

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

MOYSÉS DA FONTOURA PINTO NETO

**O ROSTO DO INIMIGO:
UMA DESCONSTRUÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO
RACIONALIDADE BIOPOLÍTICA**

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Timm de Souza

Porto Alegre
2007

MOYSÉS DA FONTOURA PINTO NETO

**O ROSTO DO INIMIGO:
UMA DESCONSTRUÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO
RACIONALIDADE BIOPOLÍTICA**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Área de concentração: Sistema Penal e Violência.

Linha de pesquisa: Criminologia e Controle Social.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Timm de Souza

Porto Alegre
2007

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

P659r Pinto Neto, Moysés da Fontoura
O rosto do inimigo: uma desconstrução do Direito
Penal do inimigo como racionalidade biopolítica / Moysés
da Fontoura Pinto Neto. Porto Alegre, 2007.
211 f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-
Graduação em Ciências Criminais, PUCRS, 2008.
Orientador: Prof. Dr. Ricardo Timm de Souza.

1. Direito. 2. Inimigo - Exceção. 3. Racionalidade.
4. Funcionalismo. 5. Ética. 6. Alteridade. I. Souza,
Ricardo Timm. II. Título.

CDD 341.5

Bibliotecária Responsável

Isabel Merlo Crespo
CRB 10/1201

MOYSÉS DA FONTOURA PINTO NETO

**O ROSTO DO INIMIGO:
UMA DESCONSTRUÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO
RACIONALIDADE BIOPOLÍTICA**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovada em 04 de dezembro de 2007.

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Timm de Souza
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Salo de Carvalho
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Universidade Federal do Paraná

AGRADECIMENTOS

O mundo do cuidado precede o mundo intelectual. Sem cuidado, não há pensamento. Por isso, meu primeiro agradecimento é para minha família, que me *cuidou* até o momento de realização dessa Dissertação: aos meus pais, Moysés e Fátima, minha irmã, Andréa, minha avó, Francisca, dindos e tios.

À minha namorada e amor, Maria Julia Ledur Alles, que me deu equilíbrio e paz em momentos turbulentos e agüentou as minhas reflexões sobre os temas aqui trabalhados, apesar de ser de área distante.

Esta Dissertação não teria sido possível se não existisse o Mestrado em Ciências Criminais da PUCRS. A oportunidade de pesquisa transdisciplinar, tão rara nos meios jurídicos, foi única e o aprendizado permanente. Se não existisse a liberdade acadêmica com que me movimentei ao longo de toda pesquisa, o trabalho não teria o desenvolvimento que teve.

Ao Professor Ricardo Timm de Souza, presença intensa e permanente ao longo do trabalho, por ter me revelado um referencial teórico no qual finalmente me encontrei, e pelo convívio pessoal e exemplo de vida.

Aos Professores Ruth Maria Chittó Gauer, com quem aprendi a olhar a diferença cultural de outra forma, a partir das suas lições de antropologia; Salo de Carvalho, que abriu as portas para pensarmos um horizonte criminológico pós-crítico no qual a filosofia é bem-vinda; e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, pelas análises preciosas da contemporaneidade a partir do viés sociológico e vislumbre de alternativas políticas viáveis para rompermos com o círculo vicioso do fenômeno criminal.

Aos meus amigos Gabriel Antinolfi Divan, companheiro de dia-a-dia no duro primeiro ano de Mestrado, e Otávio Binato Júnior, pelas inúmeras discussões e trocas de idéias acerca do nosso tema em comum. Mas, acima de tudo, pela amizade inestimável de ambos.

Aos meus amigos-irmãos Daniel, Ígor, Maldonado, Mariano, Ulisses, Daniel Irumé, Daniel Negrão, Filipe, Moisés, Carlos e todos que estão no dia-a-dia da nossa Fraternidade. Vocês também foram fundamentais!

Aos amigos do !TEC (Jr.), que represento nas pessoas de Alexandre Pandolfo, Gregori Laitano, Marcelo Luchese e Marcelo Mayora, com quem aprendi muito no nosso grupo de estudos sobre Emmanuel Levinas.

Aos colegas e amigos Bizzoto, Andréa, Eliane, Dinéia, Inezil, Gustavo, Marisa, Camile, Marcos, Tovo, Elisa, Maura, Roberta, Vinícius e todos os demais: obrigado por agüentar minha malice!

RESUMO

A presente dissertação, desenvolvida na linha de pesquisa *Criminologia e Controle Social*, articula-se como uma reflexão crítica sobre a tese do jurista alemão Günther Jakobs acerca do Direito Penal do Inimigo. O ponto de partida é de que o Direito Penal do Inimigo deve ser compreendido enquanto espécie de estado de exceção, no qual se suspende a vigência das normas jurídicas sem revogá-las, formando um vazio que é complementado pelas figuras do *homo sacer*, enquanto indivíduo submetido ao Poder Soberano, e do *campo*, enquanto espaço biopolítico anômico. A inflexão de Jakobs permite que essa desvinculação dos textos constitucionais vigentes se situe na normatização do conceito de pessoa, pelo qual consegue abrir um flanco na ordem jurídica onde se infiltra o estado de exceção. Por isso, o cotejo com a Constituição brasileira, por exemplo, mostra-se insuficiente, à medida que não toca o fundo do problema. Esse fato norteou a pesquisa no sentido de confrontar a *racionalidade* que orienta a construção do Direito Penal do Inimigo, enfrentando-o desde as suas bases. Procurou-se “descer” até a excepcionalidade do concreto, a partir da estratégia da desconstrução, buscando atacar a construção de Jakobs a partir da abertura de flancos de alteridade. Dessa forma, é toda uma lógica que atua de forma biopolítica no sistema penal – a “lógica” do Inimigo – que é combatida. Os conceitos que foram objeto de desconstrução, tidos como pedras estruturais do edifício teórico de Jakobs, são os de: 1) ordem, enquanto estratégia de “construção” do Inimigo; 2) representação, enquanto suporte cognitivo que tematiza o Inimigo; e 3) persistência no ser, como a estrutura última que cimenta uma ordem de imanência incapaz de abertura para o Outro. Portanto, desde a estratégia da desconstrução, foi procurado um constante conflito entre a racionalidade instrumental do funcionalismo e a racionalidade ética da alteridade.

Palavras-chave: Inimigo – Exceção – Racionalidade – Funcionalismo – Ética – Alteridade.

