



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Igor Luis Pereira e Silva

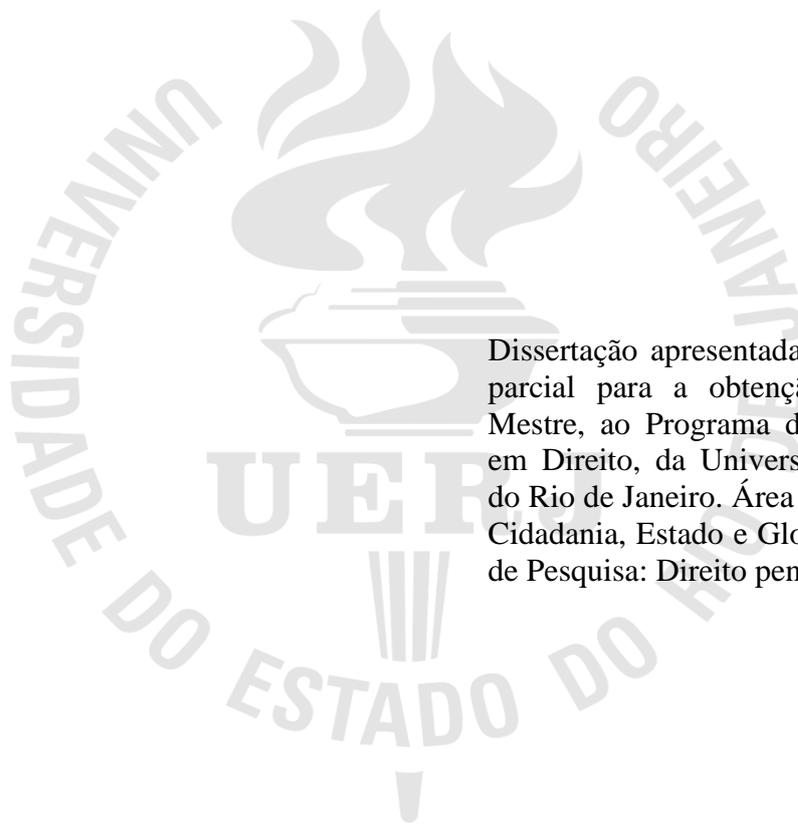
Teoria desconstrucionista da decisão criminal

Rio de Janeiro

2012

Igor Luis Pereira e Silva

Teoria desconstrucionista da decisão criminal



Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito penal.

Orientador: Prof. Dr. Jorge Luis Fortes Pinheiro da Câmara

Rio de Janeiro

2012

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S586

Silva, Igor Luis Pereira e.
Teoria desconstrucionista da decisão criminal/ Igor Luis Pereira e
Silva. - 2012.
160 f.

Orientador: Prof. Dr. Jorge Luis Fortes Pinheiro da Câmara.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Direito penal -Teses. 2.Democracia- Teses. 3.Violência (Direito) –
Teses. I. Câmara, Jorge Luis Fortes Pinheiro da. Universidade do Estado do
Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.9

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Igor Luis Pereira e Silva

Teoria desconstrucionista da decisão criminal

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito penal.

Aprovada em 06 de setembro de 2012.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Jorge Luis Fortes Pinheiro da Câmara (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Heitor Costa Junior

Faculdade de Direito - UERJ

Prof^a. Dra. Rachel Barros Nigro

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2012

DEDICATÓRIA

Francisco Calixto Eloy da Silva *in memoriam*.

AGRADECIMENTOS

Agradecer é uma tarefa difícil. É impossível não ser ingrato, certamente. Sempre falta algo nessa realidade rica de pessoas imprescindíveis. Portanto, agradeço primeiramente aos amigos sem exceções, o que me parece ser o ato possível de agradecimento mais “justo” e “injusto” todos.

No clichê mais querido, agradeço à família pela paciência e colaboração. Aos meus pais, Jorge Luis Ribeiro da Silva e Cheila Mara Pereira da Silva, pelo esforço e sacrifício em fornecer os meios possíveis e impossíveis para a minha educação. As minhas avós, Elza Pereira da Silva e Herli Silva, por terem cuidado de mim com tanto carinho, incluindo os filmes assistidos e os jogos de carta.

Ao meu avô Francisco Calixto Eloy da Silva, que desvendou o mistério durante o meu processo de mestrado, fica muita saudade. Faz parte da desconstrução, mas dói bastante. Cuide de nós, pois precisaremos. O amor continua sendo grande, do tamanho da desconstrução.

À querida Ísis de Almeida Silva, pelo esforço em me auxiliar nos momentos mais importantes deste trabalho. A sua dedicação foi bonita e inescapável. Agradeço por todo carinho.

Ao meu orientador e amigo Jorge Luis Fortes Pinheiro da Câmara, agradeço o trabalho aguerrido e as oportunidades concedidas. Obrigado pela coerência e pela liberdade. Nada mais digno e inteligente do que permitir ao outro ser livre. Prometo que ainda escreverei um artigo sobre Husserl.

Ao professor Heitor Costa Junior, por ter me aceito como pupilo da prática discente e me ensinado que ser espontâneo é o melhor caminho. À professora Raquel de Barros Nigro, por ter me ensinado filosofia, com coragem, já no primeiro período da graduação.

Ao meu amigo, professor e companheiro de advocacia Rafael de Castro Alves Medina, agradeço pelas conversas profícuas, pela vontade de vencer e pela política da amizade que sempre defendemos.

Ao professor Juarez Tavares, por ter me ensinado com tanta qualidade e liberdade.

Ao professor José Baptista de Oliveira Júnior, agradeço por acreditar em mim e por entender que processos educacionais de qualidade levam tempo. Em um mundo desencantado, há que se manter firme e tentar fazer alguma diferença pela educação. Diante das resistências, diria Paulo Freire para ficarmos com a “boniteza”. Ao professor e amigo Farlei Martins

Riccio, agradeço a liberdade de pesquisar e os incentivos incondicionais. À professora Roberta Pedrinha, por ter me compreendido e me ajudado a “entender” como funcionam as coisas na educação brasileira.

Aos meus companheiros de turma da UERJ, agradeço pelas discussões proveitosas, acirradas e, por isso, vividas. A tolerância marcou e marcará o tempo das amizades criadas.

Aos amigos, professores, alunos, diretores e funcionários da UERJ, obrigado por terem me recepcionado tão bem, por terem me aceito por dois anos como representante discente da pós-graduação. Experimentei durante esse período ampla liberdade de expressão. Pude pesquisar o que quis. Fui tão bem tratado por todos da Instituição, que fico até sem palavras. Faço uma menção querida aos que participaram comigo do Colegiado da Pós-Graduação da UERJ: Patrícia Glioche, Adilson Pires, Ricardo Lodi, Antonio Madureira, Carmen Tibúrcio, Carlos Guerra, Daniel Sarmento, Paulo Emílio, Flávio Mirza, Carmen Tibúrcio, José Ricardo Cunha, Alexandre Assumpção e Carlos Edison.

“Eu disse que ainda não tinha começado. Talvez eu não comece nunca, e talvez este colóquio fique sem *keynote*. No entanto, já comecei.”

“O perigo começa quando os objetivos se tornam impessoais; os revolucionários movidos por interesse impessoal podem considerar todos os defensores da ordem vigente como pessoalmente interessados, sentindo-se então superiores a eles.”

Nietzsche

“A Desconstrução não é o que você pensa.”

RESUMO

PEREIRA, Igor. *Teoria desconstrucionista da decisão criminal*. 2012. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

A presente dissertação tem como objetivo abordar de forma crítica e reflexiva a questão da decisão criminal como marco para a democracia, valendo-se do pensamento do filósofo francês Jacques Derrida como sustento à reflexão. Pretende ainda apontar dicotomias no caminho que se percorre até a decisão criminal, além de analisar o próprio juízo como ser que antecede a decisão em si; além disso, busca examinar como a racionalidade infiltra no Direito e quais são os possíveis reflexos desse na sentença que se proferirá. Assim sendo, o trabalho examina as implicações da desconstrução no Direito Criminal. Por fim, pretende-se contribuir para que se assente no leitor o entendimento de que a decisão criminal pode ser repensada de diversos modos e que o Direito não é e não será um fim em mesmo, podendo fazer uso de pensamentos outros para se alcançar o mote que sustenta nossa sociedade, isto é, a democracia.

Palavras-chave: Direito Penal. Desconstrução. Democracia. Violência. Jacques Derrida.

ABSTRACT

PEREIRA, Igor. *The deconstruction theory of criminal sentences*. 2012. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

The following master dissertation aims to address critically and reflectively the issue of criminal decision as a landmark for democracy, using the thought of the french philosopher Jacques Derrida as support for reflection. Would also like to point out dichotomies in the way it runs until the criminal decision, besides analyzing the judgment itself as being prior to the decision, in addition, it analyzes how the rationality infiltrates the law and what are the possible consequences of this judgment on what if render. Finally, we intend to contribute to the reader based on the understanding that the criminal decision can be reconsidered in different ways and that the law is not and will not be an end.

Keywords: Criminal Law. Deconstruction. Democracy. Jacques Derrida.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	14
1	PRIMEIRAS LINHAS SOBRE A DESCONSTRUÇÃO	19
1.1	Desconstrução – Contextualizações e diretrizes ao entendimento	22
1.1.1	<u>O “acontecer” da desconstrução</u>	22
1.1.2	<u>Dogmatismo, democracia, política e outros entrelaces desconstrucionistas</u>	25
1.2	Reflexões Sobre as Categorias Derridianas	26
1.2.1	<u>Différance</u>	26
1.2.2	<u>Democracia e Decisão</u>	27
1.2.3	<u>Democracia e Política</u>	28
1.2.4	<u>A Política da Amizade</u>	30
1.2.5	<u>Democracia e amizade: possibilidades e exclusividades</u>	32
1.2.6	<u>A decisão criminal e a questão da amizade: a fragilidade do réu</u>	34
2	UM OLHAR SOBRE O “DECIDIR”: QUANDO A LEI AFRONTA A “JUSTIÇA”	36
2.1	A Desconstrução do Princípio da Legalidade: reflexões sobre Nuremberg ...	37
2.2	A crucialidade da legalidade para o Direito Penal	39
2.3	A legalidade no Tribunal de Nuremberg	47
2.4	A desconstrução da legalidade no Tribunal de Nuremberg	53
3	PONDERANDO A CRIMINALIZAÇÃO: O ESTRANGEIRO E A HOSPITALIDADE	60
3.1	O desafio nascer e ser cidadão. O direito como instrumento democrático	62
3.2	O “cálculo democrático-criminal” de estrangeiros e a ordem econômico-social interna sustentada pela decisão criminal	64
3.3	A Hospitalidade e a sua universalização: Um debate entre Kant e Derrida ..	67

4	A LEI EM SEU TEMPO: O DIREITO, A JUSTIÇA E A DESCONSTRUÇÃO	71
4.1	A desconstrução do direito em Jacques Derrida	75
4.1.1	<u>To enforce the law</u>	77
4.1.2	<u>O fundamento místico da autoridade</u>	80
5	A JUSTIÇA PORVIR NO DIREITO QUE SE QUESTIONA	84
5.1	A linguagem e a legalidade como “instrumentos possíveis” da justiça que se pretende	85
5.2	O perigoso caminho às margens da lei: concepções políticas e desconstrucionistas em matéria criminal	87
5.3	“Navegar é preciso!”: a relevância da desconstrução do direito	89
6	A RESPEITO DA VIOLÊNCIA	92
6.1	Percepções das “injustiças”	94
6.2	Direito em tempo de terror	97
6.3	Os limites da segurança pública em face do terror	99
6.4	A desconstrução da repressão ao terrorismo	102
6.5	Em linhas gerais	104
7	A PROPÓSITO E DIANTE DA IDEOLOGIA	105
7.1	A decisão criminal e a aplicação da pena frente aos ditames ideológicos	108
7.2	Políticas totalitárias e a decisão criminal. A fragilidade do conhecimento como escusa ao equívoco.	112
7.3	Novos pontos: políticas sociais e o novo agir	115
7.4	Um árduo e necessário caminho a seguir	121
7.5	Figurando a linguagem criminal	123
7.6	“Enfim, decido.”	127
8	OPOSIÇÕES BINÁRIAS DO DIREITO CRIMINAL	128
8.1	A Máquina de Calcular do Direito Criminal	129
8.2	O cálculo e as três aporias	135
9	O VÉRTICE EM ROXIN À TEORIA DESCONSTRUCIONISTA	141
9.1	A Necessidade da Pena em Claus Roxin	143

CONCLUSÃO.....	151
REFERÊNCIAS.....	155

INTRODUÇÃO

O Direito Criminal é a *ultima ratio* do sistema jurídico. Essa é uma das assertivas clássicas da nossa disciplina. Em uma leitura tradicional, esse ramo do Direito atua como última medida interventiva estatal para lidar com conflitos na sociedade. Essa característica de ser o último denota algo de excepcional em sua existência. É a última incidência no sistema jurídico, pois as sanções criminais são mais drásticas e na maioria das vezes mais aflitivas do que as civis ou as administrativas. Há que se tentar apaziguar ou pelo menos lidar, com o mínimo de força possível. Trata-se de postulado básico de economia. É uma questão de proporcionalidade. Se eu posso atingir um determinado resultado com menos dispêndio de energia, não há porque empregar mais força na tarefa. Deve-se buscar mais com o mínimo. Logo, se em uma determinada situação é necessário ativar o sistema criminal para atingir determinados resultados, há que se fazer com exponencial responsabilidade. Isso porque a sua incidência pressupõe a insuficiência ou inadequação de princípios jurídicos e sanções mais suaves. O Direito Criminal abrange graus consideráveis de força, em razão da gravidade do problema, representando uma situação de excepcionalidade¹. Força, gravidade e excepcionalidade são palavras que trilham o campo de incidência desse direito.

Essa simples estrutura chama a decisão à prova, ou seja, tem-se na decisão criminal um denso grau de responsabilidade, que ultrapassa a contida em regra na exigente empreitada de decidir, porque a sanção criminal atinge a liberdade e simboliza o crime no criminoso. Interioriza o fato no agente, por mais que esse tenha que ser julgado tendo como parâmetro aquele. O que é excepcional não pode ser decidido corriqueiramente. É preciso cuidado, tino e prudência. Trata-se de um chamado de responsabilidade. A excepcionalidade e a responsabilidade são polos que exigem mútua assistência. Há que se investigar, por conseguinte, os parâmetros para que se tenha uma decisão em matéria criminal sensata e democrática.

Dessarte, o pensamento político da desconstrução está afinado para conferir outra percepção aos problemas criminais, uma vez que ela é o caminho mais ético e político para a

¹ Reconhece-se que o Direito Criminal está inflado de questões puramente moralistas ou de conveniência política. Essa inflação representa um direito apenas formalmente criminal, produzindo sanções materialmente criminais. Tal situação é indesejável e produz anomalias. Dependendo da abordagem, haveria a necessidade de um estudo específico do processo legislativo criminal de uma determinada época ou da investigação da existência ou não de um conceito natural de crime. Apesar de importantes, esses problemas transbordam os limites desta dissertação, que se concentra na busca de parâmetros democráticos para a decisão criminal.

descoberta da decisão e da responsabilidade². As aberturas da desconstrução permitem que se tenha em conta o que implica uma decisão responsável. Essa passa – e precisa passar, até por questões constitucionais – pelo crivo da democracia, que é processo de desconstrução³. Em um primeiro momento, portanto, tem-se que esclarecer a questão da democracia, na perspectiva do pensamento político de Jacques Derrida, principalmente à luz da sua obra *The Politics of Friendship*⁴. A partir dessa concepção de democracia será possível estabelecer algo sobre uma decisão criminal democrática, sendo o início da demonstração da importância de Derrida para o pensamento jurídico-político-criminal.

Aliás, trata-se de uma matriz política que ultrapassa o relativismo. No pensamento derridiano, ao invés de ausência de política, há excesso. Segundo o professor Alex Thomson, são essas excessivas e desconcertantes implicações políticas, que torna o viés político da desconstrução “quase irreconhecível”⁵.

Esse quase reconhecimento trilha na própria “tradição” em que a desconstrução está inserida. A movediça percepção acerca do terreno do mundo faz parte do que David Wood denominou de “sociedade dos amigos da diferença”. Nela estão inseridos Heráclito, Nietzsche, Saussure, Freud, Adorno, Heidegger, Levinas, Deleuze e Lyotard. Nas palavras de Wood:

Uma sociedade dos amigos da diferença teria que incluir Heráclito, Nietzsche, Saussure, Freud, Adorno, Heidegger, Levinas, Deleuze e Lyotard entre os seus membros mais proeminentes. É tentador pensar sobre eles como constituindo uma tradição filosófica distinta, uma em que seriam enfatizadas a dissonância, a separação, a disparidade, a pluralidade, a distinção, a mudança, contra aqueles que continuam a procurar a unidade, a identidade, a presença, a permanência, as fundações, as estruturas e as essências.⁶ (tradução nossa).

² THOMSON, Alex. *Deconstruction and democracy*. London: Continuum, 2007, p. 1. Ao colocar a desconstrução como elemento crucial para a compreensão da decisão e da responsabilidade, não se quer excluir as outras matrizes teóricas ou colocá-las como figurantes do debate intelectual. Basta pensar que a desconstrução implica a leitura de textos dos outros, tornando-se imprescindível haver algo a ser lido para se ter o implícito e o não-dito. A desconstrução é importante dentro de um contexto e se faz no rastro. A desconstrução é uma palavra no meio das outras. Ibid., p. 4: “All these words – which Rodolphe Gasché labels ‘infrastructures’ in his *The Tain of the Mirror* and which it has become commonplace to call ‘quasitranscendentals’- operate within particular texts of Derrida’s in broadly comparable ways. ‘Deconstruction’ is on word among the others on the list – some of which are borrowed from other texts, some of which are neologisms suggested by the structure which Derrida has found at work in the text under consideration – rather than the transcendental guarantor of the list’s identity. ‘Deconstruction’ is an example of ‘the trace’ as much as ‘the trace’ is an example of ‘deconstruction’.

³ É natural ao leitor atento que se sinta aturdido pela desconstrução. Quando se está diante de um escrito desconstrucionista, tem-se a tentação de perseguir o conceito, de “alcançar” o sentido da desconstrução, de tê-la em si-mesma. Tal pretensão derrapa no escorregadio processo do mundo. A desconstrução resiste às conceituações. No entanto, em capítulo posterior desta dissertação é enfrentado o risco de explicá-la, sem esgotá-la.

⁴ DERRIDA, Jacques. *Politics of friendship*. Translated by George Collins. London : Verso, 1997.

⁵ THOMSON, Alex. *Op. cit.*, nota 2. p. 2.

⁶ WOOD, David. “Introduction”. In: BERNASCONI, Robert; WOOD, David (Eds.). *Derrida and Differánce*. Illinois: Northwestern University Press, 1988, p. ix: “A Society of the Friends of the Difference would have to include Heraclitus, Nietzsche, Saussure, Freud, Adorno, Heidegger, Levinas, Deleuze, and Lyotard among its most prominent members. It is tempting to think of these figures as constituting a distinct philosophical tradition, one which would emphasize dissonance,

Partindo da premissa de que seria razoável a existência dessa tradição teórica distinta, marcada pela diferença, tem-se a possibilidade de desenvolver, pelo menos numa primeira análise, um pensamento que junte esses autores, produzindo leituras diferenciadas. Todavia, a empreitada seria hercúlea, representando o trabalho de uma vida de um espírito responsável. Incurções razoáveis nesse sentido teriam que passar pelo problema das diferenças entre as diferenças, questionando as junções e ressaltando as disjunções entre esses autores, colocando em xeque a tentação de imaginar tal sociedade. Diz Wood: “Unidos pela sua afeição pela diferença, nada garante que é a mesma diferença que conta para cada um, ou que conta da mesma maneira”⁷. Trata-se mais de uma sociedade imaginária do que real.

Considerando que a dissertação é quase um exercício de alfabetização acadêmica – onde se dá os primeiros passos – e sendo complexo o estudo de mais de um autor, demandando tempo e árdua maturação, parece prudente concentrar os esforços na apresentação do pensamento jurídico-político derridiano, referindo-o ao Direito Criminal, mais especificamente à decisão criminal, e limitar-se a tratar de outros autores nos pontos em que Derrida abordar nas obras pesquisadas. Tarefa que por si já é pretensiosa, mas mantém um recorte nítido.

Dito isso, passa-se à segunda parte da assertiva de Wood, em que se recorta a “tradição” filosófica do diferente de uma que procura a unidade - aqui há que se tomar o cuidado de não se estagnar a diferença⁸ em um jogo de dicotomias -. O enfoque dissonante do viés político derridiano causa certo mal-estar naqueles que buscam uma perspectiva política de lutas por uma identidade ou unidade, que, caso prevaleça, representará a vitória de um sentido que deve permanecer ou se estabilizar. Na linha derridiana, as oposições, quando não quebradas, são descentralizadas, fragilizadas em prol de convivências possíveis. Essa descentralização pode ser percebida como um pensamento estranho por aqueles que seguem ideologias consolidadas; presentes, por não presentearem.

No campo de forças político-criminal brasileiro, essas ideologias estão em constante expansão, aglutinando espaços. Diante disso, não se quer tomar partidos com a presente dissertação. O intuito não é formar presenças ou militantes. Apesar de decisões serem

separation, disparity, plurality, distinction, change, over against those who would continue the search for unity, identity, presence, permanence, foundations, structures, and essences.”

⁷ WOOD, David. “Introduction”. In: BERNASCONI, Robert; WOOD, David (Eds.). *Derrida and Différance*, p. ix: “United by their affection for difference, nothing ensures it is the same difference that counts for each, or that it counts in the same way”.

⁸ Derrida trabalha com o conceito de *différance*, que difere de diferença.

necessárias e até imprescindíveis em determinados momentos, pois a ausência plena delas trilha o caminho da irresponsabilidade. Um projeto de formação de militantes em âmbito acadêmico trairia a incondicionalidade da universidade⁹, em última instância, esmagaria a diferença.

Nesse ponto, a título de prolegômeno, cabe considerar ser difícil a sustentação de uma ideologia, a partir do pensamento desconstrucionista. É certo que ideologias dominantes se revelam e é importante colaborar nesse processo. Faz parte do próprio acontecimento da desconstrução. Porém, a crítica, ela mesma, não pode salvaguardar a sua vida nas mazelas do opositor. Dito de outro modo, não se legitima por haver uma ideologia dominante que combate, caso contrário ela seria apenas disparos de armas sem fim. Seria tão somente destruição. Para que seja legitimada é preciso que apresente conteúdos próprios, alternativas ao estar-aí criticado. Essa “outra” ideologia, diferenciada, “contradominante”, enquanto ideologia proposta, também está sujeita à desconstrução. Ela não é porto seguro. Não tem imunidade e muito menos detém a chama da verdade. Aliás, a passagem está intrínseca no território do que é crítico.

Criticar é estar de passagem. É um caminho indeterminado. É tomar posições e enfrentar o desafio de tomá-las novamente, noutra momento e sempre de novo. Críticas, para assim o serem, devem evitar a cristalização e a mutação em ideologias, sob pena de se constituir um jogo de dicotomias. Elas também precisam ser questionadas. Sem isso, perde-se a chance de acelerar bons processos de transformações. Cai-se em estagnação. Dificulta-se a abertura. E é preciso transformar, apesar de apenas ser possível diversificar a partir de uma tradição, e com respeito a ela. É possível transformar conservando.

Assim, na presente dissertação é investigado se as decisões democráticas em matéria criminal implicam em legitimações ou deslegitimações contínuas do Direito Criminal, ou seja, se a tarefa dos atores envolvidos se resume a legitimar ou deslegitimar o sistema. Ainda é preciso verificar se essas legitimações ou deslegitimações se traduzem na dicotomia absolvição/condenação. É preciso saber se há algo a decidir se a condenação ou a absolvição já foram tomadas *a priori* pelos projetos ideológicos de política-criminal. A quem a absolvição quer condenar? E quem a condenação quer absolver? Será absolvedora a deslegitimação do sistema? Será condenatória a sua legitimação? Absolvição e condenação são dicotomias ou ambivalências?

⁹ Para mais informações, remete-se o leitor à obra DERRIDA, Jacques. *A universidade sem condição*. Tradução de Evandro Nascimento. São Paulo: Estação Liberdade, 2003.

A dissertação se chama “Teoria Desconstrucionista da Decisão Criminal”. Intitular já é uma violência, um golpe e uma questão de autoridade¹⁰. O título se esforça para determinar o que será escrito, traçando um projeto. Já há aqui uma imposição, que pode ser desconstruída no processo da escrita. Essa intitulada previsão é uma promessa, que tem em seu núcleo a investigação do problema da decisão criminal que determina parte do destino de alguém, em razão de um acontecimento violento, cuja responsabilidade lhe é imputada. Essa decisão, seja absolutória ou condenatória, precisa estar amparada pela democracia, uma vez que é o regime político constitucionalmente escolhido e protegido. Resta-nos verificar quais os requisitos para que haja uma decisão democrática, sem lançar mão da possibilidade dela inexistir.

Por fim para iniciar, cabe-*me* (porque eu existo e preciso ser “científico”) secamente (para ser sincero e amigo) citar Derrida:

Hermético? É claro que não. Os que assim pensam provavelmente não tentaram ler outros filósofos, por exemplo, os ‘clássicos’. São bem mais difíceis. É preciso trabalhar do lado do pensamento e da língua. Faço tudo o que posso, em primeiro lugar por dever, para ser inteligível e amplamente acessível. Porém sem trair, todavia, o que, nas coisas mesmas, com efeito, não é simples. Todo mundo deve fazer igual – não é mesmo? – os eruditos, os médicos, os jornalistas, os homens políticos.¹¹

¹⁰ NIGRO, Rachel Barros. *Desconstrução linguagem política*. 2007. 279 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Departamento de Filosofia do Centro de Teologia e de Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007, p. 15.

¹¹ DERRIDA, Jacques. *Papel-máquina*. Tradução de Evandro Nascimento. São Paulo: Estação Liberdade, 2004, p. 306.

1 PRIMEIRAS LINHAS SOBRE A DESCONSTRUÇÃO

A carta escrita por Jacques Derrida ao professor japonês Toshihiko Izutsu é um bom caminho para que o leitor tenha o seu primeiro contato com a palavra *desconstrução*. Nela Derrida enfrenta o problema da tradução desse termo. Destaco os principais pontos da correspondência.

Os traços da desconstrução começaram a surgir a partir dos estudos de Derrida sobre os termos heideggerianos *Destruktion* e *Abbau*¹². A palavra destruição – *destruction* –, entretanto, implica, em francês, num aniquilamento, numa redução negativa mais próxima da demolição nietzschiana, não sendo o tipo de leitura proposta por Derrida, o que o levou a descartar o termo¹³. Daí já se pode aferir que desconstrução, apesar de não corresponder a algo claro e unívoco, não se confunde com destruição, refutando a sinonímia. Ela também não constitui uma análise, uma crítica ou um método. Derrida sempre lutou contra a tentativa de tornar a desconstrução algo programático ou uma doutrina filosófica, com princípios e métodos fixos, rótulo que nasceu nos EUA e é estranho ao filósofo¹⁴.

Segundo Derrida, não é análise, pois “o desmantelamento de uma estrutura não é uma regressão a um *simples elemento*, em direção a uma *origem indissolúvel*.”¹⁵. No viés desconstrucionista, a desmontagem de uma estrutura não acarreta na revelação de uma origem, que estava escondida pelo emaranhado de elementos. Não há um sentido escondido por trás de tudo. Aliás, esse filosofema estará justamente sujeito à desconstrução¹⁶, que contesta a existência desse significado escondido no texto¹⁷.

¹² DERRIDA, Jacques. “Letter to a Japanese friend”. In: BERNASCONI, Robert; WOOD, David (Eds.). *Derrida and Différance*. Illinois: Northwestern University Press, 1988, p. 1: “Ambos significavam, nesse contexto, uma operação relativa à estrutura ou à arquitetura tradicional dos conceitos fundadores da ontologia ou da metafísica tradicional”. (tradução nossa). No original: “Each signified in this context an operation bearing on the structure or traditional architecture of the fundamental concepts of ontology or of Western metaphysics.”

¹³ *Ibid.*, p. 1.

¹⁴ PERRONE-MOISÉS, Leila. “Pós-estruturalismo e desconstrução nas Américas”. In: PERRONE-MOISÉS, Leila (Org.). *Do positivismo à desconstrução: idéias francesas na América*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004, p. 221-222.

¹⁵ DERRIDA, Jacques. *Op. Cit.*, p. 3: “(...) the dismantling of a structure is not a regression toward a *simple element*, toward an *indissoluble origin*.” Grifos do autor.

¹⁶ DERRIDA, Jacques. “Letter to a Japanese friend”. In: BERNASCONI, Robert; WOOD, David (Eds.). *Derrida and Différance*, p. 1.

¹⁷ Essa afirmação não leva a uma perspectiva relativista. Derrida disserta sobre a existência de indeseconstruíveis, o que permite a produção de uma leitura de seus textos atenta a esse termo, tanto quanto à desconstrução. O referido problema é abordado mais a frente nesta dissertação.

Ela também não constitui uma crítica, “em sentido geral ou kantiano”¹⁸. O filósofo franco-argelino afirma que a “instância de *krinein* ou de *krisis* (decisão, escolha, julgamento, discernimento) é em si, assim como é todo o aparato da crítica transcendental, um dos essenciais ‘temas’ ou ‘objetos’ da desconstrução”¹⁹. Ela implica o questionamento da existência de um ponto de vista estável, uma distância crítica, em que o objeto poderá ser identificado e avaliado²⁰. Ademais, não é um método e nem pode ser transformado em um²¹. Ela não pode ser domesticada, mecanizada, operacionalizada, controlada ou regrada.

Trata-se de um acontecer. Ela vem, sem ser um ato ou uma manifestação de uma intenção independente. Não está fora e não se faz. Ninguém desconstrói. Não há um procedimento humano para se desconstruir de modo correto. Frases como “vou desconstruir” ou “temos que desconstruir” já sobredeterminam e impõem a “desconstrução”. Remetem a algo que pode ser previsto, controlado de algum modo e iniciado. Tal mecânica inexistente em Derrida. A desconstrução não pode ser apropriada por movimentos políticos ou instituições acadêmicas. Trata-se de mundo em movimento.

É um acontecer, sendo um evento singular, impassível de apropriação. Diz Raquel Nigro: “A desconstrução não é um método, Derrida não se cansa de repetir. Não há nenhum caminho a seguir, nenhum *telos* a alcançar, no máximo alguns rastros, talvez uma trilha sinuosa assombrada por espectros e com destinação imprecisa”²². Assim, a inoperacionalidade da desconstrução leva à impossibilidade do seu retorno a um sujeito individual ou coletivo, que tomará a iniciativa de aplicá-la a um objeto²³. Derrida chega a dizer que a desconstrução não é “possível”, se essa possibilidade significa a sua assunção como instrumento técnico ou a serviço de um programa. Ela é a experiência do impossível²⁴, ou seja, está às margens da ordem do programa e do cálculo que produzirá um resultado possível. Parece-me que uma possibilidade de leitura razoável dessa impossibilidade, portanto da “calculabilidade” do impossível, está na sua qualidade de ser negociável, isso é, na necessidade de não agir tão

¹⁸ Loc. Cit.

¹⁹ Loc. Cit.: “The instance of *krinein* or of *krisis* (decision, choice, judgment, discernment) is itself, as is all the apparatus of transcendental critique, one of the essential ‘themes’ or ‘objects’ of deconstruction.” Grifos do autor.

²⁰ WORTHAM, Simon Morgan. *The Derrida Dictionary*. London: Continuum, 2010, p. 32.

²¹ DERRIDA, Jacques. *Op. cit.*, p. 3.

²² NIGRO, Rachel Barros. *Desconstrução linguagem política*, p. 16.

²³ DERRIDA, Jacques. “Letter to a Japanese friend”. In: BERNASCONI, Robert; WOOD, David (Eds.). *Derrida and Différance*, p. 3.

²⁴ DERRIDA, Jacques. *Negotiations: Interventions and Interviews, 1971-2001*, p. 192.

somente no impossível, sob pena de fazer pacto com a superstição, mas sim em abrir espaço para que se possam estabelecer negociações entre o possível e o impossível, como entre justiça e a democracia porvir, e as técnicas, os cálculos e às previsibilidades do direito e da democracia atual. É uma negociação trágica, que envolve o negociável e o inegociável. Nas linhas de Derrida:

É preciso dominar e calcular democraticamente também, portanto, deve haver votos, sujeitos identificáveis, sujeitos de direito, as maiorias, legalidades determináveis, etc. - uma negociação perpetuamente indispensável entre a abertura singular para o impossível, que deve ser protegida, e o método, o direito, a técnica, o cálculo democrático; entre a democracia porvir e o presente limitado da realidade democrática.²⁵

Derrida assinala que a “desconstrução ocorre, é um evento que não espera deliberação, consciência ou organização de um sujeito, ou mesmo da modernidade”²⁶. *Ça se déconstruit. Deconstrói-se.* Segundo o filósofo, a desconstrução ocorre em todo lugar, onde há algo; cabe-nos pensar o que acontece com o mundo e a modernidade, no tempo em que ela se torna o motivo²⁷. A questão torna-se ainda mais complexa, como a vida e o mundo, quando Derrida explica que todas as sentenças do tipo “desconstrução é X” ou “desconstrução não é X” *a priori* erram o alvo, ou seja, são pelo menos falsas – dribla-se o sujeito é predicado²⁸.

Enfim, por mais que a desconstrução não seja uma análise, uma operação, um método ou uma crítica, não se pode impor que esses termos estejam ausentes na desconstrução. Apesar de não ser possível incubá-la ou categorizá-la, a desconstrução resiste à destruição. Mesmo driblando as origens, essências e significados, há o norte do indesconstruível e o espaço para o aperfeiçoamento das coisas. Essas aporias aparecem e, ao mesmo tempo que causam desconforto, confortam ao valorar positivamente uma postura de abertura ao que vier. A desconstrução passa pelo que há de importante para a compreensão das coisas, mas ela em si não interessa fora de um contexto, sendo valiosa em uma “cadeia de substituições possíveis”²⁹.

²⁵ Ibid., p. 194-195. Tradução minha. No original: “One must master and calculate democratically also; there must be votes, thus identifiable subjects, subjects by right, majorities, determinable legalities, etc.-a perpetually indispensable negotiation between the singular opening to the impossible, which must be safeguarded, and the method, the right, the technique, the democratic calculation; between democracy to come and the limited present of democratic reality.”

²⁶ DERRIDA, Jacques., *Op. Cit.*, nota 23, p. 4: “Deconstruction takes place, it is an event that does not await the deliberation, consciousness, or organization of a subject, or even of modernity.”

²⁷ Loc. Cit.

²⁸ Loc. Cit.

²⁹ DERRIDA, Jacques. “Letter to a Japanese friend”. In: BERNASCONI, Robert; WOOD, David (Eds.). *Derrida and Différance*, p. 4.

1.1 Desconstrução – Contextualizações e diretrizes ao entendimento

A generosidade da desconstrução é se colocar como substituível e permitir a vinda de outra palavra, que, na tarefa de traduzi-la, diga o mesmo e outra coisa, levando-a a “outro lugar para que seja escrita e transcrita, em uma palavra que também será mais bonita”³⁰. Ela não provoca uma centralização no nihilismo, no destrutivo ou no negativo, mas sim na inapropriável diferença e no outro reprimido, concedendo espaço para a transformação de nossas heranças³¹. A desconstrução, sendo o que acontece³² e no seu acontecer, nos aproxima do mundo. Sendo ela “o que acontece” e “a possibilidade do impossível”, não destrói ou despedaça nada: “não se trata de destruir o que quer que seja”³³.

1.1.1 O “acontecer” da desconstrução

Em relação ao acontecimento da desconstrução, este escrito trata do binômio encontrado no dispositivo da decisão criminal, isto é, a condenação/absolvição. Trata-se de verificar a suficiência dessas “soluções”, quando confrontadas com as singularidades dos problemas enfrentados. Para tanto, há uma espécie de estratégia geral da desconstrução para diluir essa oposição binária, sem neutralizá-la³⁴. O objetivo não é defender a extinção da condenação ou da absolvição - já que não se trabalha com a ideia de neutralização -, mas sim questionar as suas clausuras. É preciso ainda evitar a restrição ao campo fechado das oposições. Diz Derrida: “Essa estratégia deveria evitar simplesmente *neutralizar* as oposições binárias da metafísica e, ao mesmo tempo, simplesmente *residir*, no campo fechado dessas oposições e, portanto, confirmá-lo”³⁵.

Recomenda-se então a observância de determinadas diretrizes amplas, gerais, relacionadas ao próprio acontecimento, ao que se pensa, escreve e acelera, cuja força não se confunde com aquelas das regras cogentes de um determinado procedimento. Não existem etapas rígidas ou mecanismos específicos próprios da desconstrução. Nesse rastro, deve-se

³⁰ Ibid. p. 5.: “(...) to lead elsewhere to its being written and transcribed, in a word which will also be more beautiful.”

³¹ WORTHAM, Simon Morgan. *The Derrida Dictionary*, p. 32.

³² THOMSON, Alex. *Deconstruction and democracy*, p. 4: “(...) deconstruction is what happens”.

³³ DERRIDA, Jacques. *Papel-máquina*, p. 308.

³⁴ DERRIDA, Jacques. *Posições*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2001, p. 47.

³⁵ Loc. Cit.

evitar neutralizar a oposição ou residir em seu campo fechado, ou seja, a condenação/absolvição não deixa de existir, portanto não há um fora, sendo que, ao mesmo tempo, é preciso escapar de simplesmente residir no interior do seu campo. Às *margens* dessa oposição... há es-pa-ço nas **op~margens~positio**. “It is neither entirely Respectful nor simply violent”³⁶.

Essa estratégia desconstrucionista, que não deve ser confundida com uma operação, faz-se em um gesto duplo (*la double séance*), com “fases” indemarcáveis no tempo. Segundo Derrida, para realizar essa dupla ciência, passa-se primeiramente por uma *justa e necessária* fase de inversão: “Fazer justiça a essa necessidade significa reconhecer que, em uma oposição filosófica clássica, nós não estamos lidando com uma coexistência pacífica de um *face a face*, mas com uma hierarquia violenta. Um dos termos comanda (...), ocupa o lugar mais alto”³⁷. Assim, explica o filósofo Paulo Cesar Duque-Estrada:

Numa tentativa de caracterizar em linhas o seu próprio trabalho, Derrida fala, em *Posições*, de uma ‘estratégia geral da desconstrução’ que, *por um lado*, aponta para a hierarquia intrínseca a toda e qualquer dicotomia conceitual e, conseqüentemente, para o que há de necessariamente *impositivo* e *conflitivo* na universalidade dos conceitos. Como acontece em qualquer situação de imposição, e a estratégia desconstrucionista é particularmente sensível a este respeito, a reivindicação dos direitos da parte de quem sofre a imposição pode simplesmente não ocorrer por algum tempo e, quando ocorre, pode muito bem ser ignorada, desprezada, reprimida ou rejeitada, ou mesmo causar indignação, mas tal reivindicação não deixa de permanecer, contudo, como algo incontornável.³⁸

Inexiste uma convivência harmônica na oposição. Há um golpe violento, impositivo, conflitivo e invasivo. Um dos termos está no alto, no comando, nas rédeas da situação. Diante da demanda reprimida de um direito irreconhecido e esquecido, o que fazer? Se simplesmente passássemos pelo reconhecimento desse direito, pelo relevar do que sucumbe vivo e ativo, desistiríamos da desconstrução, enfim, da justiça, pois apoiariamos uma relação de igualdade inexistente, desconsiderando o conflito interno da oposição. Faz-se necessário então inverter a hierarquia. Nesse momento, é preciso produzir uma deferência justa ao que estava subordinado. No entanto, há que se esclarecer, sublinhando, marcando e destacando um ponto relevante – ousaria dizer crucial – para a compreensão dessa “etapa”, sob pena - e que pena! – da estratégia ser cooptada, subtraída e deliberadamente mal-entendida pelos “doutores em ideologia”.

³⁶ BENNINGTON, Geoffrey. *Deconstruction is not what you think, and other short pieces and interviews*. Inglaterra, 2008, p. 5. Tradução: “Leave a trace in the text if you can”.

³⁷ DERRIDA, Jacques. *Posições*, p. 48. Grifos do autor.

³⁸ DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar. “Derrida e a escritura”. In: DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar (Org.). *Às Margens – A propósito de Derrida*. Rio de Janeiro; Ed. Puc-Rio: São Paulo; Loyola, 2002, p. 11-12. Grifos do autor.

Derrida expressamente alerta que a inversão não se trata “de uma fase cronológica, de um momento dado ou de uma página que pudesse um dia ser passada para podermos ir simplesmente cuidar de outra coisa”³⁹. Ela, portanto, não perdura no tempo. Derrida não propõe que haja ou que se lute por uma etapa cronológica – dia, semana, década, século, etc. – em que o que estava subordinado comandará. O termo de baixo não ficará presentemente no alto. Não se luta pela *presença* do subordinado. De acordo com o filósofo, a “necessidade dessa fase é estrutural; ela é, pois, a necessidade de uma análise interminável: a hierarquia da oposição dual sempre se reconstitui”⁴⁰. Passa-se rapidamente, invertendo. Não se joga no “*nem isto/nem aquilo*”⁴¹, porém também não se estabelece aquilo ao invés disto. Defender o “*nem isto/nem aquilo*” seria injusto, por desprezar *ad infinitum* aquilo que foi subordinado. Tal atitude deixaria o direito “de baixo” *presentemente* reprimido. Seria como inscrever outro registro discursivo sem dar voz ao outro, sem salientar o que sofreu imposição. Cenário injusto para ambos os termos da oposição dual, pois não se colocaria um no lugar do outro.

A inversão é apenas a primeira etapa, que se faz ainda no interior do sistema desconstruído. Essa modificação é aparente, reconhecível e às vezes previsível. Aqui ainda não se deslocou o registro ou o regime anterior. Na segunda fase desta estratégia, desloca-se o sistema desconstruído, situando-o às margens. Para tanto, é necessário marcar o afastamento da inversão do novo “conceito” emergente, que é incompreensível no regime interior. Um termo que é estranho à oposição, apesar de não estar fora dela. Explica Paulo Cesar Duque-Estrada:

(...) este momento da inversão é estruturalmente inseparável de um momento de *deslocamento* com relação ao sistema a que antes pertenciam os termos de uma dada oposição conceitual. Estes últimos, uma vez deslocados para outro lugar, vão inscrever um outro sistema, um outro registro discursivo. Já se pode antever, portanto, que não se trata de uma pura e simples inversão, nem tampouco do aprofundamento de um único e mesmo sistema conceitual. Re-situados em um outro registro, segundo outros critérios, não se pode pensar que, ainda assim, se trate dos *mesmos* termos.⁴²

Na desorganização produzida pela inversão surge o imprevisível, que não é decorrente da inversão e nem está contido no subordinado. É mais uma questão de uma percepção possível a partir do desarranjo de uma dimensão incalculável. Nas palavras de Derrida:

É preciso também, por essa escrita dupla, justamente estratificada, deslocada e deslocante, marcar o afastamento entre, de um lado, a inversão que coloca na

³⁹ DERRIDA, Jacques. *Posições*, p. 48.

⁴⁰ Loc. Cit.

⁴¹ Loc. Cit.

⁴² DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar. “Derrida e a escritura”. In: DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar (Org.). *Às Margens – A propósito de Derrida*, p. 12. Grifos do autor.

posição inferior aquilo que estava na posição superior, que desconstrói a genealogia sublimante ou idealizante da oposição em questão e, de outro, a emergência repentina de um novo “conceito”, um conceito que não se deixa mais – que nunca se deixou – compreender no regime anterior.⁴³

A desconstrução é arredia às propostas identificadoras de uma origem determinadora das coisas. A ideia de uma “última instância” que determina todo o resto foi refutada por Derrida. Assim, a partir de um olhar desconstrucionista não é possível jogar toda a culpa na economia para explicar o porquê das criminalizações. O sistema penal não seria um mero boneco de ventríloquo da economia capitalista. É claro que a economia influencia a esquematização do Direito Penal, porém ela por si só não o determina, havendo outras questões envolvidas, como as éticas e as psicológicas. Afirma Derrida:

Basicamente, o conceito de última instância seria o conceito geral do desconstruível mesmo, se algo assim existe. Isso é porque eu vi nisso a âncora da metafísica *par excellence*. Desconstruir a substancialidade, o principado, a originalidade, a arqui-causalidade, etc. sempre significa desconstruir ou desmontar o recurso a alguma ‘última instância’. Falar em ‘última instância’ ao invés de infraestrutura não faz muita diferença, e isso destrói ou radicalmente relativiza toda a contabilidade das sobredeterminações. Tudo o que for interessante e frutífero na lógica das sobredeterminações fica comprometido, reduzido, esmagado por este discurso sobre a ‘última instância’, que sempre fui tentado a interpretar como uma concessão ao dogma econômico do marxismo, senão do partido comunista.⁴⁴

1.1.2 Dogmatismo, democracia, política e outros entrelaces desconstrucionistas

Outro ponto importante no pensamento desconstrucionista é a crítica à noção de dogma. Derrida entende que algo se torna dogmático, quando ocorre a cessação ou a proibição da colocação de questões⁴⁵. As posturas político-criminais, principalmente no interior da universidade, que tiverem como objetivo a fixação de “dogmáticas” estarão impedindo o desenvolvimento de outras correntes político-criminais, com o intuito de manter o seu âmbito de dominação. É importante apontar o caráter antidemocrático desse viés. Primeiro, impede que as coisas sejam ditas, estabelecendo sanções subterrâneas a quem desobedecer aos dogmas, o que vai de encontro à ideia mais básica de liberdade de expressão.

⁴³DERRIDA, Jacques. *Posições*, p. 48-49.

⁴⁴ DERRIDA, Jacques. *Negotiations: Interventions and Interviews, 1971-2001*. California: Stanford University Press, 2002, p. 170. Tradução minha. No original: “Basically, the concept of last instance would be the general concept of the deconstructible itself, if something like that existed. This is why I saw in it the metaphysical anchoring *par excellence*. To deconstruct substantiality, principality, originarity, archi-causality, etc. always means to deconstruct or dismantle recourse to some “last instance.” To say “last instance” instead of “infrastructure” doesn’t make much difference, and it destroys or radically relativizes the whole accounting for overdeterminations. Everything interesting and fruitful in the logic of overdetermination becomes compromised, reduced, crushed by this discourse on the “last instance,” which I have always been tempted to interpret as a concession the the economist dogma of Marxism if not that of the Communist Party.”

⁴⁵ *Ibid.* p. 175.

Segundo, necessariamente faz pacto com a superstição, pois quem caminha nos trilhos da montanha-russa das razões e das expressões democráticas não precisa temer a desestabilização das próprias ideias. A desconstrução delas leva ao aperfeiçoamento do próprio pensamento. Terceiro, dá ensejo ao emprego da violência como meio para a perpetuação dos dogmas. Pensamentos soberanos só conseguem manter a sua incontestabilidade em longo prazo se estiverem armados.

A desconstrução é também política, ensejando séries de questionamentos genealógicos que conferem justificáveis à política. Segundo Derrida, o lugar do político é o da negociação entre a conjuntura aberta do presente e a “democracia porvir”, “que sempre se mantém inacessível, não somente como uma ideia de regulação, mas também porque é estruturada como uma promessa e como uma relação com a alteridade (...)”⁴⁶. A “democracia porvir” não possui a identificação da presença.

No Direito Criminal, essa perspectiva toma forma na atividade dos atores criminais em estabelecer recorrentes negociações entre as leis penais e uma justiça que a transborda. É uma atividade infinita de reafirmação de uma promessa dimensionada no aqui-e-agora, que se traduz em uma realidade político-criminal mais justa e democrática. O juiz deve ter em mente essa ideia de regulação da justiça-desconstrução, utilizando-a como parâmetro não-presenciável para negociar com a realidade, promovendo a abertura necessária para o aperfeiçoamento das questões criminais. Nas palavras de Derrida:

O aqui-e-agora indica que isto não é simplesmente uma questão de utopia. Isso é uma constante e concreta renovação da promessa democrática, como é a relação com o outro como tal, uma relação em direção a uma distância infinita, uma heterogeneidade incalculável, etc.⁴⁷

1.2 Reflexões Sobre as Categorias Derridianas

1.2.1 Différance

A palavra *différance* (diferência) é um neologismo francês, que possui tanto o significado de diferença quanto de diferimento. Ela foi criada por Derrida, a partir do termo

⁴⁶ DERRIDA, Jacques. *Negotiations: Interventions and Interviews, 1971-2001*, p. 180.

⁴⁷ Loc. Cit. No original: “The here-now indicates that this is not simply a question of utopia. There is constant and concrete renewal of the democratic promise as there is of the relation to the other as such, of the relation to infinite distance, incalculable heterogeneity, etc.”

francês *différence*. Assim, não há como perceber o significado da *différance* e nem a distinção entre os termos apenas no discurso, sendo necessário o texto para que se possa ter ideia da sua complexidade. Esse adiamento do significado para o seu atendimento ma10rca a instabilidade da linguagem. Explica Stuart Sim: “A desconstrução, como movimento do pensamento, preocupa-se sobretudo em chamar nossa atenção para a instabilidade linguística. *Différance*, a manifestação dessa instabilidade, deve ser encontrada”⁴⁸. A *différance* remete às diferenças e também ao “adiamento do sentido final, da verdade estabelecida uma vez por todas”⁴⁹.

1.2.2 Democracia e Decisão

As decisões em matéria penal podem ser entendidas em sentido estrito ou amplo. Em sentido estrito, consubstancia-se no processo decisório dos juízes, desembargadores e ministros, o qual culmina em uma sentença ou acórdão, que, em seu interior, possui o clímax do dispositivo. Em sentido amplo, são as decisões tomadas pelos agentes integrantes da estrutura jurídico-política-criminal. O seu arcabouço é extenso, contendo, por exemplo, as decisões do Delegado de não instaurar o inquérito policial e do Promotor de Justiça de denunciar o réu. A política da desconstrução é importante para ambas. Por questões, todavia, de demarcação do possível nesta dissertação, concentrarei os meus esforços nas decisões dos magistrados, por lá estarem a absolvição e a condenação por excelência, havendo emergência em seus descentramentos.

A existência de teorias às margens dessas decisões é crucial para que haja nelas responsabilidade, que advém da disseminação de questões políticas, filosóficas, sociais e econômicas. Como as decisões em matéria penal passam pelo jurídico, e esse contém uma boa dose de política, faz-se mister conhecimentos teóricos e práticos dessa ciência, para que o magistrado possa trilhar desperto no direito. A desconstrução, como prática político-filosófica, pode colaborar para a transformação do julgar, atribuindo ao magistrado os deveres de lidar com o indecível e de se preparar para o aparecimento do outro. Uma decisão digna do nome é crítica, reflexiva e dispensa a facilidade e a rapidez exagerada, devendo enfrentar a suspensão da indecisão⁵⁰.

⁴⁸ SIM, Stuart. *Derrida e o fim da história*. Tradução de Fernanda Gurgel. Juiz de Fora: Pazulin, 2008, p. 29.

⁴⁹ PERRONE-MOISÉS, Leila. “Pós-estruturalismo e desconstrução nas Américas”. In: PERRONE-MOISÉS, Leila (Org.). *Do positivismo à desconstrução: idéias francesas na América*, p. 222.

