainda se *sustenta, praticamente intocada*. A agonia que as práticas punitivas contemporâneas provocam desmente de forma flagrante e escandalosa a *construção discursiva* que afirma a sua *contínua e progressiva racionalização*. Ou em outros termos, essa agonia revela a *estratégia de poder* que perpassa essa razão: uma razão que *produz, municia e aplica poder, que objetiva e instrumentaliza os corpos, visando a sua sujeição*. Como reflete Foucault, a “barbárie” apenas se deslocou de lugar, migrando para o aparato penitenciário, sendo que este logo reclamou para si a tarefa fundamental de determinação da duração da pena, situação que perdura até hoje, de modo que o Tribunal é subordinado à prisão e não o contrário.¹³

A análise pode ser levada ainda mais adiante para dizer que a lentidão do decurso completo do processo não é capaz de *alimentar* satisfatoriamente um aparelho penitenciário que clama cada vez por *mais e mais corpos*. Diante disso, faz-se necessário suprir sua *insaciável fome* através da profusão cada vez maior de prisões

¹³ FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2008. p.207.

cautelares, independentemente de qualquer presunção de inocência. Como é possível para a maioria dos penalistas sustentar um discurso de *progressiva racionalidade* diante dessa barbárie? E o pior é que não só eles sustentam, como as pessoas *acreditam – creditam, dão crédito, fé*.

Nesse sentido, talvez o mais nefasto dos efeitos da *estratégia discursiva* da crença no progresso da ciência, da técnica e da humanidade – guiadas pela razão – esteja no fato de que ela conduz à ausência de iniciativas; conduz à passividade diante da *angustia* que caracteriza a concretude do real, esquecido em nome da idolatria sedutora pelo *fetichismo dogmático*.

Tudo isso indica a urgência do *confronto*, da *reescrita*, da *destruição* dos postulados discursivos que sustentam a continuidade do triunfo do autoritarismo das práticas punitivas e nas práticas punitivas. Práticas brutais que sob muitos aspectos ainda se mostram intactas, apesar de todos os esforços movidos para *desconstituir* de uma vez por todas uma concepção de poder punitivo que já deveria ter sido *sepultada por completo*. Concepção esta que em grande medida atravessou de forma velada e intocada todo um processo histórico que costuma ser *celebrado* como verdadeiro cortejo, como *triunfo da razão* sobre a barbárie da imposição dos suplícios. Práticas que contraditoriamente – e muitas vezes de forma insuspeitada – encontram abrigo, amparo e fundamentação em um discurso que procura – ou ao menos foi proposto para – estabelecer limites ao poder punitivo. Discurso que não é outro senão a *grande narrativa jurídico-penal*. Uma narrativa que apesar de afirmada e continuamente *celebrada* como libertária, traz em seu bojo um conjunto de artifícios que não só não romperam, como em grande medida asseguraram a *continuidade* de uma barbárie discursiva que estava estirada ao ponto de ruptura: o direito de punir. Diante da reafirmação moderna dessa violência, é preciso enfaticamente gritar: a *justiça – que não se confunde com o direito* – e é devida ao *outro*, antes de *qualquer contrato*.¹⁴

4 – A NECESSÁRIA DESCONSTRUÇÃO DA NARRATIVA JURÍDICO-PENAL

É preciso repensar radicalmente o discurso jurídico-penal e localizar os *espaços de interdição* de sua potencialidade libertária:

¹⁴ DERRIDA, Jacques. Força de lei: o fundamento místico da autoridade. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.49.

identificar as barreiras e impasses mais significativos, que impedem que a grande narrativa jurídico-penal efetivamente se constitua como limite ao poder punitivo. Mas *oxigenar* a grande narrativa jurídico-penal no sentido aqui proposto não implica em qualquer afinidade com o desejo de *reorganização* de um sistema fechado de pensamento no qual as categorias acabam *substituindo* a própria realidade a *conhecer* e *transformar*. A desconstrução do discurso – inspirada em Derrida – não é e não pode ser descolada da coisa: é a concretude do real que clama pela reabertura do pensamento *sedimentado* e *apodrecido*. Nesse sentido, desvelar as camadas de *rigor putrefato* – de *rigor mortis* – do pensar que estão subjacentes à narrativa jurídico-penal é uma *exigência* dada pela experiência concreta e dolorosa do sofrimento provocado pelas práticas punitivas.

O termo desconstrução suscita alguns questionamentos que devem ser enfrentados, pois é preciso desarmar o leitor: a desconstrução não é uma porta aberta para o *caos*. Muitas vezes a desconstrução é incompreendida ou taxada de *irracional*, devido às implicações do termo e ao *estiramento* do já pensado que é proposto. Mas a desconstrução não visa a simples *destruição* e sim uma *nova maneira de pensar o já pensado*: propõe-se a *desfazer* o texto da forma com que foi concebido originalmente e revelar as partes dissimuladas que *interditam* novas condutas, ou seja, que impedem a transformação *concreta* e *significativa* de situações da vivência humana. Portanto, a desconstrução não é irracional, ainda que certamente seja pautada por *outra racionalidade* que não a da *razão violenta*.