ABSTRACT

The present dissertation, developed in the research line *Criminology and Social Control*, is a critical reflection about the German jurist Günther Jakobs' thesis Penal Law of the Enemy. The starting point is that the Penal Law of the Enemy must be read as a kind of state of exception, in what the juridical norms are suspended without losing their validity, forming an emptiness complemented by the figures of *homo sacer*, as an individual submitted to the Sovereign Power, and the *camp*, as a biopolitical anomic space. The Jakobs' inflection is able to disconnect itself from the constitutional texts based on a normative concept of person, creating a gap where is possible to infiltrate the state of exception. This argument turns the confrontation with the Brazilian Constitution, for example, insufficient, because it does not get the main point. This fact conducted the research to confront the Penal Law of Enemy's foundation rationality, discussing it in its basis. Trying to go under the concrete's exceptionality, based on the desconstruction's strategy, the research looked for attack the Jakobs' theory opening alterity gaps. By this way, all the biopolitical logic of the penal system – the Enemy's logic – is attacked. The concepts elected as the main structural stones of the Jakobs' theoretical building are: 1) order, as a strategy of Enemy's construction; 2) representation, as the cognitive support that thematizes the Enemy; and 3) persistence on being, as the last structure that fixes an immanence order unable to open itself to the Other. Therefore, by the desconstruction's strategy, a constant conflict between the instrumental rationality of functionalism and the ethical rationality of alterity was aimed.

Key words: Enemy – Exception – Rationality – Funcionalism – Ethics – Alterity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I - DIREITO PENAL DO INIMIGO, ESTADO DE EXCEÇÃO E DESCONSTRUÇÃO	14
Seção I – O Direito Penal do Inimigo e o Estado de Exceção	14
1. O Direito Penal do Inimigo: Noções	14
1.1. Pressupostos Teóricos	14
1.2. Delimitação e Objeto do Direito Penal do Inimigo	17
2. Estado de Exceção	20
2.1. A Emergência inscrita no Coração da Normalidade	20
2.1.1. Estado de Exceção e Força de Lei	20
2.1.2. O Direito Penal do Inimigo como Exceção Permanente	25
2.2. O <i>Homo Sacer</i>	28
2.2.1. <i>Homo Sacer</i> – Vida Nua na Biopolítica	28
2.2.2. O Inimigo como <i>Homo Sacer</i>	31
2.3. Um “campo” sem limites?	33
2.3.1. Campo como Nómos da Biopolítica	33
2.3.2. O Campo do Inimigo	37
2.4. Uma proposta de enfrentamento	38
Seção II – A Desconstrução como Forma de Racionalidade	41
1. Forma de Racionalidade	41
2. A Desconstrução como hiperconceitualização	45
3. A Desconstrução como justiça	48
4. Desconstruindo o Direito Penal do Inimigo	56
CAPÍTULO II – INIMIGO E ORDEM	59
Seção I - O Inimigo enquanto Perigo: Pureza e Impureza na Ordem Social	59
1. O Inimigo é o inimigo da ordem.....	59

2. Pureza, Perigo e Ordem	61
2.1. O Pensamento das Relações de Lévi-Strauss	61
2.2. Pureza é ordem, impureza é perigo.....	64
3. O Projeto de Engenharia Social Moderno	66
3.1. O Jardim sem Ervas-Daninhas	66
3.2. Exacerbações ou produtos legítimos da Modernidade?	69
3.3. Cumprindo “ordens”...	71
4. O Contexto Social Contemporâneo	72
4.1. O Neoconservadorismo e a Explosão do Medo	72
4.2. A complexa situação brasileira	78
5. O Direito Penal do Inimigo enquanto Utopia da Pureza	81
Seção 2 – Indagando as raízes da ordem e do medo	86
1. A Ordem convertida em Totalidade	86
2. A Razão como instrumento da Totalidade	92
3. O Direito Penal do Inimigo enquanto Projeto Totalitário	97
 CAPÍTULO III – INIMIGO E REPRESENTAÇÃO	99
 Seção I – O Inimigo enquanto Projeção Representacional	99
1. Ruína da Representação	99
2. Estigma	104
2.1. O que é estigma?	104
2.2. Estigmas no contexto social contemporâneo	107
3. Poder Punitivo e Vulnerabilidade	115
3.1. Seletividade e Vulnerabilidade	115
3.2. A experiência punitiva na “Tolerância Zero” e no Brasil	119
4. Quem é o Inimigo?	122
Seção II – O Outro não-ontológico	125
1. A Ética como Fundamento Crítico	125
2. A Crítica de Levinas a Martin Heidegger – o Outro não-ontológico	126
3. O Assassinato do Outro	132

CAPÍTULO IV – PERSISTÊNCIA NO SER, TRANSCENDÊNCIA E HOSPITALIDADE	139
Seção I – Persistência no Ser e Individualismo	139
1. Inimigo e a Ordem da Imanência	139
2. A Ordem da Imanência	141
2.1. O Individualismo	141
2.2. Do atomismo ao narcisismo do indivíduo contemporâneo	146
2.2.1. Mônadas Diferentes: o turista e o vagabundo no espaço social	146
2.2.2. Da Solidão ao Narcisismo	150
2.3. Neutralizar o Outro.	153
3. O Inimigo no contexto individualista contemporâneo	157
Seção II – Rumo à transcendência – rompendo a imanência em direção ao Outro	161
1. Reconhecendo a Transcendência: Levinas e a Alteridade	161
1.1. Relação Metafísica. Ética e Discurso.	161
1.2. O Ateísmo e a Vontade: a interioridade como condição da ética	165
1.3. Liberdade Questionada – a emergência da justiça	168
1.4. O Infinito e a transcendência como metáforas de um vocabulário ético	173
2. A Hospitalidade	176
2.1. O “Adeus” e a Hospitalidade	176
2.2. A Hospitalidade: para além da ordem da crueldade	180
2.3. Uma metáfora para um espaço político de justiça ao Outro	183
CONCLUSÃO	186
BIBLIOGRAFIA	191

INTRODUÇÃO

Em 1985, na *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, fundada por v. Lizst e Dochow no século XIX, Günther Jakobs apresenta o trabalho *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung* (“Criminalização no estágio prévio à lesão a bem jurídico”), no qual enuncia pela primeira vez a idéia de Direito Penal do Inimigo, em sentido crítico, confrontando-o com o Direito Penal do cidadão e buscando fixar limites materiais a essa tendência legislativa. Trata-se de uma crítica da antecipação da punibilidade muita próxima ao estado prévio e da quase equivalência dos apenamentos com hipóteses de tentativa de delitos graves. Sua idéia, em síntese, é que o Direito Penal pode ver o autor como um cidadão, otimizando sua esfera de liberdade, ou como um inimigo, vendo-o como fonte de perigo. Seria preciso revisar a teoria do bem jurídico, responsável pela antecipação, a fim de garantir a esfera privada do cidadão. A repercussão desse artigo foi, via de regra, positiva¹.

No entanto, já em 2000 aparece o primeiro comentário de Jakobs das Jornadas de Berlim, realizadas em 1999 e dedicadas à “ciência jurídico-penal alemã frente à mudança de milênio”, no qual a sua visão começa a ser tratada como “descritiva”, propugnando o reconhecimento do Direito Penal do Inimigo como “mal menor”. Em 2003, por fim, publica trabalho específico sobre o tema, “Direito penal do cidadão e Direito penal do inimigo”, vindo à primeira luz em espanhol, traduzido o manuscrito por Cancio Meliá, que publica conjuntamente resposta ao professor alemão. A partir disso, tem publicado novos artigos abordando o tema².

