

O HOMEM DO DIQUE E A IRRACIONALIDADE DO PENSAMENTO JURÍDICO-PENAL SEDIMENTADO: REENCONTRO SUBVERSIVO COM A HISTÓRIA POLÍTICA DO DIREITO PENAL ¹

THE MAN OF THE DIKE AND THE IRRATIONALITY OF THE SEDIMENTED LEGAL-PENAL THINKING: SUBVERSIVE REUNION WITH THE POLITICAL HISTORY OF CRIMINAL LAW

Salah H. Khaled Jr.²

¹ Texto publicado originalmente no livro *Controvérsias Criminais: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia* (estudos em homenagem ao professor Doutor Eugenio Raúl Zaffaroni), organizado por Diego Augusto Bayer.

² Professor associado de Direito Penal, Criminologia, Sistemas Processuais Penais e História das Ideias Jurídicas da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Professor Permanente do Mestrado em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Doutor e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Mestre em História (UFRGS).

RESUMO

Este artigo é uma homenagem ao professor Eugenio Raúl Zaffaroni. A proposta amplia uma série de questionamentos por ele inicialmente suscitados quanto aos artifícios retóricos de justificação do poder punitivo que integram a narrativa jurídico-penal dominante, como o jus puniendi (direito de punir), as teorias da pena e a suposta função de proteção de bens jurídicos. Dentre os autores utilizados para efeito da problematização desenvolvida merecem destaque Benjamin, Derrida, Agamben, Cunha Martins e Foucault.

PALAVRAS-CHAVE

Poder punitivo – Jus puniendi – Teorias da pena – Proteção de bens jurídicos – Direito de punir.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Escovando a história do direito penal a contrapelo. 2. Conter o poder punitivo ou celebrar o jus puniendi? 3. A nostalgia do não-vivido e o reencontro com o potencial subversivo do direito penal. 4. O estado de exceção e o alcance do poder dos juristas. Considerações Finais - A desconstrução do pensamento sedimentado. Referências.

REFERÊNCIA: KHALED JR., Salah H. O homem do dique e a irracionalidade do pensamento jurídico-penal sedimentado: reencontro subversivo com a história política do direito penal. *Res Severa Verum Gaudium*, v. 7, n. 1, Porto Alegre, p. 06-33, dez. 2022.

INTRODUÇÃO

Nenhum penalista rompeu com o pensamento jurídico-penal sedimentado como Zaffaroni, motivo pelo qual sua obra continuamente serve de inspiração para quem se insurge contra a barbárie das práticas punitivas. O autor fez um grande esforço de depuração dos espaços de interdição libertária do discurso jurídico-penal, localizando de forma perspicaz boa parte dos seus impasses e constatando que a adoção irrestrita de suas categorias no contexto latino americano se mostrou desastrosa.³ Seus textos incluem críticas devastadoras, que ainda não foram assimiladas por grande parte dos penalistas contemporâneos, que permanecem presos aos desígnios da reprodução ideológica e continuam escandalosamente subtraindo do pensamento o que “dá o que pensar”, comungando com o triste estado de coisas em que vivemos.

Sendo assim, nada mais apropriado que homenageá-lo com um texto voltado contra os esquemas paralisantes típicos do sonambulismo dogmático que ainda prospera nas ciências criminais. Como observou Zaffaroni, não é aceitável que o discurso jurídico-penal esteja estruturado em torno de falsos dados sociais e que os penalistas permaneçam rechaçando as

³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

críticas ao direito penal como sociológicas, preservando o fetiche normativo.⁴ O direito penal precisa urgentemente dialogar com o mundo, abandonando crenças infundadas e comprometendo-se com a única missão que pode cumprir com eficácia empiricamente verificável: a contenção da torrente do poder punitivo.⁵ Para isso é preciso antes de tudo perceber que o direito penal (discurso dos juristas) não se confunde com a legislação penal (ato do poder político) e, logo, que o direito penal não se confunde com o poder punitivo.⁶

Tendo como postulado essa província de significados, o ensaio aqui proposto representa uma insurgência contra a racionalidade penal dominante e seu arsenal de conceitos sedimentados, que propositalmente escamoteiam os problemas concretos do real. Como sabemos, o realismo marginal de Zaffaroni parte de outros pressupostos: dialoga com a realidade e é construído a partir dela, rompendo com a generalização típica do discurso jurídico-penal e criticando a utópica ideologia de segurança que ele propõe.⁷

É preciso deixar de lado o apego romântico ao projeto civilizatório moderno e reconhecer que a promessa de realização do ideal de segurança absoluta não pode ser mais do que mera ilusão. Em outras palavras, o elemento violência é constitutivo da própria vida em sociedade: não é um resto bárbaro do passado que será necessariamente extinto pela civilização.⁸ Portanto, embora a violência possa assumir várias formas, não é possível concebê-la concretamente como aberração a ser erradicada por completo, mesmo que isso possa ser desejável: são padrões de comportamento que não estão à margem da cultura, mas que a compõem, como um de seus elementos nucleares.⁹ Pode ser dito inclusive que o reconhecimento do caráter constitutivo desses fenômenos é um passo importante para a desconstrução dos sistemas discursivos de enfrentamento da violência que acenam com a possibilidade de superá-la e que, em nome dessa promessa, apenas produzem ainda mais violência: ela simplesmente está para além de qualquer possibilidade de controle embasada em utópicas promessas de segurança.

Nesse sentido, até mesmo a pretensão aqui esboçada de contenção da violência institucional deve operar inevitavelmente a partir da perspectiva de redução de danos,

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 67.

⁵ *Ibidem*, p. 96.

⁶ *Ibidem*, p. 38.

⁷ Como indica Zaffaroni, esse discurso já conheceu inúmeras versões: defesa social, segurança nacional e segurança cidadã são algumas delas. Trata-se de uma ideologia de guerra permanente que a tudo justifica. ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 58-59.

⁸ GAUER, Ruth M. Chittó. Alguns aspectos da fenomenologia da violência. In: GAUER, Gabriel J. Chitto e GAUER, Ruth M. Chittó (orgs). *A fenomenologia da violência*. Curitiba: Juruá, 2008, p.13.

⁹ *Ibidem*, p. 14.

reconhecendo que historicamente a intervenção jurídico-penal muitas vezes se mostrou mais apta a maximizar danos do que a contê-los. Afinal, o que representam em termos de custo social os mandamentos e proibições penais? Temos um sistema que para muitos é voltado para o combate ao crime, mas que continuamente amplia a esfera do que é classificado como crime, fazendo com que cada vez mais aspectos da vida humana sejam criminalizados em nome da irrealizável promessa civilizatória. Com isso a imagem bélica do sistema penal é continuamente fortalecida, o que legitima o poder punitivo por via da absolutização do valor segurança, debilitando os vínculos sociais horizontais e reforçando os verticais.¹⁰

Na concretude das coisas, o sistema acaba operando em torno de uma seletividade brutal quando deslocado da generalização da criminalização primária para a secundária: o programa legislativo “igualitário” é facilmente transformado em prática de perseguição ao inimigo, o que certamente diz algo sobre sua suas condições de possibilidade.¹¹ Como observou Zaffaroni, o exercício de poder de todos os sistemas penais é conducente à reprodução de violência, seletividade, corrupção institucionalizada, concentração de poder, verticalização social e destruição das relações horizontais ou comunitárias: não são características conjunturais, mas estruturais.¹² O sistema acaba sempre tendo como alvos preferenciais os protagonistas das obras toscas da criminalidade, que causam menos problemas por sua incapacidade de acesso positivo ao poder político e econômico ou à comunicação massiva.¹³

Temos que perceber urgentemente que isso é constitutivo e que a esperança consiste na redução da intensidade dos danos que o sistema inevitavelmente provocará aos que ele preferencialmente persegue, por se enquadrem nos estereótipos criminais.¹⁴ É preciso abandonar a ilusão de que o saber jurídico-penal deve ser elaborado como se tudo ocorresse naturalmente da forma programada pela criminalização primária, pois dessa forma foi construída uma elaboração discursiva precária a serviço da seletividade, quando ela devia estar voltada para a contenção de seus níveis.¹⁵ Logo, é equivocado falar em “crise”, considerada como contradição entre o discurso jurídico-penal dominante e a realidade

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 59.