O termo *grande narrativa jurídico-penal* também pode suscitar questionamentos. Nesse sentido, a utilização do termo implica na consideração de que o discurso jurídico-penal e os saberes jurídico-penais e criminológicos acumulados ao longo dos últimos séculos constituem uma *tradição*. Essa tradição consiste em um conjunto de elementos jurídico-normativos, doutrinários e criminológicos que procuram explicar, normatizar e disciplinar um fenômeno extremamente complexo que é o crime.

Benjamin pensa a *tradição* de forma peculiar, associando o termo aos oprimidos em oposição ao sentido de *contínuo progresso* que deriva dos opressores. Mas por outro lado, Benjamin também considera que a tradição pode ser *apropriada* pela continuidade violenta e *ardilosamente integrada* a ela. No sentido aqui proposto, a inspiração benjaminiana está por trás da pretensão de *arrancar* a transmissão da tradição do *conformismo* que está sempre na

iminência de subjugar-la por completo. É neste sentido que a *centelha da esperança* que Benjamin refere precisa ser *ateada e alimentada*, pois a narrativa jurídico-penal não pode ser entregue aos desígnios do poder punitivo.

Benjamin vê na *ruptura* da concepção de história como progressiva continuidade uma *revolução* e talvez seja isso mesmo que tenha que ser feito: revolucionar o discurso através de novos conceitos e com isso *fomentar* a ampliação da *espessura* das categorias que efetivamente atentam para o que “*dá o que pensar*” no campo jurídico-penal. E isso implica, em grande medida em combate, que vem sendo travado de forma intensa, ainda que insuficiente para atingir o objetivo de *contenção* do poder punitivo.

A narrativa jurídico-penal está longe de ser *unívoca*: historicamente o discurso jurídico-penal sempre foi palco de grandes controvérsias e disputas. Essas disputas foram travadas sob uma pluralidade de aspectos: desde a perspectiva da definição de quem era a *autoridade* capaz de manejá-lo até o próprio *sentido* do discurso em si mesmo, sendo essa a tensão que é propriamente de interesse para o ensaio em questão. A grande narrativa jurídico-penal sempre *oscilou argumentativamente* entre dois pólos: de um lado, o sentido que lhe é geneticamente mais inerente ou ao menos que deveria sê-lo, isto é, a constituição de um *limite ao poder punitivo*; de outro lado e principalmente a partir da metade do século XIX, a *pretensão de defesa social e combate ao crime*. A primeira missão – que é na realidade a única na qual pode efetivamente haver algum sucesso – é em grande medida comprometida pela exigência desmedida de castigo, que sob o pretexto de defesa da sociedade, instala e garante a continuidade do *Estado de exceção*, seja dentro do Estado de Direito ou dentro do Estado Democrático de Direito. Por isso é necessário *reforçar o núcleo de hostilidade* ao poder punitivo que está *impregnado* em várias instâncias da narrativa jurídico-penal, para impedir que elas se curvem diante das exigências de castigo e acabem *instrumentalizadas* por ele.

O discurso penal é por excelência o *lugar* do confronto entre liberdade e anseios de segurança, entre garantias e anseios de prevenção, ou dito de outra forma, entre o limite imposto pela *legalidade* e a *política criminal*, ainda que a legalidade em si mesma esteja perpassada por *construtos* que permitem a sua *suspensão* em nome de uma política criminal de prevenção. Dessa tensão entre o *aspecto de garantia* e o *aspecto de prevenção* decorre o diagnóstico de *crise*, que se estende por todo o sistema. Reside aí o impasse entre a *concretude* da *urgente necessidade* de *contenção*

do poder punitivo ou a metafísica função de proteção de bens jurídicos¹⁵ que escamoteia discursivamente o que é na verdade, um anseio de castigo, falaciosamente legitimado pelas teorias da pena: retribuição, intimidação, ressocialização e inocuização – todas as formas do discurso demonstram o quanto é difícil optar pelo caminho do perdão ou do esquecimento para a cultura ocidental.¹⁶

Por outro lado, no processo penal o confronto se estabelece entre uma estrutura acusatória que permite ao acusado enfrentar o poder punitivo e uma desmedida ambição de verdade, que sob o pretexto de obtenção de uma sagrada verdade real, mata qualquer possibilidade de um processo justo e simultaneamente ignora por completo a complexidade da operação de reconstrução do passado através de rastros.¹⁷