¹ GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 56, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 83-84 e 88-89; PASTOR, Daniel R. El Derecho penal del enemigo em el espejo del poder punitivo internacional. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Vol. 2. Buenos Aires: Euros Editores, 2006, pp. 475-476 (doravante os volumes serão abreviados para *DPE*); POLAINA NAVARRETE, Miguel & POLAINO-ORTIS, Miguel. Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos. In: *DPE*, v. 2, pp. 591-596.

² PASTOR, Daniel R. El Derecho penal del enemigo em el espejo del poder punitivo internacional. In: *DPE*, v. 2, pp. 476-477. Jakobs dedicou pelo menos mais dois artigos ao tema: “*Terroristen als Personen im recht?*” (“*Terroristas como pessoas em Direito?*”) (2005) e “*Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechlichkeit*” (“*Direito penal do inimigo? Uma investigação sobre as condições de juridicidade*”) (2007). POLAINA NAVARRETE, Miguel & POLAINO-ORTIS, Miguel. Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos. In: *DPE*, v. 2, p. 602.

Investigar o Direito Penal do Inimigo é percorrer o ponto mais radical da inflexão punitivista dos últimos anos. A tese defendida por Günther Jakobs – de que se deve cindir o Direito Penal em duas partes, uma aos cidadãos e outra aos “inimigos” – constitui uma espécie de formulação teórica de tendência a uma *política de inimizade* que vem percorrendo os cenários sociais do mundo ocidental nas últimas décadas. Jakobs tem o mérito de não utilizar subterfúgios retóricos: argumenta claramente de acordo com as tendências mais antiliberais, sem fazer qualquer ressalva (sob o *álibi* de ser puramente “descritivo”). Busca, efetivamente e sem meios termos, o reconhecimento de um Direito Penal de *guerra*, no qual o Estado combate o Inimigo sem quaisquer espécies de restrições garantistas, sintetizando alguns séculos de atuação do Poder Punitivo em uma formulação ao estilo dogmático-penal.

O ponto de partida do trabalho, após apresentar a teoria de Jakobs, é o de que o Direito Penal do Inimigo é uma espécie de estado de exceção, pois busca *suspender* a ordem jurídica sem revogar suas normas. Buscar-se-á argumentar, nesse sentido, que, conquanto não se esteja de acordo com a constitucionalidade dessa formulação, francamente contraditória com os princípios elementares do texto constitucional, é insuficiente a discussão no nível técnico-jurídico, vez que claramente não se está diante de um conflito de normas. O que Jakobs propõe, ao contrário, é a suspensão do ordenamento jurídico – em especial o constitucional – diante da presença do Inimigo, que não é *pessoa*, circunstância que, por óbvio, motivaria a inaplicação dos diversos princípios limitadores do Poder Punitivo. O penalista alemão pretende, a partir disso, criar um Direito Penal *paralelo* ao ordenamento jurídico em geral, tornando normas as regras de guerra que dele seriam próprias.

Isso não significa, no entanto, que estejamos atando nossas mãos diante da tese. O que se propõe, ao contrário, é enfrentá-la em um nível metajurídico, ou seja, a partir dos pressupostos filosóficos informadores, sua forma de racionalidade. Com isso, não se está apenas questionando a possibilidade jurídica de implementação de um Direito Penal do Inimigo no Brasil, mas também a própria *racionalidade* que ampara o pressuposto de fundo que subdivide pessoas em cidadãos e inimigos. É a partir da estrutura que *forma* a idéia de Direito Penal do Inimigo que se pretende enfrentá-lo. A partir disso, pretende-se elaborar uma contraposição não apenas à tese de Jakobs, mas ao que chamamos, com base em Giorgio Agamben, de “biopolítica do inimigo”.

A *forma de racionalidade* eleita para contraposição é a desconstrução, estratégia própria do pensamento de Jacques Derrida. A desconstrução pretende ser um mergulho radical no texto de Jakobs para, a partir dos seus próprios conceitos, buscar a implosão das suas teses, mostrando o “fora” que é omitido no “dentro” do texto, embora pertença a ele. Esse “Outro” que procuramos abrir no flanco textual é também um Outro *concreto*, o indivíduo que *sufre* a representação de Inimigo e vê-se reduzido, com isso, a um estigma. É motivada numa exigência ética de *justiça* a essa alteridade que a desconstrução se movimenta.

De forma distinta que Derrida, no entanto, pretende-se elaborar a pesquisa a partir de um viés transdisciplinar – e não estritamente filosófico – buscando trazer aos conceitos puramente formais sua contaminação fática e ética. Com a transdisciplinaridade igualmente busca-se contrapor o Direito Penal do Inimigo na “excepcionalidade do concreto”, ou seja, no local em que efetivamente – enquanto estado de exceção – atua, não apenas no mundo metafísico do conflito de normas jurídicas. Essa “camada” da desconstrução, como abordaremos adiante, tem a dupla finalidade de, a um só golpe, atingir o purismo do positivismo jurídico, que não enfrenta os problemas na faticidade – dando espaço a uma biopolítica que se infiltra entre lei e força de lei – e de inserir o Direito Penal do Inimigo nessa faticidade, inflacionando suas pedras estruturais até a respectiva implosão.

Esse movimento de “primeira camada”, que corresponde às seções 1 dos capítulos, é seguido de uma “segunda camada”, na qual a desconstrução pretende fazer irromper o Outro silenciado, assumindo-se enquanto uma exigência ética de justiça. É o momento em que se pretende “des-neutralizar” o discurso de Jakobs, confrontando-o com a alteridade engolida pelo seu sistema totalizante, fundamentalmente a partir das teses filosóficas de Emmanuel Levinas, Jacques Derrida e Ricardo Timm de Souza.

Os conceitos eleitos enquanto pedras angulares do Direito Penal do Inimigo foram: a) a *ordem*, que é o que precisamente define o Inimigo enquanto tal, na medida em que pretende a ela se opor; b) a *representação*, intimamente pressuposta no discurso que sobrepõe ao indivíduo a imagem mental do Inimigo; e c) a *persistência no ser*, que é expressa no idêntico de “manutenção do próprio corpo”, circunstância que, ao fim e ao cabo, leva Jakobs a defender a necessidade de suspensão da ordem jurídico-constitucional e a criação de um novo âmbito normativo, não destinado a pessoas.

A partir da infiltração de elementos “estranhos” a essas noções abstratas, busca-se, portanto, inflacioná-los até mostrar seus limites, situando-os a partir das suas manifestações reais, para, em um segundo momento, confrontá-los com as exigências da ética da alteridade.