⁵⁰ DERRIDA, Jacques. *Politics of Friendship*. Translated by George Collins. London, Verso, 1997, p.5

É na indecisão, no tempo de reflexão, que o juiz promoverá a abertura necessária para a vinda do político. O conteúdo político do jurídico não pode ser relegado pelo magistrado, sob pena de se reduzir a abrangência política do Estado, salvaguardando o Poder Judiciário em um castelo autossuficiente de conhecimento, longe da pulsação do país e de sua realidade mais crua.

Esse esquecimento da política é, para Derrida, uma das hipóteses de crime político: “(...) nós devemos pensar no crime *contra* a possibilidade da política, contra o homem *qua* animal político, o crime de parar de examinar a política (...), reduzindo-a a outra coisa e prevenindo-a de ser o que deveria ser”⁵¹. Assim, o juiz criminal que se abstém da sua realidade democrática é invadido pelo condenado, assumindo em conjunto com ele a insígnia de criminoso, apesar de não ser sancionado. A luta contra a política ou a inércia diante de suas demandas é um fato tão grave e complexo, que ganha o *status* de crime, desmoralizando o julgador diante do acusado e do condenado. O juiz não pode julgar sem questionar a própria lei, sem colocá-la temporariamente como adversária em seu jogo. Ele só poderá segui-la, se enfrentá-la, pois somente assim a estará considerando como *juiz ex machina*.

Lembre-mos do Último Discurso de Chaplin, em o “O Grande Ditador”: “Não sois máquina! Homens é que sois!”. Com isso não proponho a impropriedade de anular o direito ou de não reconhecer os seus atributos e características. Uma postura dessas tornaria o próprio trabalho sem sentido, uma vez que é produzido no direito e para o universo jurídico, além de convenientemente esquecer-se dos prazos, das competências, dos valores juridicamente consolidados, enfim, de uma gama de noções que fazem o direito reger e particularizar, ajudar e prejudicar, servindo de muralha e de morada para a má política e para os vícios humanos.

1.2.3 Democracia e Política

Acerca do viés político da desconstrução, o professor Alex Thomson explica que ela deve ser entendida de dois modos, quais sejam, “uma prática filosófico-política, que implica uma teoria correlativa e uma teoria filosófico-política, cuja elaboração encerra a sua prática

⁵¹ Ibid., p. ix: “(...) we must think the crime *against* the possibility of politics, against man *qua* political animal, the crime of stopping to examine politics [*arraisonner la politique*], reducing it to something else and preventing it from being what it should be.” Grifos do autor.

política consequente”⁵², o que faz com que, na trilha de Derrida, a atividade filosófica seja uma prática política. A desconstrução tem muito a dizer sobre o político e mais, já que Derrida argumenta não haver democracia sem desconstrução.

Aliás, a democracia, como sustenta Derrida, “vive” na tensão entre a necessidade de cultivar profundo respeito pela irreduzível singularidade e a imprescindibilidade de existência da comunidade de amigos, com seus cálculos majoritários, estabilizando e representando sujeitos, colocando-os como iguais⁵³. É a tensão de calcular o incalculável, de reduzir a alteridade irreduzível ao cálculo e de captar o incaptável. Está-se, todavia, diante de duas leis inescapáveis, de uma tensão tão irreduzível quanto as singularidades representadas. E a tragédia disso tudo é que “a vontade política é sempre carregada pela disjunção dessas duas leis”⁵⁴.

Por um lado, temos a alteridade irreduzível, insubsumível, impossível de ser reduzida a uma espécie, a um gênero, a uma comunidade, a uma tribo, etc. Por outro lado, a democracia precisa em determinados momentos calcular, compor maiorias, organizar eleições, conferir um “voto por cabeça”, na infundável tarefa de representar e equalizar. Sem isso o irreduzível fica sem representação e será excluído, porém a tarefa de calcular e igualar reduz o irreduzível. Rastreamos todo esse cenário, transitam as vontades políticas que pressionam pela disjunção dessas duas leis irreduzíveis, no desejo de continuar singular e ainda sim votar, participar e integrar a comunidade de amigos. O futuro da democracia está justamente aí, nesse indecidível.

Faz-se essencial ainda a lembrança do duplo movimento desconstrucionista, que afirma e crítica, como se só fosse justo o sim sofrido, responsável, detalhado e honesto. O seu dizer sim à democracia não a imuniza de críticas, presenteando-a com suspeitas. Assim, é preciso confrontar as nossas heranças para que haja a promessa de democracia. Diz Geoffrey Bennington:

Uma das particularidades do conceito de democracia é o seu envolvimento com uma perspectiva futura, uma perspectiva aberta de infinita melhoria ou progresso em direção à democracia: A democracia está sempre à caminho da democracia. Mas ele também está interessado em desfazer alguns dos componentes tradicionais desse conceito de uma forma mais crítica. (...). Como é típico para Derrida, temos um duplo movimento: a afirmação da democracia, ou mais precisamente da promessa de

⁵² THOMSON, Alex. *Deconstruction and democracy*, p. 5: “(...) a philosophico-political practice that implies a correlative theory and as a philosophico-political theory whose elaboration is coterminous with its consequent political practice”. Tradução livre.

⁵³ DERRIDA, Jacques. *Politics of Friendship*, p. 22.

⁵⁴ Loc. Cit: “(...) political desire is forever borne by the disjunction of these two laws”.

democracia, e ao mesmo tempo uma crítica das implicações inerentes a esse conceito na tradição, que é nossa e que nós herdamos.⁵⁵

1.2.4 A Política da Amizade

Em Derrida, a democracia está relacionada à amizade. Essa ligação é antiga, remontando à *Ética a Nicômaco* de Aristóteles, onde a democracia é caracterizada como “a associação política modelada pela amizade entre irmãos”⁵⁶. Para Derrida, no entanto, a política da amizade é balizada para além da lógica da fraternidade, escapando da retórica da irmandade⁵⁷. E não poderia ser de outro modo, uma vez que a limitação da amizade ao conceito de irmandade a prenderia ao mesmo, excluindo o outro, que pode ser justamente o que nos é estranho. Diz o filósofo franco-argelino: “Por que o amigo é como um irmão? Vamos sonhar com uma amizade que vai além dessa proximidade de duplo congênere, além da paternidade (...).”⁵⁸

Ao fundamentar a amizade em um assimétrico irreduzível, Derrida discorda das leituras de Aristóteles, que a apontam como caracterizada pelos valores da reciprocidade e da igualdade⁵⁹, os quais consubstanciaríamos a amizade perfeita, entre homens bons e afins em virtude, desejantes do mesmo bem⁶⁰. Os parágrafos seguintes versam sobre a leitura que Derrida fez da amizade em Aristóteles.

Para reconhecer a amizade na política, é preciso enfrentar o que Derrida denominou de “questão do número”. Ora, a amizade é por definição exclusiva. Em Aristóteles, ela é ativa,

⁵⁵ BENNINGTON, Geoffrey. *Deconstruction is not what you think, and other short pieces and interviews*, p. 199: “One of the peculiarities of the concept of democracy is that it involves a futural perspective, an open perspective of infinite improvement or progress towards democracy: Democracy is always on the way to democracy. But he is also interested in unpacking some of the traditional components of this concept in a more critical way. (...) Typically for Derrida, we have a double movement: affirmation of democracy, or move precisely of the promise of democracy, and at the same time a critique of the implications borne by this concept in the tradition that is ours and which we inherit.”

⁵⁶ THOMSON, Alex. *Deconstruction and democracy*, p.12:” (...) a political association modelled on the friendship between brothers”.

⁵⁷ Loc. Cit.

⁵⁸ DERRIDA, Jacques. *Politics of Friendship*, p. viii: “Why would the friend be like a brother? Let us dream of a friendship which goes beyond this proximity of the congeneric double, beyond parenthood, the most as well as the least natural of parenthoods, when it leaves its signature, from the outset, on the name as on a double mirror of such a couple.” Tradução livre.

⁵⁹ THOMSON, Alex. *Deconstruction and democracy*, p. 13: “The highest form of friendship is that founded on virtue rather than pleasure or utility, and on equality; this reciprocity distinguishes true friendship from that found in the relationship between father and son, man and wife, ruler and subject or elder and younger [NE 203].”

⁶⁰ ARISTÓTELES. *Nicomachean Ethics*, vol. II. 1th ed. Chicago: Encyclopædia Britannica, 1952, p. 408 (Great Books of Western World): “Perfect friendship is the friendship of men who are good, and alike in virtue; for these wish well alike to each other *qua* good, and they are good in themselves.”

definida pelo ato de ser amigo de alguém. Nesse sentido, há limites quanto ao número de amigos que se pode ter, pois ela envolve amor, sendo insuficiente o seu aspecto passivo. Desse modo, não basta que alguém seja amado para que haja amizade. A descoberta da amizade é feita ao se questionar em primeiro lugar o ato e a experiência de amar⁶¹, porque esse conhecimento se dá na voz ativa. Explica Derrida: “(...) é possível ser amado (voz passiva) *sem ter conhecimento disso*, mas é impossível amar (voz ativa) *sem saber disso*. (...) O amigo é a pessoa que ama, antes de ser a pessoa que é amada (...)”⁶².

Sendo um ato de amor, a amizade não pode ser ignorada por quem ama. A voz passiva pode estar em estado de ignorância da amizade, o que jamais ocorre com a voz ativa, por isso, para pensar a amizade é imprescindível começar pelo amigo-que-ama, sob prejuízo de se iniciar pelo acidente de ser amado, realçando o objeto e ignorando o sujeito. O amado pode inclusive inexistir, estar sem alma ou sem vida⁶³. Somente ama aquele que foi presenteado com a vida e a respiração, enquanto o amado pode ser até inanimado⁶⁴. A consciência de amar é irrefratável, mesmo quando alguém for incapaz de defini-la. Daí o axioma derridiano: “(...) a amizade que nutro [*porte*] por alguém, e sem dúvida também o amor, não pode permanecer em segredo para mim”⁶⁵. Porém, não é possível amar a todos.

Existe um limite quanto ao número de pessoas que se pode amar ativamente, havendo a necessidade de elegê-las e selecioná-las⁶⁶, além de ser necessário tempo para que haja confiança e fé. Derrida salienta que “se alguém deve escolher, então o melhor deverá ser escolhido. Uma certa aristocracia está analiticamente compreendida na aritmética da escolha”⁶⁷. Quando alguém escolhe um amigo, remete-se necessariamente a uma pessoa singular; a um princípio da singularidade, que envolve o que é melhor para ela. A questão do número está relacionada ao tempo investido na amizade, cujo processo envolve o surgimento de real confiança e fé, que levará a amizade, sendo ela digna do nome, para além da vida. É exatamente por isso que Derrida entende ser contraditória a necessidade da igualdade e da

⁶¹ DERRIDA, Jacques. *Op. cit.*, nota 59, p. 8.

⁶² *Ibid.*, p.9: “(...) it is possible to be loved (passive voice) *without knowing it*, but it is impossible to love (active voice) *without knowing it*. (...) The friend is the person who loves before being the person who is loved (...)” Grifos do autor. Tradução livre.

⁶³ *Ibid.*, p. 10.

⁶⁴ DERRIDA, Jacques. *Politics of Friendship*, p. 12.

⁶⁵ *Ibid.* p. 9.

⁶⁶ THOMSON, Alex. *Deconstruction and democracy*, p. 15.

⁶⁷ DERRIDA, Jacques. *Op. Cit.*, nota 65, p. 20: “if one must choose, then the best must be chosen. A certain aristocracy is analytically encompassed in the arithmetic of the choice:”.

reciprocidade no conceito de amizade de Aristóteles. Para ambos os filósofos, a amizade continua por definição na ausência do amigo, mesmo após a sua morte. Sendo assim, o amigo morto não poderá retribuir a amizade nutrida pelo vivo, havendo, portanto, uma dissimetria nessa relação⁶⁸.

1.2.5 Democracia e amizade: possibilidades e exclusividades

Como então relacionar a democracia à amizade? Se fosse necessária uma irmandade para estar entre amigos, a concepção da democracia amparada na amizade seria contraditoriamente elitista. Não haveria como sustentar um sistema político democrático, caso se exigisse que todos os seus participantes fossem amigos, ainda mais em sociedades complexas e multifacetárias. Em um cenário desses, ou se reservaria a democracia a um número determinado de pessoas, ou a amizade teria que ser dispensada para a caracterização desse sistema. Nessa lógica, somente poderíamos conceber uma democracia da amizade privada, podendo ser familiar, societária ou em irmandade.

Ocorre que Derrida, conforme esclarece Thomson, pretende separar a possibilidade de amizade do seu aspecto exclusivo, mesmo reconhecendo que eles estejam inexoravelmente relacionados⁶⁹. A premissa é bem simples: uma pessoa pode ser amiga de qualquer outra. Mesmo sendo limitado o número de amigos que alguém efetivamente possa ter, a possibilidade de desenvolver uma relação de amizade com qualquer pessoa permanece acesa. O mundo está sempre aberto para o nascimento de novas amizades.

No segundo capítulo de sua “Política da Amizade”, Derrida lança a questão da amizade como uma questão política, sendo que aquela não se subsume a esta, quando o político é definido com as características da tradição dominante⁷⁰. É perceptível, portanto, que o problema da amizade se insere na desorganização da política da tradição dominante, que

⁶⁸ THOMSON, Alex. *Op. Cit.*, nota 67, p. 14. Derrida também utiliza o “argumento de Deus” para afastar a ideia da relação intrínseca entre a igualdade/reciprocidade e a amizade. Na mesma página dessa obra, Alex Thomson explica o problema: “Friendship is premised on wishing the Best for the friend, but the very Best would be for the friend to become a God [NE 204-5]. Three problems follow from this: a God cannot be a friend, because of his absolute remoteness; friendship is predicated on loving the other as he is and therefore depends on his remaining human; God needs no friend because he is self-sufficient [PoF 222-3 / 250-2]. On this account too, even the concept of perfect friendship would be impossible, because self-contradictory. If friendship founded on equality is impossible, then friendship must always be irreducibly dissymmetrical.”

⁶⁹ DERRIDA, Jacques. *Politics of Friendship*, p. 28.

⁷⁰ Loc. Cit. “(...) we would once again, wish to throw up the question of friendship as the question of the political. The question of the political, for this question is not necessarily, nor in advance, political. It is perhaps not yet or no longer thoroughly political, once the political is defined with the features of a dominant tradition.

passa pelo rastro deixado por Nietzsche, em sua inversão da antiga assertiva atribuída por Diogenes Laertius a Aristóteles, a qual depois foi repetida por Montaigne. Nessa história, a preocupação de Derrida não é afirmar a veracidade dessa atribuição - afinal, “mal-entendidos” fazem parte do jogo -, mas sim marcar a inversão nietzschiana da tradição ocidental sobre a amizade.

Diz Aristóteles: “Meus amigos, não há amigos”⁷¹. Responde Nietzsche: “Inimigos, não há inimigos!”⁷² De acordo com Derrida, a afirmativa aristotélica constata a morte dos amigos em uma contradição performativa, pois não há como se endereçar aos amigos, chamando-os assim e enunciar, ao mesmo tempo, a inexistência deles⁷³. Essa contradição performativa também está presente no enunciado nietzschiano.

As ideias de reciprocidade e igualdade aristotélicas, que caracterizam a amizade mais perfeita, são criticadas no aforisma 376, do “Humano, Demasiado Humano”. Nietzsche trata da insegurança do terreno da amizade, fundado nas opiniões e nas afinidades dos amigos. Assumindo as multiplicidades de sentimentos e modos de pensar de cada um, o filósofo escancara a fragilidade das nossas alianças, dando relevo ao isolamento humano. As nossas posições são tão diversas, mesmo quando aparentemente iguais, que a própria convivência já dissemina as oportunidades para que haja mal-entendidos, capazes de sufocar a igualdade aristotélica e provocar rupturas hostis. Considerando que são as afinidades de posições e sentimentos que criam a aliança da amizade, e sendo os embasamentos dessa relação assim tão finos, inseguros e passíveis de enganos, descerram-se as perspectivas para que os inimigos se aproximem. Se foram os erros e as ilusões que aproximaram os amigos, então foram eles também que afastaram os inimigos. Ou jogamos para além desses erros, ou ficaremos aprisionados dentro deles, suportando-os sempre *a posteriori*, por uma questão de necessidade. Nas linhas de Nietzsche:

Sim, há amigos, mas foi o erro, a ilusão acerca de você que os conduziu até você; e eles devem ter aprendido a calar, a fim de continuar seus amigos; pois quase sempre tais laços humanos se baseiam em que certas coisas jamais serão ditas nem tocadas: se essas pedrinhas começam a rolar, porém, a amizade segue atrás e se rompe. Haverá homens que não seriam fatalmente feridos, se soubessem o que seus mais íntimos amigos sabem no fundo a seu respeito? – Conhecendo a nós mesmos e vendo o nosso ser como uma esfera cambiante de opiniões e humores, aprendendo

⁷¹ MONTAIGNE, Michel Eyquem de. *The Essays*. 1th ed. Chicago: Encyclopedia Britannica, 1952, p. 86 (Great Books of Western World): “O my friends, there is no friends”. Tradução nossa.

⁷² NIETZSCHE, Friedrich. *Humano demasiado humano*: um livro para espíritos livres. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 218.

⁷³ DERRIDA, Jacques. *Politics of Friendship*, p. 27.

assim a menosprezá-lo um pouco, colocamo-nos novamente em equilíbrio com os outros.⁷⁴

É possível manter uma amizade mesmo após a desilusão da afinidade de ideias e, mesmo que a ilusão ainda exista, a sabedoria acerca da multiplicidade dos enganos já seria suficiente para abalar a nossa certeza na igualdade e abrir os portais das diferenças. Assim, a diferença na mente do meu inimigo, que abala a minha alma, também pode existir no coração do meu amigo. E mais: o que repudio em meu inimigo pode residir em mim. Esse mar de enganos transborda a dicotomia amigo/inimigo e deságua no grito do tolo vivente: “Inimigos, não há inimigos!”

1.2.6 A decisão criminal e a questão da amizade: a fragilidade do réu

Ao pensar a decisão criminal nas linhas dessa discussão, deparo-me com a estranheza do réu. Longe do juiz e nas entranhas do processo criminal, logo sofrendo os efeitos materialmente penais dos procedimentos e das cautelares – o que já seria suficiente para diluir a dicotomia direito penal/processo penal -, o réu está em uma posição de fragilidade diante do julgador, que nem sempre é imerecida. A “natureza” dessa fragilidade não é clara. Há evidentemente a carga de poder que lhe coloca numa posição que é digna do nome, a saber, a de acusado, porém existe uma intrincada rede de valores sociais, nem sempre estatais ou de classe, que provocam o repúdio social de quem a viola, estando o acusado assim em um estado de estranheza negativa.

A crítica dessa condição de fragilidade é aceita com menos dificuldades em relação a determinados crimes, como no uso de drogas ou em alguns crimes patrimoniais, contudo quando há uma percepção social de densidade da violência da conduta do réu, há aparente perda de aceitação social das críticas de sua condição de fragilidade. Quando pontuo a sua fragilidade, não a naturalizo. Pelo contrário, sendo a amizade crucial para o político e circulando nos limites das diferenças, é dever do juiz criminal tomar as medidas necessárias para que as particularidades positivas do acusado sejam realçadas e entendidas, contextualizando-o dentro de uma realidade social, da qual nem sempre é algoz e nem sempre é vítima.

Ao juiz é conferido o dever de contextualização, de arriscar revelar as percepções possíveis acerca da conduta perpetrada pelo réu, dando voz à explicação do outro, com o

⁷⁴ NIETZSCHE, Friedrich. *Humano demasiado humano*: um livro para espíritos livres, p. 218.

intuito de debandar a frieza do papel-máquina da sentença – aí trabalhando no coração do próprio nome -. Portando a sina de ser aquele que atribuirá a responsabilidade ao réu, detendo a autoridade dessa decisão e recebendo os “benefícios morais” intrínsecos de tal atividade, dentro de uma hierarquia social rígida, consolidada e cheia de indumentárias, o juiz pode cair no desrespeito de se voltar para o mesmo, de abstrair a realidade do outro e julgar com uma série de exigências que não são próprias à vida daquele que será julgado. Faz bem driblar essa armadilha.

Para que isso seja feito, ele precisa observar o dever de contextualização perante os seus pares, conferindo consequências práticas à tarefa. Assim, ele deve primeiramente conduzir o procedimento que antecede a decisão de modo a permitir e salientar o contexto do crime, abrindo espaço para que a defesa e a acusação aprimorem as suas teias narrativas. Na sentença, faz-se mister que ele narre no relatório as contextualizações produzidas pelos atores criminais (vítima, réu, advogado, promotor, etc.), para que venha à tona na escrita o máximo de interpretações possíveis. Na fundamentação, ele precisa, tendo a sina de decidir, elaborar a contextualização do crime e do réu que lhe pareça mais razoável, observando o que foi produzido pelas partes, e singularizando cuidadosamente o outro julgado, sem jamais copiar ou colar uma linha sequer de um julgamento anterior.

O seu esforço para singularizar a decisão deve ser o maior possível. Por mais que lhe seja inescapável a violência do dispositivo, ele deve postergar esse momento o tanto quanto puder, com a promessa de tentar diluir nele e em seus pares a estranheza em relação ao outro, a fim de jamais decidir pelos amigos contra um inimigo. Ao considerar as falhas do réu, o juiz deve se esforçar para reconhecê-las em si, quando perceptíveis e daí abrandar, na medida do possível, a inimizade da conduta.

É claro que não se deve perder os parâmetros dos danos causados. E nem o juiz teria força para em um golpe transformar um homicídio em rosas. No entanto, ele pode trabalhar para diluir a violência que transforma o outro em criminoso, esforçando-se para encontrar no criminoso o outro. A violência do crime, dependendo de qual for, deve ser publicamente repudiada, porém a contradição que o direito irá reprovar está exclusivamente na conduta, sendo uma das tarefas do magistrado abrandar o clamor social que amalgama o réu ao crime, devendo já na decisão colaborar em prol de conciliações possíveis, sem imposições desnecessárias.

Ademais, não é toda criminalização que deve ser aceita pelo juiz. Como guardião das liberdades e juiz das garantias, ele deve desconsiderar os crimes que estejam em contradição com a Constituição, sem medo e sem pudor, pois todo magistrado brasileiro possui a missão

de exercer o controle de constitucionalidade das leis. Infelizmente, é evidente o pudor do Poder Judiciário em levar a cabo essa tarefa, como se a lei penal possuísse uma áurea que emudecesse esse controle. O exercício da filtragem constitucional não é diferente em relação às leis civis.

2 UM OLHAR SOBRE O “DECIDIR”: QUANDO A LEI AFRONTA A “JUSTIÇA”

O vício de aprender a Parte Especial do Direito Penal como mera subsunção, que envolve o fato e o tipo penal, faz com que o juiz automatize o seu decidir e esqueça os “justos” questionamentos valorativos diante da lei criminal.

Essa situação se agrava quando há um exercício “puro” de legalidade contra o réu, pois a liberdade humana é diretamente atacada. A título de exemplo, basta pensar nas discussões que culminaram no enunciado 231, da Súmula do STJ, que defende a proibição da incidência da circunstância atenuante para reduzir a pena abaixo do mínimo legal. O argumento utilizado é justamente o da legalidade. Se o legislador estabeleceu uma pena-base, ela não pode ser alterada pelo magistrado, por meio da aplicação das circunstâncias atenuantes ou agravantes. Segundo esse raciocínio, a lei, que estipula o limite mínimo e máximo da pena, deve se manter intacta, independentemente da situação concreta.

O problema é que a realidade pode exigir que a pena seja calculada aquém do mínimo, pelo fato de existir apenas circunstâncias atenuantes e não haver nenhum elemento previsto no artigo 59, do Código Penal, que enseje o aumento da pena-base. Mesmo sob a perspectiva do cálculo, não é igual a situação de quem possui diversas atenuantes em seu favor com a de quem não possui nem atenuantes nem agravantes. São realidades distintas que, segundo o enunciado do STJ, resultarão no mesmo cálculo.

Por outro lado, pode-se argumentar que essa linha argumentativa também valeria para quem possui muitas agravantes. Assim, caso a situação do réu seja essa, seria possível defender como “correto” que, dependendo do caso, o limite máximo da pena abstratamente

cominada seja extrapolado. Nessa linha argumentativa, caso se autorize a desconsideração do limite mínimo, há que se desconsiderar a do máximo.

Parece-me inadequada essa assertiva, pois a finalidade do princípio da legalidade é proteger o indivíduo da arbitrariedade estatal. A observância do limite máximo estipulado pela lei assim o faz; já o limite mínimo não, pois nesse caso um grau maior de liberdade seria restringido, utilizando-se o princípio da legalidade como fundamento jurídico. Entendo que o enunciado 231, da Súmula do STJ, deve ser revisto, para que seja possível a incidência da circunstância atenuante para reduzir a pena abaixo do mínimo legal, pois não há função a ser cumprida pela legalidade nesse caso. O magistrado pode reapreciar o direito para restringir menos a liberdade daquele que possui uma situação jurídica mais benéfica, pela incidência das circunstâncias atenuantes.

Assim, produz-se uma decisão que dribla a automatização, decidindo de acordo com os direitos fundamentais, sem se prender completamente ao cálculo penal, mesmo que calculando ou assumindo a necessidade de haver algum cálculo.

No próximo tópico, será abordado o princípio da legalidade no Direito Criminal. Como salientado, aquele é utilizado em algumas decisões criminais contra o réu, quando o adequado é que ele seguisse tão somente como limite à incidência do poder penal. Mas será que nesse sentido ele seria absoluto? Esse problema será enfrentado a seguir, tendo como ponto de reflexão o Tribunal de Nuremberg.

2.1 A Desconstrução do Princípio da Legalidade: reflexões sobre Nuremberg

O Tribunal de Nuremberg foi paradigmático na ordem internacional, por ser a resposta “pretensamente” jurídica ao nazismo. Os Aliados, que no pós-guerra proferiam as palavras do mundo ocidental, imbuídos pelas emoções tão díspares dos combates recentes e pelo desejo de resgate do humano da desumanidade dos campos de concentração, decidiram processar e julgar a cúpula viva do nacional-socialismo, de acordo com as regras da tradição penal democrática.

Só que essa tradição penal democrática tem em seu núcleo o mandamento *nullum crimen nulla poena sine lege*. Para processar e julgar os “criminosos de guerra” era necessário enfrentar e ultrapassar o princípio da legalidade, justificando ainda assim o direito. A inexistência de prévio tratado ou convenção, estabelecendo tipos penais internacionais que dessem conta dos fatos odiosos praticados pelos alemães nazistas, colocava em xeque a

justiça do julgamento. Afinal, como atribuir responsabilidade penal aos autores dos horrores da segunda guerra, se os fatos não eram definidos como crimes na ordem internacional?

Este escrito problematizará essa “questão” do Tribunal de Nuremberg. Tal evento histórico suscitou múltiplos questionamentos jurídicos, políticos e filosóficos, entretanto há uma pergunta que se separa de todas as outras, tendo destaques que se refletem no julgamento e para além dele. Ela nos põe a refletir acerca da moralidade de nossa própria resposta às lutas prévias e nos coloca desconfiados de como agir em nossas lutas futuras. Tem o condão de infligir feridas à vitória da guerra, mesclando a boa nova do fim do nazismo com a letalidade da nossa resposta. Mais ainda, ela é capaz de confundir “nós” com “eles”, fermentando um pouco “deles” em “nós”. Possui aptidão para revelar alguma inautenticidade naquela atividade judicante, pois a honestidade de nossos preceitos e de nossos agires dependem da aceitação de certo mea-culpa, mesmo diante da atividade de julgar o que consideramos ser e ter do pior. Assim, evita-se desconsiderar que o horror que julgamos haver no outro faz parte do nosso humano.

Desvia-se da tentação de “monstrualizar” a destruição, pois ela é uma herança nossa. E é como herança nossa, do humano, para o humano e apesar do humano, que toda destruição deve ser percebida, para que não nos autorize a destruir o outro à desculpa e a reboque. Ela, para ser “a questão”, precisa abranger o que talvez se tenha de mais utópico no direito: a pretensão de justiça.

Quer-se com ela levar justiça ao Tribunal por meio do seu próprio questionamento, desconstruindo o processo para tê-lo como minimamente justo ou pelo menos aceitável. Se não há mais como desconstruir Nuremberg na nervura de suas transformações, então que se faça *a posteriori* para servir de subsídio para os futuros julgamentos penais internacionais. Aqui está a pergunta que nos coloca em transe ao se pensar a problemática do julgamento “oficial” do nazismo: é possível haver justiça em tribunais de exceção?

Para pensar e jogar essa questão, sem a pretensão de derradeiramente respondê-la, optei pelo pensamento da desconstrução, sob o marco teórico do filósofo franco-argelino Jacques Derrida. Sua abordagem inédita, do direito e da justiça, pode nos ajudar a sair do lugar (in)comum em que a Justiça Criminal se encontra. Aposto no drible dos enfatismos do pensamento jurídico-penal e criminológico, para verificar se há aberturas para além das ideologias. O enfatismo está *vis-à-vis* com o perigo de se deixar de ouvir novas vozes. E parece ser esse o ponto que se deseja evitar após a Segunda Guerra Mundial: o de se fechar ao outro. É por meio das constantes aberturas a um estranho singular, que se revelam as trilhas que nos levam cada vez mais longe das ideologias de extermínio.

Antes, entretanto, faz-se mister demonstrar a importância da legalidade para o Direito Penal. Como que esse princípio é tão crucial para a justificação ou não da violência do Direito. Como que a doutrina jurídico-penal, dando aqui um enfoque maior na brasileira, toma consciência desse princípio. Assim, demonstrar-se-á como se queda impossível o cálculo do Direito sem a lei prévia, escrita, estrita e certa. Mas será que a justiça inexistente sem o direito?

2.2 A crucialidade da legalidade para o Direito Penal

O princípio da legalidade, da forma como o conhecemos, tem suas origens nas Constituições dos Estados de Maryland e de Virgínia (1776), na Constituição Americana (1787) e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), da Revolução Francesa, quando foi formulado em termos mais precisos. O Código Penal da Bavária (1813) foi a primeira legislação penal a adotar o princípio⁷⁵. Claus Roxin, todavia, chama atenção para a presença do princípio no Código Penal austríaco de José II, de 1787, porém o governo à época era absolutista, sendo assim muitos autores consideraram que seu objetivo não era proteger o cidadão, mas sim eliminar o livre arbítrio judicial⁷⁶. Segundo Nilo Batista, a Magna Carta da Inglaterra, de 1215, não contém o princípio da legalidade no seu sentido moderno, pois há também na declaração a possibilidade da invocação dos costumes⁷⁷. No entanto, Anibal Bruno⁷⁸ entende que a referida Magna Carta é um dos documentos originários do princípio da legalidade. Os pensadores iluministas, tais como Montesquieu, Rousseau e Beccaria, foram os principais responsáveis pela sua elaboração intelectual.

Esse célebre princípio é de suma importância para o Direito Penal, pois delimita o direito de punir (*ius puniendi*) do Estado, garantindo a liberdade do ser humano e os valores democráticos, tendo sido considerado a verdadeira pedra angular do Estado de Direito⁷⁹. A pena é uma sanção extremamente rigorosa, devendo apenas ser aplicada como consequência da prática de crimes. E só existirá crime se houver uma lei penal prevendo taxativamente que uma determinada conduta é criminosa. Não basta a existência do crime, para que alguém sofra as consequências da responsabilidade criminal, porque é preciso ainda que a lei preveja uma sanção penal. Não há crime sem pena (*Kein Verbrechen ohne Strafe*). Esse é o raciocínio

⁷⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 4ª ed., 2010, p. 20.

⁷⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*, t. 1. Madrid: Civitas, 2ª ed., 2008, p. 142.

⁷⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 11ª ed., 2007, p. 66.

⁷⁸ BRUNO, Anibal. *Direito Penal - Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 1967, p. 193-194.

⁷⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 8ª ed., 2008, p. 130.

extraído do brocardo jurídico *nullum crimen, nulla poena sine lege*, cuja formulação latina foi cunhada por Feuerbach⁸⁰, estando previsto, no Brasil, nos artigos 5º, inciso XXXIX, da Constituição, e 1º, do Código Penal⁸¹.

Nelson Hungria destacou ser a norma penal a fonte única do Direito Penal. Nas palavras do mestre: “Não há direito penal vagando fora da lei escrita”⁸². Essa assertiva demonstra a enorme importância do princípio da legalidade para a definição do próprio Direito Penal. Sendo assim, leis penais não podem ser supridas ou complementadas pela analogia, pelos costumes e pelos princípios gerais do direito, caso se dirijam contra os cidadãos. A liberdade é um direito fundamental, que tem o princípio da legalidade como um dos seus protetores. Nas palavras de Claus Roxin:

[...] um Estado de Direito deve proteger o indivíduo não somente **por meio** do Direito Penal, mas também **do** Direito Penal. Quer-se dizer que o ordenamento jurídico não deve dispor somente de métodos e meios adequados para a prevenção do delito, mas também precisa impor limites ao emprego do poder punitivo, para que o cidadão não fique desprotegido e a mercê de uma intervenção arbitrária ou excessiva do ‘Estado’ Leviatã.⁸³

O jurista alemão demonstrou nesse trecho a relação aporética do Direito Penal com o Estado de Direito. As violências inscritas neles atuam a favor e contra o indivíduo. Teoricamente elas previnem e reprimem os delitos, mas também os produzem. Por isso são necessários mecanismos bloqueadores do exercício abusivo do poder punitivo, para atuar como instâncias reguladoras da dinâmica interna da violência do Estado. Há uma constante tensão entre a violência legítima e a ilegítima no interior do próprio Direito. Um sistema criminal que se quer minimamente racional precisa viver em incessante batalha contra os vícios gerados pela sua própria atividade institucional. A legalidade é a gênese intermitente da violência que se quer legítima. É gênese, pois é a partir dela que se tem crime e sanção estatais. É intermitente, pois antes da legalidade já havia violência e após ela ainda subsistem intensas fricções e interrupções descontínuas de uma violência ilegítima, posto que o seu atuar passa ao largo da racionalidade do sistema. O seu agir se explica pela norma, mas não se justifica por ela. O agente possui uma função no sistema criminal conferida pela norma,

⁸⁰ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 1, t.1. Rio de Janeiro: Forense, 4ª Ed, 1958, p. 37-38. Não há em Feuerbach a fórmula completa do enunciado latino, que é famoso entre nós, mas sim a articulação das fórmulas, tais como “*nulla poena sine lege*” e “*nullum crimen sine poena legalis*”. Para mais informações, remetemos o leitor para a obra de BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. p.66.

⁸¹ Art. 5º, XXXIX, da CRFB/88: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Art. 1º, do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

⁸² HUNGRIA, Nelson. Op. Cit., nota 81, p. 13.

⁸³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*, t. 1, p. 137, grifos do autor: “[...] un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo **mediante** el Derecho penal, sino también **del** Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no solo há de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también há de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del ‘Estado Leviatán’.”

porém ao atuar ultrapassa os limites de suas atribuições, pois é uma tendência natural do poder tentar derrubar os limites impostos a ele.

Tudo isso para dizer que as limitações ao Direito Penal são imprescindíveis para a sua própria compreensão como direito. Ele só pode se tornar um instrumento de proteção de direitos fundamentais, por meio de limites rígidos. A legalidade nos permite ter minimamente o conhecimento e o controle do poder que legitimamos no Estado. A sua importância se circunscreve em deixar o direito vir. Em deixá-lo aparecer para os indivíduos, sob a ótica da vedação, tornando um fato antes permitido em proibido.

É a partir da legalidade que o Direito pode ser calculado pelos cidadãos. Há nela a tarefa de permitir os cálculos dos delitos e das penas. Segundo Roxin, “o princípio da legalidade [...] serve para evitar uma punição arbitrária e não calculável sem lei ou embasada em uma lei imprecisa, ou retroativa”⁸⁴. Entendo haver aferições criminais além da legalidade, pois o Direito Penal não apenas proíbe, mas também permite. E um dos seus modos principais de permissão está na ausência da norma. Naquilo que não foi escrito. Onde não há escrito penal, há liberdade. Sem legalidade só pode haver liberdade. A observação de caráter criminal que se pode empreender diante da ausência de normas penais é que, diante de fatos meramente imorais, danosos ou até limítrofes a tipos penais, só pode haver liberdade, tendo como consequência lógica a vedação da incidência do sistema criminal. O Direito Penal liberta, quando se cala. É nesse sentido que Roxin reafirma a antiga assertiva de Franz v. Liszt, denominando o Código Penal como “a carta magna do delinquente”. Diz Roxin:

[...] o Código Penal põe a salvo o cidadão (tanto o honrado como o desonrado) de todo castigo por uma conduta que não haja sido claramente declarada punível **antes** do fato. Que com ele em alguma ocasião pode ficar impune uma conduta especialmente refinada, socialmente nociva e merecedora de pena, esse é o preço que há de pagar o legislador pela falta de arbitrariedade e pela segurança jurídica.⁸⁵

A extrema mitigação do princípio da legalidade foi levada a cabo pelo nazismo, para atingir com mais facilidade os seus objetivos autoritários e eliminatórios. Em 1935, o legislador nacional-socialista modificou o §2, do Código Penal Alemão, inserindo a ideia de que era lícito castigar, “segundo a ideia básica de uma lei penal e segundo o são sentimento do povo”⁸⁶. A partir daí o Direito Penal abriu escancaradamente as portas para a política criminal nazista, nulificando a importância da lei ao colocá-la em conjunto com o conceito de “são sentimento do povo”, que nada mais foi do que uma cláusula aberta para o morticínio. Se

⁸⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*, t. 1, p. 137.

⁸⁵ Ibid., p. 138, grifos do autor: “[...] *el Código Penal pone a cubierto al ciudadano (tanto al honrado como al no honrado) de todo castigo por una conducta que no haya sido claramente declarada punible antes del hecho. Que con ello en alguna ocasión pueda quedar impune una conducta especialmente refinada, socialmente nociva y por ello merecedora de pena, es el precio que há de pagar el legislador por la falta de arbitrariedad y la seguridad jurídica [...]*.”

⁸⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*, t. 1, p. 143.

o princípio da legalidade nos permite trabalhar com a ideia de que sem legalidade só pode haver liberdade, a sua diluição na abstração do sentimento do povo nos leva à intelecção de que, na Alemanha Nazista, sem legalidade só há liberdade, caso o indivíduo estivesse em conformidade com o desejo do partido nacional-socialista. Hungria identificou bem o mote das ideologias autoritárias: “a necessidade não tem lei”⁸⁷ (*Not kennt kein Gebot*). O próprio absurdo do nazismo é um exemplo contundente da importância da legalidade para a liberdade de cada ser humano. Tanto que após a Segunda Guerra Mundial, o §2, do Código Penal Alemão, foi declarado inaplicável e derogado expressamente pelos aliados, tendo sido substituído por uma versão nova do princípio da legalidade⁸⁸, o que nos remete a ligação intrínseca entre o liberalismo e a legalidade.

Roxin identificou quatro fundamentos para o princípio da legalidade⁸⁹. O primeiro deles é a necessidade da vinculação do Poder Executivo e do Poder Judiciário às leis abstratas, sendo esse o postulado central do liberalismo político. Assim, os poderes do Estado estão limitados a atuar conforme o que está prescrito na lei, garantindo aos indivíduos a existência de freios à atividade persecutória e judicativa estatal.

O segundo fundamento advém do princípio da separação dos poderes, concedendo aos indivíduos a garantia de que só haverá delitos e penas, segundo a vontade do Parlamento, o qual é a instância que representa o povo mais diretamente. Conforme explana Roxin:

Mediante a divisão de poderes, que se expressa no princípio da legalidade, libera-se o juiz da função de criação do Direito, reduzindo-o à função de aplicar o Direito, enquanto que ao executivo se exclui totalmente a possibilidade de cooperar na punição e desse modo se impede qualquer abuso de poder do mesmo neste campo.⁹⁰

Já o terceiro fundamento do princípio da legalidade está na teoria da coação psicológica, conforme elaborada por Feuerbach. Roxin lembra que essa tese é considerada ultrapassada por boa parte da doutrina contemporânea, mas realça que essa fundamentação poderá ser mais atual do que nunca, caso complementada com a ideia da prevenção geral positiva⁹¹. A consecução da prevenção geral só será possível, se for dada a cada indivíduo a possibilidade de saber previamente que um determinado fato foi definido como crime, sendo a sua prática então vedada pelo Direito. Caso contrário será impossível exigir de qualquer pessoa que haja em conformidade com uma norma inexistente. Não há intimidação sem a

⁸⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 1, t.1, p. 30.

⁸⁸ ROXIN, Claus. Op. Cit., nota 87, p. 143.

⁸⁹ Ibid., p. 144-147.

⁹⁰ Ibid., p. 145: “*Mediante la división de poderes, que se expresa en el principio de legalidad, se libera al juez de la función de creación del Derecho y se le reduce a la función de aplicar el Derecho, mientras que al ejecutivo se le excluye totalmente de la posibilidad de cooperar en la punición y de ese modo se impide cualquier abuso de poder del mismo en este campo.*”

⁹¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*, t. 1, p. 146.

ameaça da pena. Se não há fato punível e sanção estabelecida, então não há como demover alguém da ideia de cometer um crime, pela coação psicológica engendrada pelo Direito Penal, ou ainda fortalecer a consciência de cada um em agir conforme a norma, posto que não há lei em que se espelhar. Diz Hungria: “Se a norma penal é uma norma de conduta, rematado despropósito será exigir-se que os indivíduos se ajustem a uma norma penal... inexistente.”⁹²

De acordo com Roxin, o princípio da culpabilidade é o quarto fundamento do princípio da legalidade, pois só se poderá falar que uma determinada conduta era culpável, se o autor sabia ou poderia ao menos verificar que ela estava proibida⁹³. Não há como considerar um ser humano culpável por qualquer fato, caso não lhe seja dada a possibilidade de conhecer o teor da proibição. Sua responsabilidade só se constituirá em culpa, se ele violar as determinações legais. Se ele agir em contrariedade com o seu dever-ser. Segundo a lição de Jorge de Figueiredo Dias, a culpa é “*a própria autoria ou participação do existir (e do ser-livre) em uma contradição com as exigências do dever-ser que lhe são dirigidas logo a partir do seu característico modo-de-ser (do ser-livre)*.”⁹⁴

Além de proteger o indivíduo de sofrer a incidência do poder de punir do estado sem previsão legal, o princípio da legalidade também o protege da mudança na interpretação judicial da lei penal e da própria execução da pena. Sendo assim, é proibida a retroatividade de critérios mais severos de interpretação da lei penal, bem como é vedado à administração pública a aplicação de falta ou sanção disciplinar sem expressa previsão legal ou regulamentar, de acordo com o determinado pelo artigo 45, da Lei de Execução Penal Brasileira. Diz Nilo Batista: “A abrangência do princípio inclui a pena *cominada* pelo legislador, a pena *aplicada* pelo juiz e a pena *executada* pela administração”⁹⁵.

O princípio da legalidade possui quatro funções⁹⁶:

- a) *Nullum crimen nulla poena sine lege praevia* – A primeira função do princípio da legalidade é vedar a retroatividade da lei penal mais gravosa, que deve ser anterior ao fato praticado pelo agente. São proibidas as leis *ex post facto*. Está aí inscrito o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (*lex gravior*). A lei penal retroagirá para beneficiar o Réu, a qualquer tempo, salvo nos casos de leis excepcionais ou temporárias, na forma do artigo 3º, do Código Penal. Juarez

⁹² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 1, t.1, p. 25.

⁹³ ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, p. 146.

⁹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, Culpa, Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 3ª ed, 1995, p. 152, grifos do autor.

⁹⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p. 68, grifos do autor.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 68.

Cirino dos Santos, todavia, defende que a lei penal retroagirá mesmo nos casos de leis penais temporárias ou excepcionais, pois o artigo 3º, do Código Penal, não foi recepcionado pela Constituição da República de 1988, tendo em vista que o artigo 5º, inciso XL, não dispôs sobre nenhuma exceção à irretroatividade da lei penal mais gravosa⁹⁷.

- b) *Nullum crimen nulla poena sine lege scripta* – É proibida a criação de crimes e penas pelo costume, em razão do princípio da legalidade. Só que o costume não foi completamente abolido do Direito Penal. Ele ainda possui uma função integrativa para a cognição de elementos do tipo penal, como, por exemplo, a definição do que é o “ato obsceno” (art. 233, do CP) ou qual o significado da violação do dever objetivo de cuidado nos crimes culposos, quando a atividade que acarretou o acidente não está exaustivamente regulamentada⁹⁸. Entretanto em hipótese alguma poderá haver o emprego de normas consuetudinárias para criar delitos e penas. A lei penal deve ser escrita, observando o processo legislativo previsto na Constituição. No Brasil, compete privativamente a União legislar sobre Direito Penal (art. 22, inciso I, da CRFB/88), sendo o Congresso Nacional a sua fonte de produção (art. 48, da CRFB/88). É preciso haver lei em sentido formal para a cominação de crimes e penas, por força da exigência da reserva absoluta de lei. Nesse sentido, há divergência doutrinária sobre a constitucionalidade das leis penais em branco heterogêneas ou próprias, que possuem pena determinada, mas preceito penal indeterminado, dependendo de atos normativos inferiores para definir o exato alcance do tipo penal, como, por exemplo, o tipo de omissão de notificação de doença, previsto no artigo 269, do Código Penal. No Brasil, a doutrina majoritária entende que as leis penais heterogêneas ou próprias respeitam o princípio da legalidade, quando o núcleo essencial da conduta está previsto na lei em sentido formal⁹⁹, restando aos atos normativos inferiores apenas especificar o alcance dos elementos já contidos no próprio tipo legal. Juarez Cirino dos Santos diverge desse posicionamento, entendendo que as leis penais em branco heterogêneas ou próprias transferem a competência legislativa ao Poder Executivo

⁹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*, p. 52.

⁹⁸ BATISTA, Nilo. Op. Cit., nota 96, p. 70-71.

⁹⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 12ª ed, 2010, p. 24.

ou a atos inferiores do próprio poder legislativo, sendo assim desrespeitada a reserva absoluta de lei¹⁰⁰.

- c) *Nullum crimen nulla poena sine lege stricta* – A terceira função do princípio da legalidade é vedar a utilização da analogia (*in malam partem*) para criar crimes, agravar ou fundamentar penas. A analogia é um procedimento lógico, que consiste na aplicação da norma jurídica de um caso previsto a um caso não previsto, em razão da semelhança entre ambos. Ela supre uma lacuna na lei. Está prevista no artigo 4º, da Lei de Introdução do Código Civil, sendo proibida no Direito Penal para agravar a situação do réu, todavia esse procedimento lógico é permitido, se beneficiar a defesa. A analogia *in bonam partem* é aceita pela doutrina amplamente majoritária¹⁰¹, sob o argumento que o princípio da legalidade existe para salvaguardar o ser humano em face do Estado, e não para agravar a sua situação, pondo-se como um obstáculo à liberdade. Nelson Hungria isoladamente defende a impossibilidade do emprego da analogia *in bonam partem*, pois a lei penal seria um sistema fechado, que enfrentaria um grave perigo de subversão, caso se permita ao magistrado a criação arbitrária de causas de excepcional licitude, de impunibilidade ou não-culpabilidade penal¹⁰². Por fim, a analogia não se confunde com a interpretação analógica ou ainda com a interpretação extensiva. A primeira decorre de determinação expressa da própria lei penal, já a segunda tem como fim interpretar o sentido da norma, ampliando a sua abrangência. Ambas são permitidas pelo direito penal, em determinadas situações.
- d) *Nullum crimen nulla poena sine lege certa* – O princípio da legalidade proíbe incriminações vagas e indeterminadas. A lei penal deve ser certa. É necessário que o tipo contenha elementos claros, que definam precisamente o que se está proibindo. Evita-se assim ambiguidades, incertezas, indeterminações e elementos genéricos, que deixariam em aberto o conteúdo da lei, para ser preenchido pelo intérprete ao sabor das intempéries dos sentimentos humanos e da política criminal vigente. A doutrina costuma expor a Lei de Segurança Nacional (Lei 7110/83), como a grande violadora da referida função do princípio da legalidade no Brasil¹⁰³.

¹⁰⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*, p. 50.

¹⁰¹ Por todos, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 14ª ed., 2009, p. 166.

¹⁰² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 1, t. 1. p. 91-93.

¹⁰³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, p. 93; BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p. 78-79.

A lei penal deve ser taxativa. É nessa função que se dá ensejo ao princípio da taxatividade, como uma especificação do próprio princípio da legalidade, revelando a exigência de precisão e clareza da lei penal, para que ela seja de fácil compreensão, proporcionando segurança aos seus destinatários, cumprindo assim a sua missão constitucional de servir de baluarte do Estado Democrático de Direito. O criminalista Nilo Batista enfatiza que há “um *direito* subjetivo público de conhecer o crime, correlacionando-o a um dever do Congresso Nacional de legislar em matéria criminal sem contornos semânticos difusos”¹⁰⁴.

A intelectual Judith Shklar realça a intrínseca ligação da Justiça Criminal com o princípio da legalidade, como se ambos fossem um amálgama, que limitaria os crimes e as punições, protegendo o indivíduo da ação governamental. Em suas palavras: “O princípio da legalidade [...] é a justiça criminal.”¹⁰⁵ O verbo ser é empregado enfaticamente, para que fique claro como na perspectiva do legalismo a justiça se condensa na lei. Sem legalidade a justiça criminal não existe. Torna-se um processo diferente com signos parecidos, quebrando o sistema de proteção da liberdade.

Nessa linha de raciocínio, há toda uma teia simbólica que nos faz crer em uma Justiça Criminal, mas na verdade estamos diante de uma decisão puramente política. Esse modo de julgar com signos tão limítrofes ao que se entende por justiça criminal é o que caracteriza os julgamentos políticos. Há nesses julgamentos a aparência de direito penal e de direito processual penal, entretanto a sua condição *sine qua non* não existe, porque há crimes e punições definidos. Neles o princípio da legalidade está ausente, sem que seja suprida a sua demanda específica da existência prévia de uma lei identificadora do direito, cuja força normativa tornará as condutas consideradas inadequadas em criminosas, posto que esse efeito é produzido unicamente por ela¹⁰⁶. Judith Shklar lembra ainda que, na ideologia do legalismo, defende-se o apartamento do direito e da política, para prevenir a arbitrariedade. “A política é considerada não somente como algo apartado da lei, mas inferior a lei.”¹⁰⁷. Em relação ao Tribunal de Nuremberg, Nelson Hungria identificou com clareza os problemas advindos desse julgamento político:

¹⁰⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p. 80.

¹⁰⁵ SHKLAR, Judith N. *Legalism – Law, Morals and Political Trials*. London: Harvard University Press, 1986, p. 152, grifo da autora: “*The principle of legality – that there shall be no crime without law, and no punishment without a crime – is criminal justice. In limiting both crime and punishment by a system of rules, this policy aims at protecting individuals against arbitrary governmental action.*”

¹⁰⁶ SHKLAR, Judith N. *Legalism – Law, Morals and Political Trials*, p. 152: “O que o princípio da legalidade demanda é a lei e ainda que o fato tenha se tornado criminoso pela lei. Em causas políticas, um ou outro, ou ambos estão faltando [...]”.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 111.