5 – A HEGEMONIA DA RAZÃO VULGAR E DA RAZÃO ARDILOSA

A crise da narrativa jurídico-penal não é contemporânea, mas sim, genética: decorre de impasses constitutivos do discurso jurídico-penal moderno que não foram superados até hoje e que comprometem a sua função de garantia contra o poder punitivo. Tristemente, muitos sequer percebem tais impasses e apenas reproduzem espasmodicamente as mesmas velhas categorias que se prestam tão facilmente a fins espúrios. Será preciso, se necessário for, metaforicamente rasgar suas pálpebras para que enxerguem com o que compactuam. Não há como não pensar – porque é isso que a agonia nos obriga, precisamente, a pensar – no universo finito e amorfo da razão vulgar referida por Timm de Souza:

a razão vulgar é, literalmente, a razão indiferente de cada dia, na qual todas as violências se combinam com a anestesia advinda da massa obtusa de acontecimentos que se precipitam, dando à homogeneização violenta do real a aparência de variedade infinita dos significantes, aparência que não é senão jogo infindo de espelhos que se refletem mutuamente, mas que não são senão imagens autorreplicantes – pois a alternativa verdadeira é

¹⁵ CARVALHO, Salo de. Antimanual de criminologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 90.

¹⁶ RICOEUR, Paul. A memória, a história, o esquecimento. Campinas: Unicamp, 2007. pp.500-501. DERRIDA, Jacques. Le siecle et le pardon. In: Le monde des débats. nº 9, dezembro de 1999. DERRIDA, Jacques. O perdão, a verdade, a reconciliação: qual gênero? In: NASCIMENTO, Evando (org). Jacques Derrida: pensar a desconstrução. São Paulo: Estação Liberdade, 2005.

¹⁷ RICOEUR, Paul. Tempo e narrativa, tomo III. Campinas, SP: Papyrus, 1997. p. 201.

sobremaneira rara, e não se encontra incólume no espaço inóspito da totalização, da Totalidade fática. É a expressão medíocre de um viver por inércia, um semiviver kafkiano, o pretense “habitar” um mundo sem realmente percebê-lo. Pela razão vulgar, transforma-se insignificâncias em relevância, e se retira da relevância seu significado, sua singularidade, inofensibilizando-a. *Suporta-se o insuportável*. O mundo segue por essa via principal; e, mesmo no mundo intelectual da análise, alternativas são, em princípio, desconhecidas ou descartadas; as cores superabundantes, os sons onipresentes, que ofuscam olhos e ouvidos, nada fazem senão reafirmar a vulgaridade homogênea do indiferenciado, ou seja, do *indiferente*.¹⁸

Mas se por um lado a razão vulgar é *hegemônica*, por outro lado, sua existência e proliferação por todos os campos do *não-pensar* não seria possível sem outra razão, mais *sofisticada* e não tão facilmente perceptível, que sustenta a *existência precária* da razão vulgar, sem a qual ela se *dispersaria*. Segundo Timm de Souza, “essa outra razão não obtusa, inteligente, sutil, perspicaz na persecução de seus interesses, denominamos no presente contexto – e sem prejuízo à consagrada expressão ‘razão instrumental’, porém ampliando-a – *razão artilosa*”.¹⁹

Dessa forma, enquanto alguns são tragados pela *corrente da mesmidade* que os leva a reafirmar a continuidade da *violência discursiva hegemônica*, outros estão plenamente conscientes do *caráter maléfico* de certos conceitos e, no entanto, os sustentam com base em *subterfúgios artilosos* que velam o seu *potencial destrutivo*:

a razão artilosa cerca-se a priori de cuidados e credibilidades; procura, antes de mais nada, não chocar, pois qualquer choque é perigoso. Imbuída da difícil tarefa de sustentar a violência e vulgaridade do mundo, essa massa volátil e espasmódica, ao estilo de um exoesqueleto altamente cerebral, é e tem de se mostrar inteligente; o meio-tom intelectual é seu registro, pois não pode mostrar a que veio, mas apenas o que transparece em sua retórica de intenções. Sua violência é adocicada; justifica o injustificável, legítima o ilegítimável a partir da seiva argumentativa que destila desde a profundidade de seus interesses estratégicos; ao organizar

¹⁸ SOUZA, Ricardo Timm de. O Nervo Exposto: Por uma crítica da ideia de razão desde a racionalidade ética. In: Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p.109.

¹⁹ SOUZA, Ricardo Timm de. O Nervo Exposto: Por uma crítica da ideia de razão desde a racionalidade ética. In: Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p.111. Grifos do autor.