CAPÍTULO I

DIREITO PENAL DO INIMIGO, ESTADO DE EXCEÇÃO E DESCONSTRUÇÃO

SEÇÃO I – O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO DE EXCEÇÃO

1. O Direito Penal do Inimigo: Noções

1.1. Pressupostos Teóricos

Günther Jakobs provocou volumosa celeuma do âmbito da dogmática penal pela sustentação da necessidade do reconhecimento de um *Direito Penal do Inimigo*, que desvincularia determinados indivíduos do conceito de pessoa, admitindo que, diante da insuficiência de pacificação interna, seria imprescindível o reconhecimento dessa esfera destinada aos indivíduos perigosos. Antes, contudo, de ingressarmos propriamente na sua tese, façamos uma breve incursão nos respectivos pressupostos.

Jakobs se utiliza do modelo luhmanniano de sociedade³, concebendo o Direito Penal como um instrumento de garantia da identidade normativa. A sociedade, segundo ele, não deve ser entendida a partir da consciência individual ou do sujeito, mas como processo comunicativo. Assim, ela poderia estar *configurada* de modo diverso, tratando-se, sempre, de um estado *configurado*, e não *constitutivo*; determinado a partir de normas, e não de estados ou bens. Daí a importância do Direito Penal enquanto meio de confirmação dessa identidade normativa, em face de modelos divergentes que possam surgir, a fim de que não se tome toda divergência como evolução⁴.

³ LUHMANN, Niklas. *O Conceito de Sociedade*. In: Niklas Luhmann. *A Nova Teoria dos Sistemas*. Org. Clarissa Neves e Eva Samios. Trad.: Eva Samios. Porto Alegre: Editora da Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, p. 80.

⁴ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa*. trad. Marco Antônio R. Lopes. Barueri: Manole, 2003, pp. 10-11. Uma excelente correlação entre Luhmann e Jakobs está em: PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La construcción del “enemigo” y la reconfiguración de la “persona”. Aspectos del proceso de formación de una estructura social. In: *DPE*, v. 2, pp. 571-581.

A teoria dos sistemas trabalha com a idéia de complexidade das sociedades modernas, onde, para facilitar a orientação do homem no mundo, devem-se criar mecanismos que permitam a redução dessa complexidade, entre os quais figuram os sistemas sociais, demarcando o Direito os limites de configuração que dá a si mesma a sociedade. A norma jurídica gera, por isso, determinada *expectativa*, que é um conceito contingente, pode ocorrer ou não. É preciso que existam mecanismos nesse sistema capazes de reagir a essas defraudações de expectativas⁵.

A pena, por isso, ganha um contorno hegeliano de *reafirmação* da ordem jurídica, justificada a partir de uma perspectiva que tem como base a compreensão comunicativa do fato entendido como delito que contradiz as normas que *configuram* a identidade normativa, sendo a pena a resposta que reafirma a ordem jurídica. Jakobs diz que “a sociedade mantém as normas e se nega a conceber-se a si mesma de outro modo”. A pena não é um meio de manutenção da ordem social; *é a própria* manutenção. Podem-se agregar esperanças em termos de psicologia social ou individual acerca da aplicação da pena, por exemplo, a fidelização ao direito (prevenção geral positiva), mas a pena, por si só, já significa algo independente disso: significa uma autocomprovação⁶.

Dessa forma, a vigência da norma é o próprio bem jurídico⁷. A função do Direito Penal é a manutenção da identidade normativa de uma sociedade, ou seja, as expectativas fundamentais para sua configuração. A norma é um “esquema simbólico de orientação”, de forma que o relevante não é uma “lesão externa” de uma situação valiosa, mas o *significado* da conduta, ao defraudar o infrator as expectativas sociais em torno da vigência da norma⁸. A lesão ao bem jurídico, por isso, é uma “infração de um papel”⁹.

Basicamente, duas críticas são feitas ao modelo funcionalista: o desprezo pelo papel do “sujeito”, dando contornos totalitários à teoria (em oposição ao tradicional modelo liberal-

⁵ LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à Obra de Günther Jakobs. In: *Direito Penal e Funcionalismo*. Org.: André Luis Callegari e Nereu Giacomolli. Trad. André Callegari *et alii*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 13-14.

⁶ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Pessoa e Norma*, p. 04.

⁷ JAKOBS, Günther. O que protege o Direito Penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: *Direito Penal e Funcionalismo*, p. 31ss.

⁸ LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à Obra de Günther Jakobs. In: *Direito Penal e Funcionalismo*, p. 16.

⁹ JAKOBS, Günther. *O que protege o Direito Penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?*, p. 36.

iluminista), e a possibilidade de legitimação de um “Direito Penal do Terror”. Jakobs entende que é equivocado atribuir ao seu modelo funcionalista um contorno totalitário. Segundo ele, tal inferência é possível, embora isso corresponda a apenas *uma hipótese* de sociedade, tal como a escravagista. O ponto de partida da teoria é neutro, dependendo das características individuais de cada sociedade. O Direito Penal funcional, além disso, não é hostil ao sujeito: as críticas em torno disso ocultam, fundamentalmente, a realidade do sujeito, que somente se forma a partir do meio social, predispondo uma idéia “abstrata” que inexiste no mundo real. Isso ocorreria em razão da alegação de fundo totalitário no modelo funcional, que, como já dito, restringe-o de forma equivocada, já que não está atado a qualquer modelo social. Segundo Jakobs, a história demonstra que, ou a sociedade é funcional, ou simplesmente desaparece¹⁰.

A segunda crítica, que o acusa de possibilitar um “Direito Penal do Terror”, poderia ser contestada pelo fato de que o Direito Penal funcional não descreve um modelo estimado ideal, mas simplesmente um Direito Penal gerado por *determinada* sociedade. As decisões sobre a criminalização, assim, não são jurídico-penais, mas puramente políticas, inexistindo modelo capaz de resistir às alterações políticas de valores¹¹.

A pena, segundo Jakobs, tem sentido simbólico: é portadora de um significado, de uma resposta ao fato. O autor, ao produzir um ato considerado ilícito, obtém a resposta enquanto agente racional, ou seja, é considerado seriamente como pessoa, sendo por essa razão imperativa a resposta penal¹². Mas a pena não tem apenas esse sentido. Ela também produz fisicamente algo. É responsável por um “efeito de segurança”, no mínimo o de garantir que o encarcerado, enquanto esteja na prisão, não irá cometer delitos do lado de fora. Sem essa eficácia, a pena privativa de liberdade não teria se convertido em reação habitual aos delitos. Nessa medida, a coação não quer significar nada, mas apenas ser *efetiva*, produzir o desejado efeito de segurança. Sob esse ângulo, ela não se dirige contra a pessoa, e sim ao indivíduo perigoso¹³.

¹⁰ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Pessoa e Norma*, pp. 13-20.

¹¹ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Pessoa e Norma*, pp. 20-24; MELIÁ, Manuel Cancio. O estado atual da política criminal e a ciência do Direito penal. In: *Direito Penal e Funcionalismo*, p. 113.