O Tribunal de Nuremberg há de ficar como uma nódoa da civilização contemporânea: fez *tabula rasa* do *nullum crimen nulla poena sine lege* (com um improvisado *Plano de Julgamento*, de efeito retroativo, incriminou fatos pretéritos e impôs aos seus autores o “enforcamento” e penas puramente arbitrárias); desatendeu ao princípio da “territorialidade da lei penal”; estabeleceu a responsabilidade penal de indivíduos participantes de tais ou quais associações, ainda que alheios aos fatos a elas imputados; funcionou em nome dos vencedores, que haviam cometido os mesmíssimos fatos atribuídos aos réus; suas sentenças eram inapeláveis, ainda quando decretavam a pena de morte.¹⁰⁸

Essa breve análise do princípio da legalidade foi necessária para realçar a sua extrema importância para o Direito Penal. Só por meio do realce do caráter nuclear desse princípio, que será possível trabalhar com a existência do seu contraponto para a justiça. Mostrou-se nestas últimas páginas como a legalidade é importante para fundamentar, funcionalizar e compreender o Direito Penal tal como ele é. A partir daí, abre-se o desafio de pensar as possibilidades da justiça sem ela. Será legítimo instituir um Direito futuro para julgar fatos pretéritos? Ou esse julgamento não seria nada mais do que uma vingança institucionalizada?

Nessa trilha, passo a analisar a questão da justiça no Tribunal de Nuremberg, que foi de modo contumaz questionada, em razão da ausência do princípio da legalidade. Busco esclarecer em que medida se pode falar em justiça nos tribunais de exceção e, tomando por parâmetro Nuremberg, tentarei desconstruir o seu processo para tentar captar, mesmo de modo fugaz, qual foi o princípio do direito que mais sofreu com a sua existência.

2.3 A legalidade no Tribunal de Nuremberg

No outono de 1941, tornou-se pública a execução continuada de reféns inocentes na França, levada a cabo pelos alemães nazistas. O presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt contestou veementemente essa prática, anunciando que os responsáveis iriam responder futuramente pelos seus atos. Sua declaração foi depois fortificada pelo primeiro-ministro do Reino Unido Winston Churchill e pelo governo soviético, cuja população sofreu intensas baixas pela força do punho alemão, que protestou diplomaticamente pelos seus prisioneiros de guerra e civis exterminados, atribuindo a responsabilidade ao governo de Hitler. Pelas palavras do General de Gaulle, líder das Forças Francesas Livres, a França também manifestou a sua intenção de punir os nazistas responsáveis pelos excessos nas batalhas e pelas guerras de agressão. Entretanto, o modo como a responsabilização dos

¹⁰⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 1, t. 1. p. 31, grifos do autor.

nazistas iria ocorrer ainda não estava certa, na mente dos aliados. Churchill inicialmente “havia pensado em caçar os nazistas e executá-los”¹⁰⁹.

A partir daí, seguiram-se diversas discussões e declarações entre as potências aliadas, com o intuito de responsabilizar os alemães pelas atrocidades da Guerra, como a “Declaração de Moscou”, assinada por Stalin, Roosevelt e Churchill, que delineou o estilo de julgamento a ser empreendido, estabelecendo inclusive a divisão dos criminosos de guerra em dois grupos: “grandes” e “pequenos”. Em 1943, iniciaram-se os trabalhos da “Comissão das Nações Unidas para Crimes de Guerra” (CNUCG), cuja missão era descobrir os responsáveis pelos crimes, concentrar e apreciar as provas. As cartas estavam lançadas para um futuro acerto de contas com as práticas de guerra alemãs. Nas assinaturas de Cretin e Bazelaire:

(...) nas conferências de Moscou e de Teerã em 1943, de Yalta e de Postdam em 1945, as três grandes potências, Estados Unidos, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e Grã-Bretanha, fazem um acordo para que sejam julgados e punidos os responsáveis pelos crimes de guerra. Em seguida, o tribunal militar internacional é criado pelos acordos de Londres em 8 de agosto de 1945 ocorridos entre as quatro grandes potências. Nesse meio tempo, a França juntou-se às três outras.¹¹⁰

A certeza mundial acerca da “Solução Final da Questão Judaica” foi decisiva para a potencialização do clamor irrefreável pela responsabilização de Hitler e seus subordinados. O professor Carlos Eduardo Adriano Japiassú, precursor nos estudos de Direito Penal Internacional no Brasil, explica que “a chamada questão judaica teve três soluções: inicialmente, a expulsão; após, a deportação para campos de concentração; e, no final, o extermínio”¹¹¹. O insigne mestre da UERJ afirma ainda ter sido a “revelação da realidade cruel da Segunda Guerra Mundial” que provocou por fim a criação do Tribunal de Nuremberg, para julgar os “responsáveis pelo desencadeamento de toda a sorte de atrocidades cometidas sob a égide do nazismo”¹¹².

A palavra holocausto, oriunda do grego antigo, significa “sacrifício pelo fogo”¹¹³. Ao exterminar judeus, ciganos, homossexuais, testemunhas de Jeová, comunistas e socialistas, as autoridades alemãs julgavam fortalecer a sua raça considerada superior, limpando do mundo,

¹⁰⁹ BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia*. Barueri: Manole, 2004, p. 20.

¹¹⁰ BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia*, p. 20-21.

¹¹¹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Direito Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 70. Realçando ainda o ódio dos alemães pelos judeus, explana o autor: “Em 1935, após uma grande jornada do Partido Nazista em Nuremberg, são proclamadas as leis raciais e, em 1938, ocorre a ‘Kirstallnacht’ ou Noite dos Cristais, em que 7.500 vitrinas de lojas judaicas foram quebradas, todas as sinagogas foram incendiadas e 20 mil judeus foram levados para campos de concentração’. Este incidente deu a exata noção da capacidade de destruição e perseguição dos nazistas em relação ao povo judeu.” (grifo do autor)

¹¹² *Ibid.*, p. 69.

¹¹³ United States Holocaust Memorial Museum. *Enciclopédia do Holocausto*. Apresenta informações sobre o Holocausto. Disponível em: <<http://www.ushmm.org/museum/exhibit/focus/portuguese/>>. Acesso em: 28 ago. 2010.

e principalmente da Alemanha, as raças consideradas inferiores. Nesse sentido, sacrificar pelo fogo é purificar o seu mundo de elementos destrutivos, ignóbeis ou pelo menos inconvenientes. É provocar o desaparecimento da “indignidade do mundo”, em razão da sua inferioridade. Para os nazistas a indignidade estava na face do outro.

A diferença devia ser exterminada para dar vazão à supremacia de sua unicidade. Os seus aspectos culturais deveriam se expandir, em uma constante defesa de si-mesmo. E o outro era humano. O holocausto nazista buscou consolidar a “limpeza do mundo” dos humanos em diferença cultural. Por isso a resposta a esses atos pareciam ser irrefratáveis. Era preciso atribuir responsabilidade ao ser humano, quando tenta se livrar de si-mesmo. Não eram homicídios que retiravam do mundo dois ou mais homens, mas sim extermínios de aspectos cruciais do desenvolvimento e da existência da humanidade.

O pleito era fazer morrer uma parte da própria humanidade. Extinguir aspectos não considerados de si-mesmo no outro. Parece ser a partir dessa constatação de supressão do outro, que se deve entender o holocausto nazista e talvez também o Tribunal que o julgou. Focar-se justamente nesse ponto pode ser uma boa estratégia para uma perspectiva desconstrucionista da legalidade em Nuremberg.

Afinal, em 1945, os alemães já tinham assassinado dois entre três judeus europeus (os números são incertos, todavia se costuma falar no extermínio de 6.000.000 de judeus). Foram 200.000 ciganos assassinados. Em torno de outros 200.000 doentes incuráveis, idosos senis, deficientes físicos e mentais destruídos pelo “Programa Eutanásia”. Entre dois e três milhões de soviéticos prisioneiros de guerra foram assassinados ou deixados à cruel espera da morte¹¹⁴. Ousaria falar em uma programação letal do sentido do mundo, produzindo a morte para deixar apenas uma vida uníssona aos desejos do partido nacional-socialista. Sem falar nos sobreviventes, que vivenciaram situações subumanas nos campos de concentração.

A “solução final judaica”, um eufemismo para a morte, foi a medida tomada pelo nazismo para desconsiderar a humanidade e a vida. É nesse sentido que interpreto o holocausto como uma tentativa do ser humano de exterminar aspectos não considerados de si-mesmo. O nazismo atacou parte da história cultural do homem, pertencente de certa monta também ao próprio povo alemão. O Tribunal de Nuremberg vinha como uma resposta a essa atitude. Foram julgamentos para punir essas desumanidades. Foi também uma pretensa alternativa a uma vingança internacional que seria irrefreável, tendo em vista as paixões reativas ao nazismo, principalmente as soviéticas. Diz Japiassú:

¹¹⁴ Dados obtidos em: United States Holocaust Memorial Museum. *Enciclopédia do Holocausto*. Disponível em: <<http://www.ushmm.org/wlc/ptbr/article.php?ModuleId=10005143&referer=focus>>. Acesso em: 29 ago. 2010.

Certamente foi uma corte de vencedores que julgavam vencidos. Mas, apesar disso e apesar da opinião pública mundial ter desenvolvido imensa repulsa pelos atos praticados pelo Estado nazista, tentou-se, na medida do possível, fazer de Nuremberg um julgamento e não um exercício de vingança internacional. E parece que, com todas as dificuldades, alcançou-se relativo êxito.¹¹⁵

Apesar dos pesares das violências, o julgamento aconteceu e, em 8 de agosto de 1945, em Londres, foi assinado pelos Aliados (França, URSS, Grã-Bretanha e EUA) o acordo constitutivo do Tribunal Internacional Militar dos Grandes Criminosos de Guerra, ente competente para processar e julgar os atos praticados pelos nazistas e quem estivesse a eles relacionados. O julgamento aconteceria em Nuremberg. Em toda a medida, a “Noite dos Cristais” (*Kristallnacht*) iria se voltar contra os nazistas. A cidade, já sem muitos vidros restantes para serem quebrados, seria o local de despedida daqueles que empreenderam o ato do século XX que nos fez ter vergonha de sermos humanos.

O processo ocorreu entre 20 de novembro de 1945 e 1º de outubro de 1946, tendo como presidente o juiz britânico Geoffrey Lawrence. 24 nazistas e seis organizações¹¹⁶ estavam envolvidas. As sentenças são proferidas em 30 de setembro e 1º de outubro de 1946. Robert Ley não foi julgado, pois cometeu suicídio na prisão de Nuremberg. Gustav Krupp Von Bohlen und Halback foi beneficiado por uma “classificação sem continuidade das acusações das quais ele era objeto em função de um acidente de trânsito sofrido em 1944”¹¹⁷. Não obstante ter sido condenado à morte, Herman Göring suicidou-se com cianureto às vésperas de sua execução. Foram 19 condenações, sendo 12 sanções de pena de morte, e 3 absolvições¹¹⁸. O NSDAP, a Gestapo e as SS são declaradas organização criminosas. Nas palavras de Bazelaire e Cretin:

Em 16 de outubro, os condenados à morte são enforcados no ginásio da prisão de Nuremberg. Seus corpos são em seguida incinerados em um crematório de Munique e suas cinzas jogadas em um afluente do rio Isar. A partir de 18 de julho de 1947, os condenados à prisão são transferidos para a prisão dos Aliados em Berlim-Spandau reservada aos criminosos de guerra.¹¹⁹

A banalização da morte foi um dos motivos principais para os Aliados estarem diante do julgamento ou da vingança. Era preciso reagir de alguma forma. As emoções impeliam em direção a isso. Falar em um julgamento de acordo com os valores ocidentais poderia vir a significar uma tentativa de inserir alguns aspectos racionais relevantes, entre os desejos de

¹¹⁵ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Direito Penal Internacional*, p. 76.

¹¹⁶ BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia*, p. 24.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 25.

¹¹⁸ GONÇALVES, Joanival Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 192-193: “(...) 12 foram condenados à força – Bormann, julgado *in absentia*, Frank, Frick, Goering, Jodl, Kaltenbrunner, Keitel, Ribbentrop, Rosenberg, Sauckel, Seyss-Inquart e Streicher -, 3 receberam prisão perpétua – Funk, Hess e Raeder -, 2 foram condenados a 20 anos de reclusão – Schirach e Speer -, Von Neurath foi sentenciado a 15 anos de prisão, Doenitz a 10 anos; 3 foram absolvidos – Fritzsche, Von Papen e Schacht.”

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 27.

vingança e de resposta às atrocidades. Era preciso inserir na história alguma decisão contra os morticínios, para que futuramente as consciências humanas vindouras não percebessem todos aqueles tremores como consequências naturais de uma guerra. Entretanto, o enfrentamento da legalidade para estabelecer um julgamento não acarretou em um resultado menos violento.

Aí está a perspectiva desconstrucionista deste tópico. Desconsideramos completamente o outro em Nuremberg por nos parecer monstruoso, tal como fez o nazismo. Era preciso que o “direito” se desse na nervura dos acontecimentos, para travar um poder punitivo incontrolável. Um “direito” que após o fato viria para garantir um mínimo de dignidade, vedando a pena de morte e quiçá a prisão perpétua. Faltou um esforço hercúleo para evitar assassinar os nazistas. Assim, na trilha de Rafael Haddock-Lobo:

Conseqüentemente, para além de uma filosofia pragmática, o pensamento deve edificar sua estrutura sistêmica a partir dessa contaminação pela alteridade; deve, na assunção de sua culpa, como modelo de pensamento que por séculos esmagou, calou e tentou aniquilar as diferenças, nessa culpa, em suas mãos sujas de sangue, encontrar a razão para estendê-las a quem pede; e deve, para aquém e além da culpa, destampar seus ouvidos para que se possa ouvir a voz daqueles que chamam e abrir seus olhos para que se veja o rosto do outro.¹²⁰

Não há como negar que o Tribunal de Nuremberg foi uma corte de exceção. Ele foi criado justamente em função dos atos pretéritos dos nazistas, considerados criminosos pelos Aliados, e foi extinto logo após as sentenças terem sido proferidas. O seu caráter *ad hoc* é evidente. Joanisval Brito Gonçalves chegou a dizer que “Nuremberg revelava-se uma Corte em moldes semelhantes aos Tribunais do III Reich, onde as regras procedimentais eram confusas para a Defesa, e a dúvida não beneficiava o réu”¹²¹.

A Corte teve diversos outros problemas, como o procedimento misto, com prevalência do modelo anglo-saxão - estranho aos nazistas -, as dúvidas que pairavam sobre a imparcialidade dos juízes, a ausência de recursos, mesmo diante da pena de morte, e a impossibilidade dos acusados levantarem tópicos de política internacional¹²². Entretanto, este capítulo se concentra apenas na tarefa de avaliar o problema da ausência do princípio da legalidade. Se houvesse alguma forma de realizar um julgamento respeitando os seus preceitos, boa parte das contendas supracitadas estariam resolvidas por arrastamento. Só que respeitá-los era impossível.

Na época, a única forma de respeitá-los seria deixar de julgar. Uma omissão também impossível. Esteve-se então diante de duas “impossibilidades”. Fazer o Direito Criminal atuar

¹²⁰ HADDOCK-LOBO, Rafael. "As muitas faces do outro em Levinas". In: DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar (Org.). *Desconstrução e ética – ecos de Jacques Derrida*. Rio de Janeiro : Ed. Puc-Rio, 2004, p. 192.

¹²¹ GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*, p. 151.

¹²² Para mais informações, recomenda-se a leitura de FERRO, Ana Luiza Almeida. *O Tribunal de Nuremberg: dos precedentes à confirmação de seus princípios*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 103.

sem lei prévia, escrita, estrita e certa. Assim sendo, calcular sem cálculo. E ultrapassar o princípio da legalidade para se fazer justiça, pois respeitá-lo seria aceitar a vingança pública e coletiva. As declarações de Robert Jackson, promotor-chefe de Nuremberg, são importantes para revelar o dilema histórico:

Na primeira audiência do processo de Nuremberg, Robert Jackson faz uma declaração preliminar: ‘O privilégio de abrir o primeiro processo na história dos crimes contra a paz do mundo é uma grande responsabilidade’. ‘As quatro grandes nações vitoriosas [...] detêm o braço da vingança e submetem voluntariamente os seus inimigos prisioneiros ao julgamento da lei’. ‘Os crimes pelos quais buscamos condenar e punir não pode tolerar que sejam ignorados, pois não poderíamos sobreviver se eles fossem reiterados.’¹²³

Ana Luiza Almeida Ferro afirma ter sido a falta da legalidade um dos maiores argumentos da defesa, que assim foram demarcados:

- a) O castigo *ex post facto* é repudiado pelo Direito das nações civilizadas;
- b) nenhum poder soberano atribuíra à guerra de agressão a tipificação de crime antes da prática dos atos incriminados;
- c) nenhum estatuto a definira, nenhum documento internacional previra pena para a sua prática, assim como nenhum tribunal fora instituído para julgar e punir os infratores.¹²⁴

Os argumentos da acusação eram frágeis diante das demarcações estritas exigidas pelo princípio da legalidade. Não havia previsão de pena para o crime de guerra ilícita, então não haveria a possibilidade de aplicar qualquer sanção. Prevenir politicamente os nazistas de que seus atos não restariam impunes não é capaz de criar Direito, apenas reforça o caráter político do julgamento. Por fim, a alegação de que os atos praticados vão de encontro à consciência universal é incapaz de fraquejar a legalidade estrita, que exige lei prévia e escrita. O melhor argumento parece ter sido aquele que afirma o caráter costumeiro do Direito Penal Internacional, diferenciando-se do direito interno. A acusação ainda considerou o fato de que “tal princípio não se encontra na base de todas as legislações dos povos anglo-saxões, tendo sido ainda estranho ao Direito romano e repudiado pela própria legislação penal do nazismo alemão”¹²⁵.

Parece que esse argumento é inábil para afastar a importância dos tratados como fixadores de responsabilidades penais na ordem internacional, além de reforçar a ausência do princípio da legalidade, ao defender sua desimportância. Há ainda a afirmação de que, por existirem pactos internacionais prevendo a proibição de determinados atos internacionais, tal como o Pacto Briand-Kellog, o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege* somente foi

¹²³ BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia*, p. 42.

¹²⁴ FERRO, Ana Luiza Almeida. *O Tribunal de Nuremberg: dos precedentes à confirmação de seus princípios*, p. 103.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 105. Faz-se mister lembrar que o Pacto Briand-Kellog não firmou nenhuma responsabilidade criminal individual. O próprio Hans Kelsen proferiu essa assertiva em: KELSEN, Hans. Will the judgment in Nuremberg Trial constitute a precedent in International Law? *The International Law Quarterly*, v. 1, n. 2, p. 153-171, 1947, p. 155.

amenizado em Nuremberg, e não propriamente desrespeitado¹²⁶. Ora, princípios penais não podem ser “amenizados” contra os seres humanos. Eles não podem ser relativizados para autorizar o direito de matar. A atividade de “amenizar” o princípio é desrespeitá-lo com sutileza. O princípio da legalidade não aceita tapas de luvas de pelica.

2.4 A desconstrução da legalidade no Tribunal de Nuremberg

Concordo, por tudo o que até agora foi dito, com os dizeres de Kelsen, ao refutar a possibilidade das decisões de Nuremberg serem consideradas um precedente judicial. O jurista austríaco, com elegante tom irônico, argumentou que, se tal julgamento for considerado um precedente – legislativo -, então se deve esperar das guerras vindouras o julgamento dos perdedores pelos Estados vencedores, pelo cometimento de crimes determinados unilateralmente e com força retroativa¹²⁷. Um precedente desse tipo não deve ser reconhecido ou querido. Kelsen quis dizer que o ocorrido em Nuremberg não é um ideal a ser seguido. Entretanto, isso não significa que a criação de um Direito Penal Internacional seja indesejável. Pelo contrário, talvez esse fenômeno histórico tenha nos alertado da importância e do risco de se engendrar um sistema internacional de responsabilidade criminal individual, de acordo com os princípios penais e processuais penais historicamente consagrados. Estevesse, em Nuremberg, diante de processos e sentenças políticas, cujas forças não constituíram um Direito Penal e um Direito Processual Penal. Firmou-se uma “racionalidade” aparente de Direito, para dar uma resposta de exceção aos atos praticados pelos nazistas.

Por outro lado, o fato de não se poder falar nesse caso em um Direito Penal Internacional não implica necessariamente no afastamento da justiça criminal. Quiçá seja possível uma justiça criminal sem legalidade, quando as pulsões punitivas sejam irrefreáveis, em razão da magnitude histórica dos fenômenos, a urgir alguma atribuição de responsabilidade a indivíduos que colocaram em risco o mundo da vida. Uma “justiça jurídica” com cálculo posterior não deve ser jamais preferida, entretanto nada impede a existência de casos em que seja necessário ultrapassar a legalidade para evitar violências maiores. Vamos então buscar a justiça do caso na desconstrução, pois os princípios jurídicos liberais por si só não são capazes de travar a potência de momentos históricos de exceção. Em certa medida, parece ser possível dizer que Nuremberg delineou um ponto crítico de uma

¹²⁶ FERRO, Ana Luiza Almeida. *O Tribunal de Nuremberg: dos precedentes à confirmação de seus princípios*, p. 108.

¹²⁷ KELSEN, Hans. Will the judgment in Nuremberg Trial constitute a precedent in International Law? *The International Law Quarterly*, p. 171.

ordem internacional de exceção, em que o fato político e o jurídico se misturaram. Nesse plano crítico e aporético, circunscreve-se a consagrada frase do decisionismo de Carl Schmitt: “Soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção”¹²⁸. Ironicamente, os poderes dos Aliados na ordem jurídica internacional configuraram uma soberania fática, incumbida de decidir sobre o destino dos nazistas. As teorias do decisionismo, da exceção e da soberania, elaboradas por Schmitt, voltaram-se contra os próprios alemães, circunscrevendo uma instância de poder, que suspendeu a ordem jurídica internacional para efetivar o desastremilagre da exceção.

Entendendo essa situação como inescapável, tem-se como possível a percepção de que a ausência do olhar desconstrucionista em Nuremberg foi um dos motivos principais para a violência do seu resultado, pois não foi dada a devida atenção aos processos de transformações, no intento de radicalizá-los para buscar uma quebra à violência nazista. E desconstruir não é destruir. Desconstrói-se ao abrir novas possibilidades nos processos de transformação, renunciando a tranquilidade ao tratar do Tribunal de Nuremberg, aceitando o desafio de pensá-lo como uma aporia, onde reside a resposta à violência e a própria violência. Desconstruir é fazer e deixar que se faça justiça nos processos históricos. Para se fazer “justeza” ao tema é preciso verificar o que lá não foi percebido ou dito. A desconstrução acontece ao pensarmos que a Corte não abriu espaço para serem renunciados determinados aspectos da violência ao julgá-la. O “direito” veio *a posteriori* e, para que o cálculo produzido por ele fosse querido ao ultrapassar o princípio da legalidade, era necessário renunciar à morte, pois ao aplicá-la como pena o “direito” foi vingança. Em nada se diferenciou dela, apenas deu a todos nós as ilusões de uma razão escamoteadora do quanto nos espelhamos “neles” ao matá-los. Parafraseando Dostoievski, ao não darmos sombra de esperança aos nazistas, sabíamos que íamos falhar.

Assumimos com as execuções em Nuremberg um derramamento de sangue não previsto. Se a efusão de sangue já é um processo que deve ser evitado e, na esmagadora maioria das vezes, severamente combatido, o *crur* dos nazistas resultou no desastre da glorificação do que justamente queríamos anular: a violência exacerbada, a programação do futuro com sangue e os genocídios. Derrida possui um bom trecho sobre o assunto, merecendo a citação integral:

Nem toda crueldade é sangrenta ou sanguinária, visível e exterior, decerto; pode ser, provavelmente é, essencialmente psíquica (prazer obtido em sofrer ou em fazer sofrer, ver sofrer; *grausam*, em alemão, não nomeia o sangue). Mas *crur* designa

¹²⁸ SCHMITT, Carl. *Teología política – cuatro ensayos sobre la soberanía*. Buenos Aires: Struhart & Cia, 2005, p. 23.

de fato o sangue derramado, a efusão e portanto uma certa exterioridade, uma visibilidade do vermelho, sua *expressão* do lado de fora, essa cor que inunda todos os textos de Victor Hugo contra a pena de morte, desde o vermelho que a guilhotina faz correr, ‘a velha bebedora de sangue’, ‘a horrível máquina escarlate’, até os andaimes de madeira vermelha que sustentavam sua lâmina (‘duas vigas compridas pintadas de vermelho, uma escada pintada de vermelho, um cesto pintado de vermelho, uma escada pintada de vermelho em que se parece encaixar por um dos lados uma lâmina grossa e enorme triangular... eis a civilização que chegava à Argélia sob a forma da guilhotina’).¹²⁹

O choque causado pelos atos perpetrados pelos nazistas se deu justamente pela visibilidade do vermelho, todavia decidimos dar uma resposta com ainda mais derramamento de sangue, que se efetivou no suplício da execução pela força. Método de matar humilhante, agonizante e sufocante. Essa não parece ter sido uma alternativa razoável para ultrapassar o princípio da legalidade, pois o desfecho do julgamento foi muito parecido ao de uma execução sumária.

Uma análise do discurso de abertura de Robert H. Jackson, o principal promotor norte-americano em Nuremberg, ajudará a melhor compreender o dilema. Jackson disse:

“O privilégio de abrir o primeiro julgamento na história de crimes contra a paz mundial impõe uma grave responsabilidade. As injustiças que pretendemos condenar e punir foram tão calculadas, tão malignas e tão devastadoras, que a civilização não pode admitir que sejam ignoradas, porque não poderá sobreviver caso se repitam”¹³⁰.

Uma responsabilidade que é grave por ser o primeiro julgamento após atos devastadores, calculados e malignos, tendo como fim a condenação dessas injustiças, consideradas crimes contra a paz mundial. É grave também em razão da magnitude do julgamento. Assim, continuou Jackson: “Nunca antes na história jurídica foi feito um esforço para trazer, no âmbito de um processo único, os empreendimentos de uma década, cobrindo todo um continente (...)”¹³¹. Dada a pretensão de se estabelecer como o Tribunal a julgar os empreendimentos de uma década, o mais importante, todavia, é que a responsabilidade é grave, pois, ao assumir o poder de decidir, os julgadores podem ser cruéis como os nazistas foram. O privilégio de abrir o julgamento pode ser entendido como o poder do ineditismo de julgar os nazistas, para poder depois finalmente começar a falar em paz, sendo assim uma

¹²⁹ DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elizabeth. *De que amanhã: diálogo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, p. 170-171.

¹³⁰ O texto em inglês é: “*The privilege of opening the first trial in history for crimes against the peace of the world imposes a grave responsibility. The wrongs which we seek to condemn and punish have been so calculated, so malignant, and so devastating, that civilization cannot tolerate their being ignored, because it cannot survive their being repeated.*”. Justice Jackson’s Opening Statements for the Prosecution. *University of Missouri-Kansas City School of Law*. Apresenta registros do Tribunal de Nuremberg. Disponível em: <<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/nuremberg/jackson.html>>. Acesso em: 14 set. 2010.

¹³¹ No idioma original: “*Never before in legal history has an effort been made to bring within the scope of a single litigation the developments of a decade, covering a whole continent, and involving a score of nations, countless individuals, and innumerable events.*” Loc. Cit.

colaboração para a sua restauração na ordem internacional. Para isso era preciso condenar o cálculo maligno e devastador.

Ocorre que o Tribunal de Nuremberg foi um cálculo *a posteriori* – primeiro sinal de devastação -, apresentando-se como “direito”. Só que não se apresentou puramente como “direito”, mas sim como “direito de matar” – segundo sinal de devastação -. A atividade de matar é muitas vezes consequência do que é maligno. Por certo não se admitiu a ignorância dos atos perpetrados pelos nazistas, contudo eles se repetiram, a partir do momento em que nós os matamos, quando eram meramente réus, e não mais combatentes. Assim repetimos. E ao repetir deixamos de sobreviver ao nazismo. Fomos condenados a conviver com esse rastro na história, sem ter tido força para buscar civilidade suficiente para dar uma resposta contrária ao nacional-socialismo. Ao matar, absolvemos o nazismo. As “sinistras influências”¹³² dos nazistas, outrora temidas pelo próprio Jackson, concretizaram-se.

Jacques Derrida chamou a atenção para o fundamento teológico-político da pena de morte, que é na verdade “uma aliança entre uma mensagem religiosa e a soberania de um Estado”¹³³. Essa abertura às questões morais transcendentais se reflete inclusive nos tipos abertos imputados aos nazistas, que possuíam certo caráter transcendental, como o conceito de “guerra de agressão” ou o conteúdo do que seria um “ato desumano cometido contra populações civis”, conforme disposto no artigo 6º, do Estatuto de Nuremberg¹³⁴. A pena de morte pode ser historicamente lida como um rito sacrificial para que o criminoso expiasse os seus pecados, para assim ser salvo em um mundo transcendental (o além da vida). Essa não é uma concepção de punição que pode ser aceita em uma ordem laica, pois condiciona a punição à aceitação de postulados religiosos, que são de ordem privada. Obliterando esse viés religioso, dependente de uma realidade transcendental, sobra a retribuição à pena de morte como justificação derradeira, cuja lógica kantiana se desenvolve ao ousar calcular o retorno a cada um do mal cometido. Quando, diante do cálculo, a pena de prisão extrapola o tempo de vida do réu, o que resta é a pena de morte, a ser aplicada às piores violações do direito, que é por si só o desmoronamento do cálculo, pois as maiores violações são temporalmente incalculáveis.

A leitura do filósofo francês coaduna a essência religiosa do castigo supremo com a sua natureza intrínseca de exceção. É interessante como Derrida, ao citar Carl Schmitt, liga o

¹³² Nuremberg Trials – Opening Statement of Robert Jackson. *Transitional Justice – reconstructing self and society*. Apresenta registros do Tribunal de Nuremberg. Disponível em: <<http://tj.facinghistory.org/nuremberg-trials-opening-statement-robert-jackson>>. Acesso em: 14 set. 2010.

¹³³ DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elizabeth. *De que amanhã: diálogo*, p. 173.

¹³⁴ FERRO, Ana Luiza Almeida. *O Tribunal de Nuremberg: dos precedentes à confirmação de seus princípios*, p. 95-98.

poder de vida e morte sobre os súditos com a questão da exceção. O próprio assassinato legal já seria por si só uma suspensão do direito, por meio da prerrogativa do “direito de suspender o direito”¹³⁵. Por essa ótica, a pena de morte foi um elemento do julgamento que retirou a racionalidade laica do Tribunal de Nuremberg. A legalidade foi um problema menor, se comparado à ausência da humanidade dessa sanção. Em uma ordem laica a pena de morte não deveria ser legítima, em razão do seu fundamento teológico-político na salvação da alma pelo sacrifício. Ela não tem o objetivo de salvar materialmente a sociedade, mas de purificar a alma do culpado¹³⁶. Não pretendo aqui afirmar que a pena de morte não seja possível de ser adaptada à lógica de um estado laico, mas sim que a laicidade abre uma série de opções racionais que dispensam a pena de morte, assim a mera retributividade ou a defesa do estado podem ser postos de lado, no que se referem à existência da pena de morte. Os Aliados fundamentariam com mais apurada razão a suspensão do Direito Internacional, para atribuir responsabilidades aos nazistas, se o processo e o resultado tivessem sido mais brandos do que a execução sumária. Ao matá-los, eles suspenderam uma melhor justificativa afetiva e racional para a exceção, que poderia ter nos deixado uma herança de lutas mais aprazível.

Após revelar o caráter teológico-político da pena de morte, Derrida elabora uma afirmação polêmica: “(...) ousaria dizer que a pena de morte sempre correspondeu a pleitos profundamente ‘humanistas’”¹³⁷. Ele quis dizer com essa assertiva que é a concepção da dignidade do ser humano como fim, que o autoriza a “arriscar a sua vida” no sacrifício, para atingir uma vida melhor (mais digna) após a morte. O sacrifício se dá em razão da dignidade do próprio homem. Em suas palavras: “(...) é a *dignidade (Würde)* incomparável da pessoa humana que, fim em si e não meio, segundo Kant, transcende sua condição de vivente e para a qual é uma *honra* inscrever a pena de morte em seu direito”¹³⁸. Essa crítica que Derrida faz ao humanismo não é uma aposta naquilo que é inumano ou uma apologia à hostilidade ao homem. Pelo contrário, o que se leva a cabo é uma desconfiança à imperatividade da apropriação de um discurso dos valores do homem, o qual acaba se fechando em si mesmo e privilegiando o “nós” em detrimento do outro. O filósofo Paulo Cesar Duque-Estrada desconstrói a questão:

(...) tal como o conceito de “signo”, que existe para se apagar na sua referência ao significado, também o homem deve se apagar na sua referência àquilo que lhe confere dignidade enquanto ser-humano. Portanto, insistir no homem significa insistir na clausura de um certo “algo” – que é também e já um fim dele mesmo –

¹³⁵ DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO; Elizabeth. *De que amanhã: diálogo*, p. 174.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 176.

¹³⁷ DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO; Elizabeth. *De que amanhã: diálogo*, p. 178.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 178, grifos do autor.

que reúne a todos em um “nós”, “nós” homens, “nós” seres humanos. Isso traz uma série de complicações que, de imediato, não se percebe nas manifestações “em defesa” ou “em prol” do homem ou do “nós” homens; afinal, nunca se interroga ali de que “nós” se trata: que ou quem é esse “nós”, quem afirma esse “nós”, com base em quê, com vistas a quê, em que condições esse “nós” é afirmado, etc.¹³⁹

A crítica ao humanismo é um movimento de descentralização do sujeito único e delineado de valores na ordem das coisas. Ela vem para permitir o acolhimento do absolutamente outro. Configurando-se em uma abertura à alteridade. Uma lei que agora se dirige ao imprevisível de quem não é nem presença nem ausência. Pela escrita de Duque-Estrada: “Lei da hospitalidade, que é também aquela da *différance*, do rastro, da pura afirmatividade de um sim à inesperada vinda do outro”¹⁴⁰. É nesse sentido que reafirmo que os empreendedores do projeto genocida do século XX jamais deveriam ter sido eliminados, pois a resposta contra a destruição exige a permanência e o movimento de todos os outros, inclusive os julgados em Nuremberg, para permitir a potencialização da negação à supressão das vidas. A pena privativa de liberdade seria então uma boa alternativa ao resultado desse processo histórico, impedindo a eliminação dos outros, desconstituindo a figura do inimigo e respeitando as vítimas, já que responsabilizaria os nazistas, atribuindo consequências aos seus atos.

O anseio dos Aliados em fundamentar e justificar o “direito” apenas serviu para inserir, reinserir e reforçar o cálculo; a contabilidade acerca dos crimes praticados pelos nazistas em relação às penas que deveriam receber. A pena de morte também integra o cálculo da pena. Ela é um dos resultados da conta que busca a equivalência entre a gravidade do crime e a pena. Diz Derrida: “(...) A questão da pena de morte não é apenas a da onto-teologia política da soberania; é também - em torno desse cálculo de uma impossível equivalência entre crime e castigo, de sua incomensurabilidade (...).”¹⁴¹. Quando o crime praticado é considerado extremamente grave, a ponto de não encontrar equivalência em qualquer cominação de pena privativa de liberdade, então se aplica a pena de morte. A lógica kantiana se desmoronou diante dos crimes dos nazistas, pois a própria morte de seus artífices não foi suficiente como equivalência às destruições perpetradas. Assim, a “lógica” da pena de morte também esteve em xeque, quiçá desmoronou-se também.

Enfim, o problema do Tribunal de Nuremberg não foi a sua existência. Ele foi um processo histórico derradeiro. O triste no julgamento foi a ausência de crise dos princípios nazistas. A carência de desapego da vingança em seu cerne. As certezas, as oposições e as

¹³⁹ DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar. "Derrida e a crítica heideggeriana do humanismo". In: NASCIMENTO, Evando (Org.). *Jacques Derrida – Pensar a desconstrução*. São Paulo; Estação Liberdade, 2005, p. 254.

¹⁴⁰ Ibid., p. 255.

¹⁴¹ DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elizabeth. *De que amanhã: diálogo*, p. 183.

afirmações inflamadas não deram espaço para uma crise mais profunda; para um desmonte maior. Nos caminhos derridianos, “*a desconstrução é a justiça*”¹⁴².

Embora o perdão não esteja intrinsecamente relacionado ao direito e às instituições, podendo existir mesmo após as condenações mais rígidas, é inegável que o caráter extremamente aflitivo e eliminatório da pena de morte dificulta a sua manifestação. Rejeitar o castigo supremo seria estabelecer um ponto de virada em relação aos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial. No entanto, não houve surpresas.

É possível haver justiça em tribunais de exceção? Sim e não. Sim, caso eles sejam menos violentos que a vingança coletiva, desconfigurando-se a justiça no processo de desmonte, de quebra, de desconstrução; jamais na própria condenação ou absolvição irrefratáveis, no direito posto, no bater do martelo dos pragmatismos. Não, se rejeitarem um mínimo de abertura aos que estão sendo julgados, tornando-se eles mesmos uma vingança institucionalizada. Ultrapassar o princípio da legalidade não foi a maior falha do Tribunal de Nuremberg, pois em determinadas conjunturas históricas a ultrapassagem simplesmente se dará, independente do que estiver positivado. O pior disso tudo foi a impossibilidade de diferenciar substancialmente o “direito” que mata da guerra que mata.

¹⁴² DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: WMF Martins Fontes. 1ª ed., 2007, p. 27, grifos do autor.

3 PONDERANDO A CRIMINALIZAÇÃO: O ESTRANGEIRO E A HOSPITALIDADE

O processo de filtragem constitucional deve ser constantemente empregado pelo juiz ao constatar as incongruências das leis criminais. O perigo de uma criminalização errônea e inoportuna atrapalha o processo de racionalização das condutas proibidas. Qualquer falha nesse sentido pode levar a um Direito Criminal desponderado e a desvalorizações absurdas. Derrida notou esse problema ao refletir sobre o “crime de hospitalidade”, que para ele era uma “expressão venenosa”¹⁴³. Nesse caso, criminalizou-se a conduta de acolher ou ajudar estrangeiros ilegais. Derrida ficou perplexo com o modo pelo qual a hospitalidade pôde se tornar uma ofensa criminal aos olhos da lei e dos seus representantes. Para ele, essa postura política é um abandono da justiça, que deve ter como resposta a redescoberta de um gosto de viver em uma cultura, em uma linguagem e em um país em que a hospitalidade não seja uma ofensa criminal e em que não se puna as boas-vindas aos estrangeiros¹⁴⁴.

A desconstrução, como prática política, está ligada à política da amizade, cuja potência abrange uma intensa hospitalidade ao estrangeiro. Criminalizar o processo de hospitalidade, de acolhimento, introduz na sociedade o fechamento cultural e a punição à abertura da amizade. Criminaliza-se o ato de amar. A justiça resta abandonada. Derrida então se posiciona politicamente contra essa criminalização, demonstrando a irrelatividade da desconstrução ao relativizar a criminalização. A questão fica mais complicada ainda em

¹⁴³ DERRIDA, Jacques. *Negotiations: Interventions and Interviews, 1971-2001*, p. 133.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 144.

Derrida, porque a democracia está estruturada sobre a mesma problemática da amizade¹⁴⁵. A criminalização da hospitalidade provoca uma fissura na democracia, pois a abertura à alteridade é obstaculizada, tornada ilícita e negativa. As boas-vindas são restringidas.

Os cidadãos de um Estado, porém, podem demandar limites à imigração e institucionalizá-las por meio dos conselhos, votos, plebiscitos, referendos, enfim, pelos instrumentos democráticos. O tema é complexo e versa sobre “a ferida” da democracia apontada por Derrida, que, assim como na amizade, possui um duplo movimento. A democracia abrange tanto o apelo universal pela igualdade para todos quanto os limites que condicionam e governam esse apelo¹⁴⁶.

A democracia exige que haja a inclusão e a participação de todos em seu sistema político, entretanto são necessárias regras para que essas manifestações sejam possíveis. Essas normas condicionam a igualdade ao tornar a inclusão e a participação limitada, votada, especificada, enfim, regrada. A abertura para a igualdade convive com o fechamento das regras, que diferencia, polariza, legitima e deslegitima. Não haveria democracia sem a possibilidade de limitar a condição do estrangeiro, porém aquela prescreve a igualdade de oportunidades, incluindo aí a do estrangeiro.

Mesmo existindo a possibilidade dessa limitação, Derrida queda-se perplexo com a criminalização das boas-vindas ao estrangeiro, como se as limitações das regras não legitimassem a punição do acolhimento, da hospitalidade, possivelmente porque esta diz respeito à estranha justiça, escapável e indefinível. Gestos tão íntimos de afeto, como abrir a porta de casa, convidar para jantar e oferecer um quarto para dormir, não podem ser criminalizados, sob a fatalidade de se confundir o esperado e o querido com a força negativa de etiquetagem do crime.

A expressão “crime de hospitalidade” é venenosa, porque o acolhimento do outro é proibido. A regra passa a ser a do distanciamento, do fechamento para o outro. Criminalizar a hospitalidade ao estrangeiro irregular é tornar ilícita a pluralidade cultural e a diferença, utilizando-se do ramo do direito mais agressivo para simbolizar essa restrição, limitando-se as boas-vindas ao conhecido, seja por pertencer à categoria de cidadão – que põe violentamente todos os outros em uma situação pior - ou por ter a autorização do Estado.

¹⁴⁵ THOMSON, Alex. *Deconstruction and democracy*, p. 18.

¹⁴⁶ THOMSON, Alex. *Deconstruction and democracy*, p. 19.

3.1 O desafio nascer e ser cidadão. O direito como instrumento democrático

Para Derrida, a democracia e a sua igualdade são instituídas sob o princípio do nascimento. Nesse momento, vários direitos foram atribuídos ao indivíduo. Tudo foi feito fora das possibilidades de decisão dele, pois ele ainda não existia. Porém, o fato de ter nascido em um determinado Estado lhe deu o direito de gozar daquela democracia em plenitude. Alex Thomson bem explicou o problema: “Todo direito baseado no nascimento irá instituir a desigualdade, tal como seria se fosse baseado na riqueza, na propriedade ou no gênero”¹⁴⁷. O cidadão é aquele que nasceu em um Estado cuja democracia lhe protege ou que foi autorizado por aqueles que nasceram a integrar essa mesma categoria. O estrangeiro irregular está em uma posição de inferioridade. Ele não é cidadão. E, sem ser cidadão e sem a autorização deles, não pode viver naquele ambiente e usufruir daqueles direitos.

O desafio à regra da cidadania, por aquele que não a possui e que tenta viver em um ambiente em que ela é fundamental, dá ensejo à criminalização. Essa é uma demonstração de que a cidadania não possui apenas aspectos positivos. O viés negativo da cidadania está precisamente no âmbito em que ela não incide e, assim, diferencia e exclui. Ao proceder desse modo, o estrangeiro irregular torna-se alvo de restrições, que estão dentro das regras do jogo da democracia e que são até funcionais ao sistema, mas que não representam a justiça – se é que algo pode representá-la.

A importância dada à cidadania como pilar da democracia, como princípio do nascimento, faz com que até o cidadão que seja hospitaleiro seja criminalizado. A conduta proibida, portanto, é acolher quem não pode ser acolhido. A regra do direito passa a ser a do não acolhimento, a partir da ignorância, do fechamento. Cerrar as portas para o outro passa a ser uma obrigação jurídica, que se desrespeitada enseja a criminalização. Esse fechamento aparece como prescrição jurídica. A abertura é a conduta proibida, que enseja a pena. A hospitalidade é crime.

O que Derrida critica não é o fato de haver regras sobre a cidadania, mas sim que essa regulação implique na criminalização de ser hospitaleiro com quem está em uma posição jurídica de “inferioridade”, sobrevivendo em um Estado que não lhe dá direito de ir, vir, trabalhar e morar. Se há que se regradar a posição do estrangeiro, então que ela não esteja relacionada à criminalização do seu acolhimento. Isso pode ser realizado de outros modos, sem que o peso da criminalização tenha que existir, uma vez que a hospitalidade é um valor

¹⁴⁷ THOMSON, Alex. *Deconstruction and democracy*, p. 20.

que permite a abertura à outra cultura, enriquecendo o próprio Estado; tornando-o mais plural e mundializado.

Ao ser perguntado por Dominique Dhombres, em entrevista realizada ao jornal *Le Monde*, em 2 de setembro de 1997, Derrida esclareceu a “oposição” entre a lei incondicional da hospitalidade ilimitada e as leis da hospitalidade estabeledoras de direitos e deveres, condicionados ou condicionais. *In verbis*:

Entre essas duas figuras da hospitalidade é que se deve assumir, com efeito, as responsabilidades e as decisões. Prova temível, pois se essas duas hospitalidades não se contradizem, elas continuam sendo heterogêneas, no momento mesmo em que se convocam uma à outra, de maneira embaraçosa. Nem todas as éticas da hospitalidade são as mesmas, provavelmente, mas não existe cultura, nem vínculo social, sem um princípio da hospitalidade. Este comanda, faz mesmo desejar uma acolhida sem reserva e sem cálculo, uma exposição sem limite àquele que chega. Ora, uma comunidade cultural ou linguística, uma família, uma nação não pode deixar de suspender ou mesmo deixar de trair o princípio da hospitalidade absoluta: para proteger um ‘em-casa’, provavelmente, assegurando o ‘próprio’ e a propriedade contra a chegada ilimitada do outro; mas também para tentar tornar a acolhida efetiva, determinada, concreta, para operacionalizá-la. Daí as ‘condições’ que transformam o dom em contrato, a abertura em pacto policiado; daí os direitos e os deveres, as fronteiras, os passaportes e as portas, daí as leis a propósito de uma imigração cujo ‘fluxo’, como se diz, precisa ser ‘controlado’.¹⁴⁸

Derrida reconhece que uma comunidade cultural fatalmente trairá o princípio da hospitalidade absoluta para proteger o cidadão. As leis sobre a imigração são necessárias, há que se ter algum controle do “fluxo”. No entanto, a hospitalidade absoluta não pode ser esquecida; é um impossível que precisa existir e as leis de hospitalidade de cada cultura devem buscar sempre negociar com essa hospitalidade ilimitada. O problema da criminalização neste caso é que as leis traem o que tornou possível a sua própria existência: a hospitalidade, que doravante integra o *nomen iuris* do crime, prejudicando as negociações, deixando a lei da hospitalidade absoluta quase que descartada, apesar de não anulada, pois é ela que permite que haja a legislação e o esforço para que esta se torne mais justa.

A criminalização da hospitalidade é a negatização de um valor, de um bem social, que permite o conviver em que o outro esteja incluso. Criminalizar o bem, o valor, em prol da política estatal e da otimização da governabilidade, é uma contradição típica do atuar do sistema criminal, que afirma restrições para garantir liberdades. Aprisionando alguns para garantir o direito de outros ou pelo menos para afirmar um direito que nos é caro. Essa gerência pode ser questionada, quando ela se volta para a conveniência do próprio Estado, sacrificando a sociedade. Esta que, em parte, pode apoiar medidas xenofóbicas e protecionistas, para garantir o seu próprio bem-estar. E é quando o jogo das majorias se torna perigoso, eliminatório.

¹⁴⁸ DERRIDA, Jacques. *Papel-máquina*, p. 249.

3.2 O “cálculo democrático-criminal” de estrangeiros e a ordem econômico- social interna sustentada pela decisão criminal

A democracia das maiorias, regrada, que dá tanto valor à cidadania, ao mesmo, pode afastar as minorias das possibilidades de decisão. Quando essa minoria não é cidadã, há uma dupla negatização. As coisas ficam mais difíceis. Os obstáculos, mais perniciosos. A criminalização mais fácil. Daí o problema do cálculo, da medida do direito. Nesse caso, há uma função exponencial crescente que tem como resultado a criminalização para garantir a governabilidade, o equilíbrio do trabalho, da previdência, dos direitos em geral.

O ponto de enforcamento não está na existência desse cálculo, das contas que de algum modo precisam fechar. Derrida mesmo diz que é preciso calcular os riscos, porém “sem fechar a porta ao incalculável, ou seja, ao porvir e ao estrangeiro, eis a dupla lei da hospitalidade”¹⁴⁹.

No entanto, criminalizar a conduta de quem acolhe é se voltar contra a hospitalidade ilimitada, porque ela não impõe condições e ao impedir alguém de acolher o estrangeiro irregular o que se está impondo é a obrigação de pedir os documentos, o histórico, de interrogar quem chega. As possibilidades de negociação com a regra absoluta ficam muito reduzidas. Na escrita de Derrida: “A hospitalidade pura consiste em acolher aquele que chega antes de lhe impor condições, antes de saber e indagar o que quer que seja, ainda que seja um nome ou um ‘documento’ de identidade”¹⁵⁰.

O nervo da discussão não é a existência do cálculo, mas como ele se dá ou se assume a posição de “absoluto”, de um fim em si. É um problema de medida, da desproporcionalidade da criminalização diante da hospitalidade. Do princípio do nascimento que ao desigualar se prende na cidadania, a ponto de ultrapassar todos os ramos do direito mais suaves e reguladores da condição do estrangeiro. O fato de haver a criminalização demonstra uma preocupação social muito grande com a imigração, porém também escancara o quão rígido pode ser o sistema para equilibrar as suas contas. O que Derrida salienta é a necessidade de mudança da operacionalização da lei e não abertura total, irrestrita e

¹⁴⁹ DERRIDA, Jacques. *Papel-máquina*, p. 250.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 250.

irresponsável à imigração¹⁵¹. Dessa lição, resta claro que o Direito Criminal atualmente é tido como uma resposta a grandes preocupações. Quando a conta fica cara, o preço é a pena.

Nesse cenário, uma decisão criminal responsável deve advir de reflexões sempre renováveis sobre os princípios do nascimento e da cidadania, a ponto de o julgamento ser realizado com a ciência dessa desigualdade, que deve ser esclarecida, explicada, colocada em jogo para os interessados politicamente no processo. A preocupação com as minorias é essencial para uma decisão responsável. A necessidade de exposição dos problemas da própria decisão pelo magistrado o tornará menos decisivo. Um juiz cuja função primordial não seja tão somente decidir, mas também expor “desinteressadamente” as perspectivas do caso, depende do fracionamento do poder-dever de decidir, que deve ser negociado no próprio processo.