os meios disponíveis com relação à meta de atingir determinados fins, exerce de modo extremamente organizado a violência instrumental, pois enuncia o álibi perfeito para dispensar a moral em nome da técnica. A razão arditosa, contraponto exato da razão vulgar e, simultaneamente, sua outra face, sabe exatamente em que consiste e a que veio; mas sua subsistência depende de sua simultânea habilidade em escamotear, tanto suas *razões* reais quanto suas *reais* finalidades, ou seja, em *escamotear a realidade*, aquilo que dá o que pensar: a quantificação violenta do mundo e a anulação do tempo, ou seja, a redução do outro ao mesmo. Dá conta do que lhe perguntam, mas *apenas* disso; oferece conforto a quem navega nos mares tempestuosos da existência; demarca desde sempre seu âmbito de validade, destilando algo que se costuma interpretar como modéstia e prudência e que a torna tão atrativa para espíritos inteligentemente medianos; estranha as coisas nuas, pois reprojeta no mundo, de modo altamente elaborado e formalizado, o que dele recebe: as tensões e forças brutas do existir e do pensar sem limites. Seduz pela razoabilidade e equilíbrio de seus sábios enunciados – e essa é sua primeira e maior habilidade, a da hipocrisia – em um mundo no qual a *própria ideia* de razoabilidade e equilíbrio é indecente.²⁰

A possível relação é mais do que evidente e nos leva a perceber que não podemos ser condescendentes com que o Direito Penal instrumentalizado pelo poder punitivo representa: *uma das expressões mais maléficas da hipocrisia da razão arditosa*. Desde essa perspectiva, os saberes da narrativa jurídico-penal navegam nos mares de uma *sapiência sedada* e que *anestesia*: saberes perpassados por *ardis discursivos altamente sedutores* que justificam o injustificável, legitimam o ilegítimo e adoçam com *ornamentos falaciosos* as violências que consubstanciam. Tudo isso passa na maioria das vezes despercebido pelo *engenho de produção de máquinas acéfalas* que é – *ou acaba sendo* – a (de)formação jurídica, local por excelência de (re)produção infinita da razão vulgar embasada pela razão arditosa. Segundo Timm de Souza,

a razão arditosa apresenta todas as razões possíveis para que a vulgaridade da razão vulgar permaneça opacamente em seu preciso lugar; seu arsenal de ferramentas destinadas a esterilizar o novo é enorme, pois disso depende seu sucesso. Jogo de poder finge-se de oferta de conciliação; estratégia de violência mimetiza-se de sutileza

²⁰ SOUZA, Ricardo Timm de. O Nervo Exposto: Por uma crítica da ideia de razão desde a racionalidade ética. In: Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p.111.

intelectual; recurso de cooptação estende seus tentáculos a cada escaninho do ainda-não, para que nada de novo sobreviva. Finge mortificar-se com os horrores do mundo, quando significa a possibilidade mais profunda de morte da reatividade criativa a esses horrores.²¹

Mas afinal, de que forma se manifesta esse *coito incestuoso* – adotando a expressão de Timm de Souza – entre a razão vulgar e a razão artilosa no discurso jurídico-penal? A resposta é assustadoramente simples: mediante um conjunto de *perguntas-respostas* nos quais os penalistas em geral creem – e a palavra certa é *crença* – piamente. Assim, diante da afirmação – *aqui enfaticamente sustentada e levada ao seu extremo* – de que o Direito Penal deve ser um dique de contenção da torrente do poder punitivo²², alguns deles – quase *todos* – poderão perguntar, de forma vulgar ou artilosa: como assim, conter o poder punitivo? Como pode o Direito *Penal* conter o poder punitivo? E o pior de tudo é ter que reconhecer que a pergunta não é despropositada, em função do *sentido* que a maioria dos penalistas atribui ao Direito Penal. De fato, as *palavras dizem coisas* – ainda que muitas vezes de forma não evidente – e seu *sentido raramente é gratuito*. Pelo contrário, é recheado de *significação* muitas vezes *insuspeitada*.

Afinal, não é o Direito Penal o ramo do ordenamento jurídico que define as condutas lesivas aos bens jurídicos – ações ou omissões – e estabelece as sanções correspondentes, penas ou medidas de segurança? A *especificidade* do Direito Penal não está no que a nomenclatura lhe *designa*, a aptidão de aplicar *penas*, sendo isto o que o *diferencia* dos demais ramos do direito? Não é o Direito Penal o meio de controle social formal que visa a tutela de bens jurídicos, estipulando sanções às lesões mais graves aos bens mais importantes?

Poucos ousariam insurgir-se contra esses *truísmos* tantas vezes afirmados, a ponto de tornarem-se *dogmas inatacáveis*. Quem ousar fazer isso será seguramente taxado de *irracional*, como se a racionalidade – a *única* racionalidade aceitável ou possível – fosse aquela que apenas *nada de acordo com a corrente*. Ora, essas *perguntas-respostas* não são inofensivas. Demarcam um *sentido*, um *lugar* de atuação e os *postulados* de um saber. São encontradas

²¹ SOUZA, Ricardo Timm de. O Nervo Exposto: Por uma crítica da ideia de razão desde a racionalidade ética. In: Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p.112.

²² ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro – I. Rio de Janeiro: Revan, 2003. pp.156-157.

em praticamente *todos* os tratados, cursos e manuais de Direito Penal e reproduzidas em coro *uníssonos, monossilábicos e magisteriais* pelos seus narradores. É através delas que os futuros bacharéis dão os seus primeiros passos e adentram o universo dos *infinitos problemas* – ainda que não percebidos como tais – que orbitam em torno do sistema penal.