¹² JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. JAKOBS, Günther & MELIÁ, Manuel Cancio. Tradução: André Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 22.

¹³ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, p. 23.

É nesse contexto que ele poderá introduzir a noção de Direito Penal do Inimigo.

1.2. Delimitação e Objeto do Direito Penal do Inimigo

Jakobs proferiu sua primeira intervenção sobre o tema em 1985 e o retomou em 1999¹⁴. Se, na primeira manifestação, o termo parecia ter conotação nitidamente negativa, tratando das hipóteses de “criminalização do estado prévio”, a partir de uma crítica que visava a resguardar a esfera privada de liberdade¹⁵, na segunda, em Congresso realizado em Berlim, Günther Jakobs considera o reconhecimento dessa esfera como inevitável. O Direito Penal do Inimigo seria *outro* Direito Penal, que não o do cidadão, que não teria os mesmos princípios de funcionamento, dirigido àquelas pessoas que se negam terminantemente a seguir a ordem jurídica, pondo em risco a integridade do sistema social.

Jakobs busca a fundamentação jusfilosófica para o seu “Direito Penal do Inimigo” a partir do referencial contratualista¹⁶. Inicialmente, menciona Rousseau e Fichte para sinalar que, para esses autores, o criminoso seria um violador do contrato social, merecendo ser tratado como inimigo, pois deixa de ser membro da sociedade. A separação entre o cidadão e seu Direito, de um lado, e o injusto do inimigo, por outro, seria demasiado abstrata. Por isso Jakobs apóia-se em Thomas Hobbes para lembrar que, diante do contrato de submissão ao soberano, sobre o qual repousava a igualdade jurídica, o criminoso mantém-se na condição de cidadão, pois este não pode eliminar, por si mesmo, seu *status*. No entanto, diante da situação de *rebelião* (ou alta traição), é o próprio contrato de submissão que está em jogo, de sorte que

¹⁴ CARVALHO, Salo de. *A Política de Guerra às Drogas na América Latina entre o Direito Penal do Inimigo e o Estado de Exceção Permanente*. In: *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. Org: SCHMIDT, Andrei Zenkner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal” do Inimigo? In: *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio, p. 54, nota 1.

¹⁵ APONTE, Alejandro. Derecho Penal de enemigo vs. derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 51, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 12-17.

¹⁶ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, p. 25. A maioria dos autores, no entanto, prefere aproximar Jakobs de Carl Schmitt: ABOSO, Gustavo Eduardo. El llamado “Derecho Penal del Enemigo” y el ocaso de la política criminal racional: el caso argentino. In: *DPE*, pp. 06-12, pp. 57-61; AMBOS, Kai. Derecho Penal del Enemigo. In: *DPE*, v. 1, p. 146; KALECK, Wolfgang. Sin llegar al fondo: la discusión sobre el derecho penal del enemigo. In: *DPE*, v. 2, pp. 127-132; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana em el Derecho penal del enemigo. In: *DPE*, v. 2, pp. 668-672. Jakobs, no entanto, irá negar posteriormente essa relação: JAKOBS, Günther. ¿Derecho penal del enemigo? Um estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: *DPE*, v. 2, pp. 108-109.

o crime põe em risco uma recaída no estado de natureza. Os que cometem esses delitos, por consequência, são tratados como inimigos, não cidadãos¹⁷.

Da mesma forma teria se posicionado Immanuel Kant no seu tratado *À Paz Perpétua*, ao reconhecer que quem não participa da vida de um “estado comunitário-legal” deve retirar-se, ou ser expulso, de forma que não é tratado enquanto pessoa, mas como inimigo, pois priva da segurança necessária e lesiona quem está ao seu lado pela ausência de legalidade no seu estado. Kant e Hobbes teriam, por isso, “conhecido” a diferença entre um Direito Penal do cidadão – contra pessoas que não delinquem de modo persistente por princípio – e um Direito Penal do Inimigo, contra quem se desvia por princípio^{18.19}.

A teoria de Jakobs, como foi sinalado, parte do pressuposto da expectativa normativa provocada pelas normas penais. A norma deve, provavelmente, viger para (quase todas) as pessoas, sob pena de o déficit de “segurança cognitiva” colocar em xeque a própria vigência da norma, que consistiria em uma promessa vazia e sem garantia. As pessoas não desejariam apenas direitos, mas também garantir a integridade do seu corpo. Da mesma forma, a personalidade do indivíduo não se pode orientar de modo totalmente contrafático à vigência da norma, abstendo-se de avaliar o caráter lícito/ilícito da sua conduta. Nesse caso, o agente põe em risco os próprios pilares da sociedade, na medida em que elimina a segurança cognitiva (expectativa) dos demais em relação à vigência da norma²⁰.

O legislador alemão, diz Jakobs, já estaria tomando medidas típicas do Direito Penal do Inimigo, como no caso da criminalidade econômica, do terrorismo, crimes sexuais e crime

¹⁷ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, pp. 26-27.

¹⁸ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, pp. 28-29. Ver: HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad.: João Paulo Monteiro e Maria Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 265 e KANT, Immanuel. *La Paz Perpétua*. Buenos Aires: Editorial TOR, s/d., p. 30, nota 03. Essa remissão aos clássicos é significativamente problemática, tendo vários autores contestado as interpretações de Jakobs. Conferir, sobre o tema, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. El llamado derecho penal del enemigo. Especial referencia ao derecho penal económico. In: *DPE*, v.1, pp. 06-12; BASTIDA FREIXEDO, Xacobe. Los bárbaros em el umbral. fundamentos filosóficos del derecho penal del inimigo. In: *DPE*, v. 01, pp. 283-285; BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 62, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 127-128; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo em Direito Penal* Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, pp. 124; SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insoportables tendencias erosivas e la realidad de la administración de justicia penal y de su isoportable desatención teórica. In: *DPE*, v. 2, pp. 977-981. .

¹⁹ Aller ainda inclui Grócio, Pufendorf e Locke no rol dos contratualistas que teriam similitude com o Direito Penal do Inimigo: ALLER, Germán. El Derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto. In: *DPE*, v. 1, pp. 98-101, porém matizando que para eles está em jogo apenas a obediência à norma, sem levar em conta uma interação conflitiva entre as pessoas.

²⁰ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, p. 33.

organizado. Nesses casos, o criminoso não proporcionaria a garantia cognitiva mínima para o seu tratamento enquanto pessoa²¹. A reação do ordenamento, nesse caso, é simplesmente a de *eliminação de um perigo*. Assim, o principal critério regulador não será a culpabilidade, mas a *periculosidade* do agente. Direito Penal e Processo Penal tornar-se-iam, por isso, medidas de guerra²².