O magistrado não pode deixar de decidir ou será irresponsável. No final, ele sentenciará. Só que me parece que esse sentir depende do fracionamento do poder, depende de uma negociação de gêneros, orientações, posicionamentos e filosofias. Ele precisa negociar com os participantes, formais ou não, de direito ou não, dos advogados aos estagiários que assistem eventualmente às audiências, colocando o seu poder-dever de decidir em jogo. Um magistrado menos decisivo, que no bojo do processo criminal permite o crescimento de diversas forças e pontos de vista, é importante para que a desconstrução do direito seja acelerada. Nesse sentido, referindo-se à indissociabilidade entre a decisão e a justiça, diz Derrida:

Ela não a substitui, ao contrário, é-lhe indissociável. Não há ‘política’, direito, ética sem a responsabilidade de uma decisão que, para ser justa, não deve se contentar com aplicar normas ou regras existentes, mas assumir o risco absoluto, em cada situação singular, de se re-justificar, sozinha, como pela primeira vez, embora se inscreva numa tradição. [...] Uma decisão, mesmo sendo ‘minha’, ativa e livre, em seu fenômeno, não deve ser o simples desdobramento de minhas potencialidades ou atitudes, do que é ‘possível para mim’. Para ser uma decisão, é preciso que interrompa o ‘possível’, fendendo minha história e sendo primeiramente, de uma certa e estranha maneira, a decisão do outro em mim: vinda do outro em vista do outro em mim. Ela deve de uma maneira paradoxal comportar uma certa passividade que não atenua em nada minha responsabilidade. Esses são paradoxos difíceis de integrar num discurso filosófico clássico, porém não creio que uma decisão, se algum dia ela existiu, seja possível de outro modo.¹⁵²

O juiz precisa sem delongas excessivas postergar a decisão, o que não significa protelá-la, fazê-la prolongar no tempo, mas sim militar para que o tempo razoável do julgamento seja de debate e de reflexão, de modo que as diversas vozes sobre o tema sejam ouvidas e consideradas, tendo oportunidades reais de influenciar no resultado derradeiro. O

¹⁵¹ DERRIDA, Jacques. *Papel-máquina*, p. 309.

¹⁵² DERRIDA, Jacques. *Papel-máquina*, p. 322-323.

crucial é aproveitar o tempo que se tem e não criar mais recursos e incidentes. O modo como o juiz conduzirá a audiência, ampliando as oportunidades de modo a dar voz a quem tem dificuldade de ser ouvido e de se fazer ouvir, é essencial para a proposta até aqui apresentada, pois isso fará com que as dinâmicas democráticas não dependam tão somente do poder constituído.

O fardo do juiz parece pesado e inviável porque ele é concebido como o Senhor da Decisão. E a decisão não tem Senhor. Ela integra um processo, que envolve o histórico de vida do magistrado e o meio no qual ele está inserido, o seu esforço emocional e intelectual para não limitar a sua decisão ao previsível (ao seu histórico e às interpretações mais óbvias da lei) e as forças sociais que atuam influenciando o decidir. A decisão escapa do controle do juiz, mas ao mesmo tempo se prende a ele. Depende dele e ele depende dela. Aliás, ele depende dela mais do que ela depende dele. O que é problemático, pois ele pode deixar de fazer o que é preciso, de seguir o direito, sem torná-lo suficiente, por se sentir preso, viciado a todos os benefícios que a decisão pode lhe proporcionar. Decidir é sofrer, Derrida sempre disse. Talvez porque deixar de decidir ao redigir tantas sentenças seja tão fácil.

Bem da verdade, a esmagadora maioria dos processos atualmente se encerram sem decisão. A massificação deles, a formação e a militância tecnoburocrática dos juízes, a assunção de uma política institucional de retroalimentação de benefícios e o déficit de magistrados e servidores são os fatores mais aparentes dessa realidade. Só que as coisas não são tão simples assim. Para que haja decisão é preciso que se faça uma renúncia relativa a ela. Mais precisamente, um adiamento da decisão de um para que ela contenha a de muitos. O escancaramento do processo de decidir necessita ser feito e ele implica no desvelar das influências da decisão e na abertura dela para a participação dos outros, para que assim, ao final, o juiz possa decidir, passando por todo o sofrimento que a tarefa exige, esforçando-se emocionalmente e intelectualmente para decidir de novo, mais uma vez, considerando as perspectivas da realidade abertas pelo novo caso.

Quando a decisão for inevitável, esse momento de sofrimento deve ser compartilhado entre todos os interessados, integrando um processo de decidir, o qual envolve tanto os debates na presença das partes, dos amigos da corte e da sociedade quanto os momentos solitários do juiz ao realizar a reflexão final e a redação da decisão. Por fim, quando postergar a decisão não for mais possível, precisa enfrentar a tese contrária, aquela por ele mesmo relegada, e com ela negociar.

3.3 A Hospitalidade e a sua universalização: Um debate entre Kant e Derrida

Acerca da hospitalidade, Derrida apresenta um estudo que envolve uma questão aguçada e que aborda pontos analisados não só por ele, mas também por outros filósofos, dentre eles, Kant.

Kant, em seus textos aponta a moral como parte do dever ser, isso é o ponto de partida para que possamos entender os escritos deles, inclusive quando escreve *Para a Paz Perpétua: um esboço filosófico*. Decompondo o artigo em seções e tópicos, adentrarei especificamente naquele que julgo ser o vértice entre a questão da hospitalidade analisada por Derrida e o crivo de Kant, sobre o mesmo ponto. Tal ponto assevera: *O direito cosmopolítico deve restringir-se às condições de hospitalidade universal*.

Primeiramente, é de suma importância entender o que Kant infere como “hospitalidade”. De modo sucinto, é possível dizer que a hospitalidade está restrita ao cidadão estrangeiro, entendido como sendo aquele que nasce em solo distinto ao que se está em debate. Acrescenta ainda que ao estrangeiro em situação de hospitalidade deve ser garantido o direito de visita, e aqui Kant intervém com uma reflexão que muito incitou a discussão de Derrida, pois segundo aquele filósofo a hospitalidade cria entre o estrangeiro e aquele que o recebe um laço. Esse estabelece que tal vínculo se consolida na dupla via do direito, pois aquele que abriga tem direitos sobre aquele que visita. Como se ao receber uma visita em sua casa, as tradições de seu lar fossem agora passadas àquele que visita, devendo esse observá-las e respeitá-las. O respeitar, a cordialidade, seriam, então, parte daquilo que Kant denominou como “*direito de visita*”.

Aqui podemos analisar dois conceitos distintos: a) a Hospitalidade e b) o Direito de Visita, onde, nas palavras de Kant, assim se expõem:

Direito de hospitalidade significa aqui o direito de um estrangeiro, à sua chegada no território de outro, de não ser tratado com hostilidade. Este outro pode não recebê-lo, se isso ocorrer sem acarretar a sua perda; mas, enquanto ele se comportar de maneira amistosa em seu lugar, não se deve ir ao seu encontro de modo hostil. Não há nenhum direito de hóspede com base no qual se possa fazer essa exigência (para isso requerer-se-ia um contrato particularmente benfazejo para torná-lo uma pessoa da casa), porém um direito de visita, o direito que cabe a todo homem de se propor à sociedade, em virtude do direito da propriedade comum da superfície da terra, sobre a qual, enquanto superfície do globo, eles não podem se espalhar ao infinito, mas precisam por fim suportar um ao outro, pois originariamente ninguém tem o direito mais do que o outro de estar em um determinado lugar da Terra.

153

¹⁵³ GUINSBURG, J. (org.) *A paz perpétua – Um projeto para hoje*. São Paulo: Editora Elos, 2004, p.50-51.

Nesse sentido, a ideia de Kant se traduz na hospitalidade universal como sendo um direito natural e ligado ao estrangeiro. Imaginemos a seguinte ilustração, de um lado encontra-se aquele que nasce em determinado local, ao receber o estrangeiro ele possui o direito de fazê-lo de forma hospitaleira. Por outro lado, aquele que visita, não tem o direito de permanecer (residir), na condição de forasteiro ele resguarda o imperativo de agir honrosa e amigavelmente com o anfitrião. Em termos gerais, a hospitalidade, nas palavras de Kant, envolve a ideia da amizade e do direito de “não ser tratado com hostilidade”.

De outro modo, o direito de visita já se configura numa ideia mais complexa. Isso porque envolve o Estado e o devido juízo sobre o que vem a ser o direito de propriedade para Kant. Primeiramente cumpre dizer que o conceito de posse e propriedade não é distinto do modo que estudamos hoje para o pensador. Nas palavras do professor Ricardo Terra:

A posse é entendida como “a condição subjetiva da possibilidade do uso geral” e o meu jurídico como “algo ao qual estou tão ligado, que o uso que um outro possa fazer sem meu consentimento me lesaria” (*RechstsI, VI, §1. P. 245*).¹⁵⁴

Acrescentando em nota:

Kant não faz a mesma distinção entre posse (*Besitz*) e propriedade (*Eigentum*) estabelecida atualmente, onde a noção de posse indica a situação da detenção, do domínio de fato e a noção de propriedade indica a situação jurídica de domínio sobre algo.¹⁵⁵

A partir disso podemos dizer que, em relação à hospitalidade, não se confunde com o direito de visita e nem mesmo com o direito de residência. Esse último é garantido àquele que nasce em um determinado local, mas o estrangeiro porquanto resguardar essa característica terá somente o direito de visita. A hospitalidade, portanto, mantém a seguinte relação com o direito de visita: é possível que o forasteiro saia de sua terra natal e viaje a outros locais. A ele será garantido o direito de adentrar em solo estrangeiro, sem que lhe consista o direito de morar permanentemente ali, mas salvaguardado o direito de ser bem recebido e de conhecer o local em que visita.

Para que se adquira o direito de residir em solo estrangeiro, Kant adverte a necessária intervenção do Estado e de seus agentes. Ora, e não poderia ser diferente, pois a entrada de um novo ente na sociedade há de movimentar toda a máquina econômica e política do local em que se adentra. Além disso, para que o Estado possa cumprir de modo eficiente com o papel que lhe é incumbido é necessário que tenha controle de entrada e saída, ou seja, registros daqueles a quem deve prestar contas. E, nesse ponto, para que o estrangeiro possa

¹⁵⁴ TERRA, Ricardo Ribeiro. A doutrina kantiana da propriedade. *Revista Discurso*. São Paulo, v. 14, 1983, p.115.

¹⁵⁵ TERRA, Ricardo Ribeiro. A doutrina kantiana da propriedade. *Revista Discurso*. São Paulo, v. 14, 1983, p. 115.

ser detentor de plenos direitos do cidadão natural, necessária é a regulamentação de sua situação.

Como o próprio pensamento kantiano caminha em direção ao dever e as suas vertentes, não diverge nesse sentido a questão da hospitalidade. Isso porque, para Kant, a hospitalidade seria um dever para aquele que guarda as devidas condições para que dela possa usufruir (estrangeiro e amigo).

Derrida, por outro lado, orienta que haveria certa escassez na hospitalidade se analisada conforme a proposta kantiana demonstrando que ela deve ser pensada de um novo modo, para além da habitual ideia de propriedade, isto é, aquele que a detém quem sustenta o direito de ditar as regras de como receber. O autor acrescenta que o processo que embute a ideia de propriedade, em si, já é falho, por deixar de lado figuras sociais importantes, tais como a mulher.

Ao prenciar que a hospitalidade envolve a ideia de propriedade, Kant acrescenta que deve haver também a presença da relação amistosa entre estrangeiro e aquele que o recebe. A crítica que Derrida levanta concentra-se em saber o que deve ser feito com o “estrangeiro não amigo”.

A proposta de Derrida vem a ser da hospitalidade incondicional. Em partes, Derrida concorda com Kant ao apontar o dever moral de receber o outro, o estranho. Todavia, a crítica sustentada por Jacques Derrida, em relação à hospitalidade tradicional, move-se no sentido de que não se deve acolher o outro sob as condições de lhe impor regras que se relacionem ao mais forte (proprietário).

A sugestão, portanto, é de que se sustente a hospitalidade pura ou incondicional, pois com ela sim há de perpetuar a propagação cultural, a partir dela que há de se abrigar mesmo aquele a quem não se espera, sem lhe impor medidas de uma nova tradição ou adaptação forçada ao novo ambiente. Afinal de contas, esforçando-se para o impossível de pensar como “o outro”, a mudança já consiste num processo de nova ordem, e ainda que a seja de modo temporário já perturba quem se muda a partir do momento que novos horizontes – desconhecidos - precisam ser explorados.

O “dever moral” em Kant, desde a leitura de “A Fundamentação da Metafísica dos Costumes” parece algo intangível ou, no mínimo, muito difícil de sustentar e mais ainda de se obter. Um agir sempre conforme, o cumprimento livre e irrestrito do que é determinado. A abertura trazida por Derrida, por outro lado, parece mais “adaptável” na medida em que nos proporciona o direito de ser recebido sem que haja a necessidade de extremas adaptações às tradições soberanas do hospedeiro.

Em Kant a hospitalidade é diretamente remetida ao imperativo categórico, onde o vigor da boa vida está relacionado ao bem agir (o agir moral). É diferente da proposta incondicional de Derrida, pois a hospitalidade kantiana é balizada, circunscrita ao próprio, ao hospedeiro, às tradições por ele estabelecidas. Em Kant a hospitalidade é mais uma balança de pesos e contrapesos entre o cuidado do agir moral e o respeito ao próximo do que, propriamente, o estabelecimento de novas amizades como defende Derrida.

A universalização da hospitalidade em Kant é “quase matemática”. Imagine-a da seguinte forma: universalizar significa pensar na moral acima de tudo. É expor-se à máxima verdade sobre qualquer outro prejuízo que, eventualmente, possa se sofrer, pois, de fato, não se trata de um dano, mas da universalização do que é bom e moral.

Derrida estuda essa universalização kantiana assim apontando:

[...] Recusando, na raiz, todo direito de mentir, mesmo que pela humanidade, portanto todo direito de dissimular e de guardar para si, Kant deslegitima ou em todo caso secundariza e subordina todo direito ao foro íntimo, ao *chez soi*, ao puro si subtraído à fenomenalidade pública, política ou estatal.¹⁵⁶

E acrescenta mais à frente, trabalhando com o polêmico caso do “Assassino e o hóspede”:

Ademais, parece, não há nada de fortuito se, no Sobre um Suposto direito de mentir para a humanidade (1797), o exemplo privilegiado [...] refere-se a uma situação de hospitalidade: devo mentir aos matadores que me vêm perguntar se aquele que querem assassinar está em minha casa? A resposta de Kant – e ele argumenta de maneira trabalhosa, mas segura [...] – é “sim”, é preciso dizer a verdade, até mesmo nesse caso, portanto arriscando-se a entregar o hóspede à morte, mas não mentir. *Vale mais romper com o dever de hospitalidade do que romper com o dever absoluto de verdade, fundamento da humanidade e sociedade humana geral.*¹⁵⁷

É possível perceber que a universalização da hospitalidade em Kant é o direito cumprimento do imperativo categórico, segundo ele, mesmo que os direitos entrem em conflito, pensar a universalização implica em agir para todos e não em benefício de um. Sendo assim, o escudo que a hospitalidade alcança em meio ao debate sobre sua incondicionalidade em Derrida.

¹⁵⁶ DERRIDA, Jacques. *Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar da hospitalidade*. Tradução de Antônio Romane. São Paulo: Escuta, 2003. P 61.

¹⁵⁷ Ibid., p. 63. Grifos nossos.

4 A LEI EM SEU TEMPO: O DIREITO, A JUSTIÇA E A DESCONSTRUÇÃO

O pensamento de Jacques Derrida questiona a presença da justiça no direito. Um sistema jurídico pode conter justças e injustças. Não há uma garantia *a priori* da união entre o direito e a justiça. No mesmo sentido, não há um afastamento *a priori* dessas duas categorias, inclusive no campo penal. Tais assertivas podem ensejar uma interpretação relativista do sistema jurídico. A presente dissertação apresenta uma leitura para além da relatividade da filosofia do direito de Jacques Derrida, tendo como enfoque o Direito Penal.

Uma objeção que pode ser feita à desconstrução do direito e do sistema penal é o possível relativismo envolvido em seu processo de desmonte, ou seja, salientar as contradições e as transformações das teorias jurídicas e das decisões judiciais levará à validade de múltiplas perspectivas, dizimando as possibilidades de direcionamentos da jurisprudência e das políticas públicas que tangenciam as leis.

Ocorre que a desconstrução não pode ser obstaculizada. Ela simplesmente acontece. As transformações das estruturas e das teorias estão indissociavelmente ligadas à existência

do direito. O direito se desconstrói no tempo. De maneira mais aparente, a própria lei se modifica constantemente. O desmonte faz parte da natureza atual das coisas. O que o desconstrucionista faz é se colocar em uma postura de abertura para a complexidade do direito, sem identificá-lo com a justiça, mas sem dispensá-la diante da sua desidentificação. Ademais, o derramamento da abertura permite a vinda dos discursos e essa chegada acarreta o desmonte do desmonte. Não se deve temer a crítica, quando ela se abre para a vinda de novos discursos.

A atitude desconstrucionista no Direito Penal não é um convite ao relativismo¹⁵⁸. Derrida defende expressamente essa leitura: “Quanto ao ‘relativismo’ que, como se diz, os inquietaria, pois bem, ali onde a palavra tem um sentido filosófico rigoroso, não há rastro dela em minha obra. Nem de uma crítica da Razão e das Luzes”¹⁵⁹. Pelo contrário: o que o desconstrucionista faz no sistema ou na “esfera criminal” (se é que isso existe) é perceber a complexidade das problemáticas criminais já existentes no mundo. As questões tornam-se imensas. Não pela criação ou pelo desejo do desconstrucionista, mas sim pela postura rígida e crítica ao perceber os fenômenos.

Nesse sentido, a trilha derridiana é mais segura por permitir a chegada, o aporte, o desassossego dos problemas tratados na ordem e na desordem do sistema criminal e, mais especificamente, da decisão criminal. A segurança advinda do reconhecimento de um terreno movediço se situa na possibilidade de poder se preparar, com o intuito de encarar as armadilhas indissociáveis da ousadia de pensar. É preciso ter coragem para se arriscar a realmente compreender as questões penais, mesmo se essa disposição sincera acarretar a ausência de respostas fixas. Não se pode culpar o olhar pela infinitude da paisagem. Colocar uma venda no timoneiro diante de uma tempestade não a faz cessar, apenas joga à própria sorte o destino da embarcação. Nesse sentido, a lição de Leyla Perrone-Moisés é bem-vinda:

(...) a desconstrução não é uma destruição. Ela não é niilista, pois a sua prática tem uma motivação positiva, a crença de que sempre se pode ser mais lúcido, e de que os conceitos precisam de um permanente reajuste. Ela não é irracionalista, porque se pratica de modo racional, acreditando numa possibilidade de ‘mais Luzes’, ou de ‘outras Luzes’, ‘reinventadas’, como ele costuma dizer. A desconstrução não é pós-modernista, porque Derrida não acredita no fim da história, no fim dos ‘grandes relatos’, ou dos ‘grandes paradigmas’, e muito menos pratica um ‘vale tudo’ ético ou estético. Ele simplesmente coloca tudo em dúvida, em movimento, em repensamento. Os grandes paradigmas não são aceitos tais quais, mas eles são

¹⁵⁸ Para os fins desse escrito, o relativismo é entendido como uma postura intelectual que refuta a existência da verdade e considera a validade de diversos discursos que aparentemente se contradizem, tornando o conhecimento sobre determinada coisa mutável, dependendo da perspectiva adotada, sem que seja possível aferir qual delas seja a mais correta ou adequada.

¹⁵⁹ DERRIDA, Jacques. *Papel-máquina*, p. 254.

considerados necessários para se pensar os problemas filosóficos atuais. Assim, Derrida acredita na 'justiça', ou na 'hospitalidade', e outros 'indesconstruíveis'.¹⁶⁰

Importar-se com a desconstrução é justamente se desviar da queda na escuridão do relativismo, pois ela revela as contradições existentes nos discursos¹⁶¹. O desvelar das inconsistências, das heterogeneidades e das discrepâncias dos textos criminais permite a observação inquieta de um terreno movediço já existente. A complexidade da vida já está ali-acolá e em todo lugar. O que a postura desconstrucionista faz é perceber as limitações e as contradições dos discursos, com o fim de intensificar o esclarecimento das coisas. As produções das questões resultantes das investigações do direito penal e das diversas ciências tangenciais podem causar desconfortos e náuseas aos que buscam um terreno seguro para a legitimação, ou não, da decisão criminal, todavia pouco adianta lutar contra esse mal-estar, por meio de uma rebelião em prol de um terreno seguro, pois o que se estará empreendendo é uma maquiagem das problemáticas, para que se possa criar uma unidade lógica de pensamento acerca das questões criminais. Fechar-se para o universo não fará com que ele deixe de existir. Uma atitude mais corajosa é investir no “jogo aberto das possibilidades, desvios, mutações”¹⁶².

A tática de “sacar um mundo seguro da cartola” apenas esconde as contradições, tomando a forma de um arrojo místico produtor de violências, que desconsidera a dinâmica das críticas e conservações próprias do pensar. Essas violências podem ser levadas a cabo tanto pelos discursos legitimadores do direito penal quanto pelos deslegitimadores, quando se portam como pregadores da verdade, porque a criação de terrenos seguros, tanto de um lado como do outro, estabelecem polos irremediavelmente opostos na política, incitadores da eliminação do adversário. A pretensão de verdade no sistema criminal é letal, na medida em que esse ramo da política e do direito trata – ou deveria apenas tratar – dos valores mais caros e sensíveis demandados pelo rosto do outro e pela sociedade historicamente determinada, considerando as suas partições internas.

Por um lado, essa letalidade se dá no fortalecimento da violência legalizada do Estado contra o crime, o qual poderá dizimar a vitalidade e a liberdade que anuncia proteger, na assunção pura e simples da legitimação do direito penal. Por outro lado, as teorias

¹⁶⁰ PERRONE-MOISÉS, Leila. “Pós-estruturalismo e desconstrução nas Américas”. In: PERRONE-MOISÉS, Leila (Org.). *Do positivismo à desconstrução: idéias francesas na América*, p. 223.

¹⁶¹ LAWLOR, Leonard. “From the trace to the law: derridean politics”. In: LEGRAND, Pierre (Org.). *Derrida and Law*. Ashgate; Surrey, 2009, p. 7.

¹⁶² LAWLOR, Leonard. “From the trace to the law: derridean politics”. In: LEGRAND, Pierre (Org.). *Derrida and Law*, p. 9, tradução livre: (...) the open play of possibilities, deviations, mutations.” Tradução nossa.

deslegitimantes desse direito negam a eticidade subjacente aos problemas criminais, no intuito de desestabilizar o direito de punir do Estado, pondo em risco o arcabouço valorativo das sociedades, confundindo a racionalidade-afetividade dos seres humanos em relação ao crime e se omitindo quanto ao perigo da destruição do sistema normativo, sem a existência de uma alternativa possível de reordenamento da vida, caso as suas teorias – que não atingiram o esperado nas tomadas do Estado no século XX – não consigam cumprir o prometido.

Surge doravante a necessidade de se pensar às margens dessas perspectivas eliminatórias. Trata-se de realizar as críticas necessárias às leis criminais, porém sem desconsiderar as questões éticas que podem estar subjacentes aos crimes. Estando atento para as desconstruções das legitimações e das deslegitimações do direito penal, para entender e dinamizar as suas transformações contemporâneas. Nas palavras de Ben Mathews, “a desconstrução como uma constante exploração pode contribuir para realçar a lei e a justiça. Inquisitiva ao invés de destrutiva, a desconstrução não deve ser temida”¹⁶³. Aplicando a lei, mas sem confundi-la com a justiça. Atentando-se para o sofrimento da tarefa de sentenciar, porquanto anunciando a cada dia o esforço para lutar por uma nova decisão. Aperfeiçoando o direito sabendo que a justiça o transborda, para assim aceitar a inundação das transformações, que carrega com ela as suas heranças. Em um impulso que desloca o ser para o outro, considerando as múltiplas maneiras de expressão e vivência, cujas potências limitam o âmbito das proibições, restringindo-as àquelas condutas capazes de colocar em risco os valores mais caros para as forças sociais que, por sua vez, estão intimamente relacionados à subsistência das comunidades. O Direito Penal, que considera o problema do outro, cuja radicalidade ética abandona o foco na pena unicamente aflitiva, para se descentralizar nos crimes; tornando-se o Direito dos Crimes, responsável pelas diversas maneiras de lidar com os problemas criminais, com a pretensão de mitigar as injustiças, mas sem que com essa tarefa se confunda com a justiça, pois ela se encontra na desconstrução do direito; com ele, para ele e para além dele. Mais uma vez nas linhas de Mathews, “a investigação da desconstrução por Jacques Derrida não pode por si só alcançar a reconstrução. No entanto, a desconstrução permanece desejável, porque pela abertura das percepções poderá haver a inspiração da reconstrução”.¹⁶⁴

¹⁶³ MATHEWS, Ben. "Why deconstruction is beneficial". In: LEGRAND, Pierre (Org.). *Derrida and Law*. Ashgate; Surrey, 2009, p. 20: "(...) deconstruction as a constant exploration may contribute to enhancing law and justice. Inquisitive rather than destructive, deconstruction should not be feared."

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 23, tradução livre: "Jacques Derrida's inquiry of deconstruction cannot itself achieve reconstruction. However, deconstruction remains desirable because by opening perceptions it can inspire reconstruction."

4.1 A desconstrução do direito em Jacques Derrida

Para que seja possível demonstrar a inexistência de relativismo, no pensamento de Jacques Derrida sobre o Direito, e ainda para deslocar inspirações em prol de uma decisão criminal democrática, faz-se mister a explanação e a reflexão de determinados pontos da sua palestra de abertura –*keynote address* –, realizada no colóquio “A Desconstrução e a Possibilidade da Justiça”, denominada de “Força de Lei: o ‘fundamento místico da autoridade’”, cuja primeira parte foi distribuída na Cardozo Law School, em Outubro de 1989¹⁶⁵.

A primeira questão a ser abordada é o sofrimento intrínseco à desconstrução. A importância desse afeto afasta a possibilidade de o desconstrucionista pensar o direito com frouxidão ou irresponsabilidade. O terreno movediço da desconstrução provoca as incertezas que fazem os processos decisórios serem difíceis e sofridos. A desconstrução impele um chamado à responsabilidade, por meio do sofrimento na ausência de regras e critérios definitivos, capazes de distinguir de modo inequívoco o direito e a justiça¹⁶⁶. Aí está o momento em que o pensamento de Jacques Derrida situa o sofrimento da desconstrução, que inclusive faz com que ela própria sofra; quiçá escancarando as críticas que a compõem e demonstrando a imprevisibilidade dela mesma. Imaginemos o dinamismo do rio grego: a fluidez das águas nunca iguais, em constante fluxo de transformações – entre o devir e o *kairós* –, porém incapaz de desafiar a sua fórmula, que é como uma essência silenciada, inacessível, limitada à escritura H₂O, muito mais do que a representação de um composto químico, que em si também se desmonta em elementos. Essa dinâmica não deixa de ter uma constância, nem se ela estiver unicamente na indeterminabilidade das transformações, que se repete incessantemente, encontrando aí a sua constância e nela a sua herança. Ter consciência dessas quebras é sofrer. É ter dificuldade para decidir diante da complexidade dos problemas enfrentados, cuja completude escapa dos autos do processo, deixando aos atores criminais o enigma do direito: a justiça.

¹⁶⁵ A segunda parte da obra foi apenas discutida no referido colóquio, tendo sido terminada posteriormente pelo filósofo franco-argelino, sendo lida em 26 de Abril de 1990, para a abertura do colóquio “Nazism and the ‘final solution’: Probing the Limits of Representation”, organizado por Saul Friedlander, na Universidade da Califórnia, em Los Angeles.

¹⁶⁶ DERRIDA, Jacques. Force de Loi: le “fondement mystique de l’authorité”. *Cardozo Law Review - Deconstruction and the Possibility of Justice*, New York, v. 11, n. 5-6, p. 920-1045, Jul/Ago. 1990, p. 922: “La souffrance de la déconstruction, celle dont elle souffre ou celle dont souffrent ceux qu’elle fait souffrir, c’est peut-être l’absence de règle et de critère assure pour distinguer de façon non equivoque entre le droit et la justice.”

A inexistência de regras e critérios definitivos, diferenciadores do direito e da justiça, leva os atores criminais conscientes desse dilema à ousadia de decidir com responsabilidade, isto é, a imantar a novidade em suas atividades jurídicas, encarando cada processo com cuidado e ineditismo, como se voltando à coisa mesma de cada relação, que não é só jurídica, mas também sociológica, filosófica, antropológica e psicológica. Isso não significa que vale tudo, porém que vale sempre o novo, o qual traz consigo a herança e a tradição.

Há uma festejável tensão entre o novo e o antigo, nas trilhas dos progressos e das conservações, que coloca o Juiz na tenacidade de progredir, todavia sem se esquecer da missão de conservar o direito. No entanto, para conservar o direito sem se perder da justiça é preciso inovar. Ele se perde novamente nesse ir e vir da decisão, que depende da jurisprudência, mas necessita desafiá-la. O desejo do desconstrucionista é que o caminho do direito mantenha o seu espanto e, quando for necessário. O aconchego, a moradia, o terreno seguro: que essa estada não traga a ilusão da completude, do encontro permanente com a totalidade, visto que estar vivo é se transformar e o desmonte em algum momento virá. Tomar a verdade como uma aposta é diferente de repudiá-la ou negá-la. A mais rígida teoria sofre com a necessidade de se afirmar. E essa afirmação é uma aposta. O que não dispensa ou desqualifica a teoria, apenas a acolhe com a consciência da desconstrução. Observando a fluidez do rio, tentando desvendar a sua fórmula, porém se espantando com a sua essência e, em determinado momento, calando-se.

Nesse momento e se focando nos críticos, torna-se possível se aproximar do que Derrida quis dizer ao afirmar que a ausência de regras e de critério seguro faz determinadas pessoas sofrerem – *celle dont souffrent ceux qu'elle fait souffrir*¹⁶⁷ -. Os adversários da desconstrução necessitam das certezas acerca da ilegitimidade ou não do direito, para que possam sustentar os seus posicionamentos ortodoxos, com o intuito de empregar o máximo de violência para eliminar o pensamento e a postura do outro, imbuindo-o com o sinal de inimigo.

Não pretendo associar a ortodoxia com a violência, pois são perfeitamente cabíveis pensamentos ortodoxos que não queiram destruir ou calar, contanto que se limitam a praticar e professar seus padrões, normas e dogmas sem adentrar na esfera da livre expressão do outro e, quando os embates forem imprescindíveis, que sejam tecidos de acordo com os princípios constitucionais do país e sem acarretar a eliminação das diferenças. Violência e ortodoxia se

¹⁶⁷ DERRIDA, Jacques. Force de Loi: le “fondement mystique de l’authorite”. *Cardozo Law Review - Deconstruction and the Possibility of Justice*, p. 922.

ligam de modo circunstancial, dependendo do conteúdo da rigidez do pensamento e o que ele impõe que seja modificado ou conservado no mundo. Ocorre que a desconstrução fragiliza, a ponto de muitas vezes estancar, o elo entre ortodoxia e violência, de modo que aquela tenha que aprender a árdua tarefa da convivência, uma vez que os seus fundamentos subsistem, mas fragilizados, tendo que atravessar as dificuldades do pensar na corda bamba. A ela estará aberto um horizonte que vai além das escolhas de “sim ou não”, mas que estranhamente não as afasta completamente, apenas apresenta a natureza crítica dessas decisões, retirando-lhes toda a tranquilidade. Diz o filósofo:

É inútil precisar, desde já, que a perguntas colocadas desta forma (‘ou isto ou aquilo’, ‘sim ou não’) não poderei dar nenhuma resposta, em todo caso nenhuma resposta tranquilizadora para quem quer que seja, para nenhuma das expectativas assim formuladas ou formalizadas.¹⁶⁸

4.1.1 To enforce the law

A expressão idiomática da língua inglesa “to enforce the law” foi empregada por Derrida para introduzir o problema da força de lei. A tradução dessa expressão para “aplicar a lei” – *appliquer la loi* –, por não possuir um equivalente em francês ou em português mais próximo daquela em inglês, propicia a perda da alusão direta e literal à força vinda do interior, que lembra de ser o direito sempre uma força autorizada e, portanto, que se justifica ou que tem a sua aplicação justificada, mesmo sendo possível julgar essa justificação injusta ou injustificável¹⁶⁹. Segundo Derrida, a “*enforceability*” não é uma possibilidade exterior ou secundária, que poderia, ou não, juntar-se suplementarmente ao direito, mas sim a força essencialmente implicada no conceito da justiça como direito – *justice comme droit* –¹⁷⁰.

O filósofo chama a atenção para a indispensabilidade da força no direito, afirmando inclusive não ser possível a sua existência sem a força que lhe é intrínseca¹⁷¹. Pensar o direito

¹⁶⁸ DERRIDA, Jaques. *Força de Lei – o “fundamento místico da autoridade”*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 5. No original: DERRIDA, Jacques. Force de Loi: le “fondement mystique de l’autorité”. *Cardozo Law Review - Deconstruction and the Possibility of Justice*, p. 922: “Inutile de préciser dès maintenant qu’à des questions posées sous cette forme (“ou bien ou bien,” “oui ou non”), je ne pourrai apporter aucune réponse, en tout cas aucune réponse rassurante pour aucun des deux partis, aucune des deux attentes ainsi formalisées.”

¹⁶⁹ Ibid., p. 924: “Quand on traduit en français “to enforce the law”, par exemple par “appliquer la loi,” on perd cette allusion directe, littérale à la force qui vient de l’intérieur nous rappeler que le droit est toujours une force autorisée, une force qui se justifie ou qui est justifiée à s’appliquer, même si cette justification peut être jugée d’autre part injuste ou injustifiable.”

¹⁷⁰ Loc. cit.: “L’applicabilité, l’“enforceability” n’est pas une possibilité extérieure ou secondaire qui viendrait s’ajouter ou non, supplémentairement, au droit. Elle est la force essentiellement impliquée dans le concept même de la *justice comme droit* (...). Grifo do autor.

¹⁷¹ DERRIDA, Jaques. *Força de Lei – o “fundamento místico da autoridade”*, p. 8: “Não há direito sem força, Kant o lembrou com o maior rigor”. Essa é uma das passagens inseridas por Derrida após a publicação da obra na revista

já é se remeter a uma força autorizada. A uma que é aceita e aparentemente legítima. Querer dispensá-la desnatura o direito, transforma-o em algo sem aplicabilidade ou “*enforceability*”. A justiça como direito, tal como ela se faz do direito e o que o direito faz dela, tem no seu interior, no âmago do seu ser, a força legítima, ou seja, a possibilidade de afirmar o seu conteúdo por uma força autorizada. A sua legitimidade pode ser contestada concretamente, porém recusar a sua existência *a priori* no interior do direito é desnaturá-lo. Uma crítica nesse sentido pode ser compreendida como um convite ao fim do direito, mas não parece ser possível sustentá-la com um enfoque no aperfeiçoamento dele ou na criação de um novo, pois qualquer concepção de direito carregará com ela a aplicabilidade da lei, revelando a sua força intrínseca, seja ela “direta ou não, física ou simbólica, exterior ou interior, brutal ou sutilmente discursiva e hermenêutica, coercitiva ou reguladora, etc.”¹⁷²

Jacques Derrida, entretanto, não encerra a justiça e a lei no direito. Ele arroga a possibilidade de uma justiça, ou até mesmo de uma lei, que não somente o contradiga ou o exceda, mas também que não se refira ao direito ou tenha uma relação tão estranha com ele, que possa tanto exigí-lo como excluí-lo¹⁷³. A justiça não se limita ao direito, mas ela não está excluída dele. Há leis situadas e sitiadas para além do direito e que, invocando a justiça, podem exigir que ele seja “*enforced*” ou determinar a sua exclusão. Há uma tensão e uma composição entre justiça e direito.

Em uma primeira leitura, seria possível identificar proposições de relativismo jurídico nessas assertivas derridianas. Nada mais equivocado. É preciso distinguir o esforço filosófico que leva a questionamentos, antes despercebidos, de uma proposta acolhedora de quaisquer direitos e justiças. O desconstrucionista é um formulador de problemas. Ele se abre para a complexidade do mundo, sem temer o desmoronamento do chão, pois sabe que as coisas se desmontam. É o espantamento que permite a reflexão, a produção, o resgate da inteligência em desafios desconstrutivos da tradição, justamente por ter um profundo respeito a ela, carregando assim as suas heranças. Escancaram-se os espaços das ideias reprimidas. Não se faz mais do que revelar o que já estava lá. O espanto diante do inobservado e do não

Cardozo Law Review. Essa expansão do texto consta na precisa tradução brasileira de Leyla Perrone-Moisés, que, por essa razão, é utilizada nesse artigo.

¹⁷² DERRIDA, Jacques. Force de Loi: le “fondement mystique de l’*autorité*”. *Cardozo Law Review - Deconstruction and the Possibility of Justice*, p. 926: “Il y a, certes, des lois non appliqués mais il n’y a pas de loi sans applicabilité, et pas d’applicabilité ou d’*enforceability*” de la loi sans force, que cette force soit directe ou non, physique ou symbolique, extérieure ou intérieure, brutale ou subtilement discursive et herméneutique, coercite ou régulative, etc.”

¹⁷³ *Ibid.*, p. 924: (...) car je veux tout de suite et encore insister pour réserver la possibilité d’une justice, voire d’une loi qui non seulement excède ou contredit Le droit mais qui peut-être n’a pas de rapport avec le droit, ou entretient avec lui un rappot si étrange qu’elle peut aussi bien exiger le droit que l’exclure”.

investigado decorre da força do pensamento, que descobre no mundo novas possibilidades, remetendo-as como problemáticas para o pensador, o observador inquieto de um terreno movediço, inseguro, mas desafiador. A força do pensamento derridiano desperta problemas. A renúncia ao “*play it safe*” comprova a responsabilidade intelectual do desconstrucionista, sendo assim justamente o oposto da fragilidade ou debilidade do pensamento.

Existe positividade nessa desconstrução, pois é a partir dela que há a abertura para o aperfeiçoamento das coisas. É a impropriedade de medir a justiça pelo direito que leva à sua compreensão para além dele, embora seja leviano afirmar a inexistência de um quê de justiça no direito, o qual, pela aplicabilidade (“*enforceability*”) intrínseca ao próprio conceito, revela uma força autorizada. Daí a preocupação de Derrida – crucial para o Direito Penal – em distinguir a força da lei da violência injusta¹⁷⁴. Evitando ainda o risco da autorização de uma força violenta, injusta, sem regra e arbitrária¹⁷⁵.

Esses questionamentos são importantes para o Direito Penal, pois é no seu interior que se encontram as coerções jurídicas mais rígidas. As afluências subjacentes aos crimes e às penas desafiam o jurista a definir se a força é justa ou injusta. Deparamo-nos correntemente com uma gama considerável de violências, que pode culminar na ilusão do afastamento de qualquer direito e, em determinados momentos críticos, de qualquer justiça, uma vez que as consequências de parte das condutas proibidas por ele são difíceis de serem reparadas ou compensadas, acarretando inclusive a irreparabilidade de certos resultados no mundo. O questionamento da sua legitimidade como direito, quando verdadeiramente radicalizado, queda-se em um silêncio. As pretensas “soluções” para os seus problemas mais profundos se limitam a indicar uma carta de intenções, em prol da abolição do Direito Penal, como um alquimista que quer criar a pedra filosofal ou um aventureiro em busca da fonte da juventude. As críticas contra esse direito revelam as violências mais aparentes, mas se perdem na unilateralidade das suas denúncias e no sonho da indesconstrutibilidade dos seus postulados.

Volto a mencionar o silêncio subjacente à legitimidade desse direito. O grito diante do crime, que se cala em face da pena. O protesto diante da pena, que se cala em face do crime. A trágica convivência aparentemente insolúvel entre o crime e a pena, cuja magnitude obriga o investigador a pensar sobre a natureza humana e da sociedade (estando ciente das

¹⁷⁴ DERRIDA, Jacques. Force de Loi: le “fondement mystique de l’autorité”. *Cardozo Law Review - Deconstruction and the Possibility of Justice*, p. 926: “Comment distinguer entre cette force de la loi, cette “force de loi,” comme on dit aussi bien en français qu’en anglais, je crois, et d’autre part la violence qu’on juge toujours injuste? (...) Qu’est-ce qu’une force juste ou une force non-violente?”

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 928: “(...) le risque d’une autorisation donné à la force violente, injuste, sans règle, arbitraire.”

armadilhas e dos aprisionamentos que tal pesquisa enfrentará). Assim, dando relevo à ligação na escrita. Conectando o humano e a sociedade, mas mencionando e dando importância a ambos, para que um não possa dominar o outro. É nessa confusão de catarses, seletividades, sofrimentos e irreparabilidades, que se é obrigado a compreender o direito penal, a entender a legitimidade da sua força e os seus fundamentos. Uma compreensão que dificilmente escapará de uma decisão substancialista ou ideológica, caso seja assumida a possibilidade de tratar diretamente da justiça, em uma abordagem que irá se afirmar como capaz de captá-la completamente. Engendrando o contraponto, Derrida alerta sobre a impossibilidade de se falar diretamente da justiça, sem imediatamente traí-la¹⁷⁶. É preciso tratá-la de modo oblíquo, para assim permanecer aberta, justa e imprevisível.

4.1.2 O fundamento místico da autoridade

O tratamento oblíquo da justiça acarretará importantes consequências para o direito. A partir do momento em que se descobre a impossibilidade de se falar diretamente da justiça, tem-se um direito que não pode mais se valer dela impunemente. Ele não mais se legitima por carregá-la e dos seus escritos não poderão ser extraídas as interpretações justas. Com isso não se pretende afirmar a inexistência da justiça no direito, mas sim que o intérprete não poderá se valer da lei para dizer que “isso é justo” ou “aquilo é injusto”. O direito não se remete diretamente à justiça. Essa assertiva não é colocada em razão de um elemento central promíscuo ou pusilânime entranhado nele, constituindo-o e revelando a sua realidade aterradora, tendo a sua identificação o poder de legitimar grupos a se outorgarem da justiça por portarem e anunciarem o bom direito. Essa remissão direta do direito à justiça é impossível, pois ninguém poderá falar diretamente dela.

Ela escapa de quem quiser portá-la, evitando assim a sua utilização para a justificação de um poder absoluto. Se fosse possível falar diretamente da justiça, então existiria uma força absoluta, que seria *indesconstrutível*, concedendo uma autorização plena à efetivação de sua política e do seu direito. Essa perspectiva exigiria não só a existência do absoluto, como também a certeza acerca da possibilidade de conhecê-lo. Por exemplo, teríamos que pressupor

¹⁷⁶ DERRIDA, Jacques. Force de Loi: le “fondement mystique de l’authorité”. *Cardozo Law Review - Deconstruction and the Possibility of Justice*, p. 934: “(...) montrer pourquoi et comment ce qu’on appelle couramment La deconstruction, tout en semblant ne pas “addresser” le problem de la justice n’a fait que cela sans pouvoir le faire directement, seulement de façon oblique. Oblique comme en ce moment meme, où je m’appête à démontrer que l’on ne peut pas parler *directement* de la justice, thématiser ou objective la justice, dire ‘ceci est juste’ et encore moins ‘je suis juste’ sans trahir immédiatement la justice, sinon le droit.” Grifo do autor.

a existência de Deus e de sua mensagem, transmitida diretamente ou por meio de um profeta, e seria ainda imprescindível a certeza sobre o entendimento e a aplicação correta dessa mensagem pelos seus destinatários. A princípio, não se pode negar a possibilidade de tal fenômeno ocorrer – sem assumir a existência de outro absoluto que seria a sua negação –, entretanto nada impede que isso seja considerado improvável. Tanto por não haver meios para provar a existência ou a inexistência de Deus, quanto pela extensa diversidade de mensagens sobre a transcendência, que muitas vezes se contrapõem, podendo apenas uma prevalecer diante da outra por meio do recurso à força.

Considerando a impossibilidade de o direito se remeter diretamente à justiça, Jacques Derrida retoma o conceito de Montaigne de fundamento místico da autoridade:

Visivelmente, Montaigne distingue aqui as leis, isto é, o direito, da justiça. A justiça do direito, a justiça como direito não é justiça. As leis não são justas como leis. Não obedecemos a elas porque são justas, mas porque têm autoridade. A palavra ‘crédito’ porta toda a carga da proposição e justifica a alusão ao caráter ‘místico’ da autoridade. A autoridade das leis repousa apenas no crédito que lhes concedemos. Nelas acreditamos, eis seu único fundamento. Esse ato de fé não é um fundamento ontológico ou racional. E ainda resta pensar no que significa *crer*.¹⁷⁷

O direito não é respeitado por ser justo. Ele não está diretamente relacionado à justiça, apesar de ela transitar também por ele. É respeitado por um fundamento místico da autoridade. Pelo crédito a ele conferido, em razão de uma força autorizada, que está “misticamente” fundada. Derrida afirma ser essa força performativa – interpretadora –, profundamente complexa, que, nela mesma, não é justa nem injusta. Está-se diante de um momento crucial para a compreensão do pensamento derridiano, merecendo, por essa razão, a citação integral:

O próprio surgimento da justiça e do direito, o momento instituidor, fundador e justificante do direito, implica uma força performativa, isto é, sempre uma força interpretadora e um apelo à crença: desta vez, não no sentido de que o direito estaria *a serviço* da força, instrumento dócil, servil e portanto exterior do poder dominante, mas no sentido de que ele manteria, com aquilo que chamamos de força, poder ou violência, uma relação mais interna e mais complexa. A justiça – no sentido do direito (*right or law*) – não estaria simplesmente a serviço de uma força ou de um poder social, por exemplo econômico, político, ideológico, que existiria fora dela ou antes dela, e ao qual ela deveria se submeter ou se ajustar, segundo a utilidade. Seu momento de fundação ou mesmo de instituição jamais é, aliás, um momento inscrito no tecido homogêneo de uma história, pois ele o rasga por uma decisão.¹⁷⁸

¹⁷⁷ DERRIDA, Jacques. *Força de Lei – o “fundamento místico da autoridade”*, p. 21. No original: DERRIDA, Jacques. Force de Loi: le “fondement mystique de l’authorité”. *Cardozo Law Review - Deconstruction and the Possibility of Justice*, p. 938: “Visiblement, Montaigne distingue ici les lois, c’est-à-dire le droit, de la justice. La justice du droit, la justice comme droit n’est pas la justice. Les lois ne sont pas justes en tant que lois. On ne leur obéit pas parce qu’elles sont justes mais parce qu’elles ont de l’authorité.”

¹⁷⁸ DERRIDA, Jacques. *Força de Lei – o “fundamento místico da autoridade”*, p. 24. Grifos do autor. No original: DERRIDA, Jacques. Force de Loi: le “fondement mystique de l’authorité”. *Cardozo Law Review - Deconstruction and the Possibility of Justice*, p. 940: “Le surgissement même de la justice et du droit, le moment instituteur, fondateur et justificateur du droit implique une force performative, c’est-à-dire toujours une force interpretative: (...) Son moment de foundation ou d’institution meme (qui n’est d’ailleurs jamais un moment inscrit dans le tissu homogène d’une histoire puisqu’il le déchire d’une decision) (...).”

A força performativa, fundante do direito, está na linguagem que o associa à justiça. Para a jusfilósofa Raquel Nigro, o “apelo a valores, na expressão máxima da justiça, é o segredo legitimador do direito. [...] O direito é que, como um enunciado performativo, instaura a própria possibilidade do domínio”¹⁷⁹. O enunciado performativo é aquele que não se limita apenas a descrever um fato. Ele, ao expressar o fato, realiza-o. Esse conceito foi trabalhado pelo filósofo da linguagem John Langshaw Austin. Segundo o autor, em alguns casos falar algo é fazer algo¹⁸⁰. Por exemplo, a promessa se faz pelo enunciado. O ato de prometer algo não é somente descritivo, mas primordialmente performativo, pois antes do enunciado não havia promessa, passando a existir a partir do momento em que é falada. No mesmo sentido, não é uma força externa ao direito que o funda, mas ele próprio, que em enunciados performativos, legitima a lei ao afirmá-la. Ele possui uma força própria, intrinsecamente relacionada às forças políticas subjacentes, mas autônoma em seu atuar performativo.

O escritor Machado de Assis possui um interessante conto, denominado “Um Apólogo”¹⁸¹, que possibilita uma melhor compreensão dessa força performativa fundadora do direito. No escrito, conta-se o apólogo de uma agulha e uma linha. A agulha pergunta ao novelo de linha o porquê do seu ar orgulhoso, tão cheio de si. De início, ele tenta fugir da provocação, mas é logo envolvido na disputa de quem é que cose os vestidos da ama. Após a troca de “elogios” básica, típica de interlocutores iniciantes, os argumentos são postos em cena. A agulha, que para alguns é uma agulhinha e para outros é uma agulhona, afirma ser ela a grande responsável pela moda da dama. Afinal, quem é que fura o pano e vai adiante dando forma ao vestido? Diante desse questionamento, o novelo de linha contra-argumenta dizendo irem também os batedores à frente do imperador, realizando o papel subalterno, só mostrando o caminho, enquanto a linha prende, liga e ajunta. A costureira chega e começa a trabalhar na roupa, no entanto as provocações continuam, até que ambas ficam caladinhas ao servir o vestido. Com a obra finalizada, a dama pôs o vestido para o baile, quando a linha para caçoar da agulha perguntou: “– Ora, agora, diga-me, quem é que vai ao baile, no corpo da baronesa, fazendo parte do vestido e da elegância? Quem é que vai dançar com ministros e diplomatas, enquanto você volta para a caixinha da costureira [...]?”¹⁸².

¹⁷⁹ NIGRO, Raquel. “O direito da desconstrução”. In: DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar (Org.). *Desconstrução e ética – ecos de Jacques Derrida*. Rio de Janeiro : Ed. Puc-Rio, 2004, p. 87.

¹⁸⁰ AUSTIN, John Langshaw. *How to do things with words*. Massachusetts : Harvard University Press, 2ª ed., 1975, p. 12.

¹⁸¹ ASSIS, Machado. *Várias histórias*. São Paulo: Globo, 1997, p. 149-151.

¹⁸² ASSIS, Machado. *Várias histórias*. São Paulo: Globo, 1997, p. 150.

Em nossa interpretação, compreenderemos a agulha como os atores políticos relacionados à fundação do direito e às formações das leis, os quais abriram o caminho para o direito, representado no novelo de linha que, ao se confundir na roupa novelo, não é mais, mas sim linhas-do-vestido, que se apresentam para a sociedade e com ela interagem. O novelo, como um amontoado de fios têxteis, tem a mesma composição da linha e a ela se confunde, mas na sua performance não se contenta em enunciar a sua natureza de novelo, rasgando-se em linhas e fazendo o vestido, que domina e é dominado pelo corpo. Há quem vá reclamar pela injustiçada agulha, encerrada em uma caixinha, negando o vestido em razão de um ego ferido. Uma mente desconstrucionista e desconfiada talvez perguntasse: por que diabos não se dão conta ou se preocupam com a potência da costureira? Possivelmente pela melancolia de servirem “de agulha a muita linha ordinária!”¹⁸³

Não podemos nos conter, entretanto, ao recurso imagético suprautilizado, pois essa força performática do direito destina aos seres humanos um silêncio em sua compreensão. O fundamento da autoridade não seria “místico”, se fosse possível compreendê-lo por inteiro. Pois bem, já vimos que, para Derrida, o direito é fundado e justificado por um golpe de força performativo, que nele mesmo não é justo nem injusto. Essa fundação escapa à história dos atores políticos envolvidos na luta pelo (e do) direito, sendo um acontecimento único que rasga qualquer fundação pré-existente, dando margem ao imprevisível e encarnando o descontrole do poder constituinte. Sendo assim, nenhum discurso justificador ou deslegitimador, enquanto justificador da sua ideologia, pode explicar e se apoderar desse direito, assegurando o lugar comum da “velha” (apenas para indicar como o tempo passa rápido) metalinguagem. O discurso está limitado. Perceba que, se formos divagar sobre a verdade, identificar uma limitação é respeitá-la, pois se exime de “chutar” uma resposta substancialista, que posteriormente poderá legitimar uma política violenta para atingir os seus “fins altruístas”. Reconhece-se um limite para o pensamento. Põe-se em um estado de sinceridade interna. O Relativismo pode ser encarado também como afirmar intelectualmente proposições substancialistas, excluindo todas as demais que a contrariem, por um simples golpe de força, uma vez que tal atividade demonstra desapego pela complexidade da verdade. A desconstrução provoca exatamente o desvio dessa lógica. Assim, o “místico” reside na limitação do discurso justificador, que está no seu próprio poder performativo. Diz Derrida:

Há ali um silêncio murado na estrutura violenta do ato fundador. Murado, emparedado, porque esse silêncio não é exterior à linguagem. Eis em que sentido eu

¹⁸³ Ibid., p. 151.

seria tentado a interpretar, para além do simples comentário, o que Montaigne e Pascal chamam de *fundamento místico da autoridade*¹⁸⁴.