E, no entanto, *no entanto*, todas essas *construções discursivas* – apesar dos méritos de algumas delas e intencionalmente reproduzidas com tal intenção ou não – produzem muito pouco além da *legitimação do ilegítimo* por definição. São construções que *confundem* – propositalmente ou não – o Direito Penal com o poder punitivo, enquanto ele deve ser o instrumento de *contenção*, de *manifestação regrada, limitada e coibida* do poder punitivo.

O que esperar afinal do Direito Penal? Direito a *quê*? Para a razão vulgar, municiada pela razão ardilosa, isso é mais do que evidente: direito a *impor penas*, cuja titularidade pertence ao Estado, que tem o monopólio exclusivo do direito de punir. Velhas fórmulas, *surradas e desgastadas* – não que algum dia tenham tido qualquer validade para além das violências que *pseudo-legitimam* – mas que permanecem sendo continuamente e *pedagogicamente* proferidas. Quando a terminologia é discutida nos cursos, manuais e tratados, a discussão limita-se a dizer que o outro termo utilizado – a *falsa alternativa* denominada Direito Criminal – encontra menor difusão e que o termo Direito Penal é mais correto, apesar de certa imprecisão, devido à incorporação tardia das medidas de segurança. O problema está *diante* dos penalistas, que optam por deliberadamente *desviarem-se dele*. Novamente recorremos a Timm de Souza para designar a razão ardilosa:

esse é o modelo de razão hegemônico nas altas esferas do pensamento bem-comportado. Sua violência e efetividade esterilizante é inversamente proporcional à sua apreensibilidade por um espírito imaturo ou pouco curtido pelo real. Segue seu compasso de morte, que toma, a cada momento, a aparência – embora modesta – de vida do espírito.²³

Provocar abalos nessa visão quase *monolítica* é muito mais do que uma jornada de cunho científico: estabelecer o Direito Penal como meio de contenção do poder punitivo é o que *outra dimensão*

²³ SOUZA, Ricardo Timm de. O Nervo Exposto: Por uma crítica da ideia de razão desde a racionalidade ética. In: Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. pp.112-113.

de racionalidade que não a do ardil – a *racionalidade ética* – exige. E esse *sentido* não é produto dos *devaneios* de uma mente que procura designar ao discurso jurídico-penal um *horizonte compreensivo* que lhe é *alienígena*. Ou será possível conceber-se que o *único aspecto consequencial* da intervenção jurídico-penal é a imposição de penas? Não terá sido *realizado* o Direito Penal quando é reconhecida a existência de uma causa de justificação, como a legítima defesa? Não será a teoria do delito – que estabelece o crime como *fato típico, antijurídico e culpável* – um *formidável construto narrativo* de contenção do poder punitivo, quando devidamente respeitada? Não será a *exigência* de que somente o *devido processo legal* pode ser aceito como caminho – o *único* caminho – necessário²⁴ para a imposição da pena uma deliberada forma de tentar conter a *exigência de castigo* que o poder punitivo procura impor aos que designa como seus inimigos? Não será a experiência vivida pelos desafortunados recolhidos ao sistema penal prova de que quem pune é o poder punitivo, uma vez que o direito não consegue conter a *violência institucional* que lá se dá – nas *masmorras* que chamamos de prisões – e que está para *além* de qualquer previsão legal?

O poder punitivo e o Direito Penal são *coisas distintas* e o processo penal não é o *lugar de realização* do direito de punir: é o local em que o cidadão pode defender-se diante da eventual *manifestação arbitrária* desse poder punitivo. Esse caráter deve ser afirmado *imediatamente* e de forma *incisiva e irrenunciável*.

No entanto, o discurso legitimador do poder punitivo *subverte e perverte* o *sentido* da intervenção jurídico-penal, em nome da *exigência de castigo* que será *discursivamente velada* sob vários nomes: tutela de bens jurídicos, verdade real, prevenção geral, defesa da sociedade, clamor público... são tantas *nomenclaturas* e tantos *termos* – apenas para dizer o que devia ser *indizível* – que chega a representar *tarefa irrealizável* catalogar a todos. É precisamente neste *espaço discursivo catastrófico* que a razão vulgar e a razão ardilosa se encontram para produzir *danos incomensuráveis* aos corpos nos quais o poder punitivo é *aplicado*, de forma verticalizada e incisiva, como tem sido ao que parece, desde *sempre*.