O Direito Penal, portanto, na visão de Jakobs deveria se subdividir entre aquele destinado aos cidadãos e aquele destinado aos inimigos: o primeiro orientar-se-ia pela culpabilidade, atuando posteriormente ao fato cometido pelo cidadão; o segundo, conforme a periculosidade, trataria de, o mais cedo possível, eliminar o risco que pode ser causado pelo inimigo. Ele vê, inclusive, maior *funcionalidade*: evitar-se-ia, com isso, que dispositivos relativos ao Direito Penal do Inimigo fizessem parte do Direito Penal do cidadão²³.

Jakobs ainda contesta, por fim, possível argumentação em torno dos direitos humanos dos inimigos. Segundo ele, nenhum país implementou totalmente a vigência dos direitos humanos, estando eles ainda em fase de consolidação. Como os inimigos seriam *obstáculos* à implementação de tais direitos, não poderiam deles usufruir, rememorando a idéia contratual que antes havia lhe servido de suporte filosófico²⁴.

É possível resumir sua tese, portanto, com os seguintes pontos:

A. A função manifesta da pena no Direito penal do cidadão é a *contradição*, e no Direito penal do inimigo é a *eliminação de um perigo*. Os correspondentes tipos ideais praticamente nunca aparecerão em uma configuração pura. Ambos os tipos *podem* ser legítimos.

²¹ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, pp. 34-35. Aqui se identifica o “Direito Penal de terceira velocidade”, segundo a classificação de Silva Sanchez. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp.148-151.

²² Aponte anota que, no conceito de Direito Penal do Inimigo, está incluída a guerra, conquanto ela dependa do quanto se deve temer o inimigo. APONTE, Alejandro. *Derecho Penal de enemigo vs. derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad*, p. 21. A leitura de Cornacchia é perfeita: “En este contexto, se habla de Derecho penal del enemigo para indicar la idea de un verdadero y propio ‘instrumento de lucha’ contra el fenómeno criminal: una máquina de guerra para neutralizar – o, más bien, prevenir – otras máquinas de guerra (aparatos terroristas, organizaciones criminales)”. CORNACCHIA, Luigi. *La Moderna Hostis Iudicatio – entre norma y estado de excepción*. In: *DPE*, v. 1, p. 415.

²³ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*. cit., p. 42. Como anota com precisão Aponte, se trata de um “fato trágico”, que deve se verbalizar, se tematizar. APONTE, Alejandro. *Derecho Penal de enemigo vs. derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad*, p. 24. Também Zaffaroni vê o Direito Penal do Inimigo como “proposta tática de contenção”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo em Direito Penal*, p. 155.

²⁴ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, pp. 45-48.

B. No Direito natural de argumentação contratual estrita, na realidade, todo delinqüente é um inimigo (Rousseau, Fichte). Para manter um destinatário para expectativas normativas, entretanto, é preferível manter, por princípio, o *status* de cidadão para aqueles que *não* se desviam (Hobbes e Kant).

C. Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direitos dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído.

D. As tendências contrárias presentes no Direito material – contradição *versus* neutralização de perigos – encontram situações paralelas no Direito processual.

E. Um Direito Penal do Inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar *todo* o Direito penal com fragmentos de regulações próprias do Direito penal do inimigo.

F. A punição internacional ou nacional de vulnerações dos direitos humanos, depois de uma troca política, mostra traços próprios do Direito Penal do inimigo, sem ser só por isso ilegítima²⁵.

2. Estado de Exceção

“Será que ele se teria declarado culpado se fosse acusado de cumplicidade no assassinato? Talvez, mas teria feito importantes qualificações. O que ele fizera era crime só retrospectivamente, e ele sempre fora um cidadão respeitador das leis, porque as ordens de Hitler, que sem dúvida executou o melhor que pôde, possuíam ‘força de lei’ no Terceiro Reich”.
(Hannah Arendt)²⁶.

2.1. A Emergência inscrita no Coração da Normalidade

2.1.1. Estado de Exceção e Força de Lei

A publicação de Giorgio Agamben, *Estado de Exceção*, tem gerado significativas e relevantes discussões, especialmente nos meios filosóficos e jurídicos. Ao propor, na esteira

²⁵ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, pp. 49-50. Os penalistas costumam arrolar uma série de características do Direito Penal do Inimigo, baseados na própria intervenção de Jakobs em 1985, a exemplo da criminalização do estado prévio, o aumento desproporcional de penas ou a eliminação de garantias processuais. Essa caracterização, no entanto, é supérflua, à medida que, uma vez que Jakobs reconhece a guerra como parâmetro, não há quaisquer limites ou traços próprios da dogmática penal a orientar o Direito Penal do Inimigo. Um defensor do Direito Penal do Inimigo tem, por exemplo, que enfrentar o problema da *tortura*. KALECK, Wolfgang. Sin llegar al fondo: la discusión sobre el derecho penal del enemigo. In: *DPE*, v. 2, pp. 134-135. Com uma interpretação distinta da ambígua formulação de Jakobs: PASTOR, Daniel R. El Derecho penal del enemigo em el espejo del poder punitivo internacional. In: *DPE*, v. 2, pp. 478.

²⁶ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 35.

de Walter Benjamin, que o estado de exceção perdeu seu caráter de emergência e passou a se constituir, na realidade, a normalidade, Agamben problematiza uma série de questões que ainda não foram tratadas no âmbito jusfilosófico.

A sistematização do *Direito Penal do Inimigo* representa, de certa forma, sintoma de que as ponderações de Agamben encontram eco na situação atual. A partir de uma cisão conceitual entre cidadão e inimigo, Jakobs pretende a criação de dois Direitos Penais, um dirigido ao cidadão – com as devidas garantias e direitos constitucionalmente assegurados –, outro destinado aos inimigos, a quem seria conferido tratamento de *guerra*. Estes não disporiam do caráter de “pessoa”, sem fazer jus, por isso, aos direitos e garantias assegurados nas legislações.

Ao propor a criação de um *Direito Penal do Inimigo*, Jakobs está a admitir a existência de uma “duplicidade” permanente e imanente no ordenamento jurídico, permitindo que funcionem, simultaneamente, um Estado de Direito e um Estado de Exceção. O Direito Penal do Inimigo, assim, seria a emergência instalada – paradoxalmente, de forma contínua – no “coração” da ordem jurídica.

Como, no entanto, pode legitimar Jakobs um *Direito Penal do Inimigo* diante da imperatividade dos textos constitucionais no mundo ocidental, que garantem a universalidade dos direitos humanos? Ou, por outro lado, como instalar a exceção no coração de normalidade, tornando indistinguíveis uma e outra? Por fim: será que o discurso jurídico-constitucional é *suficiente* para impedir o avanço do Direito Penal do Inimigo? Essas são as perguntas que se pretende responder.