¹¹ Segundo Zaffaroni, “A criminalização primária é um programa tão imenso que *nunca e em nenhum país se pretendeu levá-la a cabo em toda a sua extensão nem sequer em parcela considerável, porque é inimaginável [...] por conseguinte, considera-se natural que o sistema penal leve a cabo a seleção de criminalização secundária apenas como realização de uma parte ínfima do programa primário*”. *Ibidem*, p. 44.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.15.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.46.

¹⁴ *Ibidem*, p. 47.

¹⁵ *Ibidem*, p. 65.

operacional do sistema penal, pois é absolutamente utópico pensar que a realidade possa se aproximar da programação estabelecida por ele. Como indica Zaffaroni, “crise” é o momento em que a falsidade do discurso se torna tão evidente que ele desaba, desconcertando o penalismo.¹⁶ Sob este aspecto, temos que compreender a “crise” como um momento de oportunidade para que o discurso jurídico-penal seja finalmente confrontado com a realidade, desvelando sua particular aptidão para a persecução de pessoas em situação de vulnerabilidade.¹⁷

Como sustenta Foucault, é preciso abandonar a ilusão de que a penalidade é antes de tudo (se não exclusivamente) uma maneira de reprimir os delitos e que nesse papel, de acordo com as formas sociais, os sistemas políticos ou as crenças, ela pode ser mais severa ou indulgente, voltar-se para a expiação ou reparação.¹⁸ Em outras palavras, Foucault afirma que um sistema punitivo é muito mais do que o seu sentido jurídico indica: ele não funciona apenas como mecanismo de repressão, mas também produz algo que está para além da normatividade, contribuindo retroativamente para a sua própria continuidade enquanto engrenagem da maquinaria política, motivo pelo qual a sua análise não pode ser feita descolada deste aspecto. Como refere Foucault, as técnicas punitivas devem ser compreendidas dentro da história do corpo político: as práticas penais devem ser consideradas mais como um capítulo da anatomia política do que como uma consequência das teorias jurídicas.¹⁹ Não é por acaso que Zaffaroni atentou para a formidável estrutura de controle que é propiciada pelo espaço deixado em aberto pela criminalização secundária.²⁰

Sem dúvida, são argumentos estranhos para quem concebe o direito penal como algo essencialmente normativo. É comum que os penalistas tratem do problema político do pensamento jurídico-penal a partir de uma perspectiva de legitimação, atuando no âmbito de agências de reprodução ideológica do discurso sedimentado.²¹ Portanto, fica a pergunta: como

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 16.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.49.

¹⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 2008, p.24.

¹⁹ *Ibidem*, p. 28.

²⁰ Para ele, “[...] a criminalização secundária é quase um pretexto para que agências policiais exerçam um controle configurador positivo da vida social, que em nenhum momento passa pelas agências judiciais ou jurídicas [...] este poder configurados positivo é o verdadeiro poder político do sistema penal”. ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 52. Grifos do autor.

²¹ Notável exemplo do autismo jurídico dos penalistas é a legitimação discursiva do castigo. Eles costumam deixar de lado o viés político, discutindo a questão do “por que punir?” através de inúmeras teorias da pena que por definição legitimam de forma latente o ilegítimo: o poder punitivo. Mas existem ruídos no discurso: ao propor uma *teoria agnóstica da pena* que prescinde dos fins, Zaffaroni referiu que no século XIX, Tobias Barreto já havia percebido que o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político. Segundo ele, quem procura o fundamento jurídico da pena, deve procurar também, se já não encontrou, o

conectar o discurso penal com a política, sem cair nas velhas armadilhas que conduzem à legitimação das práticas punitivas de persecução ao inimigo?²²

1 ESCOVANDO A HISTÓRIA DO DIREITO PENAL A CONTRAPELO

Tomaremos como ponto de partida as teses de Walter Benjamin sobre o conceito de história, que expressam – mesmo que indiretamente – o sentimento subversivo que anima a elaboração discursivo-narrativa a ser desenvolvida neste ensaio.²³ As teses de Benjamin permitem uma radicalização ainda maior das estruturas subversivas do pensamento jurídico-penal que são típicas do realismo marginal, favorecendo fissuras e aberturas nos saberes dogmáticos e possibilitando a inscrição do direito penal no campo da política.

Segundo Benjamin, a história é uma luta permanente entre oprimidos e opressores em que há uma partida, um jogo em disputa. Trata-se de um jogo em que o inimigo não tem cessado de vencer: a história parece a ele uma sucessão de vitórias dos poderosos, abalada por ocasionais irrupções de insurgência dos oprimidos. Para ele, é necessário insurgir-se contra uma visão que somente glorifica e celebra os triunfos dos poderosos: não apenas recontar a história, mas “escová-la a contrapelo”, ou seja, lutar contra a visão da história dos opressores, contra os documentos de barbárie transmitidos de vencedores a vencedores.

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

Não há dúvida de que é uma visão de história radicalmente distinta da visão dominante entre os penalistas, que rotineiramente identificam o direito penal com a modernidade e

fundamento da guerra. ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 109.

²² Zaffaroni afirma que “se, na realidade, o direito penal sempre aceitou o conceito de *inimigo* e este é incompatível com o Estado de direito, o que na verdade seria adequado a ele seria *uma renovação da doutrina penal corretora dos componentes autoritários que a acompanharam ao longo de quase todo o seu percurso ou, em outras palavras, um ajuste do direito penal que o compatibilize com a teoria política que corresponde ao Estado constitucional de direito, depurando-o dos componentes próprios do Estado de polícia, incompatíveis com seus princípios*”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25-26. Grifos do autor.

²³ BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. In: *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

atribuem a ele missão civilizatória, afirmando sua vocação para a proteção de um catálogo infinito de bens jurídicos.²⁴ Lutar contra uma visão de história cujo sentido é a celebração do progresso, como propõe Benjamin, só pode significar acima de tudo uma coisa em âmbito jurídico-penal: a recusa enfática e veemente do caráter glorificante através do qual os penalistas contam a sua própria história, desconectada da dimensão política e da seletividade estrutural do sistema penal.²⁵

Portanto, a provocação que pode ser extraída das teses de Benjamin é bastante clara: não será o discurso jurídico-penal dominante uma expressão da barbárie que ele refere, ou seja, um documento imposto pelos vencedores e, como tal, apto a continuamente produzir infinitos e calamitosos danos?

As críticas que Zaffaroni dirige ao programa oficial parecem indicar que sim, uma vez que as metas estabelecidas pelo pensamento jurídico-penal sedimentado potencializam violências incomensuráveis e paradoxalmente reduzem o próprio poder jurídico, ou seja, das agências judiciais.²⁶ O direito penal deve ser confrontado com sua própria história, pois a maneira como ela é interpretada pelos penalistas demonstra um elevado nível de autismo jurídico. É preciso romper com programa dominante e perceber que apesar de idolatrados ao longo de séculos de construção dogmática, conceitos como o direito de punir estatal e a crença infundada na “proteção de bens jurídicos”, desconsideram a realidade em nome de uma doentia vontade de sistema, que escamoteia os problemas concretos do real.

Crenças utópicas como a do programa dominante somente são mantidas em um campo de saber hermeticamente fechado, que é desconectado do tempo vivido e blindado contra os outros saberes a partir de um conjunto de verdades absolutizadas, que são pouco mais que artifícios discursivos aptos a legitimar violências institucionais. Tais constatações expressam porque o pensamento jurídico-penal sedimentado deve ser combatido urgentemente – e urgência designa aqui, sobretudo tempo – de forma implacável.

Como foi dito, Benjamin discute duas visões bastante distintas de história em suas teses. De um lado, uma visão consolidada e orientada pelo progresso, que compreende que há

²⁴ Como assinala Carvalho, mesmo importantes autores da crítica ao direito penal não conseguem fugir da armadilha que representa atribuir ao direito penal função positiva. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 91. É o caso de Hassemer, Munõz Conde e Roxin, por exemplo. Ver ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009 e MUNÕZ CONDE, Francisco e HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

²⁵ Como afirma Zaffaroni, “[...] a seletividade é estrutural e, por conseguinte, não há sistema penal no mundo cuja regra geral não seja a criminalização secundária em razão da vulnerabilidade do candidato”. ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 51.