Ao contrário do que a maioria dos penalistas *crê*, o advento da narrativa jurídico-penal moderna não alterou de forma satisfatória

²⁴ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional: Volume 1. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.6.

o quadro de arbitrariedade das práticas punitivas, pois o *sentido* da intervenção jurídico-penal é continuamente *deslocado* para continuar a favorecer a incidência do poder punitivo sob a *máscara regrada* da legalidade. Não por acaso, Timm de Souza refere a necessidade de “[...] evasão do alcance paralisante da poderosa Medusa imoral em que se constitui a combinação maciça entre razão vulgar e razão ardilosa que consoma o ‘estado de exceção em que vivemos’”.²⁵

Novamente deve ser afirmado: o Direito Penal e o poder punitivo não se confundem ou *tragicamente* – *porque é trágico ter que dizê-lo* – *não devem se confundir*. Prova disso é que o Estado pode punir sem valer-se do Direito Penal. Não só pode, como o fez tanto *antes* quanto *depois* do desenvolvimento da narrativa jurídico-penal moderna em Estados totalitários e ditatoriais. A diferença é que em tais situações extremas a violência institucional não é *velada* pela *aparência da legalidade*, pois o *efeito* é muito mais difícil de ser obtido diante de uma barbárie que, nesses casos, mostra-se muito mais *visível* do que a atual. Portanto, é urgente *banir* do discurso penal as categorias que *comprometem* o seu caráter de contenção do poder punitivo e que estabelecem discursivamente a *antinomia* – que para muitos não existe, pois consideram que as funções são compatíveis – entre a prevenção e a contenção.

Uma demonstração do *potencial destrutivo renovado* da atribuição ao Direito Penal da *metafísica função de proteção de bens jurídicos* pode ser encontrada na releitura contemporânea do princípio da proporcionalidade como “proibição de insuficiência”, em oposição ao sentido de “proibição de excesso” que lhe é inerente. Em nome dessa redimensionada “*proporcionalidade*” o aparato punitivo policialesco encontra espaço para *desvirtuar* por completo o *sentido* do devido processo legal em nome de um suposto *in dubio pro societate*, para não “vulnerar” bens jurídicos do mais alto relevo social. Isso sem falar na contínua hipertrofia da legislação penal, nos anseios pela redução da maioria penal ou no clamor pela ampliação das penas. Tudo devidamente *perfumado* pela legalidade e, diga-se de passagem, com os devidos *aplausos midiáticos*, que lucram incessantemente com a *espetacularização* dessas violências institucionais. Enfim, são *infinitos* os problemas, que aqui são apenas superficialmente e preliminarmente suscitados e denunciados.

²⁵ SOUZA, Ricardo Timm de. O Nervo Exposto: Por uma crítica da ideia de razão desde a racionalidade ética. In: Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p.114.

6 – O ESTADO DE EXCEÇÃO NAS PRÁTICAS PUNITIVAS

A questão fundamental é que *no espaço aberto pela antinomia entre as supostas necessidades preventivas e as exigências éticas de contenção do poder punitivo, os danos produzidos são imensos*. Eis aí o *grande insucesso* da narrativa jurídico-penal: sua falha em *triumfar* no desafio de conter o *Estado de exceção*, o que por sua vez assegura a permanência da opressão dos menos afortunados – muitas vezes tratados como *não-pessoas* –, principalmente em sociedades com altos índices de exclusão, como a brasileira. Essa *conclusão inafastável* novamente nos leva a Benjamin: para ele, o *Estado de exceção em que vivemos é a regra*, um pensamento que certamente é inquietante e que foi aprofundado por Agamben. Para *demarcar* o sentido da expressão, deve ser dito que o Estado de exceção foi *vivido* e inequivocamente *ainda se vive* no âmbito das práticas punitivas. Como assinala Agamben, a máquina do Estado de exceção não cessou de funcionar desde o início do século XX, tendo atingido hoje exatamente o seu máximo desdobramento planetário.²⁶

Não há como negar que a afirmação de Benjamin é ousada e pode causar *perplexidade* se tomada fora do contexto em que foi pensada, especialmente para aqueles que já estão *institucionalizados* por uma *forma de pensar que anestesia o próprio pensar*. Seu emprego em um ensaio contemporâneo pode conduzir o leitor a duas impressões muito distintas: alguns podem concluir que é um despropósito afirmar que vivenciamos um Estado de exceção, *resistência típica* de quem se sente agredido diante do *novo*, que por excelência perturba o seu *sono dogmático*; outros podem concluir – em sentido *radicalmente oposto* – que a narrativa jurídico-penal é de tal forma *integrante* dessa *maquinaria de poder* que a sua superação seria *desejável* e *urgente* para a superação do próprio *Estado de exceção*. As duas reações são equivocadas a nosso ver, ainda que de formas absolutamente distintas.