5 A JUSTIÇA PORVIR NO DIREITO QUE SE QUESTIONA

Há muito que se falar da desconstrução do direito. Principalmente do Direito Criminal, que está em um estágio doutrinário e jurisprudencial de extrema tensão à desconstrutibilidade dos seus campos conceituais. A desconstrução do direito está umbilicalmente ligada à justiça. O processo de desconstrução com ela se confunde e é em nome dela que o direito é desconstruído. Até para este ser digno do nome que lhe é dado.

O puro legalismo cria misticismos. Torna o direito autossuficiente. Cego à justiça. Nesse sentido, a atividade dos *juspolíticos*¹⁸⁵ queda-se imensamente estranha à justiça, que

¹⁸⁴ DERRIDA, Jaques. *Força de Lei*: o “fundamento místico da autoridade”, p. 25. Grifos do autor. No original: DERRIDA, Jacques. Force de Loi: le “fondement mystique de l’autorité”. *Cardozo Law Review - Deconstruction and the Possibility of Justice*, p. 942: “Il y a là un silence muré dans la structure violente de l’acte fondateur. Muré, emmuré parce que ce silence n’est pas extérieur au langage. Voilà em quel sens jê serais tente d’interpréter , au dela du simple commentaire, CE que Montaigne et Pascal appellent le fondement mystique de l’autorité.”

¹⁸⁵ Entendi por bem utilizar o neologismo *juspolítico* para definir aquele que exerce alguma função própria do direito. Como essas funções não são puramente jurídicas, contendo elementos políticos, que se desenvolvem de modo intrincado aos fenômenos das leis, parece-me prudente realçar na linguagem o caráter político do jurídico. A atividade “jurídica” não é puramente nem política nem legal. O “jurídico”, portanto, precisa realçar mais do que o direito, mas sem se desprender dele. É preciso ter em conta a mescla do *jus* com o político, formando o *juspolítico*.

passa a ser uma estranha ao direito, com as possibilidades de hospitalidade reduzidas. Aliás, a desconstrução do direito passa pelo seu próprio aperfeiçoamento, sem se esgotar nele, pois a desconstrução até o presente momento não se esgota. Sobre essa questão do direito, explica Derrida:

Desconstrói-se o direito em nome da justiça. Pegue o exemplo da ‘desobediência civil’, nos Estados Unidos ou na França. Trata-se de fazer objeção a uma certa legalidade positiva ou nacional, em nome de um direito superior (a universalidade dos direitos do homem, por exemplo) ou em nome de uma justiça que ainda não está inscrita no direito. Os próprios direitos dos homens têm uma história, não param de serem enriquecidos, de serem des-limitados, portanto. Pode-se sempre contestar seus limites jurídicos atuais, em nome de uma justiça ainda por vir. Isso não redundaria em pregar o anarquismo contra as instituições ou uma natureza selvagem contra o Estado.¹⁸⁶

A desconstrução do direito ocorre no aperfeiçoamento das leis, nas suas delimitações, nas dimensões dos direitos fundamentais que são reconhecidas em nome de uma justiça por vir, que não pode ser captada, mas licencia as suas reservas de direito. As leis são alteradas como promessa de justiça. Uma das manifestações da desconstrução do direito é facilmente percebida nos *sites* dos governos, que são sempre preenchidos com novas leis, que expandem o universo normativo ou o modificam. O direito está sempre em transformação. Sua desconstrução ocorre também nas interpretações, que o reinventam a cada momento e revelam a instabilidade linguística na qual ele está inserido.

5.1 A linguagem e a legalidade como “instrumentos possíveis” da justiça que se pretende

A desconstrução ocorre ainda no exercício de resistência à lei criminal. Na militância que questiona uma pena desarrazoada, que contesta até mesmo determinadas criminalizações, tidas como injustas e excessivamente repressoras. O direito é desconstruído nessa interação, que pela desobediência se alia a um direito superior ao que é estritamente posto pela lei. Justamente por essa ciência de que o direito não se esgota nela. Ele possui uma perspectiva de inesgotabilidade, uma vez que se pode sempre lançar mão de um “em nome de” para se referir a um direito superior. Isso é possível pela indefinição da justiça, que não se esgota na lei.

De outro modo, nada impede um cenário em que quem estará sendo questionada é a mesma lei criminal, porém dessa vez pela inexistência ou pela excessiva demora na vinda de uma pena que satisfaça um sentimento de justiça na sociedade. No âmbito criminal não é tão

¹⁸⁶ DERRIDA, Jacques. *Papel-máquina*, p. 309.

simples afirmar que a desconstrução do direito se resume à deslegitimação da lei criminal. A Lei Criminal sofre recorrentes pressões para que seja ultrapassada, desconsiderada, para que “a justiça seja feita”. É uma tremenda questão, que obviamente não possui uma resposta simples.

Essa objeção a certa legalidade positiva, a qual Derrida se refere, no campo criminal se remete ao princípio da legalidade, que é crucial para a garantia da liberdade, pois impede que haja crime ou pena sem lei prévia. Essa é a função mais conhecida desse princípio. Então a defesa pelo cumprimento da lei, vedando interpretações extensivas ou analogias *in malam partem*, tem o objetivo de garantir a liberdade. O Estado não pode infligir uma pena, sem autorização legal.

Nesse sentido, há clamores sociais que se valem de um direito superior tanto para deslegitimar quanto para legitimar a pena. Ambos os discursos se referem à justiça, remetem-se a ela de algum modo. Se entendermos ser possível a tradução da justiça, a sua plena captação, então certamente um desses discursos faria uma remissão falsa ou nenhum deles teria razão. A legalidade é questionada tanto pelos que legitimam quanto pelos que deslegitimam o Direito Criminal. De um lado, questiona-se a lei, que seria injusta e opressora ao prever a pena em determinados casos. Do outro, a mesma lei é contestada, mas por ser demasiadamente clemente e tardia. Ambas as vertentes dicotômicas lutam pela mudança da lei criminal, havendo hipóteses em que cogitam a sua desconsideração. Tudo em nome da justiça.

Para Derrida, a justiça não é perfeitamente definível. A sua assertiva clássica é que a desconstrução é a justiça. A justiça acontece e é a possibilidade do impossível. Remeter-se a ela diretamente não é possível. A tentativa de remissão direta por vezes pode ser uma injustiça. A insistência em ter a justiça do seu lado, em possuí-la completamente e fazê-la de estandarte de uma causa contra outros que estão despossuídos dela, é um ato de ingenuidade perigosa ou de má-fé. A justiça acontece. É irrefreável e por isso não pode ser contida. Ela não é um lado e não consta em um rol de preceitos.

Desse modo, é irresponsável uma defesa da justiça completamente apartada do direito. Ambos os lados dessa dicotomia criminal não possuem a justiça. Não há uma razão que legitime por inteiro um dos pleitos. Essa referência à justiça completamente desvinculada do direito produz violências. Portanto, o princípio da legalidade não pode ser perdido. Ele estabelece o vínculo mais básico da sociedade com o seu direito.

5.2 O perigoso caminho às margens da lei: concepções políticas e desconstrucionistas em matéria criminal

A dicotomia criminal, da pena à abolição, não é resolvida com a simples referência à justiça, porque em seu nome é possível legitimar a violência sem lei, que pode vir de diversas formas. Como exemplos, a criminalização por analogia, a perpetuação de vinganças privadas ou a obrigação de suportar um crime violento sem poder esperar pena alguma. Isto é, as imposições em nome da justiça são tão perigosas quanto à violência legalizada, estatal, burocrática, enfim, juspolítica e em nome do direito. Assim, o direito à resistência não necessariamente está relacionado ao anarquismo, pois as objeções à lei criminal devem sempre ter em conta a responsabilidade de não desconsiderar completamente o direito positivo. Por esse motivo, são sempre complicadas as soluções de vingança privada ou abolicionistas.

As críticas ao abolicionismo, que serão traçadas nesta dissertação, não significam uma aderência ao Direito Criminal. A desconstrução insere uma dinâmica mais complexa do que a dicotomia de pactuar ou não com o direito. De novo: a desconstrução do direito abrange o direito de resistência, que, por sua vez, inclui a desconfiança à legalidade positiva ou nacional, porém isso não significa a defesa de uma cisão com o direito. Uma decisão que não leva o direito em consideração é irresponsável. Há algo de perigoso nas teses abolicionistas e é isto que pretendo salientar, com o intuito de melhorá-las, aperfeiçoá-las e mesmo descartá-las, se nenhuma revisão for possível. Há problemas graves na desestabilização das consequências juspolíticas criminais, porém isso não significa a desconsideração da seletividade do sistema criminal e das demandas sociais, que precisam ser atendidas para que o Direito Criminal possa atuar de modo minimamente regular. Segundo Derrida:

A Internacional tem hoje a figura do sofrimento e da compaixão pelos dez flagelos da 'ordem mundial' que enumero em *Espectros de Marx*. Ela brada aquilo de que se fala tão pouco, tanto na retórica política oficial quanto no discurso dos 'intelectuais-engajados', mesmo entre os campeões diplomados em direitos humanos. Para dar alguns exemplos na forma das macroestatísticas tão facilmente negligenciadas, penso nos milhões de crianças que morrem a cada ano por causa da água, nos cerca de 50% de mulheres espancadas ou vítimas de sevícias por vezes homicidas (sessenta milhões de mulheres desaparecidas, trinta milhões de mulheres mutiladas), nos vinte e três milhões de doentes da Aids (90% dos quais estão na África, enquanto o orçamento de pesquisas sobre a Aids não lhes reserva mais de 5% de seus recursos e enquanto o coquetel continua inacessível fora dos restritos meios ocidentais); penso nos infanticídios seletivos das meninas na Índia e nas monstruosas condições de trabalho das crianças em tantos países; penso no fato de haver, creio, um bilhão de analfabetos e cento e quarenta milhões de crianças não escolarizadas; penso na manutenção da pena de morte e nas condições de sua aplicação nos Estados Unidos (única democracia ocidental que se encontra nesse caso, país que tampouco reconhece a convenção dos direitos das crianças e procede,

quando chegam à idade adulta, à execução de penas pronunciadas contra menores, etc.). Cito de memória números publicados em relatórios oficiais para dar uma ideia da ordem de grandeza dos problemas que exigem uma solidariedade ‘internacional’ e de que nenhum Estado, nenhum partido, nenhum sindicato, nenhuma organização de cidadão se encarrega verdadeiramente. Pertencem à Internacional todos os que sofrem e os que não são insensíveis à dimensão dessas urgências, todos os que, qualquer que seja seu pertencimento civil ou nacional, estão determinados a orientar a política, o direito e a ética nessa direção.¹⁸⁷

E complementa:

(...) parto de um axioma mínimo: está à esquerda o desejo de afirmar o porvir, de mudar e de mudar no sentido da maior justiça possível. Não diria que toda a direita é insensível à mudança e à justiça (isso seria injusto), mas ela nunca faz disso sua motriz ou o axioma de sua ação. Retomando distinções que não perderam a validade, apesar da transformação profunda do conceito mesmo de trabalho, a esquerda fará sempre prevalecer o lucro do ‘trabalho’ sobre o do ‘capital’. A direita alegará sempre que o segundo é a condição do primeiro. Ser ‘de direita’ consiste em procurar conservar, porém o quê? Mais profundamente ainda do que certos interesses, poderes, riquezas, capitais, normas sociais e ‘ideológicas’, etc.¹⁸⁸

Assim, é clara a adesão de Derrida a um viés político de esquerda, inclusive prevendo a possibilidade de uma Nova Internacional. No entanto, há que se considerar que Derrida trabalha esses posicionamentos políticos de modo bastante peculiar. Basta perceber a abertura que ele dá à direita, ao sustentar que ela também se importa com a mudança e a justiça. Ele não empreende um discurso que defende a eliminação do opositor político, até mesmo porque a sua concepção de democracia abrange uma profunda liberdade de expressão. A ideia da Internacional está relacionada a sua defesa de uma política que não se restrinja aos Estados, mas que não rompa completamente com eles, sendo anarquista ou antiestatal. É um pensamento às margens e até desconfortável tanto para a direita quanto para a esquerda clássica.

Sobre o seu próprio engajamento político, Derrida expressamente diz que não tem como dizer que ele reflete a desconstrução, mas que é um esforço pessoal em fazer política por meio da afirmação incondicional que a atravessa: “(...) faço todo o possível para tentar ajustar preferencialmente os meus ‘engajamentos’ à afirmação incondicional que atravessa a ‘desconstrução’. Não é fácil, nunca se está certo de obter êxito”¹⁸⁹. Portanto, deve-se ter em conta que os seus posicionamentos políticos não são a desconstrução ou o que ela manda dizer.

Ele salienta ainda que a sua concepção de esquerda abrange o desejo de afirmar o porvir, a mudança, além da sustentação da preponderância política do “trabalho” sobre o “capital”. Ademais, a partir de uma concepção ampla do seu “pensamento”, pode-se afirmar

¹⁸⁷ DERRIDA, Jacques. *Papel-máquina*, p. 319-320.

¹⁸⁸ DERRIDA, Jacques. *Papel-máquina*, p. 321.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 322.

que ele tomou todas as precauções para que essa fé em um horizonte de mudanças não se transforme em uma justificativa para a imposição de violências. A “esquerda de Derrida” é muito peculiar, mas é inegável a sua preocupação com a justiça social e com o pluralismo cultural.

Quando nesta dissertação critico alguns posicionamentos clássicos da esquerda brasileira em matéria criminal, assim o faço porque a própria desconstrução me levou a isso e por ter a desconfiança de que a defesa da ausência de pena, dependendo do desvalor da conduta e do resultado, destrói a esperança de ordenação das condutas humanas de acordo com uma ideia mínima de eticidade e banaliza determinados bens jurídicos, além de ser antidemocrática, por ser notória a ampla rejeição do abolicionismo em diversos segmentos sociais, independentemente da classe social. É claro que a última hipótese requer uma pesquisa de campo, mas tal ponto extrapola os limites dessa dissertação, que tem como objetivo o estabelecimento de limites para que uma decisão criminal seja democrática, de acordo com o “pensamento” desconstrucionista.

5.3 “Navegar é preciso!”: a relevância da desconstrução do direito

Ao afirmar um direito fundado em uma força performativa, Derrida demonstra a sua desconstrutibilidade, já que ele está “construído sobre camadas textuais interpretáveis e transformáveis”¹⁹⁰. Essa insegurança vivida pelo direito, refletida em parte na incessante produção legislativa que constantemente o modifica, é a chance do seu progresso. O aperfeiçoamento dele mesmo está na sua possibilidade de transformação, que é aberta pela sua estrutura desconstrutível. Essa produção do direito é inapropriável por quaisquer ideologias políticas, pois elas também são desconstrutíveis. Tal dinâmica o impede de ser estático.

No entanto, Derrida distingue novamente direito e justiça, afirmando que ela, se existir fora ou para além do direito, é a desconstrução e é indesconstrutível¹⁹¹. O filósofo não torna a desconstrução e a justiça um e o mesmo, tendo em vista que, em sua segunda proposição,

¹⁹⁰ DERRIDA, Jaques. *Força de Lei*: o “fundamento místico da autoridade”, p. 26.. No original: DERRIDA, Jacques. Force de Loi: le “fondement mystique de l’autorité”. *Cardozo Law Review - Deconstruction and the Possibility of Justice*, p. 942.: “La structure que jê décris ainsi est une structure dans laquelle le droit est essentiellement déconstructible, soit parce qu’il est fondé, construit sur des couches textuelles interprétables et transformables (...), soit parce que son ultime fondement par définition n’est pas fondé.”

¹⁹¹ Ibid., p. 944: “La justice em elle-même, si quelque chose de tel existe, hors ou au-delà du droit, n’est pas déconstructible. La déconstruction est la justice.”

escrita na mesma página, afirma: “A indesejabilidade da justiça torna também a desconstrução possível, ou com ela se confunde”¹⁹². São conceitos diversos, mas muito próximos, tornando-se um amálgama em determinados momentos, quando a produção e o aperfeiçoamento das coisas se confundem, a nossos olhos, com a justiça. Ademais, deve-se ter ainda atenção às quebras de ritmo do pensador ao escrever obliquamente sobre a justiça (“se existir fora ou para além do direito”, “se algo como tal existe”, “ou com ela se confunde”, etc.), pois tal estratégia demonstra consciência acerca dos limites da linguagem e do conhecimento humano.

Além disso, deve-se deixar bem claro que o pensamento desconstrucionista está ciente dos perigos de ser confundido com uma postura destrutiva dos cânones e da tradição. Em entrevista concedida a Rogério da Costa, publicada parcialmente na Folha de São Paulo, em 21 de junho de 1992, ao ser perguntado se a história da filosofia é algo que se deve ultrapassar, Jacques Derrida afirma:

Ultrapassar, certamente não. Jamais tive o sentimento de ultrapassar ou de poder ou mesmo de desejar ultrapassar o que quer que fosse. Aqui o que digo eu o sinto de uma maneira concreta e cotidiana. Tenho sempre o desejo de repetir a história da filosofia, sempre me interessa reler Platão, que é sempre novo pra mim, tanto quanto Kant ou Hegel. Logo, é antes uma certa forma de repetição que me parece geradora, é preciso sem cessar recomençar. Um texto em geral – e um texto de filosofia em particular – não é esgotável; uma vez que se tenha reconhecido nele, como tentei fazê-lo, um certo movimento dominante, uma certa lógica recorrente que possua uma tendência a tornar-se hegemônica (o que chamo o logocentrismo e o falocentrismo), uma vez que se tenha detectado isso ainda se está longe de se ter esgotado a leitura de um tal texto, porque há nesse texto, também, signos, sintomas, elementos de resistência à hegemonia.¹⁹³

Na mesma oportunidade, o filósofo franco-argelino reconhece os riscos da desconstrução, portanto estando ciente da responsabilidade envolvida na tarefa:

Há riscos. Nada se pode fazer contra os riscos. Se desejássemos antes de fazer qualquer coisa, tomar precauções contra todos os riscos, não faríamos nada. Portanto, o risco ao qual você se refere existe. Pode haver pessoas, gestos, momentos que levem a fazer da desconstrução um instrumento destruidor, que não deixa nada de pé, que é simplesmente negativo. Claro, a cada vez que pude, protestei contra esta tentação, mas ela existe. Sobretudo quando se tenta instrumentalizar a desconstrução, isto é, transformá-la num procedimento, numa técnica permitindo rapidamente dominar, manipular e abandonar.¹⁹⁴

Pode-se extrair daí duas questões importantes para o pensamento desconstrucionista. Em primeiro lugar, a desconstrução não envolve um processo de destruição da tradição e nem uma experiência simplesmente negativa. Há ciência dos riscos envolvidos nela; todavia a

¹⁹² DERRIDA, Jacques. *Força de Lei – o “fundamento místico da autoridade”*, p. 27. No texto original: DERRIDA, Jacques. Force de Loi: le “fondement mystique de l’authorité”. *Cardozo Law Review - Deconstruction and the Possibility of Justice*, p. 944: “L’indéconstructibilité de la justice rend aussi la déconstruction possible, voire se confound avec elle.”

¹⁹³ COSTA, Rogério da (Org.). *Limiares do contemporâneo - entrevistas*. São Paulo: Escuta, 1993, p. 27.

¹⁹⁴ COSTA, Rogério da (Org.). *Limiares do contemporâneo - entrevistas*, p. 28.

assunção deles é importante para que haja avanços no pensamento e responsabilidade nas posturas intelectuais assumidas, sejam elas progressistas, conservadoras ou para além dessa dualidade, minimizando assim as violências empregadas para se fazer valer a verdade de um determinado recorte intelectual. Em segundo lugar, Derrida não propõe a ultrapassagem da história da filosofia, afirmando a desimportância dos clássicos ou qualquer imaturidade semelhante, o que existe é a necessidade da repetição dos textos, visando com isso a uma experiência única “para si”, permitindo novas leituras que deem relevo ao desmonte.

Ao juiz é dado o desafio de a cada decisão redescobrir e reler o direito considerando o ineditismo de cada caso. Sua postura é responsável, quando relê o direito para julgar cada réu, considerando as suas particularidades. Em sua atividade, a jurisprudência serve apenas como uma orientação geral para julgar uma singularidade, que a transbordará. O uso da jurisprudência como fundamento é sempre falho, pois é uma decisão sem juízo. A sua utilização pura e simples fará com que o juiz decida sem observar a contextualização criminal em que está inserido, a qual é sempre diversa, pois a sua frente está o outro, o singular, que exige uma decisão para ele, portador de uma vida própria e escapável às generalizações. A jurisprudência em matéria criminal deve servir apenas como uma orientação, uma mera consulta à opinião alheia, inservível *per si* à fundamentação. Quando o juiz precisar utilizá-la, ele deve lê-la como parte de uma tradição jurídica, e não como uma presença que resolve e encerra o problema. Para que essa tradição seja respeitada, o juiz deve com ela manter um diálogo de diferenciação. A sua tarefa é encontrar os pontos em que o caso singular se diferencia da tradição. Diante da jurisprudência, a sua pergunta não deve ser: qual a semelhança deste caso com a tradição? Mas sim: como este caso se diferencia da tradição? O juiz deve ter com a jurisprudência um confronto, uma tensão. Não com o intuito de negá-la, mas sim de diferenciá-la, para que todos os atores criminais, ele inclusive, sobrevivam ao processo de repetição, maquinação e automatização.

Muito ainda precisará ser dito sobre a relação entre a desconstrução e a justiça, porém neste instante – até mesmo para permitir a iterabilidade – limito-me a demonstrar que em Derrida há um norte indesconstrutível, capaz de afastar o relativismo, mesmo ele estando na imensidão da justiça e na própria desconstrução.

O Direito Penal hodierno encontra-se imerso em um mar de necessárias teorias deslegitimantes, mas que sucumbem ao exigir do interlocutor a desconsideração dos estudos da ética, da natureza humana, da psicologia e da história das sociedades, para que ele possa se desprender do mundo para alçar voo em um sonho idealista, com um recorte intelectual previamente montado, fazendo uso das ciências para empreender as imprescindíveis críticas

ao sistema criminal atual, porém com muita facilidade as dispensando em prol de políticas declaradamente utópicas, recaindo em um viés abolicionista somente sustentável por um exercício de fé.

É justo reconhecer que nem toda crítica ao direito penal toma para si a perspectiva abolicionista. Entretanto, boa parte dessas ainda deixam a desejar nas suas proposições, desviando-se a todo custo de assumir a existência de uma sociedade em que o direito penal subsista, mas sem defender expressamente a sua abolição, jogando a sua atuação ao limbo, permitindo assim a sua perpetuação ilimitada e marginal, uma vez que só assumem mudanças utópicas. Colocam-se assim em uma posição de imunidade em relação às decisões relacionadas ao sistema criminal, pois quem joga somente na crítica segura diminui imensamente a probabilidade de errar, mas praticamente extermina a margem de acerto, já que se exclui das transformações do presente e das possibilidades de manobra oferecidas pela realidade.

Assim sendo, ao encontrar uma leitura de Derrida crítica do direito, mas não relativista, considero que a desconstrução pode ser um marco teórico importante para pensar a legitimidade do Direito Penal contemporâneo, admitindo uma crítica desse direito, sem confundi-lo com a justiça, todavia enfrentando os problemas éticos subjacentes aos crimes e trabalhando com sociedades historicamente determinadas, para encontrar inspirações para outro direito. Que trate das relações criminais, quiçá um direito do outro, sem exigir do interlocutor uma adesão gnóstica a uma verdade esquecida pela história ou se valer dos sofrimentos dos crimes e das penas para justificar uma ideologia da presença, rígida, praticamente imutável, com pouquíssimas aberturas à iterabilidade.

6 A RESPEITO DA VIOLÊNCIA

A violência inscrita no direito é perfeitamente criticável, tendo como parâmetro a matriz teórica proposta. Entretanto, é possível verificar, pelo que foi desenvolvido até o momento, que Derrida não propõe um rompimento, um desligamento ou uma separação do direito, apesar de também não indicar uma aliança e nem uma fundamentação *a priori* das

suas tarefas. Aliás, está-se diante de um fundamento “místico” da autoridade, que de início nem justifica nem exclui a justiça no direito.

Conforme explica Drucilla Cornell, Derrida está preocupado com as racionalizações das violências burocráticas sem derramamento de sangue, aquelas empregadas para a manutenção dos sistemas legais ou como meio necessário para atingir um fim justo¹⁹⁵. Justifica-se a violência legal por ela ser capaz de reduzir uma violência mais letal, que está além do direito e não possui os limites claramente definidos pela legalidade. Segundo Austin Sarat, “não há nenhuma surpresa em dizer que violências de todos os tipos ocorrem todos os dias com a autorização explícita das instituições legais e dos seus funcionários, ou com as suas aquiescências tácitas. O Direito sem violência é impensável (...)”¹⁹⁶.

O objetivo, portanto, é “mover a violência para o centro da teorização sobre o direito”¹⁹⁷. O problema da violência passa a nortear as discussões sobre o direito. Esse movimento permite que a densidade e a estrutura do direito sejam calculadas, tendo como base a legitimidade da violência empregada para conter a violência ilícita. Realçam-se assim as medidas da dor no âmbito criminal, de modo a ensejar a elaboração de teorias que prestigiem um cálculo capaz de produzir o resultado menos violento possível, tendo em conta as facetas das violências legais e ilegais.

No entanto, esse cálculo não pode esgotar o problema do direito, porque este não pode existir simplesmente para a sua autoperpetuação. O direito precisa da justiça para ser querido e minimamente legitimado. Por isso, ele deve a ela. Essa dívida, que não existe para ser quitada, é considerada quando ele permite a vinda dela e o desmonte que ela implica. O magistrado criminal então deve permitir as iniciativas que levem ao desmonte da máquina das suas decisões. Haverá desmonte porque o direito não é a justiça e a sua vinda realça isso, extinguindo, modificando ou aperfeiçoando aspectos do sistema.

A perspectiva da violência como problema da lei e para o direito é o deslocamento teórico que viabiliza a criação de alternativas para a diminuição das dores, o que pode implicar inclusive na autorização da violência para restringir algum direito, com o intuito de garantir sem resseguro a ordenação do mundo. O juiz criminal ao debater as violências legais e ilegais não tem como se livrar da responsabilidade de desenvolver meios para melhor lidar com elas. Se tentar driblar os desafios sobre as violências do Direito Criminal será

¹⁹⁵ CORNELL, Drucilla. “The Violence of the Masquerade: Law Dressed up as Justice”. *Cardoso Law Review - Deconstruction and the Possibility of Justice*, New York, v. 11, n. 5-6, p. 1047-1064, Jul/Ago. 1990, p. 1048.

¹⁹⁶ SARAT, Austin (Ed.). *Law, violence, and the possibility of justice*. New Jersey: Princeton University Press, 2001, p. 3.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 4.

irresponsável, isto é, atuara apenas como mais uma engrenagem da máquina de calcular do Direito.

O Direito possui em seu âmago a utilização da violência. A sua existência é tida como necessária em razão de uma violência maior, que transborda as fronteiras do direito e é ilimitada. A violência do Direito existe para conter esta violência ilegal. É o monopólio legítimo da força exercido pelo Estado. Ocorre que esse exercício do poder pelo Estado não é inquestionável e é suscetível de abusos. O Direito Criminal, como ramo do direito legitimado à relativização da liberdade da pessoa, deve ser gerido com extrema cautela, uma vez que o Estado pode impossibilitar meios legítimos de vida por meio da sua violência burocrática e racionalizada, além desta ser passível de emprego abusivo, confundindo-se com a violência ilegítima, que o Estado supostamente intenta coibir. Conforme a explicação de Sarat: “(...) o direito

Assim, estamos diante de um terreno questionador do direito e de suas legitimações. Só que essa crítica não significa a defesa de uma presença com legitimidade para impor uma franca oposição ao direito. O que Derrida afirma é que há algo de suspeito no direito, sendo o aprofundamento dessa suspeição importante para o próprio aperfeiçoamento dele.

A desconstrução colocou em xeque a identificação do direito com a justiça¹⁹⁸. A concretização de uma pena após o cometimento do crime não é capaz sozinha de demonstrar a justiça do direito. A ligação necessária nunca existiu. É razoável essa desidentificação, pois somente a partir dela é possível cobrar justiça do direito. Se ela não se confunde com ele, então é preciso que ele lute por ela, que esteja atento aos mecanismos que impedem a sua vinda, para que possa neutralizá-los, facilitando que ela aconteça. Não por saber onde a justiça está ou por ousar poder alcançá-la; a justiça sempre lhe escapará. O que o direito precisa fazer é abrir caminho para a justiça, permitindo que ela aconteça. Ao perder a autoridade da justiça, o direito precisa fazer mais do que se esconder em seus valores, devendo se esforçar para se tornar um anfitrião digno.

6.1 Percepções das “injustiças”

Diversas das críticas existentes em relação ao Direito Criminal são feitas com base nas percepções das “injustiças” que produz. Essas constatações empíricas devem ser levadas a

¹⁹⁸ CORNELL, Drucilla. “The Violence of the Masquerade: Law Dressed up as Justice”. *Cardoso Law Review - Deconstruction and the Possibility of Justice*, p. 1049.

sério e indica essa desidentificação. O Direito Criminal está sempre tangenciando com questões de privações e de mortes. Suas falhas são graves demais para que se desista de pensar em alternativas para as políticas existentes, em rotas para dirimir as dores atuais.

Assim, o magistrado criminal, ao decidir, deve levar em conta essa desidentificação do direito com a justiça. É crucial ainda que não desista dela, desburocratizando-se, assumindo responsabilidades éticas e políticas. Respeitando a vítima e o réu, compreendendo as suas demandas. Julgando o outro tendo em conta a humanidade que tem em si. Lembrando-se da sua própria falibilidade ao medir a responsabilidade alheia, sabendo que a própria medida, ela mesma, como cálculo, falha também. Como diz Drucilla, aquele que faz cumprir a lei tem uma responsabilidade inescapável pela violência, precisamente porque ela não pode ser completamente racionalizada ou justificada com antecedência¹⁹⁹.

A impossibilidade de completa racionalização do direito e, conseqüentemente, do conhecimento da sua origem, faz com que o recurso à crença seja necessário para legitimá-lo. Essa fé varia dependendo da história e da cultura, podendo estar no desejo dos *founding fathers*, na natureza, em Deus ou na vontade do poder constituinte. Nesse ponto, concordo com Drucilla Cornell, quando ela discorda de LaCapra, afirmando que, para Derrida, a questão do fundamento último do direito não é sem sentido²⁰⁰. O sentido da discussão sobre o fundamento é justamente realçar o seu caráter “místico”, para que o direito possa ser questionado. Em suma, a falta de fundamento, ou, pelo que me parece mais correto, a carência de certeza acerca do fundamento do direito nos obriga a questioná-lo, a exigir algo mais para segui-lo.

Desse modo, é importante que o juiz questione a “legitimidade da legitimidade do direito”, pois como julgador deve ao direito, mas também ao justo, estando atrelado à demanda alheia, vinculado ao outro que lhe pede acolhimento. O pedido que provoca, cuja força faz com que o julgador saia da inércia, é uma demanda da alteridade, mesmo quando concretamente perdido ou regado de má-fé. O juiz tem a responsabilidade de recepcionar o outro que de algum modo lhe provocou.

Considerando que o Ministério Público é formalmente o representante da sociedade, portanto, o intermediário da demanda, o juiz deve ir além da representação e ouvir a vítima, o réu e os grupos sociais envolvidos, para que possa se aproximar da dimensão do problema,

¹⁹⁹ CORNELL, Drucilla. “The Violence of the Masquerade: Law Dressed up as Justice”. *Cardoso Law Review - Deconstruction and the Possibility of Justice*, p. 1049.

²⁰⁰ *Ibid.* p. 1057.

decidindo em conjunto com os estratos sociais. Assim, a própria representação é posta à prova, pois a ação proposta pelo Ministério Público passa a ser o canal para a efetiva vinda da sociedade. O magistrado não pode receber a denúncia, tendo como base *juspolítica* que ela foi feita pela sociedade. Há um órgão, o qual *juspoliticamente* a representa, mas que deve ter o seu vínculo com a sociedade decidido a cada caso.

Ora, o direito não traduz necessariamente a justiça. No mesmo sentido, não se deve confundir a representação constitucional do Ministério Público com os desejos da sociedade ou com a democracia. A denúncia deve ser posta à prova de legitimidade, devendo o magistrado verificar se os segmentos sociais aos quais o acusado pertence o acusariam.

A premissa é simples. Exige-se do magistrado uma tarefa hercúlea, a de decidir. Para que ele seja capaz de desempenhá-la com responsabilidade, deve ser menos decisivo, abrindo assim as possibilidades para a participação do outro e a vinda do impossível. Ao final, ele decide, mas junto com os outros e não tão somente com os seus estudos e as suas vivências. Há um trabalho de autolimitação “ideológica” para potencializar as possibilidades do acontecimento da justiça.

Para tanto, o juiz deve verificar se há demanda ou dano, se concretamente, empiricamente, existe violência a ser tratada, isto é, se o problema transborda a esfera jurídica, envolvendo um dano social considerável. O julgador deve ouvir os envolvidos e verificar de que modo ele pode atuar para acolher esses problemas. O seu processo decisório deve incluir a oitiva e a ingerência dos grupos sociais aos quais o réu pertence e os que ele afetou, para verificar se a conduta dele representou uma violência ilegítima e reprovável. Deve-se fazer do sistema criminal não somente um conglomerado de normas e procedimentos, que resultará em uma absolvição ou condenação, mas sim uma arena *juspolítica* em que a legitimidade do direito será sempre debatida por aqueles que foram diretamente ou indiretamente envolvidos pela conduta praticada pelo réu. Decidir não é tratar tão somente da conduta do réu. É necessário que se verifique caso a caso se o Direito que está sendo aplicado é legítimo, o que implica a abertura para a democracia *tout dire*. É preciso que todos os interessados opinem e decidam sobre a legitimidade daquele direito para aquele réu.

A decisão embasada não apenas no que se convencionou a chamar de “jurídico”, mas também no político, não atenta contra a conservação da lei. Pelo contrário, ela é justamente a sua precisa possibilidade. Nas palavras de Cornell:

De fato, para Derrida, um sistema legal não pode aspirar a justiça, se não fez essa promessa de conservação do princípio e do primado do direito. Mas também não

aspira a justiça, a menos que entenda essa promessa como uma promessa de justiça.²⁰¹

O fato de o juiz criminal atuar ampliando os espaços de democracia, abrindo-se para o político sem relegar o direito (perspectiva *juspolítica* expressa), é justamente a conservação do primado da constituição e do Estado de Direito, pois este não se restringe ao respeito à lei, abrangendo a promessa de justiça, que raramente acontecerá se o juiz se quedar fechado em sua “interpretação jurídica”, embasado em doutrinas técnicas e em estudos jurisprudenciais – que no fim representam uma escolha *juspolítica* subterrânea -.

A promessa de justiça é mais propriamente conservada, se ele assume as suas interpretações *juspolíticas*, em sinergia com os diversos segmentos sociais interessados nas problemáticas em que ele está envolvido, tornando-se menos decisivo. Essas cooperações e embates são aberturas para a democracia e abrandam um pouco o sofrimento da decisão, que é o encerramento do que não pode ser encerrado, mas que somente se encerrando será responsável, pois, como diz Derrida, “a justiça incalculável *manda* calcular”²⁰². No entanto, deve-se ter em alta conta todas as singularidades que pressionam a atividade decisória, para que a justiça incalculável influencie na desmontagem de um cálculo previsto, possibilitando assim o imprevisível e, quiçá, o impossível. Na escrita de Derrida: “Uma ação que não leve todas as singularidades em consideração seria uma dogmática e um mecanismo irresponsável, que submergiria a decisão em um ambiente de generalidade dogmática”²⁰³.

6.2 Direito em tempo de terror

Mudanças sociais transformam o direito. A frase é óbvia. A correlação simples. As implicações e as resistências do processo é que são complexas. Se por um lado é fácil constatar que novas exigências sociais criam e modificam normas, com a esperança de atingir resultados propícios; por outro, a rapidez das transformações torna a compreensão do

²⁰¹ CORNELL, Drucilla. “The Violence of the Masquerade: Law Dressed up as Justice”. *Cardoso Law Review - Deconstruction and the Possibility of Justice*, p. 1060: “Indeed, for Derrida, a legal system could not aspire to justice if it did not make this promise to conservation of principle and the rule of Law. But it would also not aspire to justice unless it understood this promise as a promise to justice.” Tradução nossa.

²⁰² DERRIDA, Jacques. *Força de Lei – o “fundamento místico da autoridade”*, p. 55. No texto original: DERRIDA, Jacques. Force de Loi: le “fondement mystique de l’authorité”. *Cardozo Law Review - Deconstruction and the Possibility of Justice*, p. 970.

²⁰³ DERRIDA, Jacques. *Negotiations: Interventions and Interviews, 1971-2001*, p. 181-182. No original: “An action that did not take all singularities into consideration would be a dogmatic and irresponsible mechanics that would drown decision in the environment of a dogmatic generality.”

processo complexa, o que dificulta a criação de modos razoáveis de se lidar com tudo o que está envolvido.

Assim, como o sistema criminal lida com o terror contemporâneo? O terrorismo é uma pressão quase externa²⁰⁴ ao sistema político dominante, que provoca fortes rearranjos internos impulsionados pelo desejo de segurança. Essa força é capaz de comprimir o desejo de democracia e abertura, relativizando as liberdades públicas e a tolerância às diferenças em prol de uma vida unida e segura (“United We Stand”²⁰⁵). Tem-se a partir daí uma política de segurança autônoma, munida da tendência de se fechar em si mesma, no coração da democracia. Em seu interior, porém apartado dela. Limitada pela organização dos poderes do Estado, contudo liberta dos princípios basilares do *Bill of Rights*.

Na política interna, e em parceria com a política externa da guerra, o Direito Criminal é o mecanismo jurídico por excelência para lidar com o problema do terrorismo. A sua (des)medida configura a estratégia jurídica antiterror interna. É o sistema montado para neutralizar as ameaças no território estatal. Entretanto, há que se ter cuidado para que as políticas de segurança excepcionais não se tornem regras e, enquanto exceções, mantenham a democracia ininterrupta, respeitando os direitos fundamentais estabelecidos no país. Nessa trilha, será que a desconstrução tem algo a dizer ao terror e à política antiterror? E como agir para evitar que o Direito Penal não se torne outro terror ao relativizar garantias individuais e expandir o seu âmbito de atuação? Tais reflexões serão deslocadas e problematizadas neste artigo, a partir das considerações traçadas por Jacques Derrida no pós 11 de setembro de 2001, na obra “Filosofia em Tempo de Terror”²⁰⁶.

²⁰⁴ Derrida chama à atenção para o fato de que a agressão vem como se fosse de dentro. A saber, BORRADORI, Giovanna. *Filosofia em tempo de terror – Diálogos com Habermas e Derrida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 104-105: “(...) não só o território, isto é, a figura literal da fundação ou do fundamento dessa ‘força de lei’, é visto como *exposto* à agressão, mas a agressão da qual é o objeto (o *objeto exposto* precisamente à violência, mas também, ‘em um laço’, às suas próprias câmeras segundo os seus próprios interesses) vem *como se fosse de dentro*, de forças que estão aparentemente sem qualquer força própria, mas que são capazes de encontrar os meios, por ardil e pela implementação de conhecimentos *high-tech*, para ter acesso a uma arma americana em uma cidade americana, no espaço de um aeroporto americano”.

²⁰⁵ Essa frase foi mote de diversos movimentos norte-americanos após a queda das Torres Gêmeas, em 11 de setembro de 2001. Temos como exemplos o memorial “In God We Trust, United We Stand”, em Beaumont, Texas, e o concerto beneficente realizado em 21 de outubro de 2001, também denominado “United We Stand”. No entanto, nesse mesmo show, ocorreu certo desmonte da ideia de fechamento pela existência do inimigo externo, por mais que simbólica. O vocalista da banda Aerosmith, ao iniciar a sua participação no evento, proferiu as seguintes palavras: “*This is America and we got something that you can’t kill. That is the spirit of freedom, love, god, liberty and the pursuit of Rock and Roll*”. Nesse momento, a contracultura do rock, por ele representada, mesmo multifacetada e temperada pelo *show business*, diante de uma profunda ferida nacional, em que é esperada uma resposta violenta, a conteve em medida e preferiu apontar para a manutenção da liberdade e do amor.

²⁰⁶ BORRADORI, Giovanna. *Filosofia em tempo de terror – Diálogos com Habermas e Derrida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

6.3 Os limites da segurança pública em face do terror

Ao se pensar os ataques terroristas às Torres Gêmeas e ao Pentágono, como marco para a existência de uma nova estrutura jurídico-penal, deve-se ter em conta que tal evento foi um ponto de referência (*fait date*) sem precedentes (*unprecedented*)²⁰⁷, isto é, uma data histórica, um acontecimento singular. À luz do direito, pode-se tomar a data de 11 de setembro de 2001 como fato gerador de uma estrutura jurídico-penal excepcional, seja por haver doravante conjunturas políticas e sociais a ensejar um novo tratamento às pessoas consideradas “perigosas” para o sistema, seja por ser um marco de restrição às imigrações na esfera global, tendo como enfoque a suspeita ao outro, ao diferente, como possível portador da insígnia de “terrorista”.

Sem desconsiderar o número de mortos no episódio ou simplificar a reação do sistema criminal norte-americano, taxando-a de plano de desarrazoada e opressiva, é preciso verificar se a questão do controle do “terrorismo” necessita da relativização das liberdades públicas ou se é possível esquematizar um sistema de segurança, sem impor um estado de exceção tão gravoso aos direitos fundamentais. O ponto não é justificar ou negar a reação norte-americana, mas problematizá-la e contextualizá-la no interior de um novo paradigma, complexo, de terrenos inseguros. Afinal, desde 1812 os EUA não são alvejados em seu próprio território²⁰⁸, o que tornou mais próxima a hipótese de insegurança permanente até do território supostamente mais resguardado na ordem global. Não é à toa que dez anos depois do atentado, o presidente Barack Obama reforçou a segurança para prestar memória à data, além de ter conseguido aumentar a sua popularidade com o assassinato de Osama Bin Laden e ao proferir discursos acerca da vitória sobre o terrorismo. No entanto, a sensação de insegurança e a tragédia humana provocada pelos ataques não justificam a dicotomia, e nem se encerram na luta decenal contra o “eixo do mal”, apesar de ser incerta a afirmação de inexistência de qualquer mal. Ao discorrer sobre o assunto, diz Derrida:

Quando Bush e seus companheiros culpam o ‘eixo do mal’, deveríamos ao mesmo tempo sorrir e denunciar as conotações religiosas, os estratagemas infantis, as mistificações obscurantistas dessa retórica inflada. E, no entanto, existe de fato, e de todo canto, um ‘mal’ cuja ameaça, cuja sombra, está se espalhando. Mal absoluto, ameaça absoluta, porque o que está em jogo é nada menos do que a *mondialisation*, ou o movimento universal do mundo, da vida na Terra e em outras partes, sem sobras.²⁰⁹

²⁰⁷ Ibid., p.95.

²⁰⁸ BORRADORI, Giovanna. *Filosofia em tempo de terror – Diálogos com Habermas e Derrida*, p. 98.

²⁰⁹ Ibid., p. 108.

Apesar de haver essencializações, dicotomias e mistificações no discurso da “guerra ao terror”, é preciso evitar atribuir toda a culpa pelo que veio no porvir do 11 de setembro à política norte-americana, pois há verdadeiramente uma ameaça à ordem mundial, que “não vem mais de um Estado, mas de forças anônimas que são absolutamente imprevisíveis e incalculáveis”²¹⁰. Lidar com esses poderes desterritorializados, mundializados e relativamente desconhecidos é uma tarefa séria, que pode exigir um reajuste na política de segurança nacional e internacional. Reajustes que podem ser inclusive uma autocrítica à atual política, uma vez que os EUA participaram do fortalecimento do Osama Bin Laden.

Entretanto, o custo dessa política reajustada deve ser posto à prova da proporcionalidade, verificando se os meios utilizados são apropriados para atingir os fins colimados e se são os menos gravosos possíveis. Ademais, a política de segurança deve ter como limite a dignidade do ser humano, que se apresenta como obstáculo ético à extensão do poder penal do Estado.

É verdade que o apelo à dignidade do ser humano para justificar limitações às políticas dos Estados não é um empreendimento novo. No entanto, e por mais que o limite da dignidade seja de difícil especificação²¹¹, a utilização desse conceito é válida, se servir de ponto de partida para a compreensão das questões suscitadas neste artigo. Ora, há no *Bill of Rights* da Constituição Norte-Americana e nas Normas Internacionais de Direitos Humanos uma série de direitos de defesa do particular em face do Estado, constituindo os direitos e garantias fundamentais de primeira dimensão, abrangendo, dentre outros, a liberdade, a propriedade e os mecanismos jurídicos que lhes asseguram.

O jurista Ingo Wolfgang Sarlet assim delimita a dignidade do ser humano:

(...) tem-se por dignidade da pessoa humana *a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a tela da vida.*²¹²

Esse conceito tem a virtude de deixar em trânsito os limites da dignidade, provendo-a com um núcleo multifacetado e integrado por diversos direitos e deveres fundamentais, que em grande parte são positivados nas Constituições dos Estados, o que confere certa

²¹⁰ Loc. Cit.

²¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. "Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do STF". In: SARLET; Ingo Wolfgang; SARMENTO (Orgs.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro : Lumen Iuris, 2011, p. 39.

²¹² Ibid., p. 51.

objetividade em consonância com uma necessária abertura conceitual, capaz de abranger o pluralismo cultural, a existência das diferenças²¹³ e a própria experimentação do ser humano diante de sua condição existencial, que abrange os tratos do corpo, os ensaios com a consciência e as invenções de novas possibilidades de fruir a vida. Um conceito de dignidade precisa ser digno, ou seja, deve se esforçar ao máximo para existir-para-o-outro, dando margem a múltiplas interpretações e contendo uma insegurança para a abertura, uma fluidez em seu cerne, apta a preencher o passado, o presente e o futuro das diferenças da humanidade.

Portanto, tem-se na dignidade do ser humano uma delimitação aberta dos direitos fundamentais, a qual contém conceitos jurídicos indeterminados, a previsão da necessidade de haver condições mínimas de vida sustentável, capazes de por si só deixar o outro viver, ser e experimentar, além de propiciar a participação política de todos, promovendo encontros. É um conceito que não se fecha no mesmo, mas se abre para o outro, por isso o adotei como ponto de partida.

Uma política de segurança pública interna em face do terror pode realizar reajustes, a fim de ser capaz de lidar com as “táticas terroristas”, contanto que eles sejam adequados para atingir os fins colimados, utilizem os meios menos gravosos possíveis e tenham como obstáculo ético a dignidade do ser humano, que, evidentemente, fragiliza a ação estatal em relação ao “terrorismo”, porém mantém intacto o núcleo das liberdades públicas. Essa limitação da ação estatal em relação à ilimitação da ação terrorista é *conditio sine qua non* para mitigar a lógica repressiva em situações deste naipe, isto é, violentas, emotivas e excepcionais. Uma atitude puramente violenta contra o terror pode apenas perpetuar e reproduzir a sua lógica, ao invés de problematizá-la e questioná-la. Nas palavras de Derrida: “(...) sabemos agora que a repressão, tanto no seu sentido psicanalítico quanto no político – seja através da polícia, dos militares ou da economia -, acaba produzindo, reproduzindo e regenerando justamente a coisa que pretende desarmar”²¹⁴.

Assim, uma reação puramente aguerrida e bélica contra o terror, sem considerar os avanços em matéria de direitos fundamentais, apenas leva a um estado de suspensão da civilização em alguns territórios demarcados ou para algumas pessoas determinadas, instaurando uma ideologia de guerra incapaz de estabelecer um estado de paz. Essa ideologia de guerra se confunde com o próprio sistema penal, que passa a ser mais um instrumento para a identificação e anulação do inimigo. O seu estatuto de garantia da liberdade é despedaçado.

²¹³ Para mais informações sobre esse assunto, recomenda-se a leitura de HONNETH, Axel. *Luta pelo reconhecimento – A gramática moral dos conflitos sociais*. Rio de Janeiro : Editora 34, 2003.

²¹⁴ BORRADORI, Giovanna. *Filosofia em tempo de terror – Diálogos com Habermas e Derrida*, p. 109.

Essa medida é questionável, se entendermos que uma política de segurança deve ter como fim a efetivação dos direitos fundamentais, a partir do resgate ou da manutenção de um estado de paz com vozes, e não a estruturação pura e simples do seu manifesto na restrição das liberdades públicas.

Enfim, uma política de segurança contra o terror implica na adoção de medidas não terroristas e não apenas contraterroristas, ou seja, na expurgação do que ele representa no que tange à violência. Isso só pode ocorrer com estratégias político-criminais que respeitem as liberdades públicas, mantendo viva a democracia. O Direito em tempo de terror deve continuar sendo Direito, resistindo à sua transformação em Terror de Estado. A soma desses terrores só levará à perpetuação da “lógica terrorista”. Por mais que em determinados casos seja plausível a necessidade de reajustes na política criminal, para lidar com novas ameaças, há que se implementá-las sempre com o desejo de democracia e abalizado, tanto quanto possível, em uma política da amizade.

6.4 A desconstrução da repressão ao terrorismo

Em regra, atos tidos como terroristas possuem demandas, que não podem ser reprimidas pura e simplesmente por uma política contraterrorista estatal. Tal atitude apenas reproduzirá o terror, produzindo dor e opressão no mundo. O terror é próprio do medo, do espanto, está intrinsecamente ligado ao que atemoriza. Assim, uma guerra contra o “terrorismo” concretiza o mesmo terror que combate. Reproduz-se uma lógica puramente repressiva, que suprime as demandas. Portanto, é preciso que se faça uma divisão entre os atos violentos de terror e as suas demandas subjacentes.

As demandas subjacentes aos atos de terror não podem ser reprimidas e rechaçadas sem o mínimo de análise, como se integrassem o ato violento. A problematização das motivações dos atos terroristas é um passo importante para a dimensão da reação. Isso não significa dizer que as demandas serão aceitas, mas sim que serão consideradas, pois é um pleito crucial do outro, que pode até mesmo se suicidar para atingi-lo. A demanda pode ser absurda ou desproporcional, mas existe e é preciso encontrar meios de lidar com ela, sem que seja sempre necessário o uso da força. Explica Derrida: “Podemos condenar

incondicionalmente certos atos de terrorismo (sejam eles de Estado ou não), sem ter de ignorar a situação que poderia provoca-los ou até mesmo legitimá-los”²¹⁵.