²⁶*Ibidem*, p. 71.

uma evolução contínua da civilização. Essa interpretação é condizente com o relato hegemônico dos penalistas, que glorificam a história do direito penal como narrativa de triunfo sobre a vingança, de monopólio da violência por parte do Estado e de legitimidade do direito de punir, em nome da sagrada proteção de bens jurídicos. Nesse sentido, Ferrajoli considera que o direito penal nasce como negação da vingança, de modo que a história do direito penal corresponde a uma luta contra a vingança.²⁷ De outro lado, temos uma interpretação histórica que se coaduna com a renúncia ao ideal de celebração do programa jurídico-penal e que considera que o poder punitivo estatal produziu muito mais danos do que segurança, como percebeu Zaffaroni.²⁸ Ele observa que:

[E]ncarando la historia de los programas criminalizantes sin partir de prejuicios evolucionistas es posible observar que, a lo largo de milenios, se viene dando una línea demarcatoria entre modelos de reacción a los conflictos: uno es un modelo de solución entre partes; el otro es el modelo de decisión vertical o punitivo.²⁹

Para ele não há progressiva racionalização dos conflitos, mas sim, sequestro deles por uma autoridade que se impõe de forma violenta perante a coletividade. São leituras que definitivamente não se coadunam, pois enquanto Zaffaroni fala em apropriação dos mecanismos de justiça, Ferrajoli fala em racionalização das práticas punitivas, através da contenção da vingança privada. Estamos diante de duas interpretações que partem de pressupostos distintos e que em grande medida podem ser identificadas através de uma opção

²⁷ Segundo Ferrajoli, “[O] primeiro passo desta história ocorreu quando a vingança foi disciplinada como direito-dever privado a pesar sobre o ofendido e sobre seu grupo de parentes, segundo os princípios da vingança de sangue e da regra do talião. O segundo passo, muito mais decisivo, aconteceu quando produziu-se uma dissociação entre juiz e parte lesada, e a justiça privada – as vinganças, os duelos, os linchamentos, as execuções sumárias, os ajustamentos de contas – foi não apenas deixada sem tutela, mas vetada. O direito penal nasce, precisamente, neste momento, quando a relação bilateral ofendido/ofensor é substituída por uma relação trilateral, que coloca em posição imparcial uma autoridade judiciária. É por isto que cada vez que um juiz é movido por sentimentos de vingança, ou de parte, ou de defesa social, ou o Estado deixa espaço para a justiça sumária dos particulares, pode-se dizer que o direito penal regrediu a um estado selvagem, anterior à formação da civilização”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 269.

²⁸ Zaffaroni refere que a “[...] falsa disjuntiva entre segurança e garantias é desmentida por toda a história e por toda a informação empírica, pois se trata de uma simples dedução do *dever ser*, que não se verifica no mundo do *ser*. Parte-se do dogma de que o poder punitivo provê a segurança frente às agressões a bens jurídicos, quando o único ponto verificável é (a) que os penalistas e os políticos afirmam que se deve proporcionar segurança e (b) que o poder punitivo foi o principal e maior agente da lesão e do aniquilamento de bens jurídicos de forma brutal e genocida ao longo de toda a história dos últimos oito séculos”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 120. Grifos do autor.

²⁹ Como constata os autores, “en el modelo *de partes* hay dos personas que protagonizan un conflicto (el que lesiona y el que sufre la lesión), y se busca una *solución*. En el modelo punitivo quien sufre la lesión queda de lado, es decir, que no es considerado como persona lesionada, sino como un signo de la posibilidad de intervención del poder de las agencias del sistema penal (que interviene cuando quiere y obrando sin tener en cuenta la voluntad del lesionado). El pretexto de *limitar* la venganza de la víctima o de *suplir* su debilidad sirve para descartar su condición de persona, para restarle *humanidad*. La invocación al *dolor de la víctima no es más que una oportunidad para el ejercicio de un poder* cuya selectividad estructural lo hace antojadizo y arbitrario”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, SLOKAR, Alejandro e ALAGIA, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 229-230. Grifos dos autores.

discursiva decisiva, ainda que em Ferrajoli não seja possível percebê-la claramente: a alternativa entre direito de punir e poder punitivo, que para muito penalistas é irrelevante.³⁰

2 CONTER O PODER PUNITIVO OU CELEBRAR O *JUS PUNIENDI*?

As palavras dizem coisas, demarcam rumos e significados. Por trás do discurso, sempre são feitas opções que revelam horizontes compreensivos. A escolha que Zaffaroni faz pelo emprego da expressão poder punitivo demarca o território de possibilidades novas que seu discurso abre: ele explicitamente rejeita a interpretação comemorativa da aptidão do *jus puniendi* para promover segurança, que permanece impregnada no imaginário autista dos penalistas, maximizando a produção de cadáveres em vida nos sistemas penitenciários latino-americanos.

O termo *jus puniendi* conforma um vetor legitimante da atuação verticalizada que caracteriza o comportamento das agências de punitividade no contexto da cultura jurídica do penalismo latino-americano. Seus defensores acabam servindo – conscientemente ou não – ao propósito de reprodução ideológica, como propulsores e fundamentadores de uma ideologia de perseguição aos inimigos sociais, com alto índice de seletividade.³¹

Infelizmente, poucos são os autores que não empregam o conceito, de modo que o direito de punir aparece como elemento-chave na dinâmica de justificação da imposição da pena e legitimação da conotação punitivista do direito penal. A categoria está integrada ao discurso de praticamente todos os penalistas brasileiros, mesmo dos mais renomados e comprometidos com as garantias exigidas pelo Estado Democrático de Direito: é o caso de Bitencourt³², Queiroz³³, Prado³⁴ e Gomes³⁵, entre outros, com exceção de Brandão.³⁶ Não é diferente a situação se extrapolarmos o contexto para além das fronteiras brasileiras: é o caso

³⁰ Para García-Pablos, é apenas uma questão técnica “se o referido poder estatal deve ser caracterizado como direito subjetivo, como ‘faculdade’ ou ‘poder’ (*potestas*) [...] BIANCHINI, Alice, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio e GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2009, p. 210.

³¹ Como afirma Zaffaroni, os juristas elaboram discursos legitimantes do processo seletivo. ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 51.

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal, volume 1: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.5.

³³ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 42.

³⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito penal Brasileiro: volume 1*. São Paulo: RT, 2008, p. 56.

³⁵ BIANCHINI, Alice, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio e GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2009, p. 320.

³⁶ O autor desloca a questão do direito de punir para o âmbito do dever. BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 12.

de Silva Sanchez³⁷, Mir Puig³⁸, Jimenez de Asúa³⁹, Garcia-Pablos⁴⁰, Bustos Ramirez e Malarée⁴¹ e tantos outros, numerosos demais para serem relacionados aqui.⁴²

A escandalosa adoção do *jus puniendi* acaba fomentando uma estratégia discursiva que na concretude das coisas acaba por perverter o sentido último que deve nortear a intervenção jurídico-penal e conformar a sua especificidade: o de constituir-se como um limite infranqueável à incidência arbitrária do poder punitivo. O *jus puniendi* contribui para a interdição de um discurso que nega a legitimidade do poder punitivo e afirma a necessidade de sua contenção, fazendo com que permaneça vazio um espaço de poder que deve ser ocupado.⁴³

Reside aí uma contradição genética do discurso jurídico-penal, uma vez que o direito penal – que é por excelência um produto da modernidade⁴⁴ – foi concebido – ou pelo menos parcialmente proposto – com a intenção de conter a barbárie das práticas punitivas.⁴⁵ Reconhecer esse impasse significa também reconhecer que a “crise” do discurso jurídico-penal não é contemporânea: ele irrompe no âmbito das práticas punitivas como abertura fadada a não triunfar por completo sobre a barbárie, à qual acaba se incorporando e legitimando, com uma retórica que reconhece o poder punitivo como *jus puniendi* estatal.

Ainda que os autores que empregam o termo procurem enfatizar o caráter de garantia que diferenciaria a intervenção jurídico-penal das práticas punitivas anteriores, o direito de punir costuma ser reconhecido historicamente e incorporado narrativamente como elemento-chave dos saberes penais. Essa incorporação demonstra que não houve ruptura e

³⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: JMB, 1992, p. 191.

³⁸ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. Buenos Aires: BdeF, 2003, p. 103.

³⁹ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal: La Ley y el Delito*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1997, p. 21.

⁴⁰ BIANCHINI, Alice, GÁRCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio e GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2009, p. 207.