De fato, o discurso dos penalistas está *impregnado* de categorias e sentidos que *comprometem* a exigência que lhe é feita em um Estado Democrático de Direito: *impedir* a incidência arbitrária do poder punitivo. Nesta *incapacidade* reside a *permanência* do *Estado de exceção*, que é *experimentado* na carne daqueles que vivenciam rotineiramente a violência das práticas punitivas. Por outro lado, (e é muito importante enfatizar isso, para que o leitor não

²⁶ AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. São Paulo: Boitempo, 2008. p.131.

tenha essa impressão diante da *radicalidade* do que é proposto) isso não significa que essa *tradição* – no sentido hermenêutico do termo – deva ser *desprezada*, ou que *fundamente* o próprio Estado de exceção. Pelo contrário, como dito anteriormente, trata-se *justamente* de recuperar o potencial subversivo do discurso jurídico-penal no *sentido* que lhe é efetivamente constitutivo. Esse movimento de *reescrita narrativa* implica na *recusa veemente* dos *impasses genéticos*, bem como da impregnação por categorias que *minaram* o potencial libertário do discurso penal ao longo do tempo, em nome de uma *suposta* defesa social. Portanto, trata-se de *reencontrar a tradição* e de *extirpá-la do conformismo* que sob alguns aspectos *compromete* o seu sentido último. Desconsiderar o *aspecto de garantia* que o Direito Penal representa e pura e simplesmente *renegá-lo* não pode ser seriamente considerado como o caminho a seguir, pelo menos no contexto contemporâneo. Isso não significa que alternativas não sejam desejáveis em alguns casos, mas por outro lado, significa dizer que a substituição do Direito Penal por outras formas de sanção poderia dar luz a mecanismos ainda menos aptos a conter o poder punitivo, que na verdade *extrapola* o controle estatal. Afinal, o poder punitivo está *para além* do domínio do Estado, ainda que seja fundamentalmente exercido por ele: o *discurso punitivista* é manejado por inúmeros atores sociais, que desempenham os mais variados papéis na *dinâmica de funcionamento* das práticas punitivas e das agências de punitividade.

7 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta de *desconstrução* e *reescrita* dos fundamentos da narrativa jurídico-penal a partir de outras bases parte da premissa de que é necessário, sobretudo, reconhecer o *imenso potencial de produção de danos* que é inerente ao sistema e assim *reestruturá-lo* para *reduzir ao mínimo possível* essas possibilidades. Evidentemente essa proposta parte de um *lugar*. Projeta-se a partir de um *horizonte compreensivo* decididamente comprometido com convicções que lhe são *próprias* e que implicam em *escolhas* cujo caráter não deixa de ser, em última instância, *político e ético*.

O *gesto da escrita* é, em si mesmo, um *gesto político*, uma *ação política*. Ou seja, vincula-se a uma determinada forma de *ver o mundo e de se ver no mundo*. Uma forma que não é necessariamente a melhor, ou coloca-se como a *verdadeira*: portanto, não é proposto aqui um discurso projetado para

estabelecer a “verdadeira natureza da narrativa jurídico-penal”, mas para *chocar* o leitor, justamente o *oposto* do que a razão artilosa busca fazer (e *faz*). Chocar não pura e simplesmente para *espantar* ou *desiludir*, mas para que ele *desperte* do sono *dogmático* da *reprodução impensada* de categorias que servem a *propósitos espúrios*, como o *jus puniendi*, a *verdade real*, as *teorias da pena* (em todas as suas vertentes destinadas a legitimar o ilegítimo) e tantas outras *violências discursivas* que impedem que a *realidade concreta* para além da narrativa jurídico-penal seja *qualitativamente transformada*. Realidade concreta que deve ser pensada *conjuntamente* com a dimensão normativa, pois o *esquecimento das coisas* em nome da *vontade de sistema* apenas serviu para *constituir subterfúgios* que permitiram – e permitem – a continuidade da dominação de uma *tradição inquisitorial* nas práticas punitivas.

É urgente reconhecer que uma *cultura jurídica* – da qual a narrativa jurídico-penal é apenas uma *parte* – é integrada por elementos que *extrapolam* o direito positivo: o direito é simultaneamente *produzido pelo político e produtor do político*. É elemento-chave dentro de uma determinada *anatomia política* sem a qual a cultura jurídica é *impensável e incompreensível* e que se situa em um espaço móvel de *luta e confronto* no qual a *homogeneidade não é a regra*. Sua dinâmica se dá em um *espaço permeável, fluído*, em *perpétua construção*, constantemente em *mobilidade, adaptação e disputa*, que é marcado por *espaços de dominação, discordância e resistência*, ainda que esses espaços sejam restritos em alguma medida face aos limites do direito positivo. Portanto, uma vez que está inserida nessa dinâmica de *perpétuo fluxo e movimento*, nada poderia estar mais distante da *fixidez a-histórica* do que uma *cultura jurídica*, que é por excelência perpassada por elementos sociais, políticos, culturais e econômicos que *extrapolam* o texto legal.