No conflito interno, deve-se evitar a tentação de transformar o Direito Criminal em uma política interna de guerra, inserindo uma lógica criminal apartada dos direitos fundamentais. As estratégias de defesa devem se autolimitar, para que o *conatus* do terror não se perpetue, em um círculo vicioso que envolve o Estado e os denominados “terroristas”. Essa autolimitação consiste em lutar pela carta de direitos, na mesma medida em que se rechaça a violência.

A luta contra a violência jamais envolve a simples repressão. Se esta existe, e em alguns momentos se torna irremediável, jamais se basta. Qualquer repressão deve vir em conjunto com a afirmação dos direitos fundamentais. Essa estratégia é a “velha espada de dois gumes”, que simboliza a atuação do sistema criminal. Ao efetivar uma ideia imperfeita, humana, de justiça, relativiza-se a liberdade, a integridade e a vida, pondo-as em xeque. O Direito Criminal incide na liberdade, porém não pode desistir das garantias que consistem em parte crucial das regras do jogo do sistema, sob pena de se tornar mero instrumento de terror do Estado. Mais uma vez, o terror não é privilégio dos “terroristas”, ele pode ser criado, gerido e efetivado pelo próprio Estado. Na assinatura de Derrida:

Sem dúvida pode-se dizer que nem toda experiência de terror é necessariamente o efeito de algum terrorismo. Com certeza, mas a história política da palavra ‘terrorismo’ deriva em grande parte de uma referência ao reinado do Terror durante a Revolução Francesa, um terror conduzido em nome do estado e que de fato pressupunha um monopólio legal da violência. (...) Todo terrorista no mundo alega que está reagindo em legítima defesa a um terrorismo anterior da parte do estado, um terrorismo que simplesmente assumiu outros nomes e se acobertou com todo tipo de justificações mais ou menos críveis.²¹⁶

São dois pontos que devem ser realçados acerca dessa questão: a) o direito deve se voltar contra o terror, e não contra o “terrorismo”; b) o conceito de “terrorismo” não pode abarcar e, por consequência, criminalizar qualquer direito de resistência contra a ordem estabelecida. Portanto, o direito e sua promessa de justiça, que nele não se encerra ou se exclui, veda o terror, qualquer que seja, pois solapa as dignidades, a possibilidade do outro vir-a-ser. A violência do terror, sempre “em nome de algo”, precisa encontrar na justiça um obstáculo ao seu processo, todavia esse terror não é tão somente objeto de combate do Estado, podendo existir em seu cerne, na sua política. Além disso, o conceito de “terrorismo” não pode ser manipulado pelo Estado ou por organizações internacionais para legitimar a ordem e suprimir a resistência. Não se pode chamar de “terrorismo” “qualquer resistência política

²¹⁵ BORRADORI, Giovanna. *Filosofia em tempo de terror – Diálogos com Habermas e Derrida*, p. 116.

²¹⁶ BORRADORI, Giovanna. *Filosofia em tempo de terror – Diálogos com Habermas e Derrida*, p. 112.

organizada aos poderes estabelecidos (...), de modo que uma coalização armada pudesse então ser convocada para combater o chamado ‘terrorismo’”²¹⁷.

No âmbito do direito interno, o sistema criminal não pode se entregar ao terror ou ele mesmo se tornará um. A defesa dos seus princípios é o limite dos seus reajustes²¹⁸. As estratégias contra o terror devem respeitar o tempo do processo legislativo, mesmo que em caráter emergencial, sendo defesas as estratégias de cunho puramente administrativo, sem respaldo no princípio da legalidade. A persecução criminal deve rechaçar a criação de inimigos estereotipados, utilizando-se da tecnologia para criar estratégias de controle despersonalizadas, que não criem um ambiente discriminatório e hostil para as minorias políticas. A proporcionalidade deve moderar as medidas tomadas, servindo como balança da política criminal. Sem esquecer que a ideia de dignidade destrutura a balança da proporcionalidade, vedando qualquer cálculo que ponha em risco a existência sustentável do outro. Em relação a essa última palavra, Derrida realiza uma interessante abordagem:

Os chamados ‘terroristas’ não são nesse contexto ‘outros’; outros absolutos que nós, ‘ocidentais’, não conseguimos mais entender. Não devemos esquecer que eles foram freqüentemente recrutados, treinados e até armados; e, por um longo tempo, de várias maneiras ocidentais, isso foi feito por um mundo ocidental que, em si, no curso de sua história antiga, bem como da mais recente, inventou a palavra, as técnicas e a ‘política’ do ‘terrorismo’.²¹⁹

Os “terroristas”, portanto, utilizam-se dos recrutamentos, das técnicas e das tecnologias ocidentais para fazerem valer as suas demandas, além de acusar os próprios sistemas ocidentais de os terem levado a tais medidas. Para Derrida, é possível entender a sua batalha e as suas técnicas, que são movidas em razão da própria condução da política ocidental. O Direito Criminal, enquanto instrumento contrário ao terror, não pode se utilizar das mesmas técnicas terroristas, devendo respeitar a lei que o cria e os valores constitucionais emanados dela. Sendo fruto da política, deve lutar por uma promessa de justiça que envolve a sua autocontenção e a sua incidência; a sua incidência enquanto autocontenção e a sua autocontenção enquanto incidência.

6.5 Em linhas gerais...

Os direitos fundamentais, verticalmente e horizontalmente considerados, consubstanciam a “reserva de justiça” da Constituição, como leciona Canotilho. Assim, e

²¹⁷ Ibid., p. 115.

²¹⁸ PEREIRA, Igor. *Princípios Penais*. Salvador: Juspodivm, 2012.

²¹⁹ BORRADORI, Giovanna. *Filosofia em tempo de terror – Diálogos com Habermas e Derrida*, p. 115.

considerando o limite da ambivalência da pena em relação aos valores fundamentais, faz-se crucial uma leitura cuidadosa e temperada do Direito Criminal Positivo, para que ele não seja mero mecanismo de opressão e se apresente como um instrumento excepcional para a manutenção emergencial da estrutura dos valores da vida.

A “guerra contra o terrorismo” pode ser apresentada como motivo para a desconexão do Direito Criminal dos seus valores constitucionais. O temor diante do “terrorismo” e a tentação por soluções rápidas podem acarretar na supressão dos princípios penais e dos seus valores constitucionais subjacentes, em prol de uma estratégia mais célere e rígida de contenção de ameaças.

Mesmo diante do “terrorismo”, defendo a permanência dos direitos e garantias de primeira dimensão, traduzidos nos princípios penais e processuais penais. As ameaças podem levar a reajustes da política criminal, uma vez que novos e velhos ataques podem exigir estratégias de defesa inventivas e, excepcionalmente, mais rígidas.

É preciso lidar com o terror. O sistema criminal tem um papel a cumprir nessa matéria, porém ele não representa a única instância de defesa. É possível, é preciso, que haja defesa sem a supressão dos direitos fundamentais, pois a promessa da civilização acerca da existência de algum futuro deve subsistir. Ela não aparece com a rigidez da defesa, mas com a amplitude da liberdade. Antes de tudo, a liberdade é necessária para lidar com o terror. É ela que nos diferencia do temor, deixando-nos alegres.

7 A PROPÓSITO E DIANTE DA IDEOLOGIA

Neste ponto é importante que se faça um aparte, para que o leitor possa compreender com mais clareza os argumentos e as propostas até aqui desenvolvidas. Quando proponho que o juiz se abra para a política e assuma as suas interpretações jurídico-políticas, não quero dizer que ele deve se posicionar em defesa de uma ideologia. É evidente que tal assertiva merece uma exposição cuidadosa, para que possamos ter uma ideia de qual seria a postura adequada de um juiz “diante da ideologia”²²⁰.

Segundo Leslie Stevenson, a ideologia é um sistema de crenças sobre a natureza humana, sendo a base do modo de vida de um grupo de pessoas²²¹. É normal que os seres humanos possuam crenças acerca da humanidade e que as utilizem como norte para as suas decisões na vida. De modo algum entendo as ideologias como algo negativo ou ilusório. Trata-se de sistemas de crenças e o que temos que fazer é pensar como o juiz deve lidar com eles. Não é razoável que ele os combata, pois isso iria de encontro ao modo de vida das pessoas e da pluralidade de crenças estabelecida na Constituição. Como ser humano, o juiz também possui o seu sistema de crenças, o qual pode ou não ser uma ideologia total, que é aquela que alega ser a portadora da verdade essencial sobre a totalidade da vida humana, tendo como exemplos o cristianismo e o marxismo:

Temos aqui dois sistemas de crença de alcance total. Tradicionalmente, cristãos e marxistas alegam ser portadores da verdade essencial sobre a totalidade da vida humana; fazem alguma declaração sobre a natureza de todos os seres humanos, em todas as épocas e em todos os lugares. E essas visões de mundo pedem não apenas assentimento intelectual como ação prática; quem de fato acredita em alguma dessas teorias deve aceitar suas implicações no que se refere ao próprio modo de viver e agir de acordo com isso.²²²

Há uma relevante complicação inicial, quando se pensa na judicatura de alguém que crê ser portador de uma determinada verdade e, a partir daí, acha-se autorizado a efetivá-la. Essa efetivação é uma violência, pois haverá a imposição de um sistema de crenças sobre os outros. Essa atitude vai de encontro à laicidade do Estado. Adota-se em um Estado Laico uma convivência, mesmo que tensa, entre as ideologias e, para que o Estado-Juiz possa resguardar esse ambiente, ele mesmo não pode atuar em defesa contínua de uma delas. Se o juiz adotar essa postura, ele parará de julgar, uma vez que as decisões já estarão pré-formadas e

²²⁰ A problemática das ideologias, da natureza humana e do Direito Criminal é ampla e complexa. Uma análise sobre as diversas teorias sobre o assunto exigiria uma tese própria. Trata-se de caminho ainda pouco explorado, quando relacionado às funções do Direito Criminal. O desenvolvimento de uma tese especificamente sobre este tema seria de grande valia para o esclarecimento de diversas confusões presentes nas doutrinas criminais. Assim, limito-me a discorrer sobre o posicionamento adequado do juiz diante das ideologias, optando por um dos conceitos que a “definem”, sendo essa parte apenas uma etapa para atingir as questões norteadoras desta dissertação.

²²¹ STEVENSON, Leslie; HABERMAN, David L. *Dez teorias da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 13-14.

²²² *Ibid.*, p. 11-12.

predeterminadas pela ideologia. Isso não significa que elas não devam influenciar os juízes, mas sim que eles devem estar conscientes acerca dos seus próprios sistemas de crenças e devem prezar por uma decisão judicial, que não seja simplesmente uma defesa dos seus próprios ideais e um fechamento para as outras crenças sociais.

Esse raciocínio é mais bem aceito entre os intelectuais brasileiros, quando pensamos na hipótese de um juiz julgar fundado em um sistema religioso. Uma decisão para ser laica não pode estar embasada em argumentos puramente religiosos. Ocorre que o raciocínio deve ser o mesmo, quando estivermos diante de ideologias políticas, por serem também um sistema de crenças. Se um juiz não pode julgar com base exclusivamente em uma determinada crença, evidentemente que ele também não poderá julgar com base em outra, uma vez que a vedação é direcionada à impossibilidade de um julgamento baseado em uma fé, havendo a necessidade de uma decisão com argumentos racionais. Os argumentos advindos de ideologias precisam ser postos à prova, para que possam ser aceitos na fundamentação de uma decisão criminal, sob pena de trilharmos caminhos supersticiosos. Caso haja um ambiente público com a permissão da produção de uma ideologia política e a proibição de uma religiosa, independentemente de qualquer fundamentação racional, não existirá um estado laico, e sim um que impõe uma crença sobre a outra. Tal atitude é suspeita e requer cuidadosa atenção do julgador, cuja difícil tarefa de produzir argumentos racionais exige o transbordamento do sistema de crenças em que está inserido. Para isso ocorrer, ele precisa ouvir o outro, estando em contínuo contato com a racionalidade alheia. Esse é um dos passos cruciais para a produção de uma decisão democrática.

Nesse sentido, identifico uma preocupação de Derrida com o perigo que envolve a apropriação da justiça em decorrência do seu abandono. Diz o filósofo: “Abandonada a si mesma, a ideia 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”²²³. O fato de a justiça ser incalculável dá margem a abusos. Ela pode ser apropriada, como estratégia para a consecução de fins nebulosos ou sombrios. O apelo aos valores remetidos por ela pode fazê-la refém de discursos que tentarão impô-la, por acreditarem em sua presença. Discursos nebulosos que sempre em nome de algo protelarão a justiça, direcionando-a para o futuro. Muito sangue já foi derramado em nome de Deus, da liberdade e da igualdade. Há que se

²²³ DERRIDA, Jaques. *Força de Lei – o “fundamento místico da autoridade”*, p. 55. No texto original: DERRIDA, Jacques. Force de Loi: le “fondement mystique de l’autorité”. *Cardozo Law Review - Deconstruction and the Possibility of Justice*, p. 970: “Abandonnée à elle seule, l’idée incalculable et donatrice de la justice est toujours au plus près du mal, voire du pire car elle peut toujours être réappropriée par le calcul le plus pervers.”

questionar o “em nome de” deste escorpião escarlate, que coloca a justiça em espera, adormecida, envenenada, retirando-lhe a urgência e a espontaneidade. De acordo com Derrida: “Ora, a justiça, por mais inapresentável que permaneça, não espera. Ela é aquilo que não deve esperar. (...) uma decisão justa é sempre requerida *imediatamente*, de pronto, o mais rápido possível”²²⁴. Na obra original escrita em francês, Derrida fala na língua do outro ao mencionar a emergência dessa rapidez, passando do francês para o inglês. Esse *right away* é tão importante, que desloca o idioma, desestabiliza a própria língua, para que ela seja a mais expressiva possível para o outro. A concretização de uma justiça inapropriável e inapresentável é a chance do progresso.

7.1 A decisão criminal e a aplicação da pena frente aos ditames ideológicos

No âmbito criminal, as cobranças devem se direcionar tanto às ideologias ditas de ordem quanto às ditas libertárias. O juiz precisa fazer valer a demanda por laicidade e razoabilidade, expondo as contradições internas das ideologias envolvidas no caso. Deve, portanto, questionar o interior dos discursos tradicionais, tanto de esquerda quanto de direita. Precisa às vezes desconfiar do que está expresso, inserindo a negatividade da dúvida em sua tarefa, dispensando a dialética. Para que o juiz possa sempre decidir de novo e, assim, obter uma nova decisão, ele precisa empurrar a análise sempre para frente, diferindo a síntese²²⁵. A formulação de perguntas infinitas é importante antes que ele enfrente o sofrimento e a obrigação de decidir.

Assim, quais são os argumentos racionais em prol do abolicionismo penal? O que está por trás dele? Em quantas vertentes ele se divide? Ele representa um rompimento com o próprio direito? Está relacionado à mudança de um sistema econômico e à adoção de uma política socialista? O seu sentido é escatológico? É uma metanarrativa? Requer o fim do Estado? É uma soteriologia? Pode ser universalizável? Pode ser localizado? Pressupõe a mudança da natureza humana, conforme historicamente apresentada? Quanta ingerência do

²²⁴ DERRIDA, Jaques. *Força de Lei – o “fundamento místico da autoridade”*, p. 51. Grifos do autor. No texto original: DERRIDA, Jacques. Force de Loi: le “fondement mystique de l’autorité”. *Cardozo Law Review - Deconstruction and the Possibility of Justice*, p. 970: “Or la justice, si imprésentable qu’elle soit, n’attend pas. C’est ce qui ne droit pas attendre. Pour être direct, simple et bref, disowns ceci: une decision juste est toujours requise immédiatement, ‘right away.’”.

²²⁵ PERRONE-MOISÉS, Leila. “Pós-estruturalismo e desconstrução nas Américas”. In: PERRONE-MOISÉS, Leila (Org.). *Do positivismo à desconstrução: idéias francesas na América*, p.222.

Estado é necessária para a sua consecução? É uma utopia? Legítima uma política criminal improvável? É historicista? Pode autorizar meios violentos?

Por outro lado, os discursos de regulação e de ordem são empiricamente comprováveis? Eles fomentam a violência policial? Como conter os abusos? É razoável o dispêndio de recursos, quando relacionado aos resultados obtidos? Vão de encontro às diretrizes constitucionais de segurança pública? Atentam contra as liberdades públicas? Impõem um determinado tipo de moral? Ensejam a criminalização do cotidiano? Decorrem de políticas autoritárias? Podem coexistir com a democracia?

Acima estão apenas alguns exemplos de questionamentos, que devem ser enfrentados pelo juiz diante das ideologias, no esforço de ampliar as perspectivas, colocando-as no âmbito do indecível, para depois decidir da forma mais responsável possível. Essa “etapa” é importante, pois os discursos ideológicos podem se dirigir ao outro com o espírito de guerra, utilizando-se de diversas estratégias para conseguir “vencer” e impor o que se entende como verdade. Analisando as suas estruturas e salientando as suas contradições, o juiz poderá decidir com menos subserviência, ingenuidade e misticismo.

Conforme a explicação de Stevenson²²⁶, as ideologias em geral apresentam os seguintes elementos comuns: a) uma teoria de fundo sobre o mundo; b) uma teoria básica sobre a natureza dos seres humanos; c) um diagnóstico sobre o que há de errado conosco; d) uma prescrição para corrigir esse estado de coisas. Para que se respeite o indecível na decisão, o juiz deve em primeiro lugar conhecer os elementos gerais de cada ideologia, compreendendo os conteúdos pelos quais a condição humana até o presente momento foi explicada. Assim, não se quedará confuso diante das propostas de política criminal nelas amparadas. Conhecendo quais são as teorias envolvidas nas entrelinhas da acusação e da defesa, o juiz terá como suspender e ponderar os argumentos, realçando as suas contradições internas, com o fim de chegar à decisão mais responsável possível. Em uma sociedade plural, com diversos grupos ideológicos, a decisão só poderá ser tida como democrática, se o julgador estiver consciente das teorias da condição humana aceitas socialmente, para assim colocá-las disponíveis como possíveis trunfos de cada julgamento.

Ora, o modo como se entende a condição do ser humano é crucial para a legitimação ou não dos fins da pena. Por exemplo, ao conhecer a importância da expiação no cristianismo é possível verificar um dos porquês de alguns defenderem que o criminoso “tem que pagar pelo que fez”, bem como é possível compreender o motivo dos marxistas deslegitimarem a

²²⁶ STEVENSON, Leslie; HABERMAN, David L. *Dez teorias da natureza humana*, p. 14.

pena, a partir da ideia da luta de classes e da conseqüente utilização da sanção pelo Estado para impedir o levante do proletariado. Ao se pôr às margens do direito, o juiz criminal tem a possibilidade de compreender os discursos com mais acuidade. O magistrado que se perde no direito é facilmente cooptado ou intimado pelas ideologias, julgando de acordo com teses jurídicas que podem ser meras roupagens de uma teoria metajurídica que ele não conhece.

Quando isso ocorre a decisão não é responsável, seja porque não houve propriamente julgamento – o juiz é que foi julgado ou julgaram por ele -, seja porque tal atitude deixará a sociedade à deriva da superstição, pois os argumentos ideológicos podem subsistir mesmo diante de inúmeras objeções intelectuais, sendo tão somente “sucessos sociais”, sempre que os crentes tiverem responsabilidades apenas com a sua fé e se esforçarem para mantê-la, mesmo diante de objeções há muito conhecidas. Se o juiz não conhece nem as teorias nem as objeções, passa a ser tão somente um fantoche de ouro na ventriloquia dos fiéis. O juiz, digno do nome, identifica a ventriloquia, expõe os jogos à sociedade e busca meios para que ela influencie as suas decisões. Elucida Stevenson:

Há duas maneiras típicas por meio das quais é possível manter uma crença apesar de dificuldades intelectuais. Se uma teoria é defendida através destes artifícios: 1. não permitir que nenhuma evidência possa se opor à teoria, isto é, sempre encontrar alguma maneira de descartar contra-evidências aceitas; ou 2. Responder às críticas mediante a análise das motivações do crítico em termos da própria teoria criticada, dizemos que a teoria está sendo mantida como um “sistema fechado”. (...) Por que deveriam as pessoas querer manter uma crença apesar de dificuldades conceptuais e de contra-evidências? A inércia e a recusa a admitir que se está errado tem de desempenhar aqui um importante papel. Quando se foi educado em uma dada crença e no modo de vida que lhe é associado, ou quando houve uma conversão a essa crença e o seguimento de seus preceitos, é preciso coragem para questionar ou abandonar o compromisso de toda uma vida. Quando uma crença é uma ideologia, usada para justificar o modo de vida de um grupo social, é difícil aos membros dessa comunidade examiná-la objetivamente. Há fortes pressões sociais para que se continue a reconhecer essa crença, e é muito natural que os fiéis a mantenham na forma de um sistema fechado. As pessoas vão apresentar a tendência de sentir que sua crença, ainda que sujeita a algumas dificuldades teóricas, contém alguma iluminação vital, alguma concepção de verdades essenciais dotadas de importância prática. Questioná-la pode ser ameaçar aquilo que dá sentido, propósito e esperança à vida de cada um, bem como pôr em risco a própria posição social.²²⁷

O cuidado do juiz em levantar as críticas de uma ideologia penal salvaguarda o valor da laicidade, afastando as superstições que podem acarretar resultados catastróficos. Conhecer as ideologias e as críticas, permitir as suas vindas, salientar as suas contradições internas e evitar o julgamento tão somente com conhecimento daquela que escolheu para si são estratégias capazes de suspender a decisão, mantendo-a no indecível, acelerando assim a desconstrução. A mirada desconfiada diante das ideologias penais permite a desestabilização dos discursos de autoridade, jogando-os desnudos para os embates contemporâneos. Desse

²²⁷ STEVENSON, Leslie; HABERMAN, David L. *Dez teorias da natureza humana*, p. 20-21.

modo, os ideólogos precisarão se esforçar para renovar as argumentações se quiserem sobreviver, pois o esconderijo da superstição não lhes será mais aprazível. Os embates atuais limitados aos protecionismos, garantismos – integrais ou não -, minimalismos, abolicionismos e tantos outros “ismos” limitam os pensamentos acadêmicos a estereótipos políticos. Se o julgador apenas entender os problemas criminais a partir dessas perspectivas, deixará para trás outras possibilidades de mudanças, trabalhando na ordem do previsível. Sem essas contestações existirão poucos movimentos e muitos partidos, regados de figuras de autoridade. Não custa nada relembrar que uma das principais táticas do discurso autoritário é desqualificar a crítica com ataques pessoais, voltando-se para o agente e suas motivações. Nesse momento, as considerações de Stevenson são bem-vindas:

A segunda característica dos sistemas fechados – a técnica de receber toda crítica atacando as razões do crítico - é assim racionalmente insatisfatória. Porque, se o que está sendo discutido é se a teoria é verdadeira ou se há bons motivos para crer nela, as objeções que qualquer pessoa elabore contra ela devem ser respondidas em termos de seus próprios méritos, pouco importando suas possíveis motivações. A motivação de determinada pessoa pode ser peculiar ou passível de objeções, mas o que a pessoa diz pode ainda assim ser verdadeiro e justificável por boas razões. (Não se refuta a crítica por não se gostar do crítico. Os críticos mais incômodos são aqueles que – ao menos em parte – *têm razão!*) E, se a motivação é considerada, examiná-la em termos de teoria sob discussão é supor a verdade dessa teoria e, portanto, incorrer em petição de princípio. Uma objeção a determinada teoria não pode ser derrubada racionalmente por meio da simples reafirmação de parte da teoria.²²⁸

Diante da ideologia, o julgador sensato não se comove tão facilmente com os gritos por justiça bem ricos, servidos, alimentados e, hodiernamente, fetichizados pela sociedade de consumo. Assim, há que se problematizar o próprio grito de justiça. Eles nem sempre são bem-intencionados ou levam a políticas democráticas. Enquanto som penetrante, esse brado deve sempre ser respeitado e ouvido. É um alerta, mesmo que sem conteúdo. Uma lembrança necessária. No entanto, o seu poder persuasivo pode ser apropriado para fins suspeitos. Pode iniciar guerras, justificar exclusões, impedir expressões e ditar políticas autoritárias. O “mestre da suspeita” há tempos já alerta para os perigos dos revolucionários que lutam pelos filhos e pelos netos, bradando palavras nobres. Diz Nietzsche, no aforisma 454 do “Humano, Demasiado Humano”:

Podemos dividir os que pretendem uma subversão da sociedade entre aqueles que o desejam alcançar algo para si e aqueles que o desejam para seus filhos e netos. Esses últimos são os mais perigosos, porque têm a fé e a boa consciência do desinteresse. Os demais podem ser contentados com um osso: a sociedade dominante é rica e inteligente o bastante para isso. O perigo começa quando os objetivos se tornam impessoais; os revolucionários movidos por interesse impessoal podem considerar

²²⁸ Ibid., p. 23-24. Grifos do autor.

todos os defensores da ordem vigente como pessoalmente interessados, sentindo-se então superiores a eles.²²⁹

Ironicamente, utilizo-me de Nietzsche para realçar os perigos antidemocráticos de uma presença revolucionária tão cheia de si, que pode acabar achando que o que pensa e faz é superior e, por essa razão, autorizar-se a eliminar os supostamente interessados, enveredando-se por caminhos ilimitados. A minha ~~denúncia~~ à presença não significa que estou contra Marx ou que esteja a favor dele, e nem que não seja isto nem aquilo. O que há é um espectro assombrando com uma mensagem e a necessidade de ~~firmar~~ paz com ela²³⁰. A chance da democracia *tout dire* é a possibilidade da existência de ambientes em que as opiniões possam ser proferidas, sem receios de retaliações pelo simples dizer. Essa condição talvez faça parte daquela mensagem, que não é propriedade de ninguém, um acerto de Marx que os marxistas ainda não entenderam. Se os triunfalismos e os fins da história são questionados e diferidos, temos a desconstrução como indesejável, que cobra justiça de quem desiste dela, mas também de quem grita por ela.

Basicamente, o juiz, diante das ideologias, deve evitar que elas se tornem “totalitárias”, de modo a impedir a hegemonia de um sistema de crenças, permitindo a criação ou sobrevivência de um ambiente de livre expressão. Uma política de abertura é imprescindível para ter noções das medidas e das desmedidas do crime. Ao questionar o monopólio da voz, dele inclusive, o juiz, digno do nome, exerce a sua função tendo em conta a instabilidade da linguagem, que, caso desconsiderada, resultará em decisões de autoridade amparadas em discursos de significados escorregadios e em textos propositalmente tendenciosos. A ~~saída~~ é problematizar o juízo, criando um espaço de densidade democrática capaz de diferir para deferir a decisão.

7.2 Políticas totalitárias e a decisão criminal. A fragilidade do conhecimento como escusa ao equívoco.

Ademais, a criminalidade, como fenômeno de grande escala, é um problema que nos escapa, de significado sempre diferido. Como exemplo, basta pensar na possibilidade de identificação das causas da criminalidade. O real é polissêmico e instável, sendo as relações de causas e efeitos extremamente complexas. Nesse sentido, alguns teóricos da criminologia

²²⁹ NIETZSCHE, Friedrich. *Humano demasiado humano*: um livro para espíritos livres, p. 245.

²³⁰ SIM, Stuart. *Derrida e o fim da história*, p. 36-40.

pós-moderna defendem a indeterminabilidade da decisão de cometer o delito²³¹. Evitar a tentação “totalitária” nesse terreno movediço é manter a discussão em planos racionais e respeitar a democracia, permitindo o aporte de outras interpretações e as inspirações da *différance*. Diz Stuart Sim:

É a natureza da desconstrução não apenas ver o contexto mais amplo (esses traços, ou espectros, se estendem em direção ao passado em uma regressão infinita), mas também a fluidez, a flexibilidade, a natureza incontrolável desse contexto. Ninguém pode, pelo menos com sucesso, policiar significado ou história; e ninguém pode oferecer interpretações completas deles. A desconstrução nos alerta contra a presunção humana nesse particular. O alerta é de que a totalidade de *qualquer* fenômeno em grande escala, como significado e história, vai sempre nos escapar. Dizer o contrário é ser, no sentido literal, “totalitário”, e Derrida não tem qualquer problema, em outro ponto de seu trabalho, de jogar com as nuances políticas autoritárias que esse termo inevitavelmente carrega, especialmente depois de figuras do século XX tão notórias quanto Stalin ou Mao.²³²

O adiamento da síntese no âmbito criminal pode suscitar a crítica de conservadorismo da desconstrução. Ora, se o sistema criminal produz injustiças e atua de modo desigual, por que não aderir integralmente às conclusões daqueles que criticam o sistema? Ao se questionar determinadas críticas ao Direito Penal, não se estaria lutando contra o aperfeiçoamento das coisas, defendendo o *status quo*?

Primeiro, prezar pela abertura significa justamente acreditar no aperfeiçoamento das coisas. Uma das formas disso ocorrer é a partir da negação de políticas totalitárias, de completude, pretenciosas, que apostam em empreendimentos místicos. Colocar-se em uma posição de desconfiança acerca da pretensão de plena compreensão da história e da previsão do seu fim, ao desaguar em um sistema econômico perfeito, é um ceticismo que nos obriga a pensar o presente e a agir nele a partir das condições existentes. Ademais, fechar-se nas próprias concepções ideológicas, com medo das ideias alheias ou para manter um domínio intelectual, é uma postura que indica menoridade intelectual ou maquiavelismo político.

Segundo, a oposição conservação/progressão é perfeitamente desconstruível. Não é possível progredir sem ter como referência uma tradição, que integra a potencialidade do progresso. Existem interações entre conservação e progressão, sendo necessários conflitos e cooperações entre ambas as forças, para que haja aperfeiçoamentos. A própria consulta à história já é um olhar sobre a tradição, que nos guia. Há sempre uma herança que inspira o movimento e é a partir dela e por ela que se faz o progresso. Ninguém progride apenas avançando, sendo prudente a conservação dos jardins.

²³¹ SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Introdução à criminologia*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 305.

²³² SIM, Stuart. *Derrida e o fim da história*, p. 44-45.

Terceiro, permitir que opiniões políticas supostamente conservadoras sejam proferidas no âmbito público não significa adesão a elas. É próprio da democracia o debate público de ideias. Aquelas que se mostrarem totalitárias serão mais facilmente desconstruídas se puderem ser proferidas. O perigo está em relegar as pretensões totalitárias a uma propagação secreta, sub-reptícia, por debaixo dos panos. Essa dissimulação permitirá que o totalitário ganhe forças, pois estará livre da arena pública, onde a contestação das estruturas do totalitarismo pode ser feita. A proliferação em segredo é o perigo que existe na proibição da manifestação das ideias totalitárias.

Quarto, a contestação dos terrenos seguros impostos pela crítica marxista contra o Direito Penal é o reconhecimento de que elas não são a resposta final para os problemas aventados, justamente por não haver uma resposta final a problemas dessa envergadura. A crítica marxista tradicional traça uma estratégia histórica para acelerar a superação do capitalismo, que passa pelo fim do Estado. Algumas vertentes do abolicionismo penal são um reflexo da escatologia marxista. Questionar essa política é colocar em xeque a sua violência. Assim, que violências serão empregadas para a derrubada do Estado? Existirão táticas violentas para desestabilizar a governabilidade? Como exemplo, imaginemos grupos de revolucionários, que, com o intuito de derrubar um regime que consideram injusto, realizam emboscadas em veículos militares, assassinando todos os soldados, mesmo após a captura, para que a necessidade de alistar e treinar novos militares desmotive o Estado a adotar determinadas políticas na região. Outro exemplo, opositores do regime que torturam o chefe de inteligência do governo, para obter segredos militares capazes de desestabilizar o Estado. Podemos ainda pensar na figura do ideólogo que deliberadamente altera dados históricos em seu livro, para convencer as pessoas de sua tese, favorecendo assim a “revolução” ou ainda do professor que leciona com o intuito de criar militantes para a “revolução”. Essas hipóteses são exemplos do uso da violência como meio para atingir determinados fins. É importante questionar esses meios violentos, porque eles podem acabar sendo o fim. Se a crítica não puder ser criticada, então quem questionará as violências que ela produz? Basta ser crítico de algum sistema, bradar por justiça ou apontar algo errado no mundo para ter salvo-conduto para fazer o que quiser?

Quinto, pensemos no Direito Criminal. Sendo obra da humanidade, esse sistema possui falhas. Essa estrutura lida com violências, tratando de homicídios, estupro, roubos, estelionatos e, nas horas vagas, com casas de prostituição, xingamentos de vizinhos e uso de drogas. Encontrar falhas em um sistema desse tipo atualmente é uma tarefa fácil, pois ele lida com questões muito sensíveis na sociedade. Possui como uma das suas tarefas anunciadas a

contenção das vinganças privadas e, por ter sanções muito pesadas, é vulnerável às contramedidas ilícitas, uma vez que grandes poderes suscitam grandes barganhas e abusos. Assim, a corrupção, a desigualdade e os levantes por vingança privada são previsíveis. Nessa perspectiva, caso se centralize o discurso crítico tão somente nas falhas do sistema, a estratégia seria eminentemente destruidora. E, realmente, destruir não é uma prática desconstrucionista. A defesa da destruição desse sistema teria sentido se tivéssemos algo a colocar no lugar dele ou alguma possibilidade de substituição factível, tendo em conta os recursos econômicos disponíveis, a psicologia social e as opções democráticas.

7.3 Novos pontos: políticas sociais e o novo agir

Há quem defenda a implementação de políticas sociais no lugar do Direito Criminal. Elas gradualmente iriam substituir a necessidade das medidas penais. Aparentemente esse discurso possui alguma lógica. Se for possível evitar problemas criminais com o investimento em políticas sociais, as medidas nesse sentido são bem-vindas. Entretanto, o argumento de que os problemas criminais sumiriam ou reduziriam ao extremo com as políticas sociais esbarra em realidades econômicas. Como montar um projeto econômico para suprir a necessidade e a satisfação de toda uma sociedade, a ponto de demover os estímulos para o cometimento dos crimes? Como lidar com os crimes que não possuem motivos econômicos, como os passionais? Eles também serão reduzidos ou tolerados em uma sociedade à beira da perfeição, a ponto de ser factível a universalização de uma resposta não aflitiva? Quais são os indícios que essa sociedade pode ser alcançada? Se for possível alcançar essa sociedade, será que só existe um caminho para ela? E quais são os indícios de que o caminho do hiperaparelhamento do Estado levará ao fim do próprio sistema estatal? Essa ausência de aprofundamentos é que leva uma possível abordagem desconstrucionista a questionar a própria crítica. A desconstrução tangencia em demandas por aprofundamentos. Esses questionamentos desconstrucionistas talvez sejam necessários por essas críticas ainda serem rasas, limitadas e por muitas vezes estarem vinculadas a grandes projetos de transformações sociais, que implicam meios violentos, quiçá mortais. O objetivo não é negar as transformações, mas sim questionar as suas táticas, para aumentar as possibilidades dos grandes acontecimentos. Um bom indício para a identificação de posturas sinceras em prol de saudáveis transformações sociais é o *quantum* de questionamentos sinceros que elas recebem de bom-grado. A lógica é simples. Ora, se determinados grupos intelectuais com honestidade

desejam o aperfeiçoamento das coisas, e se são maduros nessa volição, então aceitarão as críticas aos seus próprios argumentos com a mesma sinceridade que bradam por justiça, pois questionamentos responsáveis soam como alertas, para que haja aprofundamentos e se acelere ainda mais a desconstrução. Caso isso não ocorra, há a obrigação de suspeitar, pois os Cavalos de Troias, as Línguas-de-cobra e os Tigres de papel podem estar travestidos de justiça. A justiça se faz no seu acontecer. Uma “demanda” por justiça não praticante ou não praticada é imoral, pois confere uma mística de bondade fundada no sofrimento alheio. A justiça é uma emergência impostergável diante do outro.

Sexto, uma postura desconstrucionista no âmbito penal não pode parar nos questionamentos do Direito Criminal e de algumas críticas, pois desse modo ela seria destrutiva, isto é, seria, na melhor das hipóteses, o que Marx denominou de “crítica das críticas”. É necessário salientar que o criticismo desconstrucionista não inibe a transformação social²³³. Há o dever de continuar suscitando questões e de fomentar o abrandamento das dores e dos perdões, havendo é claro a liberdade de perdoar. O perdão como uma possibilidade lembrada, mas jamais imposta, talvez mereça um espaço maior na dogmática penal. A desconfiança dos justiceiros de direita e de esquerda não pode levar à inércia de todos. É preciso que haja movimentações em prol de justiça individual e social, respeitando o cenário plural e polissêmico do mundo contemporâneo.

A perspectiva desconstrucionista, portanto, não retarda as mudanças sociais, mas sim questiona a necessidade da consolidação política de um caminho único em direção ao progresso, insistindo na abertura de espaços para outras estratégias de aperfeiçoamentos. Essas múltiplas interpretações, quando reconhecidas como heranças inapagáveis, impedem a legitimação de vias únicas legitimadoras de grandes narrativas violentas.

Nesse sentido, o juiz criminal não pode tomar as ideologias como verdades ou mentiras, mas sim como interpretações que compõem as possibilidades de fundamentação das suas decisões, ficando em dívida com as potencialidades relegadas, quando optar violentamente por uma solução jurídica. Assim, ele deve explicações ao vencido. A condenação tem sempre débitos com a absolvição e a absolvição às vezes deve à condenação, quedando-se a liberdade como regra que se custa a mitigar e a privação como exceção abandonável, cuja força necessária torna a vida suportável, em uma ordenação que precisa ser sazonalmente posta à prova da democracia.

²³³ HOY, David Couzens. “Deconstructing Ideology”. *Philosophy and Literature*. Baltimore: The John Hopkins Press, vol. 18, p. 1-17, 1994, p. 5.

Ao adotar essa postura, o juiz criminal dribla a simples adesão a uma ideologia determinada em prolongada reafirmação, mas também evita taxar as crenças alheias de falsas consciências. Trata-se de inserir as ideologias no jogo de probabilidades das suas decisões, tomando-as como fontes de consultas e de argumentações, em conjunto com as bases ditas “científicas” e com os canais de democracia *tout dire*. Esse jogo de forças é importante para que as decisões estejam em ebulição, sendo constantemente repensadas, enriquecidas e atualizadas. As ideologias assumem papéis importantes para o juízo, mas este não fica vencido se aquelas tiverem pretensões de assumir a verdade do direito e da justiça, tencionando o certo e o errado do julgamento. Desse modo, o juiz não adota uma postura ingênua, de negação ou de afirmação das influências ideológicas, prezando pela postura desconstrucionista, que inclusive questiona o próprio conceito de ideologia. David Couzens Hoy faz ponderações razoáveis acerca da desconstrução da ideologia:

Esta alternativa nem admite a inevitabilidade da desconstrução a serviço da ideologia nem alega que a desconstrução é um meio para atingir uma consciência livre de ideologia. Em vez disso, a desconstrução deve resistir a essas conotações da ideia de ideologia, e deve diferenciar o seu método do da ‘crítica da ideologia’. A ideologia é, afinal, uma noção teórica ligada a outras noções, como a diferença entre a consciência verdadeira e a falsa. Eu não quero sugerir que a desconstrução deva abandonar a discussão entre o verdadeiro e o falso. Mas pode abandonar a ideia de que toda uma consciência é verdadeira ou falsa, e ela pode também ir mais além, abandonando a ideia de grupo inteiro ou de consciência de classe.²³⁴

Nesse sentido, ao se deparar com o discurso ideológico, o juiz deve ter o cuidado de realçar os seus pontos positivos, tomando-os como uma perspectiva possível para a compreensão das questões criminais, sem assumir a verdade ou a falsidade de toda a estrutura de crenças. David Couzens Hoy inclusive defende a rejeição do termo ideologia, pelo menos como consciência distorcida, pois ela é uma ficção que impede o reconhecimento de que não há uma maneira única de percepção da “sociedade” globalmente e nem uma utopia de descrição unívoca²³⁵. Ademais, a ideologia fomenta a oposição consciência verdadeira ou falsa, que, no âmbito político, possibilita o desferimento de golpes violentos em quem manifesta ideias estranhas a ela.

As escatologias ou metanarrativas de descrição unívoca são responsáveis por algumas das opressões atuais, além de serem utopias elásticas, facilmente manipuláveis por qualquer

²³⁴ HOY, David Couzens. “Deconstructing Ideology”. *Philosophy and Literature.*, p. 4: “That alternative is neither to admit to the inevitability of deconstruction's serving ideology nor to claim that deconstruction is a means to attaining ideology-free consciousness. Instead, deconstruction must resist these connotations of the idea of ideology, and it must differentiate its method from that of “ideology critique.” Ideology is, after all, a theoretical notion tied to other notions, such as the distinction between true and false consciousness. I do not mean to suggest that deconstruction needs to abandon the distinction between the true and the false. But it can abandon the idea that an entire consciousness is either true or false, and it can also go so far as to abandon the idea of such a thing as an entire group or class consciousness.”

²³⁵ Ibid. p. 7.

um. Relembro que o juiz criminal não deve fundamentar as suas decisões nessas perspectivas, pois ele não pode abandonar a necessidade de racionalização dos seus argumentos, conforme previsto no artigo 93, inciso IX, da CRFB/88, além de ter que observar o princípio da laicidade, como já explicado. No campo criminal, o abolicionismo penal mediato é um dos principais exemplos dessas metanarrativas. Parece-me prudente reafirmar os perigos dessa abordagem. Dessa vez, utilizo-me de três figuras de linguagem - o Cavalo de Troia, a Língua-de-Cobra e o Tigre de Papel -, que constituem a tríplice manifestação do abolicionismo penal mediato.

O Cavalo de Troia foi um “presente” dos gregos aos troianos, para que aqueles conquistassem Troia à surdina, sem ter que derrubar as suas muralhas. No interior do artefato de madeira, estavam os soldados gregos, que tomaram a cidade durante a noite. O termo Cavalo de Troia é utilizado para indicar um presente tentador, mas que trará desagradáveis surpresas a quem o aceitar. Essa é a primeira manifestação do abolicionismo penal mediato. Essas teorias prescrevem um fim belo e harmonioso para os problemas criminais: o desenvolvimento da história e a evolução da sociedade, combinados com uma estratégia de contenção do poder penal, culminarão em um ambiente social de extrema tolerância aos crimes. Nesse futuro, os seres humanos em geral, esclarecidos e misericordiosos, aceitarão resolver qualquer “situação problemática”, por meio do consenso não-retributivo e de uma política de redução de danos. Os índices de “situações problemáticas” serão baixos e as pessoas estarão acostumadas com a paz e com o cultivo espiritual, tendo certo domínio sobre as suas emoções. As respostas aos problemas, por pior que sejam, serão desprovidas de aflição.

Todos nós gostaríamos de viver nessa sociedade: bela, harmoniosa, pacífica e sem desejos retributivos. Uma sociedade desse tipo é um presente. Diante dessa esperança, pergunto: qual o caminho para atingir esse ideal? “Temos que defender uma economia totalmente livre, respeitando o indivíduo!”, dirão os liberais mais românticos. “Não caiam nessa armadilha! Devemos nos revoltar e lutar para derrotar o capitalismo e construir o comunismo!”, dirão determinados marxistas. “Devemos expandir a doutrina cristã, para que todos tenham fé no julgamento divino e desistam dos juízes terrenos!”, dirão alguns cristãos. “Nós temos a verdade! Sigam-nos!”, gritarão todos. “O nosso caminho é o melhor, sendo capaz de decifrar os enigmas que nos levarão à fonte da juventude, à pedra filosofal ou ao abolicionismo penal!”, anunciarão todos. Os portadores do destino do abolicionismo penal apresentam uma bela utopia, que apenas exige em troca a fidelidade do neófito aos seus planos gnósticos.

Nessa aparição, o abolicionismo penal pode ser um Cavalo de Troia, que em sua superfície apresenta as belezas de uma futura civilização ocidental evoluída, contendo em seu interior propostas violentas. Por isso, é importante ter atenção aos meios abolicionistas, e não apenas aos seus fins abstratos. Esses meios não se limitam às propostas mais evidentes, as quais em si nada têm de abolicionistas, como descriminalizar determinadas condutas menos violentas ou exigir mais garantias processuais, sendo estas apenas reajustes do Direito Criminal, que muitas vezes são desejáveis tanto para os defensores quanto para os opositores dos abolicionismos. Essas perspectivas de contenção ou de racionalização não se identificam necessariamente com as de abolição. Somente remotamente, por meio de um exercício de fé absurda – e o absurdo da fé não é algo necessariamente negativo –, pode-se vislumbrar que excluir ou reajustar determinado ponto do sistema levará a sua abolição. Minar um ponto específico de um sistema só levaria a sua derrocada, se o ataque fosse direcionado a um setor crucial.

Por exemplo, a alegação de que a descriminalização das drogas pode ser importante para diminuir o número de encarceramentos, ou para que haja menos confrontos nas favelas, é passível de análise empírica. Entretanto, apenas a título de especulação se pode dizer que isso colaborará para o abolicionismo penal. Não há conexão direta entre a descriminalização das drogas e a abolição do sistema criminal. Esse evento pode tanto colaborar para a legitimação quanto para a deslegitimação desse ramo do direito. Assim, não é nenhum absurdo afirmar que a descriminalização das drogas racionalizará mais o sistema prisional e as atividades policiais, servindo para legitimar ainda mais o Direito Criminal, já que os agentes jurídico-político-criminais terão mais tempo para cuidar de problemas mais emergentes, como os relacionados aos homicídios, estupros ou latrocínios, angariando um apoio social maior, caso as suas atividades sejam realizadas de modo proporcional. Só que esse argumento também é meramente especulativo, no que concerne à perpetuação ou não do sistema. A quantidade de mudanças necessárias para se atingir uma realidade social abolicionista é tão grandiosa, que propor meros reajustes como passos em direção a esse objetivo é como dar um tiro no escuro com alvos móveis. As suas variáveis envolvem alterações nas “naturezas” humanas historicamente manifestadas, revoluções econômicas, descobertas científicas e até alterações ambientais planetárias, de modo a criar uma condição social e global harmônica jamais vista. Falar em abolicionismo penal, sem sistemas de punições privados, é tão racional quanto defender a fonte da juventude, sendo possível apenas arquitetar uma relação primária de causas e efeitos improvável.

É possível sustentar que a fonte da juventude é exequível, caso exista uma substância desconhecida que regenere as células humanas e impeça o seu envelhecimento, bem como se novas descobertas científicas criarem condições para a regeneração total das células, a partir de elementos naturais. Pode-se dizer também que os investimentos em medicina estética e na genética são os primeiros passos para a juventude eterna. Do mesmo modo, o papel também aceita que se diga que caso se consiga superar o capitalismo, estabelecendo condições econômicas favoráveis para todos, utilizando-se como estratégia de resistência criminal a descriminalização das drogas, dos crimes patrimoniais sem violência e o aprofundamento do garantismo, haverá espaço para a evolução do abolicionismo. Tais argumentos são montados como uma bola de neve, elaborando premissas e conclusões em direção ao improvável. Nesse sentido, toma-se a existência da premissa “A” como caminho para a consequência “Z”, somente comprovando que a premissa “A” leva à consequência “B”, sendo necessário recorrer à crença, para conseguir estabelecer a relação de “A” com “Z”. As hipóteses levantadas não possuem demonstração, tomando a premissa como conclusão, a partir da fé.

A Constituição impede que o juiz fundamente a sua decisão criminal em um discurso de fé. A princípio, entretanto, nada impede que ele abra espaço para que os discursos de fé sejam proferidos no campo de forças do processo criminal, para fomentar a democracia *tout dire*. Só que essa postura fará com que ele tenha que considerar também outros discursos de fé, para que haja respeito à pluralidade de crenças estabelecida na Constituição. Ele não poderá emitir juízo de valor sobre a crença, pois elas não possuem fundamentação racional plena, sendo necessário recorrer a ela mesma para que o discurso tenha razoabilidade. Por exemplo, para que o abolicionismo tenha razoabilidade para alguém, é necessário que ele tenha fé numa transformação profunda da humanidade, a ponto de trazer a concepção do Céu para a Terra, uma vez que o *modus operandi* dessa escatologia nunca foi demonstrado e nem posto em prática. Nesse sentido, considerar argumentos abolicionistas mediatos no campo jurídico-político-criminal significa autorizar também cristãos, umbandistas, budistas, hinduístas, ocultistas e qualquer outro discurso de fé a colaborar para a produção de decisões criminais. O panorama seria de relativismo extremo e ausência de critérios para que se possa colaborar para a produção de uma decisão democrática, tornando o processo prolixo. Para que esse problema não ocorra e nenhum grupo social, por menor que seja, fique excluído, deve-se exigir apenas que os abolicionistas, crentes fervorosos da defesa social e pessoas de fé de todo tipo produzam argumentos racionais, para que possam colaborar para a produção das decisões criminais. Do contrário a participação seria de pouca utilidade, pois os juízes não podem fundamentar as suas decisões em fé pura.

7.4 Um árduo e necessário caminho a seguir

No caso dos abolicionistas, para serem levados em consideração pelo juiz, é necessário que eles demonstrem detalhadamente as suas hipóteses, possuindo as seguintes opções: a) caso suas teorias sejam fundadas na existência de condições econômicas futuras extremamente favoráveis, devem demonstrar como atingi-las, munidos, por exemplo, de dados macroeconômicos; b) caso sejam fundadas na modificação do comportamento dos seres humanos em geral, devem demonstrar como ele será modificado, detalhando se haverá a necessidade do uso de medicamentos para a criação do ser humano não-retributivo, se isso advirá de alguma mutação genética, se será necessária uma reengenharia social – e como realiza-la -, etc.; c) caso seja fundada na ausência de sustentação democrática das penas, deve demonstrar por meio de pesquisas que a sociedade nas as tolera.

O fato é que mecanismos aflitivos de atribuição de responsabilidade estão extremamente enraizados na cultura ocidental e não há indicativos de que eles irão desaparecer. Argumentos abolicionistas tímidos, de cunho meramente reformador, não podem ser entendidos como meios para o fim do Direito Criminal ou das penas aflitivas, sob prejuízo de se cultivar apenas um Tigre de Papel. Ademais, relacionar propostas reformistas a objetivos abolicionistas pode acarretar na rejeição democrática das reformas, pois haverá a vinculação de uma proposta racional a uma crença de adesão quase nula. Por exemplo, a descriminalização das drogas pode ser tolerável para determinados segmentos sociais, mas nada garante que essas pessoas continuarão apoiando essa proposta, se ela integrar um “pacote”, cujo fim é a abolição do sistema penal. Tendo em conta as sociedades atuais, parece evidente que as propostas pela descriminalização das drogas – ou de algumas delas - ficarão politicamente esvaziadas, se forem vinculadas a propostas abolicionistas. A situação é ainda mais crítica, caso se vincule o abolicionismo ao garantismo penal, de Luigi Ferrajoli (autor nitidamente contrário à abolição do sistema penal), uma vez que se forçaria uma oposição democrática às garantias constitucionais e, em última instância, à própria Constituição. Ora, se é notório o consenso cultural na existência das penas, pelo menos como retribuição a crimes violentos, a vinculação das garantias penais e processuais à inexistência daquelas pode levar a uma aversão à Constituição, pois as garantias serão vistas como caminho para o fim das penas, ou seja, como um meio para se atingir algo que a grande maioria das pessoas não quer.