⁴¹ BUSTOS RAMIREZ, Juan J e MALARÉE, Hernán Harmazábal. *Leciones de Derecho Penal Volumen I*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 64.

⁴² Não estamos aqui sequer relacionando um autor como Gunther Jakobs, que explicitamente defende um direito penal do inimigo – reservado para não-pessoas – e que exigiria uma abordagem ainda mais aguda que a proposta aqui.

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 78.

⁴⁴ Ferrajoli considera que os postulados em que se funda o modelo garantista clássico “são, em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo”. Conforme o autor, “os filões que se misturam nessa tradição, maturada no século XVIII são muitos e distintos: as doutrinas dos direitos naturais, as teorias contratualistas, a filosofia racionalista e empirista, as doutrinas políticas da separação dos poderes e da supremacia da lei, o positivismo jurídico e as concepções utilitaristas do direito e da pena”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 29.

⁴⁵ No entanto, como reflete Zaffaroni, “quase sempre os que quiseram conter o poder punitivo parcialmente também o habilitaram como direito penal do inimigo”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 191.

sim continuidade discursiva no mecanismo de fundamentação e legitimação do poder punitivo: trata-se da mesma estrutura de pensamento que sustentava a anatomia política absolutista, renovada através de novas alegorias discursivas e incorporada ao discurso jurídico-penal moderno.⁴⁶ O direito penal legitimou o *jus puniendi* com base em uma cessão de liberdades individuais que historicamente jamais ocorreu, mas que argumentativamente confere ao poder punitivo institucionalizado nova roupagem e fundamentação, garantindo a continuidade de sua legitimação, em nome de aspectos vinculados à exigência de prevenção.⁴⁷

Embora isso soe natural para o discurso sedimentado, para um autor como Derrida o contratualismo é um devaneio: partindo de outras premissas, a discussão por ele proposta se dá em função da violência fundadora da lei e de imposição do direito estatal.⁴⁸ Os penalistas contemporâneos demonstram perplexidade diante dessa temática: como a denúncia do mito contratualista não interessa ao pensamento bem comportado, eles costumam escamotear a questão da fundamentação do direito de punir enquanto problema de irreduzível ilegitimidade do Estado. Não é como se efetivamente relacionassem o surgimento do Estado com o momento de assinatura – tácita ou não – do contrato. Apenas tomam a legitimidade do *jus puniendi* como dada, fingindo que não há o que discutir, ou sequer percebendo o nervo exposto que a questão representa, reproduzindo de forma impensada a filosofia contratualista.⁴⁹ Normalmente eles reduzem o problema à enfadonha discussão sobre a teoria das penas – o sentido do castigo – sem questionar a (i)legitimidade do poder punitivo. Quando tratam dos períodos anteriores aos esforços dos reformadores – que costumam taxar de bárbaros, como se isso tivesse sido inteiramente superado – dividem a “história do direito penal” em fases, como vingança divina, privada e pública, sem esclarecer quando se deu efetivamente o contrato ou qual o sentido da metáfora. Não é por acaso que não o fazem. Mesmo que quisessem, simplesmente não é possível fazê-lo, pois o contrato jamais ocorreu de fato. É apenas um mito que provoca efeitos assustadoramente reais.

O direito penal reconhece e legitima o *jus puniendi* de duas maneiras distintas: enquanto direito de punir que decorre do contrato social e enquanto direito penal subjetivo,

⁴⁶ Segundo Zaffaroni, “O direito penal cultivou as sementes do Estado Absoluto”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 191.

⁴⁷ De acordo com Carvalho, “a matriz contratual forneceu à filosofia política o discurso necessário para legitimação do poder punitivo”. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 100.

⁴⁸ DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

⁴⁹ Como refere Carvalho, “a incorporação da filosofia política iluminista aufere às ciências criminais modernas os princípios fundamentais do direito de punir”. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 2.

que emana das próprias normas, abrindo mão da fundamentação contratualista.⁵⁰ A primeira versão pode ser chamada de *clássica ou jusnaturalista*, enquanto a segunda, que surge na metade do século XIX, pode ser chamada de *juspositivista*. Contemporaneamente há também uma terceira versão, que assim como a segunda, também define o *jus puniendi* como direito penal subjetivo, mas ao menos leva em consideração os direitos fundamentais como limites ao seu exercício. Nessa leitura, o direito penal subjetivo compreende a faculdade de elaborar e aplicar normas penais, o que implica muitas vezes uma fundamentação que também é contratualista, ao menos metaforicamente.⁵¹ A terceira versão é quase que uma versão híbrida das duas primeiras.

O que merece especial atenção aqui é fundamento contratualista, ainda que seja bastante difícil fazer a distinção já que o tema é tratado de forma eminentemente confusa pelos penalistas contemporâneos e clássicos. No discurso jurídico-penal sedimentado, o *jus puniendi* perde-se nas brumas de um tempo que é narrativamente a-histórico por definição: trata-se de um direito que é curiosamente afirmado como existente desde sempre, eis que situado em um tempo não datado, o tempo mítico do “*era uma vez*”, que é o tempo do contrato social. A fundamentação contratualista remete a um momento imaginário de superação do estado de natureza, em que todos cederam uma parcela de suas liberdades e contrataram, ou seja, estabeleceram a autoridade soberana que passou a ser titular do direito de punir que daí decorreu.⁵² Como contrapartida ou até mesmo como propósito por trás do estabelecimento desse poder, caberia a ele zelar pela segurança dos contratantes, punindo os supostos malfeitores. Para o bom desempenho dessa missão teria sido concebido o potencial de intimidação representado pelo aparato legal, mediante a ameaça e imposição de castigos.

Dessa forma, o mito do *jus puniendi* é discursivamente reafirmado e reconhecido como tal ao mesmo tempo em que são propostos os limites – supostamente – conducentes a limitar a sua incidência. Em outras palavras, a aceitação do *jus puniendi* estatal instala desde a gênese do discurso jurídico-penal – o direito de punir está presente na obra de Beccaria – a antinomia entre os fins garantísticos e preventivos do direito penal moderno, colocando em questão a orientação que será prevalecente na estruturação e funcionamento do sistema e

⁵⁰ Zaffaroni critica de forma aguda o pretensão *jus puniendi*, entendido como direito penal subjetivo cujo titular seria o próprio estado, referindo que o arsenal normativo que pretende contê-lo em nada se assemelha à regulamentação de um direito: trata de conter uma *potentia puniendi*. ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 97.

⁵¹ Ainda que não empregue o termo *jus puniendi*, Ferrajoli considera que a ideia jusnaturalista do contrato social é uma grande metáfora da democracia. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.

⁵² Não temos aqui a pretensão de esgotar o debate em torno do contratualismo, o que exigiria uma revisão bibliográfica incompatível com as dimensões do presente artigo.

favorecendo o contínuo endurecimento do sistema penal em nome da promessa utópica de segurança.⁵³

O discurso tradicional efetivamente comemora o monopólio obtido pelo Estado sobre um direito de punir que é reconhecido como advindo originalmente da vingança privada e que supostamente foi exercido por várias instituições, sendo, portanto, anterior ao próprio Estado de Direito.⁵⁴ Discursivamente há um reconhecimento da categoria para além dos limites temporais do Estado de Direito, sendo este visto como o marco histórico que assinala o surgimento não do *jus puniendi* – que o precede – mas do *jus poenale* como instrumento de contenção do direito de punir, que é reconhecido como legítimo.⁵⁵ Nessa construção narrativa o sentido de intimidação precederia ao surgimento do direito penal moderno – que o incorpora – residindo sua especificidade enquanto meio de controle social na pretensão de limitar o *jus puniendi*, para evitar excessos no âmbito das práticas punitivas. No decurso dessa narrativa – geralmente apresentada como história do direito penal nos cursos, manuais e tratados – é celebrado e legitimado o que é visto como triunfo da civilização sobre a barbárie, cujo ponto culminante se concretiza com o advento do direito penal.⁵⁶

Talvez não seja necessário dizê-lo, mas é importante enfatizar que essa é exatamente a visão de história contra a qual Benjamin se insurgiu: a glorificação da modernidade. Benjamin desdenha dessa visão de história como “era uma vez” em uma de suas teses, reafirmando a

⁵³ Trata-se de uma tensão que é enfrentada com grande dificuldade pelo pensamento jurídico-penal. Ferrajoli enfrenta a dualidade afirmando que “[...] a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições”. Em seqüência, afirma que o objetivo de prevenção geral dos delitos não é uma finalidade menos essencial do Direito penal: “tal objetivo é, ao contrário, a razão de ser primeira, senão diretamente das penas, das proibições penais, as quais são dirigidas para a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos contra as agressões de outros associados [...] o direito penal tem como finalidade uma dupla função preventiva, tanto uma como a outra negativas, quais sejam a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral de penas arbitrárias ou desmedidas”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002. pp.268-269.

⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: JMB, 1992, p. 190.

⁵⁵ Para García-Pablos, “[...] uma série de instituições foram titulares ou compartilharam o *jus puniendi* (senhores feudais, Igreja, etc.) BIANCHINI, Alice, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio e GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2009, p. 216. Assim, “a auto-afirmação do Estado moderno como máxima instância política frente às restantes instituições sociais foi produto de um lento processo histórico paralelo ao da concentração do *jus puniendi* em suas mãos”. *Ibidem*, p. 209.

⁵⁶ Essa crítica pode ser encontrada em Zaffaroni, Alagia e Slokar, que afirmam que “Las simplificaciones más corrientes de la historia de la criminalización primaria, o sea, de la formalización del poder punitivo en legislación penal manifiesta, pretenden mostrar un sentido lineal, centrando su atención en las penas previstas en esas leyes: penas ilimitadas (venganza privada), penas limitadas (venganza pública), penas más limitadas (humanización) y penas racionales o etapa actual, que unos llaman científica, algunos técnica y otros dogmática, según el lugar en que se coloque el analista histórico, que generalmente pretende hallarse en la cúspide de una evolución. En definitiva, siempre se trata de presentar a la criminalización primaria (o legislación penal) en el marco de una de las tantas concepciones evolutivas de la historia, corrientes en los siglos XVIII y XIX. Al mismo tiempo, es regla ignorar el resto del ejercicio del poder punitivo”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, SLOKAR, Alejandro e ALAGIA, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 229. Grifos dos autores.

necessidade de explodir com o contínuo da história progressiva que somente celebra um vencedor atrás do outro. Para ele, interessa o passado como experiência única, como singularidade das coisas: Benjamin recusa uma história que tende a mitificar e sonegar a concretude do real, como a narrativa dominante entre os penalistas faz. Zaffaroni representa um verdadeiro oásis diante desse deserto argumentativo, considerando que continuamente são ressuscitadas as mesmas instituições repressoras – que não variam desde o século XII – mas tomando cuidado para jamais conferir a elas qualquer índice de legitimidade.⁵⁷

3 A NOSTALGIA DO NÃO-VIVIDO E O REENCONTRO COM O POTENCIAL SUBVERSIVO DO DIREITO PENAL

Parece inegável que a vontade de sistema que presidiu os esforços dogmáticos nos últimos séculos foi incapaz – propositalmente ou não – de erradicar os traços autoritários dos quais está impregnado o pensamento que foi sua matriz, apesar de ser essa a compreensão de boa parte dos penalistas.⁵⁸ Diante da continuidade dessa violência, é preciso enfaticamente gritar: a justiça – que não se confunde com o direito – é devida ao outro, antes de qualquer contrato, como afirma Derrida.⁵⁹ O autor desidentifica direito e justiça, assim como Zaffaroni desidentifica discurso jurídico-penal e legislação penal.⁶⁰

Trata-se exatamente do deslocamento de sentido que é preciso experimentar para romper com o ciclo vicioso de reprodução ideológica do pensamento dominante. Para ir além do esforço discursivo dos autores que opõem o direito penal moderno – liberal e clássico – como mito de origem a ser recuperado diante da “crise”, ou seja, do que veem como dilaceramento de seus pressupostos mais básicos no contexto contemporâneo, é necessário não incorrer no que poderia ser chamado de nostalgia do não-vivido. É necessário reconhecer que o sistema foi imposto como violência fundadora e que na sua configuração real para além do âmbito narrativo, sempre foi seletivo e persecutório, sempre foi conducente a celebrar na

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 68.

⁵⁸ Para Ferrajoli, “[...] para além da heterogeneidade e da ambivalência de seus pressupostos teóricos e filosóficos, é certo que os princípios mencionados, tais como se consolidaram nas constituições e codificações modernas, formam em seu conjunto um sistema coerente e unitário”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 30.

⁵⁹ DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 49.

⁶⁰ Para Derrida, “o direito é o elemento do cálculo, é justo que haja um direito, mas a justiça é incalculável, ela exige que se calcule o incalculável; e as experiências aporéticas são experiências tão improváveis quanto necessárias da justiça, isto é, momentos em que a decisão entre o justo e o injusto nunca é garantida por uma regra”. *Ibidem*, p. 30.

realidade concreta os excessos que discursivamente propunha-se a conter. O discurso jurídico-penal irrompe no âmbito das práticas punitivas como abertura fadada a não triunfar sobre a barbárie, à qual ela acaba inclusive, se incorporando e até mesmo legitimando sob uma retórica que reconhece o *jus puniendi* estatal.

Na nona tese sobre a história, Benjamin – em diálogo com P. Klee – evoca a imagem de um anjo que não vê no passado uma mera cadeia de acontecimentos orientados ao progresso, mas uma catástrofe única, que acumula incansavelmente ruína sobre ruína. O anjo gostaria de deter-se para acordar os mortos e juntar os fragmentos, mas uma tempestade sopra do paraíso e o impele com força irresistível para o futuro, de forma que ele não consegue mais fechar suas asas. Enquanto isso, o amontoado de ruínas cresce até o céu. Benjamin chama a tempestade de progresso. Como Benjamin intuiu, o progresso trouxe catástrofe: o nazifascismo somente foi possível graças a ele. O Holocausto não foi uma mancha na caminhada histórica progressiva da racionalidade moderna: foi a expressão mais extrema de uma grande tragédia possibilitada pela ênfase desmedida na técnica e que no final acumulou ruína sobre ruína, com um custo incalculável de vidas humanas ceifadas por um poder punitivo extremamente seletivo. O direito penal esteve envolvido profundamente no ponto culminante dessa barbárie, através de um de seus grandes dogmáticos, o penalista alemão Edmund Mezger.⁶¹

Embora o Holocausto represente o apogeu dessa doentia racionalidade, isso não significa dizer que o moinho racional-instrumental de trituração da vida humana tenha cessado de funcionar. Pelo contrário, o moinho permanece em movimento, legitimado por artifícios discursivos ardilosos que dão a essa barbárie a aparência de uma técnica racional e civilizada, obtida a partir do avanço progressivo da ciência e do saber jurídico. Trata-se exatamente da racionalidade hegemônica que urgentemente é preciso combater.

Evidentemente, isso não significa dizer que o advento do direito penal moderno não tenha representado uma fissura e que em determinados momentos não tenham surgido sínteses narrativas mais ou menos aptas a conter o poder punitivo. Pelo contrário: o problema é que essas fissuras resultaram em grande parte em ruínas, no sentido benjaminiano. Ou seja: em sentidos abortados, irrealizados. É por isso que pode ser dito que a história das práticas punitivas não revela a sua progressiva racionalidade, a partir de uma perspectiva de

⁶¹ MUNÕZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

linearidade na qual a sua “evolução” seja passível de apreciação e valoração.⁶² Pelo contrário, é uma história caracterizada por rupturas e descontinuidades, por uma trajetória que demonstra que os conceitos também têm uma gênese e que são suscetíveis a fatores espaciais e temporais, que revelam seus usos e abusos.⁶³ Nessa história – pensando a partir de Benjamin – houve raros momentos de abertura, em que uma tradição favorável aos oprimidos floresceu, mas não triunfou. Isso não significa necessariamente que jamais triunfará: é necessário visitar novamente esses momentos e valer-se da força deles para quem sabe, triunfar no presente. A homenagem que aqui rendemos a Zaffaroni não deixa de ser uma tentativa desesperada de manter aberta a fissura no monólogo das agências de reprodução ideológica.