Walter Benjamin, na sua *Oitava Tese sobre a História*, ao afirmar que o estado de exceção deixou de ser exceção e passou à condição de regra, abriu, segundo Giorgio Agamben, a possibilidade de repensarmos o estado de exceção não apenas enquanto técnica de governo, em contraposição à idéia de uma medida extrema, mas também enquanto elemento *constitutivo* da ordem jurídica²⁷. A problemática se torna atual e intensa se considerarmos medidas como, por exemplo, o *USA Patriot Act*, promulgado em 2001, que confere ao Executivo uma série de poderes de forma a, inclusive, anular o estatuto jurídico

²⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad. Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 18.

dos “combatentes inimigos”, numa espécie de dominação fora da lei e do controle judiciário, puramente fática, comparável apenas ao estatuto dos judeus durante o nazismo²⁸.

O Estado de Exceção representa, assim, um ponto de desequilíbrio entre o jurídico e o político, uma “franja ambígua e incerta”²⁹, cujo problema central seria o significado jurídico de uma ação em si extrajurídica³⁰. Consistindo em uma suspensão da norma, esta não se vê abolida e a zona de anomia instaurada não é destituída de conotação jurídica – trata-se, em síntese, de uma “zona de indiferença” em que o dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam³¹.

A tentativa mais rigorosa de construir uma teoria do Estado de Exceção veio de Carl Schmitt. Seu objetivo fundamental era, segundo Agamben, a inscrição do estado de exceção num contexto jurídico. Tratar-se-ia de uma inscrição paradoxal, à medida que se pretende inscrever no Direito algo externo a ele; algo que significa nada menos que a suspensão da própria ordem jurídica³².

O operador fundamental, em *Politische Theologie*, para efetivar a difícil ligação que Schmitt pretendia concretizar era a distinção entre dois elementos: a norma (*Norm*) e a decisão (*Entscheidung, Dezision*). Mesmo suspendendo a norma, o estado de exceção manteria intacto, na mais absoluta pureza, um elemento formal jurídico: a decisão. Os dois elementos, norma e decisão, manteriam autonomia. O espaço topológico do estado de exceção, por isso, é um “estar-fora e, ao mesmo tempo, pertencer”³³.

²⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*, p. 14. Ver, ainda: CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 63-77 e AGAMBEN, Giorgio. *Bodies without words: against the biopolitical tattoo*. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/print.php?id=371>>. Acesso em 08.06.2007. Não constitui nenhum exagero de Agamben comparar as situações, uma vez que, como vê Dworkin, o governo norte-americano não dá sequer tratamento de guerra, com respeito às convenções internacionais, aos prisioneiros. CALLEGARI, André Luiz & DUTRA, Fernanda Arruda. Derecho penal del enemigo y Derechos fundamentales. In: *DPE*, v. 1, p. 336. Ver ainda: DONINI, Massimo. El Derecho penal frente al “enemigo”. In: *DPE*, v. 1, pp. 641-648.

²⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*, p. 11.

³⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*, p. 24.

³¹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*, p. 39. “A exceção é uma espécie de exclusão. Ela é um caso singular, que é excluído da norma geral. Mas o que caracteriza a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma de suspensão. A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta. O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão. Neste sentido, a exceção é verdadeiramente, segundo o étimo, *capturada fora (ex-capere)* e não simplesmente excluída”. AGAMBEN, G. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 25. O livro “Estado de Exceção” é o segundo volume da trilogia *Homo Sacer*.

³² AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*, p. 54.

³³ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*, pp. 56-7.

A partir dessa distinção, é possível perceber uma fenda entre a norma e sua aplicação. Na leitura de Carl Schmitt, o estado de exceção expõe o momento de maior oposição entre a vigência formal e aplicação real. Nessa zona extrema, ou em virtude dela, os dois elementos mostrariam sua íntima coesão³⁴.

É nesse momento que Agamben, com as ponderações de Schmitt, pode referir as reflexões de Jacques Derrida no seu seminário “*Force de loi: le fondement mystique de l’autorité*”³⁵. A força de lei seria distinguida, tecnicamente, da mera *eficácia*. Enquanto esta revelaria apenas a produção de efeitos jurídicos, a força de lei, ao contrário, significaria a *posição* da lei em relação a outros atos do ordenamento jurídico, dotados de força superior (p.ex., a Constituição) ou inferior (p.ex., Decretos) a ela. O determinante, no entanto, é que a expressão “força de lei”, tecnicamente, refere-se não à própria lei, mas àqueles decretos que o Poder Executivo pode, em alguns casos, promulgar, com - como diz a própria expressão - “força de lei”. Ou seja: há uma separação entre a aplicabilidade da norma e sua essência formal, à medida que os decretos, embora formalmente não tenham partido do Poder Legislativo, ganham uma excepcional “força”³⁶.

Assim, do ponto de vista técnico, o essencial no estado de exceção não é a confusão entre os Poderes, Legislativo e Executivo, porém especialmente a *separação* entre lei e “força de lei”. Essa *força* é isolada, definindo um quadro em que a lei formal, embora ainda em vigor, não tem aplicabilidade; e, de outro lado, atos não-legislativos adquirem idêntica “força”³⁷. Trata-se de um *espaço anômico*: o que está em jogo é uma “força de lei sem lei”, ou, como grifa Agamben, “força de lei”³⁸. Utilizando as expressões aristotélicas, “potência” e “ato” estão separados radicalmente, por uma espécie de elemento místico, uma ficção que na qual o direito atribui a si próprio sua anomia³⁹.

³⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*, p. 58.

³⁵ Ver: DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 24-28. Conferir, ainda: SOUZA, Ricardo Timm de. *Razões Plurais: itinerários da racionalidade ética no século XX*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, pp. 130-166.

³⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*, p. 60. “O particular ‘vigor’ da lei consiste nessa capacidade de manter-se em relação com uma exterioridade. Chamemos de *relação de exceção* a esta forma extrema da relação que inclui agora alguma coisa através de sua exclusão”. AGAMBEN, *Homo Sacer*, p. 26.

³⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*, p. 61.

³⁸ Tachado.

³⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*, p. 61.

A distância que separa, por isso, a norma da sua aplicação é *mediada* pelo estado de exceção. Para aplicar uma norma, é necessário suspender sua aplicação, produzindo uma exceção. Cuida-se, por isso, de “uma violência sem *logos*”⁴⁰, produzida no interior da ordem jurídica sem que tenha se maculado a vigência formal das normas emanadas do Poder Legislativo. É nesse espaço anômico que, por exemplo, nazismo e fascismo se construíram, à medida que Hitler e Mussolini não podem ser considerados ditadores, pois não romperam com as Constituições então vigentes, apenas fazendo-as acompanhar uma estrutura dual, não formalizada juridicamente, mas justificada por meio do estado de exceção⁴¹.

Enquanto a tese de Schmitt pretendia *capturar* a violência para o interior do Direito, que se aplicaria na sua exclusão, Walter Benjamin, em direção oposta, visava a perceber uma violência (*Gewalt*) “fora” ou “além” do Direito, quebrando a dialética entre a violência que funda e a que o conserva⁴².