A saída para quem sustentar o abolicionismo penal mediato será defender as propostas reformistas publicamente e se omitir acerca das intenções abolicionistas, com o intuito de manipular as adesões. Há dois problemas nessa postura. O primeiro é que relações sociais fundadas em mentiras, manipulações e na lógica do pastor e da ovelha serão fomentadas no espaço público, objetivando deixar as pessoas em uma posição de “ignorância” até que estejam preparadas para compreender a “estratégia do bem maior”. Desse modo, incentiva-se a obscuridade, a mentira e a manipulação para que no futuro se tenha transparência, sinceridade e solidariedade. É como dizer que se ensinará uma pessoa a ser livre dentro de uma prisão. O segundo é que novamente se posterga a justiça para um futuro longínquo e, em nome dessa justiça, praticam-se diversas injustiças.

Um argumento típico dos defensores do abolicionismo penal mediato envolve a tomada de uma hipótese como realidade possível, dispensando a sua demonstração. *Verbi gratia*, se a sociedade fosse educada de modo a rejeitar a punição e se vivêssemos em um ambiente que proporcionasse condições econômicas extremamente equilibradas, as penas não seriam mais necessárias.

Ocorre que essa pedagogia não foi colocada em prática, não existe apoio democrático para a ausência absoluta das penas, notando-se inclusive que a punição é entendida socialmente como algo ético, e condições econômicas equilibradas exigem “projetos” econômicos, os quais até o momento não foram apresentados pelos abolicionistas, salvo o grito por políticas sociais, que são frases de efeito importantes na arena política, contudo perdem o sentido no âmbito acadêmico, caso não estejam relacionadas às teorias econômicas. Bem, a função dos intelectuais estará perdida, caso se limitem a professar uma fé ou se restrinjam a dizer o que é plenamente acessível ao senso comum.

É evidente que a fomentação de demandas por políticas sociais faz sentido na arena política, porém um discurso acadêmico interno, que se furta a aprofundar o “como” das políticas sociais e seus impactos econômicos, colabora muito pouco para a mudança das coisas. Parece que essas escusas à emergência de reflexões realistas apenas fomenta o estado atual das coisas, integrando um processo de turbamento do agir político, uma vez que se abraça a utopia e se vira as costas para a realidade.

Pelo que foi exposto, parecem inexistir meios racionais para o abolicionismo penal mediato e não há como comprovar que as propostas de reforma no sistema penal levarão a ele. Portanto, os meios reais do abolicionismo são propostas que envolvem uma dose considerável de fé.

Faz-se mister precisar que os abolicionismos penais mediatos, aos quais me refiro como manifestação do Cavalo de Troia, integra aquelas teorias liberais ou marxistas que preveem uma salvação no futuro e traçam meios autorizadores de violências para atingi-la. As teorias abolicionistas podem ter diversas ideologias, conforme explica Paulo de Souza Queiroz:

Desde já, convirá assentir, com PLITOFF, que o abolicionismo não tem a ver com determinadas filiações ideológicas, já que a formação e os princípios subjacentes em MATHIESEN, ARNO PLACK, CHRISTIE ou HULSMAN, para citar alguns nomes, são muito variadas: desde o neomarxismo até o liberalismo, desde o humanismo até o “anti-humanismo” (à maneira de FOUCAULT). Também a metodologia e a estratégia propostas são, com frequência, muito distintas.²³⁶

7.5 Figurando a linguagem criminal

O abolicionismo penal é um Cavalo de Troia, quando autoriza a utilização de violências para salvar um mundo supostamente decaído, seja em razão do capitalismo ou de qualquer outro mal que possa ser identificado pelas pessoas que professam a fé. Não pretendo “condenar” ou “salvar” o abolicionismo, apenas chamo a atenção que metanarrativas podem ser violentas, a despeito das suas nobres intenções. Tentativas de purificar o mundo do mal podem levar a sua destruição, como a história do século XX demonstrou. Por isso, as atitudes singulares ou de grupos que, em nome do abolicionismo ou da defesa social, identificam inimigos e lutam pela sua eliminação são perigosas e vão de encontro à perspectiva de abertura que defendo. Sinceramente, parece-me que um mundo com pouca violência não será alcançado com o uso dela. A desconstrução da lógica amigo/inimigo, na perspectiva do que se convencionou chamar de direita ou de esquerda, é crucial para uma defesa desarmada da democracia, fundada na política da amizade.

A Língua-de-Cobra é a segunda manifestação possível do abolicionismo penal. Ela é uma autofagia. Os discursos munidos de fortes soteriologias, que prometem uma experiência exclusiva e tentadora de salvação da humanidade, podem ser apropriados estrategicamente para ludibriar as pessoas e angariar benefícios ao portador da boa nova. É a atividade de se alimentar da própria utopia, ganhando prestígio, fama heroica e inserção política, a partir da

²³⁶ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 93. Sobre Foucault, discorramos de Queiroz ao inseri-lo como abolicionista. Foucault não disse que o poder disciplinar deveria ser extirpado. Parece-me que na obra de Foucault há mais uma crítica das penas, com a necessidade de reformá-las, do que a previsão de um futuro sem punições. Foucault problematizou a questão penal, porém foi perspicaz e filósofo ao evitar prever uma série de “medidas curativas” da situação atual do mundo. Ele não foi um autor regado de proposições. Sobre Nils Christie, o autor deixou de ser abolicionista em sua obra “Uma Sensata Quantidade de Delito”. Para mais informações, consulte: CHRISTIE, Nils. *Una sensata cantidad de delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008.

promessa de um mundo novo. A Língua-de-Cobra é justamente o vício humano de manipular os sonhos para a obtenção de honra, riqueza ou concupiscência. Enquanto o Cavalo-de-Troia é uma estratégia de grupo que autoriza o uso de violências para alcançar a boa nova, a Língua-de-Cobra é uma estratégia individual para adquirir vantagens pessoais por meio da manipulação da salvação. Nietzsche, no já citado aforisma 454, do “Humano, Demasiado Humano”, se referiu a essas pessoas como aquelas que se contentam com um osso²³⁷. Destaco que o discurso abolicionista mediato pode não ser tão inocente quanto aparenta. Assim, pode ser utilizado para fomentar estratégias violentas ou pode servir de recurso para que alguém obtenha vantagens pessoais, utilizando-se das suas promessas sedutoras. Basta pensar na aura de bondade auferida por quem sustenta discursos desse tipo e como aqueles que os contrastam são facilmente colocados em uma posição moral inferior, como se tivessem a visão limitada. Evidentemente, em um contexto social de discursos mais repressivos as posições podem se inverter. Portanto, a posição da velha cartomante é móvel. Quanto mais sedutora for a promessa, maior possibilidade terá o discurso de atrair pessoas que queiram manipular a promessa em benefício próprio. Em suma, promessas grandiosas podem obstaculizar ações emergentes, autorizar violências e servir de atrativo para a manipulação de sonhos em benefício próprio.

Por fim, a terceira manifestação do abolicionismo penal mediato é o Tigre-de-Papel. Nessa perspectiva, ele efetivamente é uma sugestão inocente. Repleto de propostas pretenciosas e prevendo um futuro não punitivo, o abolicionismo se limita às suas previsões e não consegue emplacar estratégias razoáveis para atingir os seus objetivos. É um placebo ou mera esperança. As pessoas que o tomam como Tigre-de-Papel podem precisar desse recurso para se mover politicamente. Não é uma manifestação intrinsecamente negativa, pois é um apoio para a ação política. É um recurso de fé que mobiliza. Atrás dessa perspectiva abolicionista, inexistem autorizações para o uso da violência ou líderes aproveitadores, mas sim a simples concepção de um mundo melhor. Apesar de vulnerável à ação de grupos que o tomam como Cavalo-de-Troia ou Língua-de-Cobra, o Tigre-de-Papel é importante para aqueles que precisam imaginar um mundo melhor para sair da inércia. O ponto negativo disso é que a ação política fica vulnerável à existência da miragem. Se a pessoa deixa de acreditar no Tigre, cai em desesperança e desiste de lutar. O ideal é que as pessoas não precisem de bengalas para se movimentar. Só que não é possível exigir isso de todos. Cada um possui o

²³⁷ NIETZSCHE, Friedrich. *Humano demasiado humano*: um livro para espíritos livres, p. 245.

seu próprio “ritmo” político. O Tigre é a manifestação cristalina de fé do abolicionismo mediato.

Derrida se manifestou sobre o aspecto negativo da utopia:

Muito embora haja poderes críticos da utopia a que não se deve jamais renunciar, sobretudo quando se pode fazer dela um motivo de resistência a todos os álibis e a todas as desistências ‘realistas’ e ‘pragmáticas’, desconfio de tal palavra. Em certos contextos, a ‘utopia’, a palavra em todo caso, se deixa associar facilmente demais ao sonho, a desmobilização, a um impossível que compele à renúncia de preferência à ação. O ‘impossível’ de que muitas vezes falo não é o utópico, ao contrário, dá o movimento mesmo ao desejo, à ação e à decisão, sendo a figura mesma do real. Ele tem sua solidez, proximidade, urgência.²³⁸

O “pensamento” político de Derrida impele à ação e à necessidade da existência da decisão. Portanto, cobra com rigor uma coerência da prática política, que não pode se perder no sonho, na contradição ou na quase inação. O proclamador da utopia é trivialmente irresponsável. Por vezes, auferir vantagens econômicas e aumenta a sua reputação, podendo até ser “santificando”. No fim, tudo isso pode acabar resultando em apatia, contradições e mentiras.

Quem papagueia demais, toma para si a responsabilidade das exigências que faz para o mundo. Muitas vezes sem perceber cai em contradições e se mostra incapaz de produzir uma prática à altura das palavras que costuma proferir. Embebedado pelo vício da utopia e acomodado com os benefícios de estima gerados, o papagueador (in)advertidamente provoca violências invejáveis aos demônios que ele costuma pintar, sendo o primeiro a escrever na realidade o contrário do sonho calculado.

Jesús-María Silva Sánchez entende que as soluções privadas dos conflitos são incompatíveis com a complexidade e o desenvolvimento das sociedades modernas²³⁹. Critica ainda a natureza seletiva das próprias críticas abolicionistas, que se valem da ponta do *iceberg* do sistema penal para fundar o seu raciocínio – crimes de bagatela ou questão das drogas -, omitindo-se sobre os casos de criminalidade violenta, que são o verdadeiro núcleo do Direito Penal em qualquer sociedade contemporânea²⁴⁰. Nesse sentido, o abolicionismo mediato legitima o sistema penal, porque ou se omite sobre a criminalidade violenta ou assume que a incidência penal sobre ela deve ser mantida, até que no futuro se possa prescindir do Direito Penal. O abolicionismo tende a desaguar sempre em um exercício de futurologia.

²³⁸ DERRIDA, Jacques. *Papel-máquina*, p. 325.

²³⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 40.

²⁴⁰ *Ibid.* p. 41.

É importante mencionar ainda as críticas de Luigi Ferrajoli ao abolicionismo penal, em razão da profundidade das suas abordagens e da importância do seu pensamento para a ciência penal contemporânea. De início, Ferrajoli já retira do rol abolicionista as doutrinas que postulam tão somente a redução do sistema penal, entendendo-as como reformadoras e situando as discussões da legitimidade do Direito Penal no âmbito da legitimidade do próprio Estado, como monopólio organizado da força²⁴¹. Sobre o tema, diz Ferrajoli:

O abolicionismo penal constitui um conjunto um tanto heterogêneo de teorias, doutrinas e atitudes ético-culturais unificadas pela negação de qualquer classe de justificação ou legitimidade externa da intervenção punitiva sobre a desviação por parte do Estado. Os pressupostos filosóficos e as propostas políticas de semelhantes orientações são as mais díspares, desde o mito do século XVIII do ‘bom selvagem’ e a pretérita e feliz sociedade primitiva sem direito, às prefigurações anarquistas e marxista-leninistas do ‘homem novo’ e da futura e perfeita sociedade sem Estado; das doutrinas apologéticas da desviação e da sociedade desregulada e livremente violenta às palingenésicas do fim da desviação e da sociedade perfeitamente autorregulada e pacificada.²⁴²

O jurista italiano considera que o abolicionismo é um moralismo utópico e uma nostalgia regressiva de modelos arcaicos e tradicionais de uma comunidade sem direito, sendo um projeto futurístico do estado de natureza ou de uma sociedade idílica primitiva não contaminada por conflitos intersubjetivos²⁴³. O abolicionismo seria um retrocesso em relação ao Direito Penal liberal e as suas garantias contra as arbitrariedades, os excessos e os erros²⁴⁴. Em face da arbitrariedade, Ferrajoli opta pelo aprimoramento do Direito Penal e não pela sua abolição.

Tudo isso para dizer que o pensamento sobre o controle penal e as suas diversas formas de aparição é uma tarefa laica do juiz criminal, que não pode se furtar de pensar os problemas criminais de modo singular. Aliás, a regra é que a sua provocação seja um evento singular. O magistrado não pode empreender uma luta ideológica ilimitada contra um sistema que só pode ser deslegitimado completamente mediante um exercício de fé. A intensa busca por argumentos racionais diante dos casos criminais é exigência constitucional inafastável, prevista no artigo 93, inciso IX, da CRFB/88.

O juiz deve produzir argumentos que possam ser aceitos racionalmente por diversos grupos sociais, abrangendo os crentes e os céticos. Ocorre que mesmo se atendo aos argumentos racionais ou aos ditos “científicos”, ele não estará em uma posição imune às

²⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 9ª ed., 2009, p. 248.

²⁴² Ibid. p. 249. Tradução nossa.

²⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*, p. 250-251.

²⁴⁴ Ibid. p. 345.

suspeitas²⁴⁵. A exigência da produção racional produz limites para que os pensamentos não fujam do presente e evitem a elaboração de doutrinas futurísticas autorizadoras de meios violentos, embasados em um exercício de fé negativa. Só que a própria produção racional de argumentos é por si suspeita. Enfim, o juiz se submete ao sistema acusatório, mas deve ser o inquisidor dele mesmo, desconfiando da própria racionalidade produzida e reinventando-a a cada dia.

7.6 “Enfim, decido.”

O processo decisório faz com que o juiz seja obrigado a se manter no presente e lutar. Há demandas emergentes sendo postas de lado pelo conforto dos sonhos. Existem trabalhos importantes sendo negligenciados em prol da fartura das circunlocuções. Esse espectro de pudor em torno dos debates criminais deve ser enfrentado. Assim, com trabalho e cuidado, será possível identificar com mais precisão as dimensões desse barbarismo.

Nessa trilha, a geração pós-guerra fria (o que não significa pós-comunismo ou pós-liberalismo) tem os seus próprios modos de se manifestar, segundo as suas angústias e revoltas singulares. São polissêmicos. A compreensão dessas polissemias é um desafio contemporâneo. A partir desse esforço, talvez os vômitos ao consumo, à moda, à economia e à apatia possam ser mais vistos como um modo de se entender as coisas, pois teremos o cuidado de verificar, no meio de tudo, um consumo cuidadoso, seletivo e solidário, uma moda que expressa mensagens e demandas de minorias e majorias, uma economia que se esforça para repartir e uma apatia com certa dose de razão, quiçá *blasé*.

²⁴⁵ DERRIDA, Jacques. *Negotiations: Interventions and Interviews, 1971-2001*, p. 161: “The concept of science was not, for me, the last word. To state that a discourse is scientific does not mean that it is above suspicion or that it is, for that matter, reflective (although I’ve never subscribed to the Heideggerian assertion according to which “science does not think” which further complicates the discourse that I am, that I was already trying to make heard).”

8 OPOSIÇÕES BINÁRIAS DO DIREITO CRIMINAL

Nesta parte, serão estudadas algumas das dualidades presentes na dogmática e na criminologia. A partir delas, podemos verificar com mais concretude como o pensamento desconstrucionista atua no âmbito penal. As doutrinas penais possuem uma série de oposições binárias. A escolha delas para análise foi feita de acordo com a sua importância para uma decisão criminal democrática. O pensamento desconstrucionista é avesso às conclusões rígidas, que culminam em oposições essencialistas. Segundo Leyla Perrone-Moisés²⁴⁶, “as conclusões apresentadas como sentidos plenos, verdadeiros, dogmáticos e moralizantes” são contrárias à desconstrução, como “crítica infinita, um deslocamento, uma abertura de horizonte, um adiamento (diferimento) constante da conclusão, da Verdade”.

Opressor/oprimido é uma das clássicas oposições utilizadas por parte da teoria e prática criminal brasileira. Sendo opressor, aquele que inflige a pena e oprimido quem a cumpre. De acordo com essa perspectiva, o Estado seria opressor, direcionando o seu poder penal contra uma pessoa excluída, com o fim de segregá-la e manter a exploração capitalista.

²⁴⁶ PERRONE-MOISÉS, Leila. “Pós-estruturalismo e desconstrução nas Américas”. In: PERRONE-MOISÉS, Leila (Org.). *Do positivismo à desconstrução: idéias francesas na América*, p.229.

8.1 A Máquina de Calcular do Direito Criminal

A suficiência do cálculo da violência enseja diversas crises na “ideia” de justiça. Se há traços dela no Direito Criminal, eles certamente não estão inscritos na frieza do cálculo da violência perpetrada e da pena a ser aplicada. Mesmo sendo a atividade de calcular ínsita ao direito, este não pode morrer no conforto daquela, devendo manter abertas as possibilidades do imprevisível e de momentos criativos que estejam a serviço do apaziguamento da dor. Parece-me que mesmo reconhecendo desejos puramente retributivos ao redor do sistema criminal, este deve ter como foco a minimização das dores de todos aqueles que foram afetados pelo fato penalmente relevante. Essa afirmação não leva a um discurso de contensão pura e simples do Direito Criminal, pois o apaziguamento da dor é identificado também na condenação do criminoso, quando satisfaz relativamente os sentimentos de retribuição nutridos pelas vítimas e pela sociedade e ordena artificialmente as relações de causas e efeitos morais.

A característica de generalidade da lei dificulta o endereçamento do direito ao singular²⁴⁷. Para ser justo, o direito precisa enfrentar essa demanda do singular, do ineditismo dos acontecimentos, com o mesmo cuidado que estipula regras gerais. A tensão entre a generalidade da lei e a singularidade dos acontecimentos é um dos principais desafios enfrentados pelo juiz, que não deve tentar resolver a tensão ou enfrentá-la, mas sim buscar meios criativos de potencializar os aspectos de justiça existentes na generalidade e na singularidade. O direito não pode nem dispensar o cálculo, para que não surjam consciências morais tiranas ou figuras com autoridades autossuficientes, nem se fechar nele, sob prejuízo de ser apenas um aparelho técnico e burocrático, com a promessa de solução de conflitos, que não se esgotam na previsibilidade das leis. A oposição generalidade/singularidade é uma aporia do direito, o qual possui o poder-dever de se aventurar nas bordas dos traços opositivos, para permitir experiências ampliativas da ideia de justiça, cuja multi-insurgência se confunde com a própria criatividade da política de produzir espaços de resistência e de conservação de valores atrelados ao processo constituinte de produção da vida.

A multi-insurgência da justiça é o escape da técnica. É basicamente a característica de imprevisibilidade necessária que provoca o curto-circuito momentâneo do juiz com o poder

²⁴⁷ GEHRING, Petra. "The Jurisprudence of the 'Force of Law'". In: LEGRAND, Pierre (Org.). *Derrida and Law*, Ashgate; Surrey, 2009, p. 120.

constituído que o molda, permitindo a passagem do processo constituinte que deixará marcas nas decisões criminais. A incondicionalidade do poder constituinte confere um caráter multi-insurgente à justiça indefinível, que acontece à desconstrução. O desmonte do direito não é um “vale-tudo” jurídico, e sim um compromisso do direito, para ter direitos, com os valores constituintes em desconstrução. Assim, o Direito Criminal refuta um sistema fechado e se mantém aberto às trajetórias políticas que demandam determinadas mutações em seu modo de agir. Nesse panorama, reconheço que dificilmente a atividade do juiz será de opor a máquina absolutória à condenatória, realizando afirmações contra a miséria disso ou daquilo. Até mesmo devido à necessária ~~humanização~~ (consideração ao direito de outrem) do Direito Criminal, que ao retirar o juiz da paranoia da análise fria do fato penalmente relevante, reinsere-o em sentidos éticos de diversos segmentos sociais que demandam da atividade jurisdicional mais compreensão e problematização do que propriamente uma técnica contrária ao que se vivencia hoje na maioria das “soluções” criminais brasileiras. Em suma, a demanda irrestrita por absolvição é uma *commodity* elitista inservível aos sentidos éticos presentes na sociedade, sendo apenas legitimada por pequenos grupos com bases escatológicas, que evidentemente devem ser considerados no jogo de ideias, mas que não possuem legitimidade democrática suficiente para impor uma técnica inversa de “solução” dos conflitos criminais.

Basicamente, não há um cálculo para o apaziguamento da dor e nem um resultado satisfativo, que tenha como prova real a absolvição ou a condenação. A questão do cálculo remete-se incessantemente ao potencial aporético do direito e da justiça, que de um lado apela à legitimidade e à legalidade do cálculo, mas do outro se refere à heterogeneidade e à rebeldia da justiça. A multiplicidade de aporias existente no direito refere-se a esse potencial aporético, que repete ininterruptamente esse apelo ao impossível de uma decisão que desafie o óbvio de uma tradição de segurança jurídica, que produz toda uma máquina para equalizar as demandas tão singulares em um arcabouço de padrões e súmulas, que no âmbito criminal é tão violento aos outros, os quais se apresentam com sofrimentos inapropriáveis pelo rolo compressivo da uniformização dos entendimentos. Como se fosse possível uniformizar os dramas dos outros, que desaguam em um direito criminal indiferente às possibilidades de composições atentas ao histórico de afetos do caso. Quanto ao potencial aporético, Derrida parece bem claro:

Enuncio primeiro, secamente, diretamente; ‘endereço’ as seguintes aporias. De fato, trata-se de um único potencial aporético que se distribui infinitamente. Tomarei apenas alguns exemplos. Eles suporão aqui, explicitarão ou produzirão acolá uma distinção entre a justiça e o direito, uma distinção difícil e instável entre, de um lado, a justiça (infinita, incalculável, rebelde às regras, estranha à simetria, heterogênea e heterotrópica) e, do outro lado, o exercício da justiça como direito, legitimidade ou legalidade, dispositivo estabilizável, estatutário e calculável, sistema de prescrições regulamentadas e codificadas. (...) Tudo seria ainda simples se essa distinção entre

justiça e direito fosse uma verdadeira distinção, uma oposição cujo funcionamento permanecesse logicamente regulado e dominável. Mas acontece que o direito pretende exercer-se em nome da justiça, e que a justiça exige ser instalada num direito que deve ser posto em ação (constituído e aplicado – pela força, ‘enforced’). A desconstrução se encontra e se desloca sempre entre ambos.²⁴⁸

Essa complexa relação entre direito e justiça permite que sejam engendradas nos cálculos penais uma gama de atribuições de responsabilidades e de considerações sobre os injustos, capazes *per si* de auxiliar na organização de sistemas de valores e de ordenar consequências em razão do seu descumprimento, que são ao mesmo tempo queridas e detestáveis. No mínimo, os cálculos penais permitem a sustentação de uma ideia de suportabilidade da existência. Há neles o estabelecimento artificial da lógica da bondade e da maldade. Assim, eles sustentam, mesmo que de modo seletivo, que ações consideradas negativas receberão consequências negativas. Implicitamente, afere-se que as ações positivas terão consequências também positivas. É evidente que essa lógica não existe no mundo da vida. Pessoas consideradas perversas podem viver em bonanças, assim como indivíduos considerados bons e desapegados podem sofrer os piores destinos. As consequências das ações humanas nem sempre seguem os mares dos valores das condutas. *Sub specie aeternitatis*, é um silêncio murado e selado que transcende a consciência humana. Porém, na confusão do ser jogado no turbilhão dos acontecimentos mundanos, o que se pode dizer é que há certa anarquia natural nas consequências da vida, no que tange a valorações das condutas. Isso não é muito difícil de perceber, uma vez que as referidas valorações são feitas pelo ser humano mesmo.

No entanto, parece que os seres humanos não conseguem suportar a ideia de que esses valores são anárquicos em suas consequências naturais. Um cálculo suportável da bondade e da maldade só pode ser estabelecido no plano normativo e forçado por meio da mecânica das sanções, que, obviamente, reproduzem no limite da humanidade a gravidade das condutas. Pelo que se viveu até o presente momento, é difícil dizer que as pessoas em geral conseguirão viver sem que a sua existência seja suportada por atribuições de responsabilidades, que emulem, mesmo que de modo imperfeito, um mundo que lhes é confortante. O professor Klaus Günther explicou essa questão de modo esclarecedor, merecendo a citação integral:

²⁴⁸ DERRIDA, Jaques. *Força de Lei – o “fundamento místico da autoridade”*, p. 41-43. No original: DERRIDA, Jacques. Force de Loi: le “fondement mystique de l’autorité”. *Cardozo Law Review - Deconstruction and the Possibility of Justice*, p. 922: J’énonce d’abord sèchement, directement, j’ ‘adresse’ les apories suivantes. En fait il s’agit d’une seule aporie, d’un seul potentiel aporétique qui se distribue à l’infini. Je ne prendrai que quelques extinction difficile et instable entre la justice et le droit, entre la justice (infinie, incalculable, rebelle à la règle, étrangère à la symétrie, hétérogène et hétérotrope) et l’exercice de la justice comme droit, légitimité ou légalité, stabilisable et statutaire, calculable, système de prescriptions réglées et codées. (...) Tout serait encore simple si cette distinction entre justice et droit était une vraie distinction, une opposition don’t le fonctionnement soit logiquement réglé et maîtrisable. Mais il se trouve que le droit prétend s’exercer au nom de la justice et que la justice exige de s’installer dans un droit qui doit être ‘enforced.’ La déconstruction se trouve toujours entre les deux.”

As tentativas anteriores de explicação da necessidade de punição têm algo em comum: elas pressupõem um vínculo interno com um mundo no qual os bens são distribuídos de maneira justa, no qual cada um recebe o que merece, a relação entre ganho e perda, prazer e dor é equilibrada, e onde ninguém têm demais ou de menos. Mesmo a explicação da pena como meio de renúncia aos impulsos opera ainda com essa lógica: ‘O crime ainda mobiliza nossas emoções e medos porque no fundo invejamos o delinqüente pela liberdade que ele tomou em relação às expectativas sociais.’ (Haffke 1976: 163) Nós consideramos nossa própria renúncia aos impulsos, no fundo, como injustificada e queremos ter o que o outro tem. Na psicologia social, essa expectativa é conhecida como “hipótese do mundo justo”: ‘Os homens querem acreditar que vivem em um mundo justo, em um [140] mundo no qual recebem aquilo que lhes cabe por justiça. E, no sentido inverso, querem acreditar que merecem aquilo que recebem. Esse convencimento permite-lhes lidar com seu ambiente social e físico como se este fosse estável e ordenado.’ (Dalbert 1996: 11) Por trás do sofrimento e da dor, da doença, da deficiência física ou do desemprego, procura-se, apesar de todo o conhecimento esclarecido acerca de sua contingência e de suas causas naturais, uma falha, capaz de apresentar tais males como uma pena natural, como uma reparação exigida pelo destino. Quem, ao contrário, pratica um ilícito penal - partindo-se do princípio de que as normas penais sustentam a crença em um mundo justo - toma para si mais do que lhe cabe, mais do que merece. Se a crença em um mundo justo deve ser mantida, então é preciso que a isso se siga um mal, capaz de desfazer o desequilíbrio. Caso contrário, o mundo sai dos trilhos. Se o próprio curso normal da vida não corrigir o delito, se o destino não recompuser o equilíbrio e não punir o delinqüente com sofrimento e dor, então nós devemos fazê-lo. Essa explicação da necessidade de punição distingue-se da justificativa da pena como correção de uma distribuição injusta pela dimensão da profundidade. Não se trata da recomposição de uma ordem distributiva feita pelo homem e, portanto, contingente e modificável, mas da estabilidade da orientação do mundo em si. Se tal orientação se funda sobre a convicção profunda de que o mundo se ordena de modo justo, então a pena aplicada pelos homens deve substituir a pena natural faltante ou acelerar a sua execução. A pena torna-se um ato de Teodicéia em um mundo secularizado e pós-metafísico. Analisando friamente, sabemos que não há uma justiça absoluta e objetiva no mundo. Mas, ‘o fato de que no mundo a justiça e o sentido não ocorrem assim simplesmente ameaça nossa capacidade de agir no mundo e de compreendê-lo’ (Neiman 2004:31). Encarar o mal no mundo como algo maléfico é uma saída simples dessa ameaça, que compensa uma falha moral. “O mal moral é o crime, ao qual se segue o mal natural como pena certa e inevitável.” (Neiman 2004: 53) Se o mal natural retributivo não ocorre, nós precisamos executá-lo substitutivamente ou, pelo menos, acelerá-lo. De acordo com o § 60 do Código Penal alemão, o juiz pode prescindir da pena “se as conseqüências do ato que atingiram o autor do ilícito forem tão graves que a aplicação de uma pena seria claramente descabida”. Se ocorre uma *poena naturalis*, renunciemos à pena aplicada pelos homens. Não seria o contrário, não aplicamos pena aos homens se e na medida em que a *poena naturalis* não se verifica? Nesse caso a necessidade de punição seria o último resto de metafísica que carregamos conosco no mundo moderno.²⁴⁹

Aí tem uma singela e parcial noção do que se chama de justiça criminal. Ao nomeá-la, ela escapa, evidentemente. Se a justiça fosse cristalizada não seria o que é e nem seria capaz de instigar e impulsionar os seres humanos para além da atualidade. Por mais que essas atribuições de responsabilidades tenham a sua razão de ser, elas não são suficientes e nem impassíveis de crítica. Aliás, as abordagens críticas permitem a aceleração da desconstrução, quando não se tornam algo conservador e comezinho próprio de homens perdidos em naus à deriva do tempo. Parece ruim esperar a chegada das sereias em mar revolto. Há que se pegar o

²⁴⁹ GÜNTHER, Klaus. Crítica da Pena II. *Revista Direito GV*, v. 3, n. 1, p. 137-149, Jan/Jun. 2007, p 147-148.

timão, com força e coragem, e navegar pelo menos para o fim. Afinal, o fim é lugar para se ir. O fim é destino... O mais natural de todos, se dependermos da natureza. Vamos dar dignidade à coisa. Às vezes nos esquecemos dela.

Reitero, portanto, que independentemente das discussões sobre as questões preventivas e retributivas do que se convencionou a chamar de pena, há graus de responsabilidades imperfeitos, todavia atrelados à suportabilidade da existência, consentâneos com a “natureza” das ações e reações humanas e tendo em conta parâmetros éticos. Termo este que não é lá muito benquisto entre alguns criminalistas, seja por colocar questões difíceis de resolver, seja pelas desconfianças razoáveis advindas da sua invocação pelo Estado (ente abstrato humano, demasiadamente humano). A suportabilidade da existência se configura na necessidade dos seres humanos de perceberem na realidade a efetivação de uma concepção de justiça, atrelada ao que se considera socialmente bom ou mau. Essa concepção de mundo ordenado e estável se refere ao afeto de que as pessoas devem receber aquilo que merecem, de acordo com as suas condutas.

O Direito Criminal é o modo mais agressivo de consolidar artificialmente essa lógica, quando contrastada às contingências da natureza. A legitimidade social das penas pode ser parcialmente explicada pela necessidade de efetivação da ideia de dar a cada um aquilo que merece por justiça. Desistir disso no âmbito criminal é assumir a anarquia de um mundo desordenado e desamparado de qualquer concepção de justiça minimamente aceitável. O núcleo duro do Direito Criminal, composto pelos crimes violentos e pelos demais ataques substanciais aos valores mais caros em uma determinada sociedade, não pode ter uma sanção que esteja completamente dissociada do desvalor da ação e do resultado, pois essa desproporcionalidade não será capaz de forçar a consolidação da “hipótese do mundo justo”. A existência é insuportável, quando não há uma mínima ordenação do justo e do injusto. O Direito Criminal é capaz de conferir esse mínimo à sociedade, quando faz incidir uma pena proporcional, sustentando uma mecânica do justo e do injusto. Isso não significa que o Direito Criminal não deva ser criticável. Criticá-lo é uma exigência de justiça, porque o cálculo insindicável é irresponsável.

A princípio, as bases naturais do que seja o bem ou o mal é de difícil constatação. Entretanto, é possível verificar na sociedade algum consenso do que seja considerado um ato justo ou injusto, pelo menos em suas relações extremas, como no caso dos crimes violentos. A existência se tornaria insuportável se inexistisse qualquer oposição proporcional à razão das ações que produzem consequências consideradas socialmente negativas. Essa oposição confere à vida certo sentido, porque proporciona aos seres humanos o conforto de um mundo

com alguma justiça. Em tempos de soteriologias superficiais e cambiáveis, essa lógica se faz ainda mais presente. Como a natureza não dá a cada um o que é seu, os seres humanos criam mecanismos para que isso seja concretizado. O Direito Criminal é um desses mecanismos. E, enquanto técnica produz cálculos do direito.

Nesse sentido, dissociar qualquer relação de justiça do Direito Criminal não é tarefa das mais simples. Até mesmo para quem defende o viés de “contenção do poder penal”, uma vez que no interior do Direito há as teses absolutórias, que seriam aquelas minimamente “justas”, se consideradas sob a perspectiva daqueles que defendem a deslegitimação do sistema, como estratégia de guerrilha para derrotar o Estado. Então o Direito Criminal toca em questões de justiça; passa por elas. Só que a justiça, em sua rebeldia, não se esgota no direito. Ela está em suas bordas e faz as suas passagens, transforma o direito e é transformada por ele, enquanto este consegue sonhar com o justo indefinível e inesgotável.

Derrida é cuidadoso ao enunciar a relação complexa entre direito e justiça. É justo que haja lei, apesar do Direito não ser Justiça. Esta se instala no ambiente estável das normas e passa a ficar sujeita ao cálculo, enquanto aquele existe em nome da justiça, apelando cada vez mais a valores constitucionais, a relações de boa-fé e a princípios que fortalecem a miragem movediça da justiça. Para que a passagem da justiça pelo direito possa ocorrer com mais facilidade, há que se militar por um sistema aberto, capaz de identificar as características políticas do jurídico, sem, certamente, descaracterizar ou mascarar as particularidades do direito.

Mesmo havendo questões de justiça no Direito Criminal, há que se ressaltar que ele não está imune a críticas. Como dito, o direito não contém a justiça – e nem está dissociado dela -, mas ela não se limita a ele. O Direito Criminal, portanto, pode dificultar a insurgência de questões de justiça em seu âmago, fechando-se no cálculo, em suas previsibilidades e em suas subsunções. Uma decisão em matéria penal não pode se resumir a um apanhado jurisprudencial e muito menos a uma matemática que atribuirá o exato valor da pena em relação ao crime cometido. Uma mecânica dessas não é justa. Por si só, é irresponsável. É mera técnica que está mais preocupada em medir o peso do crime do que em buscar meios para o apaziguamento das dores. Um Direito Criminal aberto ao fenômeno dos sofrimentos intrínsecos ao seu âmbito de atuação é possivelmente a primeira linha a ser escrita, para a existência de um sistema menos desigual e atento aos problemas do outro. O resultado desse processo é imprevisível, mas pode surpreender as diversas anedotas jurídico-criminais do Século XX.

8.2 O cálculo e as três aporias

Em “Força de Lei”, Derrida menciona três aporias, ao abordar as tensões entre direito e justiça. A primeira delas é a *epokhé* da regra. O primeiro ponto aventado nessa aporia é a necessidade da existência de liberdade e de responsabilidade para que alguém possa ser considerado justo ou injusto²⁵⁰. Na esfera criminal, a consequência mais clara dessa assertiva é a imprescindibilidade da inexistência de causas excludentes da culpabilidade, para que se possa dizer que alguém praticou uma conduta injusta. É preciso que o agente seja culpável. Só que a análise da liberdade de seguir ou não a lei criminal não se restringe à culpabilidade, na dogmática, devendo ser preenchida pela decisão do juiz em confirmar a regra criminal. A justiça não se resume ao direito. Assim, a tarefa de pôr à prova é um desafio ao programa, para fazer jus à justiça. O cálculo do direito não deve ser aplicado indiscriminadamente, mas somente quando o seu apelo aos valores estiver em harmonia com a realidade política. Enfim, a lei é necessária apenas enquanto for possível a justiça. Quando aquela já está anulada pelas condições concretas, é preciso que ceda espaço à justiça que está às margens. O direito da lei é abrir espaço à justiça. Diz Derrida:

Para ser justa, a decisão de um juiz, por exemplo, deve não apenas seguir uma regra de direito ou uma lei geral, mas deve assumi-la, aprova-la, confirmar seu valor, por um ato de interpretação reinstaurador, como se a lei não existisse anteriormente, como se o juiz inventasse ele mesmo em cada caso. Cada exercício da justiça como direito só pode ser justo se for um ‘juízo novamente fresco’ (...).²⁵¹

A tarefa do juiz é de desafiar o cálculo, havendo um profundo reajuste das suas funções, deixando de ser aquele que possui a ilusão ou a malícia de receber uma conjuntura política pronta e acabada. Ciente da impossibilidade da neutralidade, o juiz precisa medir o cálculo, verificar as suas desmedidas e as suas consequências sociais em cada caso concreto, confirmando a lei quando em harmonia com as suas forças normogenéticas, que, por sua vez, estão atreladas à história e à atualidade do poder constituinte. Não há princípio sem gente. E, mais ainda, os princípios são dos outros.

Os princípios que precisam ser direito e que entram na conta da desestabilização do cálculo público são os necessários à liberdade e ao desenvolvimento do outro. Os princípios pessoais são as criatividades que diferenciam, assombam, elevam e afundam cada ser humano. Já os princípios jurídicos existem para que a diferença do outro exista, sobreviva,

²⁵⁰ DERRIDA, Jaques. *Força de Lei – o “fundamento místico da autoridade”*, p. 43.

²⁵¹ Ibid., p. 44. No original: DERRIDA, Jacques. Force de Loi: le “fondement mystique de l’authorité”. *Cardozo Law Review - Deconstruction and the Possibility of Justice*, p. 960: “Pour être juste, la décision d’un juge, par exemple, doit non seulement suivre une règle de droit ou une loi générale mais elle doit l’assumer, l’approuver, en confirmer la valeur, par un acte d’interprétation réinstaurateur, comme si à la limite la loi n’existait pas auparavant, comme si le juge l’inventait lui-même. À chaque cas. Chaque exercice de la justice comme droit ne peut être juste que si c’est un ‘fresh judgment’ (...).”

ganhe força e relativize a unicidade do poder político dominante. O juiz então julga para o outro, e não para ele mesmo. Portanto, tem que julgar de acordo com a realidade do réu, esforçando-se ao máximo para compreendê-la. Assim, a lei geral se aproxima da singularidade do caso, por meio da interpretação do juiz confirmadora de valores. O “julgamento fresco” é aquele que passa pelo indecível e julga com sofrimento, questionando, assumindo, confirmando e aprovando de novo a lei, por meio de uma atividade interpretativa atenta aos questionamentos da justiça.

Derrida não propõe, contudo, uma teoria negativa do direito. Ele não o entende como algo essencialmente ruim e nem à serviço do dominador. Para ele, o direito é mais complexo. O justo segue uma lei, uma prescrição, uma regra²⁵². Só que uma regra que está sempre sendo posta à prova pelo intérprete. Sintetiza Derrida:

Em suma, para que uma decisão seja justa e responsável, é preciso que, em seu momento próprio, se houver um, ela seja ao mesmo tempo regrada e sem regra, conservadora da lei e suficientemente destruidora ou suspensiva da lei para dever reinventá-la em cada caso, re-justificá-la, reinventá-la pelo menos na reafirmação e na confirmação nova e livre de seu princípio.²⁵³

O juiz criminal vive esse dilema da medida a todo o momento. Há uma lei estabelecendo o crime, definindo os seus elementos e autorizando a pena para quem pratica a proibição estabelecida. O descolamento do juiz dessas criminalizações pode ser realizado com base em princípios constitucionais penais e, ainda assim, ele estará trabalhando no interior das possibilidades do sistema. Ou seja, as argumentações com base em princípios permitem a relativização do sistema para uma discussão valorativa, que resultará em resultados imprevisíveis, mesmo ele ainda sendo norma, sendo direito.

Essa relativização é prevista pelo próprio sistema, uma vez que ele mesmo prevê os princípios como normas. Em suma, a abertura para a política é autorizada pelo próprio sistema. Assim, as regras devem ser aplicadas segundo valores constantemente reapreciados pelo juiz, o qual deve se valer das potências constituintes para compreender as criminalizações desejadas diretamente pela gente e as demandas por abolições. Evidentemente, o juiz precisa ficar atento às mediações dos sentimentos populares, que podem ser distorcidos ou parcialmente manipulados. A investigação dos desejos constituintes

²⁵² DERRIDA, Jacques. Force de Loi: le “fondement mystique de l’autorité”. *Cardozo Law Review - Deconstruction and the Possibility of Justice*, p. 960.

²⁵³ DERRIDA, Jaques. *Força de Lei – o “fundamento místico da autoridade”*, p. 44. No original: DERRIDA, Jacques. Force de Loi: le “fondement mystique de l’autorité”. *Cardozo Law Review - Deconstruction and the Possibility of Justice*, p. 960: “Bref pour qu’une decision soit un, elle soit à la fois réglée et sans règle, conservatrice de la loi et assez destructice ou suspensive de la loi pour devoir à chaque cas la réinventer, la re-justifier, la réinventer au moins dans la réaffirmation et la confirmation nouvelle et libre de son principe.”

pode acarretar em explosões de diversos tipos penais, que não resistirão às mudanças sociais, refletidas nos valores cuja mutabilidade mantém a Constituição atualizada.

Ainda em relação aos princípios, o vigor interpretativo pode levá-los às margens do direito, ampliando ou questionando os sentidos mais aparentes das normas, a ponto de criar brechas para discussões de política criminal. O Supremo Tribunal Federal possui algumas decisões em que desafia a mensagem mais superficial deixada pela lei penal, alavancando interpretações heterodoxas, porém em conformidade com os valores constitucionais penais. A desestabilização do texto diminui a velocidade do julgado, demonstrando a passagem do indecível, que produz certa coerência entre direito e justiça. Escolhi dois exemplos para ilustrar esse ponto.

O primeiro versa sobre o HC 254.818/PR, julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 2001. Nessa oportunidade, a Corte decidiu ser constitucional a medida provisória que contenha norma penal benéfica ao indivíduo. A vedação de edição de medida provisória sobre matéria relativa ao direito criminal, conforme prevista no artigo 62, inciso I, alínea b, da CRFB/88²⁵⁴, abrange apenas as normas penais incriminadoras ou que de alguma forma agravem a situação do indivíduo, em relação ao poder punitivo do Estado.

Entendeu-se ainda que a reserva absoluta de Lei (artigo 5º, inciso XXXIX, da CRFB/88) para a definição de crimes e cominação de penas configura uma garantia individual da liberdade, que não pode ser utilizada contra o indivíduo, para afastar a incidência de dispositivos penais que lhe beneficiam previstos em medida provisória. As normas penais proibidas de serem editadas por medida provisória são aqueles que beneficiem a pretensão punitiva do Estado em detrimento da liberdade.

Mesmo diante de expressa vedação constitucional à edição de medidas provisórias em matéria penal, o STF adotou a posição menos óbvia, amparada no sentido do princípio da legalidade, que não pode ser utilizado contra o indivíduo, uma vez que existe para protegê-lo, isto é, para ser uma garantia à sua liberdade.

No entanto, infelizmente o STF não tem sido coerente na aplicação do princípio da legalidade, mudando o sentido da sua incidência ao longo do tempo, ao sabor dos ventos das suas novas composições, sem explicitar os seus critérios. A recriação da aplicação do princípio aqui é problemática. Basta pensar em sua resistência em aceitar a combinação das leis penais mais benéficas no tempo. O argumento para não proceder desse modo é o princípio

²⁵⁴ § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I - relativa a: b) direito penal, processual penal e processual civil;

da legalidade, que dessa vez é utilizado contra o indivíduo. Os posicionamentos do STF constantemente entram em choque ao longo do tempo, sem haver nenhuma preocupação nos julgamentos de enfrentar o *standard* jurisprudencial anterior, para que se possa ter ideia do sentido das mudanças e das contradições, que podem ocorrer, porém com o cuidado de ser uma nova reapreciação das normas, em conformidade com as potências constituintes.

Ocorre que a sensação que se tem é que as posições mudam aleatoriamente, mais ao sabor das políticas internas do que em harmonia à hercúlea tarefa de decidir de acordo com o espírito democrático. Essa crítica não é à mudança de sentido, mas à inexistência de critérios que demonstrem o comprometimento do STF com uma decisão mais democrática.

O segundo exemplo versa sobre as medidas de segurança por tempo indeterminado, tanto o STF (HC 84219/SP) quanto o STJ (HC 125.342/RS, HC 134487/RS e HC 143.315/RS) têm estendido o *caput* do artigo 75, do Código Penal, que versa sobre as penas privativas de liberdade, às medidas de segurança, valendo-se da vedação constitucional às penas perpétuas, mesmo sem existir prazo máximo definido na regra própria do artigo 97, do Código Penal. Nessa perspectiva, as Cortes também tiveram o cuidado de driblar a interpretação mais aparente, ligando a regra aos valores que a inspiram.

As decisões dos magistrados ainda assim não estão limitadas à aplicação dos princípios para deixarem de ser mecânicas, podendo criar interpretações para as regras inspiradas em raciocínios criminológicos e de política criminal, mantendo uma relação de tensão entre o direito que se fecha e a política que provoca a abertura. O problema da aporia se mantém, mesmo nesse caso, pois a justiça fica prejudicada tanto na mecânica das normas quanto na improvisação fora de qualquer regra ou princípio. E quanto mais se força uma interpretação às margens do campo semântico da norma, mais se legitima o ativismo do magistrado, que improvisa segundo a sua ideologia. Isso também é perigoso e exclui a presença da justiça na decisão concreta. Nesse sentido, diz Derrida:

Cada caso é um caso, cada decisão é diferente e requer uma interpretação absolutamente única, que nenhuma regra existente ou codificada pode nem deve absolutamente garantir. Pelo menos, se ela a garante de modo seguro, então o juiz é uma máquina de calcular; o que às vezes acontece, o que acontece sempre em parte, segundo uma parasitagem irreduzível pela mecânica ou pela técnica que introduz a iterabilidade necessária dos julgamentos; mas, nesta medida, não se dirá do juiz que ele é puramente justo, livre e responsável. Mas também não o diremos se ele não se referir a nenhum direito, a nenhuma regra ou se, por não considerar nenhuma regra como dada para além de sua interpretação, ele suspender sua decisão, detiver-se no indecível ou então improvisar, fora de qualquer regra e de qualquer princípio. Desse paradoxo decorre que em nenhum momento podemos dizer *presentemente* que uma decisão é justa (...).²⁵⁵

²⁵⁵ DERRIDA, Jaques. *Força de Lei – o “fundamento místico da autoridade”*, p. 44-45. No original: DERRIDA, Jacques. Force de Loi: le “fondement mystique de l’authorité”. *Cardozo Law Review - Deconstruction and the Possibility of Justice*, p.

Essa aporia fragiliza a autoridade do juiz, que não pode se apresentar como o portador do justo. Daí a necessidade do magistrado buscar legitimidade na gente, dando efetiva voz ao réu, à vítima e a todos os envolvidos diretamente ou indiretamente no caso, pois assim terá mais possibilidades de julgar em harmonia com as interpretações em matéria criminal produzidas pelos envolvidos no conflito, legitimando mais as suas decisões e abrindo espaço para os acontecimentos da justiça.

A segunda aporia versa sobre o suspense da decisão. Derrida afirma que a decisão de calcular não é da ordem do calculável, tangenciando com o indecível, pois o que é estranho e heterogêneo ao cálculo deve entregar-se à decisão impossível²⁵⁶. Ou seja, a obrigação de calcular não é produto da máquina de calcular. Ela é condição da própria justiça, pois desistir do direito é algo extremamente injusto. Entretanto, ao decidir com o direito a justiça se esvai. Por isso que temos sempre a impressão de faltar muita coisa em uma decisão criminal. Diante dela, sentimos a ausência e surge a náusea. A dicotomia condenação/absolvição parece ser sempre insuficiente. Essa falta é produzida pela máquina de calcular que produz um resultado mais ou menos técnico.

Por exemplo, a pena meticulosamente calculada em 20 anos de reclusão ou a absolvição de um homicídio por insuficiência de provas deixa de fora tantas questões, tantos aspectos da realidade que não foram suscitados. Findo o processo, a impressão que fica é de ausência. Se refletida, segue a náusea, que culmina em tristeza. Havendo o perigo inclusive de uma postura *blasé* diante disso tudo. A condenação ao cálculo e a sua natureza incessante e interminável pode conduzir o juiz às portas do sanatório da indiferença ou à fileira de ovelhas à espera do pastor. Quem fica, enfrenta a confusão e a promessa de um caminho tortuoso. Quem assume o sofrimento, entende a importância do indecível e do carinho envolvido em sua passagem. Há momentos sempre repetidos em sua irrepetibilidade, que demandam sempre o retorno para que uma decisão seja considerada livre e responsável. É o momento de suspensão, de oitiva, de meditação, quando o juiz voltará sempre ao estágio anterior de estar em dúvida quanto à afirmação ou não da lei, a qual tem o direito de ter o seu momento incalculável, que se permanecer no tempo é injusto, havendo o dever do direito de ao fim ser

960: “Chaque cas est autre, chaque décision est différente et requiert une interprétation absolument unique, qu’aucune règle existant et codée ne peut ni ne doit absolument garantir. Si du moins elle la garantir de façon assurée alors je juge est une machine à calculer – ce qui arrive – on ne dira pas qu’il est juste, libre et responsable. Mais on ne le dira pas non plus s’il ne se réfère à aucun droit, à aucune règle ou si, parce qu’il ne tient aucune règle pour donnée au-delà de son interprétation, il suspend sa décision, s’arrête à l’indécidable ou encore improvise hors de toute règle et de tout principe. De ce paradoxe, il suit qu’à aucun moment on ne peut dire *présentement* qu’une décision *est* juste (...)”. Grifos do autor.

²⁵⁶ Ibid., p. 962.

direito, mas sempre com um quê de novidade, para ser realmente valorativo, acompanhando tanto quanto possa a velocidade desestabilizante da desconstrução.

A terceira aporia é a emergência impreterível da justiça, que barra os horizontes e os messianismos. A justiça não espera e nem pode ser instrumentalizada para se consagrar no futuro. Ela tem um porvir, que é já e agora. Essa emergência demanda a sua impostergabilidade no direito, porém a ideia dela não pode restar abandonada na regra ou na política, sob pena de servir aos piores dos cálculos. É preciso negociar a relação entre o cálculo e o incalculável. Abrindo espaços, julgando sob perspectivas impensadas, do tribunal até o mais alto dos arranha-céus, passando e suportando a atmosfera sinistra e complexa dos conflitos criminais. É preciso poder confiar na universidade – que, portanto, tem o dever de ser livre e plural – e ouvir as revoltas diretas da gente, sem mediações. Politizar é o caminho. Contudo, é preciso ter cuidado para que isso não seja uma trilha de perversões, de megalomanias e de mitomanias. A existência do direito e a atividade do juiz são deveras importantes nesse sentido. É preciso ter direitos, que só existem de verdade com lutas, sejam elas institucionais, para além das instituições ou contra elas. Derrida afirma que a politização é interminável, mas que não pode ser total. Segundo ele, “cada avanço de politização obriga a reconsiderar, portanto a reinterpretar, os próprios fundamentos do direito, tais como eles haviam sido previamente calculados ou delimitados”²⁵⁷.