O meio para a concretização dessa intenção deve partir justamente, – justamente porque animada por uma loucura por justiça⁶⁴ – de um ato narrativo prospectivo em sentido contrário, genealógico e arqueológico, ou nos termos de Benjamin, de um ato de escovar a história a contrapelo. Segundo Benjamin, a história expressa uma dívida para com o passado, mas também, uma luta no presente. São duas frentes de batalha que não estão dissociadas, mas que, ao contrário, se complementam. Para ele, há um combate emancipador a ser travado. O passado pode ser iluminado pela luz dos combates que são travados hoje, pela luz do sol que se levanta no céu da história: dessa forma, o presente ilumina o passado e o passado iluminado torna-se uma força no presente. No entanto, Benjamin refere que articular o passado historicamente não significa conhecê-lo tal como ele propriamente foi. Significa apoderar-se de uma lembrança tal como ela lampeja num instante de perigo.

O que isto pode significar para o discurso jurídico-penal? A inspiração que pode ser extraída das reflexões de Benjamin está no reencontro com o potencial subversivo do discurso jurídico-penal, com sua potencial aptidão para reduzir os excessos de um poder punitivo que deve ser reconhecido como concretamente existente, mas ilegítimo por definição e por exigência ética, como defende Zaffaroni. Não interessa aos penalistas comprometidos com a contenção da barbárie das práticas punitivas legitimar discursivamente o poder punitivo como direito de punir e identificar a justiça com o direito. Isso só pode interessar a agências de reprodução ideológica movidas por propósitos espúrios. Devemos desconfiar da aptidão para bem que é proposta como vocação de um corpo normativo voltado para a utopia de segurança.

⁶² Nesse sentido, forçoso discordar de García-Pablos de Molina, que acredita na continuidade do que ele vê como um processo de progressiva racionalização do direito penal. GÁRCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: introducción*. Madrid: Universidad Complutense, 1995, p. 58.

⁶³ Como percebeu Zaffaroni, é notório que no direito penal aparecem como descobertas, verdadeiras regressões, que são festejadas como novidades teóricas. ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 42.

⁶⁴ DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 49.

É contra essa agenda que temos que nos insurgir, arrancando o direito penal das amarras do autoritarismo e desidentificando direito penal e legislação penal, que representa um ato de poder estatal sobre o qual os juristas têm escasso poder.⁶⁵ É preciso agir contra a agenda de reprodução ideológica, para que o potencial subversivo do discurso jurídico-penal possa ser resgatado das profundezas em que se encontra submerso, ampliando o poder dos juristas. Para liberar essa energia e ir ao encontro dela, é necessário destruir as amarras argumentativas que impedem que o discurso jurídico-penal atinja sua vocação libertária.

No entanto, o próprio Benjamin melancolicamente vê com pouco otimismo as perspectivas de vitória no confronto entre vencedores e vencidos, diante dos insucessos do passado e do presente, o que o leva a crer que a redenção dos oprimidos é uma possibilidade muito pequena, mas a que é preciso saber se agarrar. Não se esquivar de empreender a tarefa de dissolução dos sistemas de pensamento que falaciosamente tornam suportável o insuportável: eis aí a função que cabe ao intelectual desempenhar diante do sonambulismo dogmático que assola o saber jurídico hermeticamente sedimentado. Para isso é preciso romper com a linguagem dominante e com o monólogo que a caracteriza: deliberadamente procurar o corte epistemológico – como dizia Bachelard – e com isso oxigenar o pensamento a partir do diálogo com outros saberes, visando a contenção do poder punitivo.

Se a escrita pode emular um gesto e tentar agarrar-se a essa chance – e uma chance não é pouca coisa, pois é um momento de oportunidade demarcado no tempo – é isso que devemos todos tentar. Para Benjamin, não há um único instante que não carregue consigo a sua chance revolucionária, ainda que ela deva ser definida como uma chance específica, como solução inteiramente nova, diante de uma tarefa inteiramente nova: cada momento histórico tem suas potencialidades revolucionárias, o que é radicalmente distinto de leis da história ou de um progresso inexoravelmente gradativo. Portanto, o instante de realização da chance pode ser o aqui e agora: a história está em aberto, não é determinada antecipadamente e, logo, pode produzir – e tem produzido – incontáveis catástrofes, mas também produz – e certamente continuará a produzir – movimentos emancipadores, aberturas e fissuras na razão dominante. No âmbito do pensamento jurídico-penal e mais especificamente no cenário latino-americano, a fissura provocada pelo pensamento de Zaffaroni é mais do que visível: trata-se de uma inegável ferida emancipatória na totalidade do pensamento sedimentado.

É preciso reconhecer que o adversário a que Benjamin se referiu não é necessariamente o mesmo enfrentado aqui, pois o sentido é um pouco mais restrito. Se

⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 38.

Benjamin se preocupou fundamentalmente com o poder de classe e a dominação e exploração daí decorrentes, a preocupação aqui é com o autoritarismo estatal e a violência institucional, embora ela não deixe de ser seletiva à sua própria maneira: para muitos as duas coisas estão quase que diretamente relacionadas. Mas para os fins deste ensaio, o inimigo em questão – contra o qual são apontadas as baterias – é o poder punitivo: poder que é preciso conter enquanto exercício verticalizado e autoritário, mas poder – no sentido foucaultiano – que produz subjetividades, que se aplica, que se reproduz para além dos marcos do objetivamente identificável, que está integrado à anatomia política, mas que não se restringe somente a ela.⁶⁶

No entanto, ainda que o inimigo em questão expresse outro aspecto da racionalidade hegemônica referida por Benjamin, trata-se de um inimigo que historicamente também não tem cessado de vencer: desde a irrupção dos estados de direito modernos, a luta tem sido travada de forma incessante para confinar o poder punitivo ao espaço minimamente aceitável para evitar ou reduzir sua incidência arbitrária. Em suma, para estabelecer o seu caráter rigorosamente rígido de manifestação como *ultima* ou *extrema ratio*, já que a sua dissolução – se é que possível – está para além de um horizonte de expectativa realizável ou ao menos realizável em um futuro próximo. Nesse sentido, talvez o mais nefasto dos efeitos da estratégia discursiva da crença no progresso da ciência, da técnica e da humanidade – guiadas pela razão – esteja no fato de que ela conduz à ausência de iniciativas; conduz à passividade diante da angústia que caracteriza a concretude do real, esquecido em nome da idolatria sedutora pelo fetiche dogmático. Tudo isso indica a urgência do confronto, da reescrita, da destruição dos postulados discursivos que sustentam a continuidade do triunfo do autoritarismo das práticas punitivas e nas práticas punitivas.

4 O ESTADO DE EXCEÇÃO E O ALCANCE DO PODER DOS JURISTAS

Se a intenção de contenção do ilegítimo poder punitivo pode ser pensada desde a metáfora do jogo, trata-se de um jogo que tristemente ainda está muito longe de ser vencido, pois as regras têm sido constantemente ditadas pela racionalidade dominante que implacavelmente destrói tudo que pode vir a ameaçá-la.

Essa conclusão inafastável novamente nos leva a Benjamin: para ele, o estado de exceção em que vivemos é a regra geral, um pensamento que certamente é inquietante e que foi aprofundado por Agamben, que afirma que a máquina do estado de exceção não cessou de funcionar desde o início do século XX, tendo atingido hoje exatamente o seu máximo

⁶⁶ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003, p.11-12.

desdobramento planetário.⁶⁷ Parece não haver dúvida de que por todas as partes e por todos os lados, o estado de exceção – que Benjamin já vislumbrava – presentifica na carne e na alma dos homens a arbitrariedade que no passado se buscou erradicar e que ainda se sustenta, praticamente intocada. Diante disso, até mesmo a incisiva abordagem de Zaffaroni – que se dá em termos de estado de direito e estado de polícia – parece insuficiente para caracterizar a agonia provocada pelo poder punitivo.⁶⁸

Não é por acaso que muitos não acreditam na possibilidade de contenção do poder punitivo através de um marco normativo, pois é precisamente no espaço deixado em aberto entre o programa e o mundo real que a exceção prospera. Pode ser dito inclusive que a própria estrutura normativa em grande medida autoriza a fissura pela qual é dinamizada a seletividade do sistema penal. Desse modo, o argumento da “imagem bélica e sua serventia” é confrontado com algo ainda mais extremo: para Agamben, “[...] *a criação voluntária de um estado de emergência (ainda que eventualmente não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos*”.⁶⁹ O autor considera que “*o estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo*”.⁷⁰

Não temos aqui fôlego para enfrentar o esforço exigido para a discussão aprofundada do conceito de estado de exceção, que envolve Carl Schmitt, Walter Benjamin, Hannah Arendt, Jacques Derrida e Giorgio Agamben. A intenção é apenas chamar a atenção do leitor para a questão e apontar o nervo exposto: o estado de exceção define um estado de lei “*em que, de um lado, a norma está em vigor, mas não se aplica (não tem força) e em que, de outro lado, atos que não têm valor de lei adquirem sua força*”.⁷¹ para Agamben, “[...] *o estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei*”.⁷² Em última análise, não é preciso lei se há força de lei.⁷³

⁶⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2008. p.131.