No entanto, ainda que se conformem a *espaços historicamente construídos*, as disputas dentro do universo de uma cultura jurídica também contribuem para a *construção desses próprios espaços*, motivo pelo qual certamente *vale a pena lutar*. A história está *em aberto, por fazer*. É precisamente nesse sentido que Derrida, apesar de diferenciar justiça e direito – como *deve sê-lo* – refere que “esse excesso da justiça sobre o direito e sobre o cálculo, esse transbordamento do inapresentável sobre o determinável, não pode e não deve servir de *álibi* para ausentar-se das lutas jurídico-

políticas, no interior de uma instituição ou de um Estado, entre instituições e entre Estados”.²⁷

Como refere Derrida, “abandonada a si mesma, a idéia incalculável e doadora da justiça está sempre mais perto do mal, ou do pior, pois ela pode sempre ser reapropriada pelo mais perverso dos cálculos”.²⁸ A partir dessa percepção, o que é proposto aqui não é nada menos do que o *restabelecimento da disputa em novos termos*, a partir da *radical proposta de desconstrução das categorias discursivas* que consubstanciam práticas punitivas autoritárias, conferindo *legitimidade ao ilegítimo*.

Nesse sentido, o texto é decididamente dirigido a fazer com que convicções arraigadas sejam postas em questão. A *vitória* – no sentido de *sensibilização e adesão* a um pensar que é proposto como *libertário* – pode significar, assim como em Benjamin, um passo a mais na *emancipação dos oprimidos*. Escovar a história a contrapelo não é apenas uma questão de *memória*, mas de *insurgência*: de engajamento contra a (re)produção da violência institucionalizada e chancelada pelo Estado (de exceção). Não há aqui qualquer *saudosismo impensado*, ou *nostalgia do não-vivido*. Não há pretensão de resgate de um *caráter original e puro*, de um *discurso de origem* que se perdeu nas *brumas do tempo*. Pelo contrário: é necessário romper com a *identificação automática* que os penalistas têm com uma história do Direito Penal que *glorifica e celebra* o próprio Direito Penal, como se a arbitrariedade do poder punitivo estivesse *plenamente contida*, ou como se um núcleo moderno e putrefato de pensar pudesse significativamente contê-la. É urgente *dissecar* a grande narrativa jurídico-penal: *abalar as estruturas do pensamento* e ver o que *remanesce*, o que se *sustenta*, o que pode contribuir para fazer com que a *realidade concreta* deixe de ser o *lugar do insuportável*, ou ao menos, fazer com que esse *insuportável* deixe de ser *percebido como suportável*, o que é imprescindível para que *qualquer mudança ocorra*. Talvez quando isso acontecer, o *verdadeiro Estado de exceção* – no sentido benjaminiano – possa se instalar: um *Estado em que não exista mais opressão*.

É com essa intenção que a tarefa de *desconstrução* da grande narrativa do poder punitivo deve partir de uma *inspiração*

²⁷ DERRIDA, Jacques. Força de lei: o fundamento místico da autoridade. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.55.

²⁸ DERRIDA, Jacques. Força de lei: o fundamento místico da autoridade. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.55.

benjaminiana. Benjamin fala em conscientemente *explodir o contínuo da história: escovar a história a contrapelo* significa uma *recusa explícita* em celebrar a *continuidade da violência* implicada nos termos evolução, progresso e civilização. Significa reconhecer que a história expressa uma luta entre opressores e oprimidos e que nessa luta, o *inimigo não tem cessado de vencer*, impondo *violentamente a transmissão dos documentos* que asseguram a *continuidade da sua barbárie*. Significa afirmar que *deixado à sua própria sorte*, o *curso da história* não conduzirá à extinção dos suplícios pela *progressiva racionalização* das práticas punitivas. Significa *interpretar* a história sob o ponto de vista dos *vencidos* e não dos *vencedores*, desde uma (re)leitura fundamentada na *racionalidade ética*, radicalmente oposta à *razão dominante*. Enfim, significa *recusar veementemente* tudo que há no discurso – tudo que há no *direito* – que renega de forma escandalosa a exigência – mesmo que impossível de ser satisfeita e inesgotável – de *justiça*.

REFERÊNCIAS:

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2008.
- BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. In: **Magia e técnica, arte e política**: ensaios sobre literatura e história da cultura. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. Le siecle et le pardon. In: **Le monde des débats**. nº 9, dezembro de 1999.
- _____. O perdão, a verdade, a reconciliação: qual gênero? In: NASCIMENTO, Evando (org). **Jacques Derrida**: pensar a desconstrução. São Paulo: Estação Liberdade, 2005.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.
- _____. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2008.
- GAUER, Ruth M. Chittó. Falar em tempo, viver o tempo! In: **Tempo/história**. GAUER, Ruth M. Chittó (coord.) DA SILVA, Mozart Linhares (org). Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.
- LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional: Volume 1**. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MUNÕZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo:** estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento.** Campinas: Unicamp, 2007.

RICOEUR, Paul. **Tempo e narrativa, tomo III.** Campinas, SP: Papyrus, 1997.

SOUZA, Ricardo Timm de. O Nervo Exposto: por uma crítica da ideia de razão desde a racionalidade ética. In: **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Justiça em seus termos:** dignidade humana, dignidade do mundo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I.** Rio de Janeiro: Revan, 2003