Bloquear horizontes, ter emergências, resolver problemas, cuidar de si para cuidar do outro e ter vergonha do espírito que lava a boca com a miséria de gente humilde. A justiça é aqui. É agora. Precisa de você, de mim, de nós. Demanda direitos a todo tempo. É incompleta, indefinível, perigosa e sensual. Vem venenosa e te vicia. Pode te fazer de bobo e te deixa bobo. Faz você largar tudo, mas se quiser tê-la – para ela te ter – é preciso assumir responsabilidades. Quando é esquecida, você fica infeliz e lembra sempre do corpo, do cheiro, da vida. Vive por ela, mas finge que não. Não é possível escrevê-la, delimitá-la, absorvê-la, mas o sorriso dela deixa tudo belo. Você sempre quer aquela que escolheu para ti, mas na verdade é ela quem te escolhe. Traí-la é a coisa mais fácil do mundo, basta seguir os instintos e perder a fé. É preciso um bocado de razão e paciência, para que você não vire um robô, uma máquina. Tem gente que por ela até pratica androginia. Deixa-te *blasé* e até o placebo é aceito. Diz a poetisa, é *jazz* do coração e não afunda navios. É sensível e chora. E tomara que

²⁵⁷ DERRIDA, Jaques. *Força de Lei – o “fundamento místico da autoridade”*, p. 56. No original: DERRIDA, Jacques. *Force de Loi: le “fondement mystique de l’autorité”*. *Cardozo Law Review - Deconstruction and the Possibility of Justice*, p. 960: “La politisation, par exemple, est interminable même si elle ne peut et ne doit jamais être totale. Pour que cela ne soit pas un truism ou une trivialité, il faut en reconnaître la conséquence suivante: chaque avancée de la politisation oblige à reconsidérer, donc à réinterpréter les fondements mêmes du droit tels qu’ils avaient été préalablement calculés ou délimités.”

comece a chorar em público e no comum. Simples e complexa. Incontável e fugidia. Fala a todo o momento e você não escuta. Quando escuta, não entende. Enfim, a justiça é feminina. Você ainda tem dúvidas disso?

9 O VÉRTICE EM ROXIN À TEORIA DESCONSTRUCIONISTA

A teoria desconstrucionista de Derrida, ao tratar do direito e da justiça, possui potencial para aprofundar o estado da arte da dogmática criminal contemporânea. A teoria da culpabilidade de Claus Roxin, no que versa sobre a necessidade da pena, parece ser o ponto adequado de ligação entre o pensamento da desconstrução e a tradição jurídico-criminal, por ser justamente um momento de abertura da dogmática para a política-criminal, possuindo, portanto, um caráter *juspolítico*.

A escolha se deu pelo fato de Roxin ser o responsável por realçar na dogmática criminal a crise de enclausuramento do Direito Criminal. O autor não propõe um repúdio ao direito, mas também não sustenta que os juristas devem aderir a ele completamente. Nas primeiras linhas de sua obra clássica, “Política Criminal e Sistema do Direito Penal”, Roxin já alerta, por meio da referência a Franz Von Liszt, sobre a concepção do Direito Criminal como barreira infranqueável da política criminal²⁵⁸. No decorrer da obra, como já cediço, ele rompe com essa concepção, repensando a culpabilidade de modo a permitir que a política ocorra expressamente na dogmática.

²⁵⁸ ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Traduzido por Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires : Hamurabi, 2006.

Ao assumir o direito na política, o que se faz é mudar a política do direito. Na verdade, Roxin não permitiu a política na dogmática, mas sim transformou a política da dogmática, de modo a ampliar de modo irrefreável as possibilidades de decisão e de estruturação do sistema criminal. O seu pensamento é propício aos embates políticos no seio da dogmática criminal, pois assume a existência e a necessidade da política no direito.

As concepções de Direito Criminal que colocam as normas como barreiras intransponíveis da política sujeitam os juristas e os jurisdicionados à agenda política do poder constituído. A teoria de Roxin, por sua vez, exige que a pena seja necessária para que alguém seja responsabilizado criminalmente. A reflexão sobre a necessidade da pena se remete necessariamente às diretrizes da política criminal, que, em uma leitura constitucional, não pode ser gerida apenas pelo Estado, devendo ter a participação do povo, uma vez que todo poder dele emana. Assim, os cidadãos de um Estado não podem ficar alijados das decisões jurídico-criminais, já que há conteúdo político nelas. Se já é razoável a exigência da abertura de canais para a participação popular nas instâncias de poder em que atuam agentes políticos eleitos, mais ainda deve ser reclamado do Poder Judiciário, pois seus membros não são eleitos. Como aceitar que agentes estatais que não foram eleitos profiram decisões políticas relativizadoras das liberdades públicas, sem nenhum controle ou participação popular?

Considerando que há em Roxin a assunção *juspolítica* e o questionamento do cálculo jurídico, no “momento dogmático” de se perquirir a responsabilidade criminal do agente, tem-se que essa reflexão, para ser uma promessa de justiça, deve estar ligada à democracia e ao seu consectário da liberdade de expressão. Esse livre dizer é qualificado pelas possibilidades reais de influenciar na decisão. Para que isso ocorra, o juiz deve se esforçar para ser menos decisivo, permitindo a vinda do outro e incorporando na sua decisão traços e ponderações da argumentação daqueles que optam por se manifestar no processo.

Isso tudo para dizer que há uma política subjacente à limitação da atividade jurisdicional ao cálculo criminal. O cálculo *per se*, de plano, legitima o Direito Criminal, o coloca como promessa de justiça, o que já é uma legitimação do sistema. Esta, quando inquestionada, fortalece a burocracia do Estado e a violência que ela empreende. Toda violência deve ser questionada, no entanto. O que não significa que ela toda possa ou deva ser eliminada – a intimidade de cada um que o diga -. A exigência do questionamento existe para que a violência jamais se cristalize e para que possamos sempre buscar alternativas a ela, em uma perspectiva razoável e possível de paz, mas construindo as condições para a ocorrência do impossível.

Roxin reconhece as funções da pena, assim como Derrida não provoca um rompimento com o Direito. Entretanto, o primeiro quebra a barreira imaginária entre o direito e a política e o segundo denuncia a mística do direito e a coloca em xeque, enfatizando a necessidade da crítica e da reflexão. Ambos, mesmo partindo de bases teóricas distintas, possuem pontos de encontro, como filhos do mesmo tempo.

Adicionalmente, proponho que as sentenças e os acórdãos precisam cair na roda da produção constituinte, sendo este um modo adequado de criar condições para a justiça e permitir decisões responsáveis, ou seja, singularizadas, refletidas e trabalhadas no caso concreto. Se o magistrado decidir sem o dever jurisdicional de assumir, o tanto quanto possível, a vinda do outro, a decisão ficará restrita aos ditames do poder constituído, da assunção violenta “de justiça” de cada magistrado ou dependerá de um juiz *ex machina*.

Nas páginas seguintes, serão abordados os pontos da teoria *juspolítica* de Claus Roxin, de modo a demonstrar as suas relações com a teoria desconstrucionista de Derrida e a importância dessa união para que o indesejável aconteça. Vale a lembrança, porém, que o desconstruível não é um “desconstrutível”, isto é, avançar é importante e mandamental, contudo há ao mesmo tempo a responsabilidade perante as nossas heranças.

9.1 A Necessidade da Pena em Claus Roxin

Nas primeiras páginas da obra “Política Criminal e Sistema do Direito Penal”, Claus Roxin questiona a utilidade da solução dogmaticamente impecável, clara e uniforme, porém errônea sob a perspectiva política-criminal. Reflete o professor alemão:

Para que serve a solução de um problema jurídico que, apesar de sua bela clareza e uniformidade, é errônea do ponto de vista político-criminal? Deve ser preferível realmente a uma decisão satisfatória do caso concreto, que não é integrável ao sistema? É evidente que se deve responder negativamente a esta questão e que há que se admitir as quebras, motivadas político-criminalmente, da regra escrita.²⁵⁹

É perceptível, portanto, que Claus Roxin admite as relativizações da dogmática em prol de uma decisão adequada do ponto de vista político-criminal. Em sua linha, a política é capaz de flexibilizar o direito, desafiando a sua razão para torná-lo mais racional no caso concreto. A norma criminal não é sobrevalorizada em detrimento da realidade. As decisões valorativas político-criminais devem penetrar o sistema do direito penal²⁶⁰.

²⁵⁹ ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, p. 37. Tradução nossa.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 43.

Ocorre que também é um perigo a desvinculação arbitrária do direito. Ele é devido e integra o processo democrático. Nem Derrida nem Roxin propõe que o direito seja desconsiderado. O que ambos fazem é defender a sua insuficiência diante da complexidade do real. Roxin apresenta o “escape da dogmática” e Derrida sustenta a necessidade de democratizar esse “escape”, para que seja uma margem para a ocorrência da justiça.

Apesar do acontecimento da desconstrução não ocorrer tão somente na análise da responsabilidade criminal, que, para Roxin, compreende a necessidade da pena e a culpabilidade, a questão da pena e da sua insuficiência é uma estratégia positiva para que o magistrado possa criar condições de diálogo com a sociedade, para que o outro venha dizer sobre a necessidade dela, de acordo com o caso concreto, as tradições e as circunstâncias em que o crime ocorreu. A partir daí a história do fato e o para além dele serão relevantes no processo, sendo possível para o magistrado ter um contato maior com a realidade por trás do crime, decidindo com mais responsabilidade e de acordo com uma concretude que oferece novas possibilidades, sendo propícia para a produção de uma decisão nova.

A abertura à política criminal elaborada por Roxin é então um ponto de apoio razoável para a inserção da perspectiva desconstrucionista no Direito Criminal. A sua relação com Derrida é possível, mas com tensões. Os autores se vinculam a linhas diferentes de pensamento. Derrida vem da filosofia, tendo diálogos com Husserl e Heidegger. Já Roxin é juspolítico e toma como base do seu funcionalismo penal o pensamento do sociólogo Talcott Parsons. Roxin tem preocupações relacionadas à construção de um Estado minimamente tutelar, enquanto Derrida não se cansa de dizer que é importante o desenvolvimento de uma prática política para além dos Estados, que vincule os povos, fazendo inclusive referências a uma “Nova Internacional”. Portanto, ambos possuem pontos de encontro, mas a exploração deles só pode ser feita com esforço. É um desbravamento, sem dúvida.

É bem sabido que o pensamento de Derrida é “estranho”, para os seus defensores essa é uma característica positiva, pois o desconstrucionismo evita ao máximo as escolhas de “ou...ou” e “sim ou não”, colocando-se em uma posição de estranhamento a essas dicotomias, atendendo-se para as quebras da língua. É por esse ~~desencantamento~~ encanto “descanto” “endescantamento” que Derrida é taxado de relativista, mesmo negando esse rótulo a todo o momento e se filiando à *Aufklärung*.

O “endescantamento” desconstrucionista provoca os opositores. Para que o pensamento desconstrucionista pudesse tratar do direito era necessário que a justiça fosse posta à tona, porque é esta que sustenta aquele. Como a desconstrução desestabiliza a pretensão de certeza e até de razoabilidade da interpretação do texto legal, o que sobra é tudo,

ou seja, a promessa de justiça que carrega o direito e o excesso da justiça sobre ele, o qual jamais será preciso e seguro por uma questão de justiça, mas sim por uma violência conservativa e evidentemente política. É justo que se assuma a insegurança do direito. Daí o “endescantamento”, que aparece no acontecimento da justiça que não espera, ocorre e é inadiável, conjuntamente com o curto-circuito da ilusão da segurança jurídica, que nos permite vislumbrar o que está por trás dela – que não é algo puramente mal ou perverso, pois a justiça depende do direito e pode se fazer nele -. O “endescantamento”, que trilha no encanto do desencanto, é uma das explicações possíveis para o mal-estar deixado pela desconstrução do direito.

Nesse sentido, é muito difícil encontrar um autor que possa ser trabalhado em conjunto com Derrida, sem que haja tensões. Essa parece ser outra decorrência positiva do pensamento dele, pois destaca o ineditismo dos seus escritos, que reflete bem o tempo atual das coisas.

Muito está lá. As dificuldades e as possibilidades da linguagem, as denúncias às assunções unívocas de sentido, as preocupações com o terrorismo e com as justificações das violências, as desconfianças em relação ao Estado e a busca por alternativas ao seu posicionamento centralizado na política, as consequências da globalização (ou, como Derrida prefere, da mundialização), a justiça indeseconstruível e o direito desconstruível, a relevância de decidir com responsabilidade e o sofrimento dessa tarefa, etc. Nisso tudo, existe sempre o retorno à postura de refletir e de questionar incessantemente, como um indicativo de fé (palavra muito utilizada por ele) na “humanidade” e principalmente no outro. O pensamento de Derrida tem fé no aperfeiçoamento das coisas. O “norte” da desconstrução aí está, se existe. Ela é intraduzível e resiste a conceituações, todavia, dentre outras, há uma frase que se aproxima dela: o processo do mundo. E uma palavra que com ela se confunde: justiça.

O pensamento juspolítico de Derrida atenta-se para o mundo em movimento e como ele se aperfeiçoa, entrando em crise, desiludindo e seguindo em frente. Ele nos impulsiona à “desnarcização” do nosso mesmo, do terreno querido que se desconstrói inexoravelmente. Nada mais preciso em sua imprecisão. Arrisco-me a dizer que a desconstrução versa sobre o processo de acontecimento da justiça no mundo, apesar de isso não ser uma definição.

Roxin aponta para esta necessidade da preocupação do direito com a justiça, apesar de ligá-la ao Estado. Para ele, o Estado de Direito e o Estado Social formam uma unidade dialética. Ademais, o Estado Material de Direito seria formado pela ordem estatal e pela justiça social. Jacques Derrida não possui tanta confiança no direito, pondo-o constantemente

à prova. Roxin já tem fé na justiça que vem do Direito e do Estado. Na assinatura do professor alemão:

A vinculação ao Direito e a utilidade político-criminal não podem entrar em contradição, mas sim devem ser conciliadas em uma síntese, do mesmo modo que o Estado de Direito e o estado social não formam em verdade contrastes irreconciliáveis, mas sim uma unidade dialética. Uma ordem estatal sem uma justiça social não forma um Estado material de Direito (...).²⁶¹

Derrida já põe o direito em xeque. A cada momento é preciso decidir de novo, fundamentando novamente, abrindo espaço para as reflexões, permitindo o indecível e potencializando as possibilidades do impossível. O fundamento “místico” do direito torna frágil a sua legitimidade em cada caso, que deve ser confirmada por uma decisão digna do caso, escrita por um juiz que deu voz efetiva aos que quiseram se manifestar nos espaços democráticos do processo.

Assim, Derrida é mais radical do que Roxin. Este evidencia uma ordem estatal que busca a justiça, enquanto aquele afirma que é preciso dizer sempre talvez à justiça, sendo impossível referir-se a ela diretamente. O Estado-Juiz de Derrida cria as condições para a justiça acontecer e tem ciência de que a sua ocorrência não é ditada por ele. É o outro que vem com a demanda da justiça. É o poder constituinte que pressiona o poder constituído a cumprir as suas tarefas com esmero. O Estado-Juiz de Roxin excepciona a dogmática, quando o sentido da política-criminal é encontrado. Diferentemente da desconstrução de Derrida, que desconstrói o sentido. Diz a filósofa Raquel Nigro:

Já a desconstrução possui outra destinação. Não está à serviço de nenhuma verdade nem da elaboração de regras que garantam a determinação do sentido. A desconstrução quer pensar a linguagem nela mesma, ou seja, quando ela não está referindo-se a outra coisa que não ao seu próprio jogo referencial, à sua própria performatividade.²⁶²

E complementa:

(...) a desconstrução não é uma filosofia política, mas uma ‘véspera’ da política, uma atitude vigilante e resistente ao político tradicional. Com efeito, a desconstrução da noção de ‘próprio’ e todos os seus correlatos (propriedade e apropriação) ataca o cerne do ‘político’ tal como pensado pela tradição, ou seja, a partir da polis e seus habitantes. Isto porque, ao revelar a textualidade constitutiva de toda ‘realidade’, ou seja, ao revelar que a ‘coisa mesma’ sempre escapa no jogar, mais uma vez, da estrutura referencial que apenas promete, sem concretizar, a sua presença, a desconstrução abriga o poético e aceita a contaminação de toda língua. Nesse sentido, para a desconstrução, qualquer filosofia que se pretenda séria e comprometida com a ‘realidade’ deve, necessariamente, dar conta do texto, do contexto e da disseminação estrutural que afeta todo sentido, enfim, da *différance*. Não basta excluir a contradição e abrigar-se na tranquilidade do discurso dito ‘sério’ ou nos pressupostos comunicativos pretensamente universais.²⁶³

²⁶¹ ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, p. 49.

²⁶² NIGRO, Rachel Barros. *Desconstrução linguagem política*, p. 265.

²⁶³ NIGRO, Rachel Barros. *Desconstrução linguagem política*, p. 266.

Se não há segurança de infalibilidade das regras que garantem a determinação do sentido - não há “resseguro” – e se a desconstrução não se propõe a elaborar novas regras ou aperfeiçoá-las, o que o magistrado deve fazer é realçar que o seu viés interpretativo é uma escolha violenta, suspendendo-o no que for possível, assumindo uma postura menos decisiva para permitir a vinda do outro, que é condição para a ocorrência do impossível na decisão. Quando o juiz não decide apenas a partir da sua perspectiva política, mas sim “embriagado” pela crítica vinda, que o arrebatou.

No entanto, não é possível depender apenas dos magistrados. Seria uma loteria e um ato de fé muito forte. A decisão criminal deve ser democraticamente posta à prova, por meio de um processo criminal que torne o magistrado menos decisivo. Atualmente isso já ocorre, mas pelos enunciados dos Tribunais e pelos mecanismos subterrâneos de controle, embasados numa padronização do magistrado e numa política de recompensas. Numa perspectiva desconstrucionista, esse modelo de Poder Judiciário que, em regra, deságua em uma sentença ou um acórdão padronizado seria irresponsável.

A luta por um juiz menos decisivo e ciente da *juspolítica* toma a direção contrária, pois o magistrado precisa de ampla liberdade para poder lutar contra a violência de se fechar puramente em si no exercício da sua função. Ainda mais se considerarmos que ele integra uma instituição que, pelas regras da experiência, força-o à padronização. Um juiz menos decisivo implica na existência de liberdade para decidir às margens da instituição e de normas processuais que exijam dele uma abertura democrática.

Assim, há duas estratégias de luta que criam condições propícias para a existência de decisões criminais mais democráticas: a) o investimento na “formação” transdisciplinar do juiz; b) a modificação do Processo Penal, de modo a sistematizá-lo para que o magistrado não tenha mais uma função centralizada, garantindo a participação da sociedade.

Isso significa que os concursos públicos e as escolas da magistratura devem cobrar as disciplinas necessárias para uma compreensão holística das problemáticas juspolíticas, com o fim de captar as interdependências, as conexões e as semelhanças entre as linhas de conhecimento, que não são naturalmente estanques. Neste ponto específico, concordo com Salo de Carvalho:

A necessidade da abertura dos saberes, de um diálogo entre as disciplinas e a impossibilidade de que se mantenham eficazes os discursos disciplinares, impõem uma nova postura para os investigadores. Tal postura deve estar harmonizada com uma ética transdisciplinar que reconheça a ‘(...) existência de diferentes níveis de

realidade, regidos por lógicas diferentes’, e negue ‘qualquer tentativa de reduzir a realidade a um único nível regido por uma única lógica’.²⁶⁴

Nessa perspectiva, os ramos do conhecimento não devem ser estudados apartadamente. As disciplinas transbordam as suas fronteiras, quando aplicadas para a “solução” de um caso concreto. Para enfrentar os problemas e solucioná-los, é necessário abordar diversos ramos de conhecimento, pois aqueles são cada vez mais multidimensionais em razão da complexidade da sociedade e da natureza²⁶⁵.

A ampliação substancial da densidade democrática do Poder Judiciário envolve a mudança da compreensão dos seus membros sobre a responsabilidade da sua própria atividade, de modo a tê-la como uma tarefa juspolítica, que implica na utilização da técnica do direito, mas que não se encerra nela, sendo exigida de cada decisão uma fundamentação política apropriada e harmônica com o seu tempo, ciente da sua insuficiência em relação à justiça. Apegar-se puramente à técnica e à “hierarquia jurisdicional de fato” é burocratizar o Poder Judiciário e eliminar as possibilidades de decisão, uma vez que o cálculo será gerido indiscriminadamente pelo sistema, com pontos residuais de interação efetiva entre a sociedade, as partes e o magistrado.

Portanto, é preciso que o magistrado tenha uma “formação” capaz de lidar com a multidimensionalidade dos problemas, o que envolve o estudo da sociologia, da filosofia, da psicologia, etc., além do conhecimento e da prática assumida da juspolítica, que lhe põe ciente do seu poder de decisão, aumentando-o perante a instituição e diminuindo-o perante a sociedade, que doravante precisará ser ouvida. Vale lembrar, no entanto, que todo decidir deve ter em conta a necessidade do direito. É justo que haja direito e o juiz não pode desconsiderá-lo ao decidir.

Ademais, não se pode depender tão somente da atividade do magistrado para que o Poder Judiciário seja mais democrático. Tal dependência seria entregar-se à fortuna e à boa índole de cada juiz. O Processo Criminal precisa ser estruturado de modo a garantir à sociedade a sua efetiva participação nas decisões judiciais. Ela precisa ser ouvida e reconhecida pelo juiz. Como consequência, este deve enfrentar na elaboração da decisão os diversos argumentos trazidos ao processo pelos segmentos sociais, devendo prestar contas a eles, pondo-se em indecisão. Para ser democrático, o processo deve ser fundamentalmente social, relativizando o seu caráter individualista, tanto em relação às partes quanto em relação

²⁶⁴ CARVALHO, Saulo de. Criminología e transdisciplinarietà. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 91, p. 125-148, 2009, p. 129. Tradução nossa.

²⁶⁵ BAUMGARTEN, Máira. A prática científica na “Era do Conhecimento”: metodologia e transdisciplinarietà. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 11, n. 22, p. 14-20, jul./dez. 2009, p. 15.

aos poderes constituídos. A partir daí será possível a elaboração de pensamentos mais suspensos, sem pressa de resolver as crises, uma vez que os diversos posicionamentos de um determinado caso aparecerão com a abertura democrática, dirimindo as certezas, possibilitando a indecisão e evitando as soluções superficiais e aceleradas do nosso tempo interconectado.

A revisão do cálculo dos enunciados das súmulas é uma das alternativas para a descentralização da atividade do magistrado e o aprofundamento da sua interação com a sociedade e as partes. Assim, proponho três novos modelos de enunciados.

O primeiro deles são os enunciados multi-institucionais. Não é possível minimizar os problemas decorrentes dos crimes, tanto por parte do Estado quanto por parte do particular, se as instituições jurídicas e o Poder Judiciário não colaborarem. O desenvolvimento de congressos entre o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Magistratura pode, sem prejuízo dos enunciados particulares de cada um, fazer com que se estabeleçam em conjunto preceitos e direcionamentos voluntários para solucionar as questões criminais. Assim se fortalecerá a comunicação e o entrosamento entre os atores jurídicos. É claro que o juiz deve ter sempre uma posição crítica perante esses enunciados, desafiando-os ou reinventando-os quando for necessário.

O segundo modelo são os enunciados populares, que resultarão da apreciação de casos juspolíticos por diversos segmentos sociais. Desse modo, as organizações sociais, os movimentos sociais, as empresas e os representantes das comunidades poderão desenvolver posicionamentos que serão apreciados pelos magistrados nos casos concretos.

O terceiro modelo são os enunciados das minorias políticas, que merecem uma súmula própria em razão dos seus déficits de representação política e a sua luta pelo reconhecimento das suas identidades. Esse modelo será importante para inserir posicionamentos contramajoritários no Poder Judiciário, que servirão de contraponto à violência das decisões majoritárias.

A implementação desses enunciados fará com que haja uma pressão positiva no magistrado, sendo possível constatar as suas alianças e compromissos, a partir da verificação dos enunciados que utiliza. Por exemplo, um magistrado pode ser caracterizado como burocrático e classista, se seguir com frequência o posicionamento dos Tribunais Superiores, ignorando os enunciados populares e das minorias. Já outro que faça a devida temperança entre os enunciados e busque singularizar as suas decisões atuará de modo mais democrático. Enfim, os enunciados são um dos cálculos processuais que podem pressionar o juiz a aceitar e considerar outras políticas e o rosto do outro.

Tudo isso para dizer que é justamente na abertura para a política que Roxin e Derrida possuem pontos de contato, sendo a análise da responsabilidade penal, que exige a racionalização da necessidade da pena, um momento dogmático propício para a inserção da teoria desconstrucionista da decisão, conforme trabalhada por Derrida em “Força de Lei”. Nesse sentido, a preocupação de Roxin é a mesma da de Derrida: o fechamento da dogmática à realidade, em um cálculo próprio que se faz autossuficiente. Ambos propõem que o cálculo da dogmática deve ser questionado, apesar de não ser justo prescindirmos completamente dele. Diz Roxin:

(...) a categoria delitiva, que tradicionalmente denominamos *culpabilidade*, tem na realidade muito menos a ver com a averiguação de poder atuar de um modo distinto, algo empiricamente difícil de constatar, que com o problema normativo de se, e até que ponto, nos casos de circunstâncias pessoais irregulares ou condicionadas pela situação convém uma sanção penal a uma conduta que, em princípio, está ameaçada com uma pena.²⁶⁶

A pergunta é: a pena convém? A quem? À sociedade? À retroalimentação do direito? À elite? À ética? Ao povo? À justiça? Ao ser humano? Se tentarmos **talvez** responder essas perguntas de modo abstrato, teórico, poderíamos dizer que ela serve a todos e a ninguém. É preciso então multiplicar infinitamente essa decisão, para que seja tomada em cada caso. Se ela for sempre tomada e retomada, considerando o direito e a política, sendo, portanto, juspolítica, tem que ser democrática. Essa exigência advém do poder constituinte, sendo um pressuposto para o direito atual. Como os juízes não são eleitos e a Constituição estipulou em seu artigo 1º, parágrafo único, que todo poder emana do povo e o seu exercício é feito por ele ou por seus representantes eleitos, as decisões criminais precisam de amparo popular ou serão ilegítimas. Elas, para serem democráticas, precisam ter a participação do povo, seja decidindo ou participando do processo que culminará em uma decisão livre, devida e responsável do juiz togado.

Nesse sentido, e apesar de Roxin não limitar as considerações político-criminais à culpabilidade²⁶⁷, entendo ser mais oportuno que se iniciem os debates populares sobre o Direito Criminal abordando a necessidade da pena, ou seja, no âmbito da análise sobre a responsabilidade penal, porque é da pena que vem a dor, o prazer e as considerações de justiça e injustiça. As discussões sobre ela também independem de técnicas mais apuradas, uma vez que ela toca diversos níveis da razão e da paixão. Roxin inclusive considera este momento como de abertura. É na qualidade do debate sobre a responsabilidade, administrado pelo juiz e compartilhado pela sociedade, que aquele terá uma das grandes possibilidades de

²⁶⁶ ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, p. 267. Tradução nossa.

²⁶⁷ ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, p. 77.

ser responsável, singularizando a decisão e compartilhando a construção dos argumentos com o outro. O castelo que será montado, porém, é constituído por blocos de montar, à espera do acontecimento da desconstrução.

Segundo Roxin, “seria talvez mais exato falar de responsabilidade no lugar da culpabilidade, pois a culpabilidade é somente um dos fatores que decidem sobre a responsabilidade jurídico-penal”²⁶⁸. **Talvez:** ~~eu~~, para ser responsável, tenho que decidir, assumindo essa responsabilidade, que necessita do talvez, para que se volte ao assunto, para que ele seja retomado, vivendo tudo de novo, permitindo a iterabilidade.

Por último, faz-se mister relembrar que tanto Roxin quanto Derrida assumem o direito, apesar de criticá-lo. A introdução de questões político-criminais na dogmática não é um relativismo jurídico, mas a condição do direito, que precisa ter um horizonte inadiável de justiça indefinível, aberto pela indecisão do juiz e pela participação popular, que tem na necessidade da pena uma oportunidade crucial para a emergência dos conflitos.

A proposta aqui apresentada, portanto, não se trata de uma luta contra a dogmática, mas sim do reconhecimento de que ela é um sistema teleológico e que seus fins devem à dinâmica constitucional, a qual implica necessariamente em um eterno dever impossível do poder constituído de satisfação dos desejos das potências constituintes.

CONCLUSÃO

Uma decisão democrática não implica necessariamente na legitimação ou na deslegitimação do Direito Criminal. Ela deve existir em cada caso. Assim, não existe *a priori* um partido rígido sobre o que deve ser feito com o réu no caso concreto. Há limites: os direitos fundamentais, que se manifestam no âmbito criminal por meio dos princípios penais. A pena não pode ser anulatória e a sua execução deve ser gerida de modo a preservar os “direitos humanos”, sendo um esforço de entendimento e resguardo do direito do outro. Não se pode dizer a princípio se o Direito Criminal é legítimo ou não, porque é preciso que essa decisão seja tomada e retomada em cada caso concreto. O magistrado precisa decidir sobre isso a cada momento, permitindo o indecidível e a participação popular.

²⁶⁸ Ibid., p. 91. Tradução nossa.

A absolvição e a condenação também não implicam necessariamente na deslegitimação ou na legitimação do sistema. Condenações ou absolvições tidas pela sociedade como “injustas” desacreditam o Direito Criminal, só que enquanto uma condenação “injusta” nos afasta da pena estatal, uma absolvição “injusta” nos aproxima da vingança e de uma pena para além do direito. O equilíbrio entre essas coisas é muito tênue. É difícil dizer ainda que a aflição de uma pena é sempre “injusta” ou que é “justo” considerar um homicídio como análogo a um desastre natural. Atribuições nesse sentido ou em outro obstaculizam a decisão, fazem-na mera repetição irresponsável, desconectada do caso e das singularidades envolvidas. É preciso decidir, enfim. Ser responsável. Tomar em cada processo uma nova decisão. Suspender tudo e fazer de novo, sofrer mais uma vez com as problemáticas levantadas e, em razão disso, ser menos decisivo e permitir a participação efetiva do outro. Eis a tarefa do juiz.

Ademais, a absolvição e a condenação não são dicotomias, mas ambivalências. Em uma decisão, a condenação deixa o espectro da absolvição e vice-versa. Há resquícios das outras linhas argumentativas, que perseveram após o bater do martelo. Tem que haver decisão. Não há responsabilidade sem decisão. Só que esta não é o fim. É um novo começo, que abrange o desafio de ter que lidar com o espectro da não-escolha. Da absolvição que persevera na condenação e da condenação que subsiste na absolvição. Tanto isso ocorre que há outras instâncias jurídicas, aptas também a lidar com o caso, como o direito civil ou o direito administrativo.

Há sempre novas responsabilidades que surgem após a decisão e que necessitam de uma resposta juspolítica. Por mais adequada que seja a decisão, ela sempre deve à demanda relegada. Esta fica como possibilidade exaurida da decisão, porém como espectro juspolítico que cobra reconhecimento. É só pensar na execução da pena que exige dignidade e adequação ao direito. Essa execução penal abrange a demanda da absolvição, a partir da necessidade de se manter o máximo possível da liberdade do condenado, e cobra incessantemente a garantia da vida e da liberdade dele. Por outro lado, a absolvição também tem que lidar com o espectro da condenação; por exemplo, os reclames sociais que existem em alguns casos mesmo diante de uma absolvição conforme o direito, que ocorreu graças ao reconhecimento da ilicitude de uma prova.

A aparente “dicotomia” absolvição/condenação revela-se movediça diante da percepção da insuficiência da decisão, que não esgota a justiça, sendo o seu acontecimento intraduzível ao direito. A decisão insuficiente necessita de mais leituras e revisões. Assim, é preciso continuar decidindo sobre o mesmo caso. No âmbito penal, há a execução da pena que

demanda novas decisões, até mesmo pelas revisões criminais. O reconhecimento da insuficiência da decisão possibilita que sejam traçadas novas estratégias juspolíticas, pois é preciso continuar decidindo mesmo após a decisão. Essas considerações e análises posteriores dizem respeito ao modo de se lidar com aquele caso, diante da insuficiência da absolvição/condenação. Respeitando a dignidade dos envolvidos no caso, há que se ter a liberdade para novos engastes quando eles forem necessários, ainda que não haja nenhum reflexo propriamente jurídico por força da coisa julgada.

Há muitos problemas após a decisão, que não podem ser suprimidos pela aplicação ou não da pena. Ela não é o fim, mas o início de um processo que exige novas decisões, lançando em um futuro emergente a obrigação de rever o caso e decidir de novo. Após a condenação, o acompanhamento do apenado deve ser individualizado, ofertando-lhe novas oportunidades diante do seu comportamento, apostando sempre que possível no gradual abrandamento da pena. Já após a absolvição, faz-se mister enfrentar os problemas pendentes, voltando-se ainda mais para as vítimas e as suas necessidades, buscando formas criativas de lidar com as possíveis frustrações das absolvições, mas retirando o foco do réu, doravante inocentado.

Em suma, para que a decisão seja razoável é preciso que o julgador tenha ciência da sua insuficiência e que o Estado e a sociedade ajam para que o problema não se esgote no bater do martelo. Bate-se o martelo para que os outros modos de lidar com essa controvérsia venham à baila, seja denunciando a insuficiência da pena, seja abrandando as violências das execuções ou até mesmo das absolvições. A decisão é democrática quando o juiz decide decidindo possibilitando a indecisão e a participação popular, tendo ciência do espectro que será relegado e assombrará a pós-decisão, que é a iterabilidade crua de um problema que não se esgota e insiste em suas demandas. Há questões cruciais às margens da decisão, insubsumíveis ao seu cálculo.

Nesse rastro, deve-se driblar as tentações das soluções prontas e mal-acabadas, dos atos autoritários de pura fé, porém tendo ciência de que a decisão é também um ato de crença. A câmara da pena pela pena e o cemitério do abolicionismo dificultam que as coisas sejam problematizadas, discutidas e rediscutidas em cada caso. Não há uma fórmula para solver o Direito Criminal, entretanto o “lugar comum” do amor é importante. A fé inocente e imprudente de amar, a chave da política da amizade, é imprescindível para que se possa ousar em matéria penal. É claro, portanto, que a pena não é caminho. Ela pode ser fato, necessidade, prazer, dor, amor, tortura, etc... Caminho jamais. A juspolítica é traçada na amizade. E isso fica para uma história que ainda será contada. É um compromisso que faço.

Quanto aos juízes, os tribunais e as indumentárias que os seguem, é certo que, em regra, eles não existem atualmente como seres decisivos, tais quais Derrida rabiscou em “Força de Lei”. Como mera técnica, devem acabar. Como exceções da juspolítica, devem permanecer e assumir as responsabilidades que a função exige. Não é fácil, é claro. É tarefa para “ser humano”. É missão sem capas, que começa já na cadeira da universidade. Mas quantos lixeiros, pedreiros, ambulantes, professores, artistas não enfrentam dificuldades parecidas todo dia? Eventualmente recebem até salários mais modestos. Parece-me ser possível exigir mais do juiz sim. Pelo menos exigir que decida. Basta viabilizar a demanda. Basta pôr ~~povo~~ nos tribunais (diria até multidão, caso não estivesse limitado pela minha matriz teórica. Mas, como ela não me limita tanto assim, digo: multidão. Pronto, disse). Basta lutar pelo choro na face tão própria de quem tem “vergonha na cara”, termo carinhosamente tratado por Derrida com a alcunha de “responsabilidade”. Talvez assim haja um desejo maior para que os Tribunais fiquem. Ou pelo menos para que eles sintam vontade de que nós fiquemos com eles.

Se quisermos que os juízes decidam é “justo” que criemos os canais, as “linhas-de-fuga” (*mix again*), para que haja gente nos palácios brasileiros. Não somente como réus ou partes, mas como expressão do poder constituinte, que está lá observando, fiscalizando, aplaudindo, vaiando, provocando outros afetos em quem decide. O impossível acontece. Basta observar o mundo.

A frase acima terminaria a obra, se fosse obra e se eu estivesse concluindo. Há conclusão e isso é um problema. É da decisão. Estão me chamando a decidir.

...

VOLTA A CENA

PLANO GERAL da sala.

O AUTOR está sentado em uma cadeira. O ORIENTADOR e os EXAMINADORES estão posicionados diante dele.

PLANO CONJUNTO do ORIENTADOR e dos EXAMINADORES silenciosos à mesa.

PLANO CLOSE do ORIENTADOR.

PLANO CONTRA-PLONGÉE dos EXAMINADORES.

PLANO PLONGÉE do AUTOR.

...

Devo decidir? Devo... É preciso. Na certa houve época em que não era possível concluir com o devo, no máximo me seria concedido, com todas as rubricas científicas, o

“devemos”. Mas o que “diabos” é esse “devemos” imposto se afinal sou “eu” quem está escrevendo? Por que já quiseram violentamente retirá-lo da escrita? Talvez pelo fato da decisão ser entendida como mero cálculo, que não é mal nós bem sabemos (agora refiro-me a você e eu). A decisão exige certo compartilhamento, mesmo sendo só. Expressão de uma noite solitária. Tradução de um representante do sistema que pode querer que ele venha abaixo. Sem destruí-lo. Quem quer destruir a si? Ocorre, mas é um jogo perigoso.

Se você morrer, vou com você. Afinal, você me leu. Vou contigo, pois “quando os sinos batem”... Será que está irritado com isso? Será que deve? Depende do que sou para você. Do “jazz do coração”, da “prosa que dá prêmio”, diria Ana Cristina Cesar. Talvez essa seja uma das leituras “simples” de Derrida: a luta é pela espontaneidade do decidir. Daquele velho clichê da sentença e do sentir. Decidir com reticências é um desafio e Derrida o realça. A desconstrução é a justiça. A justiça é feminina.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDER, Gregory *et al.* *Deconstruction and the possibility of justice* - Force de loi: le “Fondement Mystique de L’*autorité*”. *Cardozo Law Review*, New York, v. 11, n.5-6, 1990.
- ARISTÓTELES. *Nicomachean Ethics*. Chicago: Encyclopedia Britannica, 1952.V. II. (Great Books of the Western World).
- ASSIS, Machado. *Várias histórias*. São Paulo: Globo, 1997.
- AUSTIN, John Langshaw. *How to do things with words*. 2.ed. Massachusetts: Harvard University Press, 1975.
- BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia*. Barueri: Manole, 2004.
- BEARDSWORTH, Richard. *Derrida & the political*. London: Routledge, 1996.
- BENJAMIN, Andrew; NORRIS, Christopher. *What is deconstruction?* New York: Academy Editions, 1988.
- BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BORIS, Fausto. *História Concisa do Brasil*. 2.ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010.
- BORRADORI, Giovanna. *Filosofia em tempo de terror – Diálogos com Habermas e Derrida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRUNO, Anibal. *Direito Penal - Parte Geral*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.
- CAPUTO, John D. *Deconstruction in a nutshell: a conversation with Jacques Derrida*. New York, Fordham University Press, 1996.
- CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição – princípios constitucionais do processo penal*. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CARVALHO, Saulo de. Criminología e transdisciplinariedad. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 91, p. 125-148, 2009.
- CORNELL, Drucilla. The Violence of the Masquerade: Law Dressed up as Justice. *Cardoso Law Review - Deconstruction and the Possibility of Justice*, New York, v. 11, n. 5-6, p. 1047-1064, jul./ago. 1990.
- COSTA, Rogério da. (Org.) *Limiares do contemporâneo*. São Paulo: Escuta, 1993. (Linhas de Fuga)
- CRITCHLEY, Simon. *The ethics of deconstruction: Derrida & Levinas*. Cambridge, Blackwell, 1992.
- DEPARTAMENTO DE LETRAS da PUC - Rio; SANTIAGO, Silviano (Sup.). *Glossário de Derrida*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1976.
- DERRIDA, Jacques. *A escritura e a diferença*. Tradução de Maria Beatriz Marques Nizza da Silva. São Paulo: Perspectiva, 1995. (Debates, v.49).
- _____. *A farmácia de Platão*. Tradução de Rogério da Costa. São Paulo: Iluminuras, 2005
- _____. *A universidade sem condição*. Tradução de Evandro Nascimento. São Paulo: Estação Liberdade, 2003.
- _____. *Adeus a Emmanuel Lévinas*. Tradução de Fábio Landa e Eva Landa. São Paulo: Perspectiva, 2004. (Debates, v. 296)
- _____. *Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar da hospitalidade*. Tradução de Antônio Romane. São Paulo: Escuta, 2003.
- _____. *Aprender por fim a viver*. Traducción de Nicolás Bersihand. 19 de agosto, 2004. Entrevista concedida à Jean Birnbaum. Buenos Aires, Amorrortu, 2007.
- _____. “Carta al professor Izutsu”. In: GONZÁLEZ RIOS, José (Org.). *Cartas filosóficas: de platón a derrida*. Buenos Aires: Quadrata, 2005, p. 123-126.
- _____. ROUDINESCO, Elisabeth. *De que amanhã: diálogo*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

- _____. *Do espírito*. Tradução Constança Marcondes Cesar. Campinas: Papirus, 1990.
- _____. FERRARIS, Maurizio. *El gusto del Secreto*. Buenos Aires, Amorrortu, 2009. (Colección Mutaciones)
- _____. *Espectros de Marx*. Traducción de José Miguel Alarcon y Cristina de Peretti. 4 ed. Madri: Trotta, 2003.
- _____. *Força de Lei*. Tradução de Leyla Perrone Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. et al. *Ghostly Demarcations*. New York, Verso, 2008.
- _____. et al. *Estruturalismo*. [Lisboa]: Portugália, [19--]. (Problemas).
- _____. BENNIGTON, Geoffrey. *Jacques Derrida*. Tradução de Anamaria Skinner. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1996.
- _____. *Khôra*. Tradução de Nícia Adan Bonatti. Campinas: Papirus, 1995.
- _____. *Limited Inc*. Tradução de Constança Marcondes Cesar. Campinas: Papirus, 1991.
- _____. *Mal de Arquivo- Uma impressão Freudiana*. Tradução de Cláudia de Moraes Rego. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001. (Conexões).
- _____. *Negotiations: Interventions and Interviews, 1971-2001*. California: Stanford University Press, 2002.
- _____. *On Cosmopolitanism and Forgiveness*. New York, Routledge, 2001.
- _____. *Pasiones*. Traducción de Horacio Pons. Buenos Aires: Amorrortu, 2011.
- _____. *Politics of Friendship*. Translated by George Collins. London, Verso, 1997.
- _____. *Papel-máquina*. Tradução de Evandro Nascimento. São Paulo: Estação Liberdade, 2004.
- _____. *Posições*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2001.
- _____. *Salvo o nome*. Tradução Nícia Adan Bonatti. Campinas: Papirus, 1995.
- _____. *Seminario La Bestia y el Soberano*. Traducción de Cristina de Peretti y Delmiro Rocha. Buenos Aires, Manantial, 2010. (v. 1)
- _____. *Torres de Babel*. Tradução de Junia Barreto. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, Culpa, Direito Penal*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- DOVALE, Ionilton Pereira. *Princípios Constitucionais do Processo Penal – na visão do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2009.
- DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar. "Derrida e a crítica heideggeriana do humanismo". In: DUQUE- ESTRADA, Paulo Cesar. (Org.) *Às margens – A propósito de Derrida*. Rio de Janeiro: PUC- Rio, 2002.
- DUQUE- ESTRADA, Paulo Cesar. (Org.) *Desconstrução e Ética – Ecos de Jacques Derrida*. Rio de Janeiro: PUC- Rio; São Paulo: Loyola, 2004.
- DUQUE- ESTRADA, Paulo Cesar. (Org.) *Espectros de Derrida*. Rio de Janeiro: NAU Editora: Editora PUC- Rio, 2008.
- NASCIMENTO, Evando (Org.). *Jacques Derrida – Pensar a desconstrução*. São Paulo; Estação Liberdade, 2005.
- ELLIS, John Martin. *Against Deconstruction*. Princeton, Princeton Paperbacks, 1989.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razon*. 9.ed Madrid: Trotta,. 2009.
- FERREIRA, Élica; OTTONI, Paulo. (Orgs.) *Traduzir Derrida: Políticas e Desconstruções*. Campinas: Mercado de Letras, 2006.
- FERRO, Ana Luiza Almeida. *O Tribunal de Nuremberg: dos precedentes à confirmação de seus princípios*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- FERRO, Roberto Augusto. *Derrida: Una introducción*. El largo trazo del último adiós Buenos Aires, Quadrata, 2009. (Pensamientos Locales)
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

- FREITAS, André Guilherme Tavares de; MARINHO, Alexandre Araripe. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4.ed São Paulo: Max Limonad, 1972. v. 1
- GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100126104817603>. Acesso em: 26 mai. 2011.
- GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 12.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- GUINSBURG, J. (org.) *A paz perpétua – Um projeto para hoje*. São Paulo: Editora Elos, 2004.
- GÜNTHER, Klaus. Crítica da Pena II. *Revista Direito GV*, n. 1, p. 137-149, Jan/Jun. 2007. v. 3
- GUYAU, Jean-Marie. *Crítica da ideia de sanção*. São Paulo: Martins, 2007.
- HADDOCK-LOBO, Rafael. "As muitas faces do outro em Levinas". In: DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar (Org.). *Desconstrução e ética – ecos de Jacques Derrida*. 4.ed. Rio de Janeiro : Ed. Puc-Rio, 2004. 247 p. *Penal*, v. 1, t.1. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- HASSEMER, Winfried. *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal*. México D. F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- HOLANDA, Sergio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 186.
- HOY, David Couzens. "Deconstructing Ideology". *Philosophy and Literature*. Baltimore: The John Hopkins Press, vol. 18, p. 1-17, 1994.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, 4.ed., t.1. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Direito Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- Justice Jackson's Opening Statements for the Prosecution. *University of Missouri-Kansas City School of Law*. Apresenta registros do Tribunal de Nuremberg. Disponível em: <<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/nuremberg/jackson.html>>.
- KELLOGG, Catherine. *Law's trace: From Hegel to Derrida*. New York, Routledge, 2010.
- KELSEN, Hans. Will the judgment in Nuremberg Trial constitute a precedent in International Law? *The International Law Quarterly*, v. 1, n. 2, p. 153-171, 1947.
- LARUELLE, François. *Machines Textuelles: déconstruction et libido d'écriture*. Paris: Editions du Seuil, 1976.
- LAWLOR, Leonard. "From the trace to the law: derridean politics". In: LEGRAND, Pierre (Org.). *Derrida and Law*. Ashgate; Surrey, 2009. 541 p.
- LEGRAND, Pierre. *Derrida and Law*. Paris, Ashgate, 2008. (Philosophers and Law)
- LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.
- LOBO, Rafael Haddock. *Derrida e o labirinto de inscrições*. Porto Alegre, Zouk, 2008.
- LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2.ed Porto Alegre: Fabris Editor,. 2003.
- MAJOR, René. *Lacan com Derrida*. Tradução de Fernanda Abreu. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado – Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.
- MATHEWS, Ben. "Why deconstruction is beneficial". In: LEGRAND, Pierre (Org.). *Derrida and Law*. Ashgate; Surrey, 2009. 541 p.
- MAYRINK, Álvaro. *Direito Penal – Parte Geral*, 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 3

- MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MORAES, Alexandre de.. *Direito Constitucional*. 17.ed São Paulo: Atlas, 2005.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires: B de F, 2001.
- NASCIMENTO, Evandro. *Derrida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. (Passo-a-passo, v. 43)
- _____. GLENADEL, Paula. (Orgs.) *Em torno de Jacques Derrida*. Rio de Janeiro, 7letras, 2000.
- _____. (Org.) *Jacques Derrida: Pensar a Desconstrução*. São Paulo: Estação Liberdade, 2005.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Humano demasiado humano: um livro para espíritos livres*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- NIGRO, Rachel Barros. *Desconstrução linguagem política*. 2007. 279 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Departamento de Filosofia do Centro de Teologia e de Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.
- _____. "O direito da desconstrução". In: DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar (Org.). *Desconstrução e ética – ecos de Jacques Derrida*. Rio de Janeiro : Ed. Puc-Rio, 2004. 247p.
- NORRIS, Christopher. *Deconstruction: Theory and Practice*. 3rd ed. New York, Routledge, 2003. (New Accents)
- Nuremberg Trials – Opening Statement of Robert Jackson. *Transitional Justice – reconstructing self and society*. Apresenta registros do Tribunal de Nuremberg. Disponível em: <<http://tj.facinghistory.org/nuremberg-trials-opening-statement-robert-jackson>>.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processual Penal*. 12.ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, , 2009.
- PALMA, Fernanda. *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina., 2005.
- PEREIRA, Igor. *Princípios Penais*. Salvador: Juspodivm, 2012.
- PERRONE-MOISÉS, Leila. “Pós-estruturalismo e desconstrução nas Américas”. In: PERRONE-MOISÉS, Leila (Org.). *Do positivismo à desconstrução: idéias francesas na América*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120*. 8.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais,2008.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- _____. *Direito penal: parte geral*. 6.ed Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 15.ed Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*, 2.ed. Madrid: Civitas, 2008.
- _____. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2.ed. Buenos Aires: Hammurabi,., 2006.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. 4.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- SARAT, Austin (Ed.). *Law, violence, and the possibility of justice*. New Jersey: Princeton Univeristy Press, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e da insuficiência*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 26 jan. 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. "Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do STF". In: SARLET; Ingo Wolfgang; SARMENTO (Orgs.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro : Lumen Iuris, 2011.
- SCHMITT, Carl. *Teología política – cuatro ensayos sobre la soberanía*. Buenos Aires: Struhart & Cia, 2005.
- SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Introdução à criminologia*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23.ed. São Paulo: Malheiros, , 2004.
- SIM, Stuart. *Derrida e o fim da história*. Tradução de Fernanda Gurgel. Juiz de Fora: Pazulin, 2008.
- SKLIAR, Carlos. (Org.) *Derrida e a Educação*. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.
- THOMSON, Alex. *Deconstruction and democracy*. London: Continuum, 2007.
- SHKLAR, Judith N. *Legalism – Law, Morals and Political Trials*. London: Harvard University Press, 1986.
- TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función em Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- TERRA, Ricardo Ribeiro. A doutrina kantiana da propriedade. *Revista Discurso*. São Paulo, v. 14, 1983.
- WOOD, David. “Introduction”. In: BERNASCONI, Robert; WOOD, David (Eds.). *Derrida and Differánce*. Illinois: Northwestern University Press, 1988, p. ix-xii.
- WOOD, David. “Letter to a Japanese friend”. In: BERNASCONI, Robert; WOOD, David (Eds.). *Derrida and Differánce*. Illinois: Northwestern University Press, 1988, p. 1-5.
- WORTHAM, Simon Morgan. *The Derrida Dictionary*. London: Continuum, 2010.