⁶⁸ Zaffaroni considera que não é como se o estado de direito começasse com a revolução francesa e o estado de polícia tivesse acabado com o fim do Antigo Regime. Para ele, “em qualquer tipo de poder político institucionalizado em forma de estado, o estado de direito e o estado de polícia coexistem e lutam, como ingredientes que se combinam através de medidas diversas e de modo instável e dinâmico”. ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.95.

⁶⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2008. p.13.

⁷⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2008. p.13.

⁷¹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2008. p.61.

⁷² AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2008. p.61.

⁷³ Ver a discussão que Derrida faz sobre a necessidade de uma “força” para que o direito seja aplicado. DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Se o estado é efetivamente de exceção, não há como negar que isso fragiliza o argumento de que os juristas devem conter o poder punitivo e impulsionar o estado constitucional de direito.⁷⁴ Como observou Agamben, no estado de exceção:

[O] aspecto normativo do direito pode ser, assim, impunemente eliminado e contestado por uma violência governamental que, ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o direito.⁷⁵

Inegavelmente a crítica é devastadora e parece indicar que o embate jurídico pouco pode contribuir para fazer com que as coisas efetivamente avancem. Aqui é preciso uma pausa para respirar: não parece que isso signifique que a luta no campo jurídico deva ser completamente abandonada, ainda que evidencie que o problema é mais profundo.

É precisamente nesse sentido que Derrida, apesar de diferenciar justiça e direito – como deve sê-lo – refere que “esse excesso da justiça sobre o direito e sobre o cálculo, esse transbordamento do inapresentável sobre o determinável, não pode e não deve servir de alibi para ausentar-se das lutas jurídico-políticas, no interior de uma instituição ou de um Estado, entre instituições e entre Estados”.⁷⁶ Como refere Derrida, “*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*”.⁷⁷

Portanto, mesmo que existam limites para o quanto podemos avançar através do direito, não podemos pura e simplesmente entregar este espaço para que o poder punitivo prolifere de forma absolutamente irrestrita. Como observou Zaffaroni, “*sem a contenção jurídica (judicial) o poder punitivo ficaria liberado ao puro impulso das agências executivas e políticas e, por conseguinte, desapareceriam o estado de direito e a própria república*”.⁷⁸

O questionamento é inevitável: será que existe efetivamente um estado de direito passível de desaparecimento? Ou o estado é de exceção e ponto final? Mais do que uma discussão de categorias, o que está em jogo é um horizonte de ação imediata, que consiste na seguinte pergunta: como penalistas, que providências podemos tomar para reduzir os danos provocados por esse estado de polícia, ou mesmo de exceção, assumindo a radicalidade do problema proposto? Em última análise, essa é a escolha que nos é dada.

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 40.

⁷⁵ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 131.

⁷⁶ DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 55.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 55.

⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 40.

É claro que assumir essa postura pragmática significa em grande medida manter a discussão do problema nos mesmos termos. Mas a questão é que por mais que o argumento do estado de exceção abale a crença no poder judicial, o fato é que o sistema penal que temos é este e provavelmente assim permanecerá sendo por muito tempo. Afinal, o que podem fazer os juristas com o poder que exercem? Um poder que como Zaffaroni refere, é bastante restrito dentro do âmbito de atuação das agências do sistema penal? A resposta é que no mínimo devem se recusar a compactuar com a opressão, deixando de celebrá-la como cortejo triunfal.

A questão fundamental que suscitamos aqui é que no espaço aberto pela antinomia entre as ideologias de segurança e as exigências éticas de contenção do poder punitivo, os danos produzidos são imensos. Não é aceitável que os penalistas continuem compactuando – quase que deliberadamente – com o estado de exceção, o que assegura a permanência da opressão dos menos afortunados – muitas vezes tratados como não-pessoas –, principalmente em sociedades com altos índices de exclusão, como a brasileira. Portanto, trata-se de reencontrar a vocação subversiva do discurso e extirpá-la do conformismo que sob alguns aspectos compromete o que deve ser seu sentido último. Desconsiderar o aspecto de garantia que o direito penal representa e pura e simplesmente renegá-lo não pode ser seriamente considerado como o caminho a seguir, pelo menos no contexto contemporâneo. Isso não significa que alternativas não sejam desejáveis, mas por outro lado, significa dizer que o abandono da luta no campo do direito penal favoreceria ainda mais a ampliação do poder das outras agências que integram o sistema penal, como percebeu Zaffaroni.⁷⁹

Por isso é preciso repensar radicalmente o discurso jurídico-penal e localizar os espaços de interdição de sua potencialidade libertária, para fortalecer o poder dos juristas: identificar as barreiras e impasses mais significativos, que impedem que o discurso jurídico-penal se constitua como limite ao poder punitivo. Esse é o único horizonte de ação imediata ao nosso alcance.

CONSIDERAÇÕES FINAIS — A DESCONSTRUÇÃO DO PENSAMENTO SEDIMENTADO

É importante deixar claro que oxigenar o discurso no sentido aqui proposto não implica qualquer desejo de reorganização de um sistema fechado de pensamento no qual as categorias acabam substituindo a própria realidade a conhecer e transformar. A desconstrução

⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 60-61.

do discurso – inspirada em Derrida, que identifica desconstrução e justiça – não é e não pode ser descolada da coisa: é a concretude do real que clama pela reabertura do pensamento sedimentado e apodrecido. É por isso que desvelar as camadas de rigor putrefato – de *rigor mortis* – que estão subjacentes ao discurso jurídico-penal é uma exigência dada pela experiência concreta e dolorosa do sofrimento provocado pela tradição autoritária que domina as práticas punitivas.

Benjamin pensa o termo tradição de forma peculiar, pois o associa aos oprimidos e não ao sentido de contínuo progresso que deriva dos opressores. Mas por outro lado, Benjamin também considera que a tradição pode ser apropriada pela continuidade violenta e arditosamente integrada a ela. No sentido aqui proposto, a inspiração benjaminiana está por trás da pretensão de arrancar a transmissão da tradição do conformismo que está sempre na iminência de subjugar-la por completo. É nesse sentido que a centelha da esperança que Benjamin refere precisa ser ateadada e alimentada, pois o discurso jurídico-penal não pode ser entregue à reprodução ideológica do poder punitivo.

Por isso é necessário reforçar o núcleo de hostilidade ao poder punitivo que está impregnado em várias instâncias do discurso jurídico-penal, para impedir que ele se curve aos anseios de castigo veiculados pelos empresários morais da mídia.⁸⁰ O discurso penal é por excelência o lugar do confronto entre liberdade e anseios de segurança, entre garantias e anseios de prevenção. Reside aí o impasse entre a urgente necessidade de contenção do poder punitivo ou a metafísica função de proteção de bens jurídicos que escamoteia discursivamente o que é na verdade, um anseio de castigo, falaciosamente legitimado pelas teorias da pena: retribuição, intimidação, ressocialização e inocuização – todas as formas do discurso demonstram o quanto é difícil para a racionalidade dominante descolar da reprodução ideológica de legitimação e assumir como horizonte compreensivo uma teoria agnóstica da pena e do poder punitivo, abrindo mão dos fins e concentrando-se nos meios.

Como já observado, a “crise” do discurso jurídico-penal não é contemporânea, mas sim, genética: decorre de impasses constitutivos que não foram superados e que comprometem a sua função de garantia contra o poder punitivo, designando ao direito penal funções que ele jamais teria como cumprir. Tristemente, muitos sequer percebem tais impasses e apenas reproduzem espasmodicamente as mesmas velhas categorias que se

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 45.

prestam tão facilmente a fins espúrios. Será preciso, se necessário for, metaforicamente rasgar suas pálpebras para que enxerguem com o que compactuam.⁸¹

Parece difícil escapar de uma constatação: o discurso jurídico-penal ainda navega nos mares de uma sapiência sedada e que anestesia, pois está repleto de ardis discursivos altamente sedutores que justificam o injustificável, legitimam o ilegítimo e adoçam com ornamentos falaciosos as violências que consubstanciam. Tudo isso passa na maioria das vezes despercebido pelo engenho de produção de máquinas acéfalas que é – ou acaba sendo – a (de)formação jurídica, lugar de reprodução de um conjunto de perguntas-respostas nos quais os penalistas em geral crêem – e a palavra certa é crença – piamente. Assim, diante da afirmação – aqui enfaticamente sustentada e levada ao seu extremo – de que o sentido do direito penal deve consistir acima de tudo no estabelecimento de um dique de contenção da torrente do poder punitivo, muitos deles demonstrariam enorme perplexidade e até mesmo revolta.⁸² Afinal, não é o direito penal o ramo do ordenamento jurídico que define as condutas lesivas aos bens jurídicos – ações ou omissões – e estabelece as sanções correspondentes, penas ou medidas de segurança? A especificidade do direito penal não está no que a nomenclatura lhe designa, a aptidão para aplicar penas, sendo isto o que o diferencia dos demais ramos do direito? Não é o direito penal o meio de controle social formal que visa a tutela de bens jurídicos, estipulando sanções às lesões mais graves aos bens mais importantes?

Poucos ousariam insurgir-se contra esses truísmos tantas vezes afirmados, a ponto de tornarem-se dogmas inatacáveis. Quem ousar fazer isso será seguramente taxado de irracional, como se a racionalidade – a única racionalidade aceitável ou possível – fosse aquela que apenas nada conforme a corrente. Ora, essas perguntas-respostas não são inofensivas. Demarcam um sentido, um lugar de atuação e os postulados de um saber. São encontradas em praticamente todos os tratados, cursos e manuais de direito penal e reproduzidas em coro uníssono, monossilábico e magisterial pelos seus narradores. É através delas que os futuros bacharéis dão os seus primeiros passos e adentram o universo dos infinitos problemas – ainda que não percebidos como tais – que orbitam em torno do sistema penal. É assim que (re)nasce e prospera discursivamente uma concepção de direito penal como remédio para todos os males.

⁸¹ Como afirma Zaffaroni, “pretender conservar um poder exercido mediante um discurso falso, quando se sabe que este legitima – e sustenta – um poder diverso exercido por outros, que custa vidas humanas, que degrada um grande número de pessoas (tanto aquelas que o sofrem quanto as que o exercem) e que se trata de uma constante ameaça aos âmbitos sociais de auto-realização, é, a todas as luzes, eticamente reprovável”. ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 75.

⁸² ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 156-157.

No entanto, todas essas construções discursivas – apesar dos méritos parciais de algumas delas – produzem muito pouco além da legitimação do ilegítimo por definição. O que esperar afinal do direito penal? Direito a quê? Para a razão dominante, isso é mais do que evidente: direito a impor penas, cuja titularidade pertence ao Estado, que tem o monopólio exclusivo do direito de punir. Velhas fórmulas, surradas e desgastadas – não que algum dia tenham tido qualquer validade para além das violências que pseudo-legitimam – mas que permanecem sendo continuamente e pedagogicamente proferidas. Quando a terminologia é discutida nos cursos, manuais e tratados, a discussão limita-se a dizer que o outro termo utilizado – a falsa alternativa denominada direito criminal – encontra menor difusão e que o termo direito penal é mais correto, apesar de certa imprecisão, devido à incorporação tardia das medidas de segurança.⁸³ O problema está diante dos penalistas, que optam por deliberadamente ignorá-lo. Com isso continua prosperando uma espécie de obsessão punitivista pela realização positiva do direito penal, como se ele somente ganhasse vida com a aplicação de sanções. Enfim, o direito penal encontra seu sentido último como dique de contenção ao poder punitivo; se este não é o único sentido possível, é o único sentido aceitável em um Estado Democrático de Direito. Como reflete Zaffaroni:

O direito penal deve programar o exercício do poder jurídico como um *dique* que contenha o estado de polícia, impedindo que afogue o estado de direito. Entretanto, as águas do estado de polícia se encontram sempre em um nível superior, de modo que ele tende a ultrapassar o *dique* por transbordamento. Para evitar isso, deve o dique dar passagem a uma quantidade controlada de poder punitivo, fazendo-o de modo seletivo, *filtrando* apenas a torrente menos irracional e reduzindo a sua turbulência, mediante um complicado sistema de comportas que impeça a ruptura de qualquer uma delas e que, caso isto ocorra, disponha de outras que reassegurem a contenção.⁸⁴

Rui Cunha Martins refletiu sobre a brilhante metáfora de Zaffaroni e concluiu que o dique, como limite que é, não funciona sozinho: ele é um mecanismo suscetível de agenciamento, indicando que a metáfora do dique é, em rigor, a metáfora do homem por detrás do dique, que o pode mover num sentido ou noutro, manifestando o lugar autoral que é seu. Segundo Cunha Martins, “o ‘dique’ é metáfora jurídica, sim; transforma-se, enquanto ‘homem do dique’ em metáfora política. Eis o que limite faz ao direito: diz-lhe a politicidade que carrega.”⁸⁵

⁸³ Para Zaffaroni, as medidas não passam de uma classe particular de penas, com menores limites e garantias que outras, ou pelo menos uma clara expressão do poder punitivo. ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 39.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 156-157.

⁸⁵ CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 156.

O apelo aqui registrado transita no mesmo sentido: o gesto da escrita é, em si mesmo, um gesto político, uma ação política. Ou seja, vincula-se a uma determinada forma de ver o mundo e de se ver no mundo. Evidentemente essa proposta parte de um lugar. Projeta-se a partir de um horizonte compreensivo decididamente comprometido com convicções que lhe são próprias e que implicam escolhas cujo caráter não deixa de ser, em última instância, político e ético. A argumentação aqui desenvolvida visa deliberadamente chocar o leitor, arrancá-lo de seu lugar de conforto. Não para simplesmente espantar ou desiludir, mas para que ele desperte do sono dogmático da reprodução impensada de categorias que servem a propósitos espúrios, impedindo que a realidade concreta para além do discurso jurídico-penal seja qualitativamente transformada. Chega de acumular ruínas. Temos que avançar.

O texto é decididamente dirigido a fazer com que convicções arraigadas sejam postas em questão. A vitória – no sentido de sensibilização e adesão a um pensar que é proposto como libertário – pode significar, assim como em Benjamin, um passo a mais na emancipação dos oprimidos. Escovar a história a contrapelo e conectar o direito penal com a política não é apenas uma questão de memória, mas de insurgência: de engajamento contra a (re)produção da violência institucionalizada e chancelada pelo Estado (de exceção). Não há aqui qualquer saudosismo impensado, ou nostalgia do não-vivido. É urgente dissecar o discurso jurídico-penal: abalar as estruturas do pensamento e ver o que remanesce, o que se sustenta, o que pode contribuir para fazer com que a realidade concreta deixe de ser o lugar do insuportável, ou ao menos, fazer com que esse insuportável deixe de ser percebido como suportável, o que é imprescindível para que qualquer mudança ocorra. Talvez quando isso acontecer, o verdadeiro estado de exceção – no sentido benjaminiano – possa se instalar: um Estado em que não exista mais opressão.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2008.

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

BIANCHINI, Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal, volume 1: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUSTOS RAMIREZ, Juan J e MALARÉE, Hernán Harmazábal. *Leciones de Derecho Penal Volumen I*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 2008.

GÁRCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal: introducción*. Madrid: Universidad Complutense, 1995.

GAUER, Ruth M. Chittó. Alguns aspectos da fenomenologia da violência. In: GAUER, Gabriel J. Chitto; GAUER, Ruth M. Chittó (orgs). *A fenomenologia da violência*. Curitiba: Juruá, 2008.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal: La Ley y el Delito*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1997.

MIR PUIG, Santiago. *Introduccion a las Bases del Derecho Penal*. Buenos Aires: BdeF, 2003.

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

_____. HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito penal Brasileiro: volume 1*. São Paulo: RT, 2008.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: JMB, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, SLOKAR, Alejandro e ALAGIA, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2002.

_____. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

_____. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007