O caráter particular dessa violência seria o de *depor* o Direito, inaugurando, assim, uma nova época histórica. Enquanto Schmitt procurava inscrever a violência na ordem jurídica, mediante o estado de exceção, Benjamin trata o fato como *violência pura*, propugnando pela indecidibilidade geral dos problemas jurídicos. A função do soberano, para Benjamin, não seria a de inscrever o estado de exceção na ordem jurídica; mas, sim, excluí-lo⁴³.

Dessa forma, a alteração de Benjamin resulta substancial em relação à tese de Schmitt: na distância entre a norma e sua aplicação, que antes dava lugar à decisão, existe uma fratura que divide o corpo do Direito e o torna irrecuperável, situando-o no limiar da indecidibilidade. Com isso, o estado de exceção não se situa mais na articulação de um “dentro” e “fora”. Ele é, ao contrário, uma região de absoluta indeterminação entre anomia e Direito, em que as esferas de criação e da ordem jurídica são arrastadas na mesma catástrofe⁴⁴.

⁴⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*, p. 63.

⁴¹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*, p. 76. “Eichmann, muito menos inteligente e sem nenhuma formação, percebeu pelo menos vagamente que não era uma ordem, mas a própria lei que os havia transformado todos em criminosos. Uma ordem diferia da palavra do Führer porque a validade desta última não era limitada no tempo e no espaço – a característica mais notável da primeira. Essa é também a verdadeira razão pela qual a ordem do Führer para a Solução Final foi seguida por uma tempestade de regulamentos e diretivas, todos elaborados por advogados peritos e conselheiros legais, não por meros administradores; essa ordem, ao contrário de ordens comuns, foi tratada como uma lei”. ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*, p. 167.

⁴² AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*, p. 84.

⁴³ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*, pp. 86-7.

⁴⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*, pp. 88-89.

Finalmente, na *Oitava Tese sobre a História*, Benjamin afirma que a tradição dos oprimidos nos ensina que o ‘estado de emergência’ em que vivemos é a regra, devendo-se chegar a um conceito de história que corresponda a isso⁴⁵. Isso seria algo que Schmitt não poderia admitir, pois, quando a exceção se torna a regra, a máquina não pode mais funcionar⁴⁶. Exceção e regra, por isso, se tornam indiscerníveis; não há senão uma zona de anomia em que age uma violência sem roupagem jurídica. Nas palavras de Agamben, “a tentativa do poder estatal de anexar-se à anomia por meio do estado de exceção é desmascarada por Benjamin por aquilo que ela é: uma *fictio iuris* por excelência que pretende manter o direito em sua própria suspensão com força de lei”⁴⁷.

2.1.2. O Direito Penal do Inimigo como Exceção Permanente

Postas essas colocações, podemos retornar à indagação inicial: onde estará localizado o termo que permite a Jakobs propor – apesar da estrutura constitucional em que está historicamente situado – a (re)introdução do conceito de Inimigo? É necessário que haja um *intervalo* onde a distância entre Inimigo e Cidadão se inscreve no Direito, sem, com isso, abdicar da vigência formal da Constituição. Onde se poderia identificar essa “saída”?

É precisamente o conceito de *pessoa* que permite a Jakobs propor esse intervalo entre *Direito Penal do Inimigo* e as normas constitucionais, deixando-as em suspenso⁴⁸. A ficcional “necessidade”, que Agamben identifica não ser o traço determinante do estado de exceção, é justificada na “ausência de pacificação interna”. Mas essa digressão deverá passar, exatamente, por *como* é possível “esvaziar” o significado do termo “pessoa”, previsto no texto

⁴⁵ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*, p. 90.

⁴⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*, p. 91.

⁴⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*, p. 92.

⁴⁸ Com conclusão semelhante, entre outros: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. El llamado derecho penal del enemigo. Especial referencia al derecho penal económico. In: *DPE*, v. 1, p. 10-11; ALLER, Germán. El Derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto. In: *DPE*, v. 1, pp. 81-82; AMBOS, Kai. Derecho Penal del Enemigo. In: *DPE*, v. 1, p. 151; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho. In: *DPE*, v. 1, pp. 810-817; GRACIA MARTÍN, Luis. Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “derecho penal del enemigo”. In: *DPE*, vol. 1, pp. 1060-1080; MÜSSIG, Bernd. Derecho penal del enemigo: concepto y fatídico presagio. Algunas tesis. In: *DPE*, v. 2, pp. 371-381.

constitucional, para, nesse espaço entre norma e aplicação, *fundar-se* um Direito Penal do Inimigo.

A “pessoa”, segundo Jakobs, passa a ser um conceito *normativo*⁴⁹. A sociedade seria um arranjo *configurado*, construída a partir de um contexto comunicacional. A identidade desse contexto seria mantida, por isso, não como um “estado”, mas simplesmente por meios das regras de comunicação⁵⁰. Rechaçando as construções que oporiam subjetividade concreta e sociabilidade, Jakobs afirma que é equivocado contrapor-se as condições de constituição de subjetividade às condições de constituição da sociabilidade (“aqui liberdade” *versus* “aqui sociabilidade”), pois sem uma sociedade em funcionamento não há condições empíricas da subjetividade⁵¹. A perspectiva da sociedade funcional, por isso, seria “neutra”: não há como se objetar, *a priori*, que ela possa formar um Direito Penal do Terror; ela apenas dá conta do funcionamento da autoconservação do sistema social⁵².

Nesse contexto, a pessoa entra enquanto um *papel* a ser desempenhado. Segundo ele, “pessoa é a máscara, vale dizer, precisamente não é a expressão da subjetividade do seu portador, ao contrário é a representação de uma competência socialmente compreensível”⁵³. Assim, a pessoa não se identifica com a sua subjetividade; é no arranjo de expectativas sociais institucionalizadas que ela se forma.

Jakobs ainda argumenta que, na relação de “comunicação pessoal”, que supera a “comunicação instrumental” por pressupor a constituição formada em sociabilidade, o mundo se forma – do eu ao outro – com base em normas sociais em sentido estrito, que, se infringidas, representam a tomada de posição em uma configuração de mundo que exonera o

⁴⁹ Um curioso paralelo da limitação do conceito “normativo” de pessoa na releitura kantiana de Jürgen Habermas para dar conta dos problemas suscitados pela *biopolítica* contemporânea encontra-se em PONTIN, Fabrício. *Biopolítica, Eugenia e Ética: uma análise dos limites da intervenção genética em Jonas, Habermas, Foucault e Agamben*. 2006. 111f. Dissertação (Mestrado em Filosofia)- Faculdade de Filosofia. Pontifícia Universidade Católica do RS. Porto Alegre, 2007, pp. 52-57. Ver, ainda: van WEELZEL, Alex. *Persona como sujeto de imputación y dignidad humana*. In: *DPE*, v. 2, pp. 1057-1072..

⁵⁰ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa*. Trad. Maurício Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, pp. 10-11.

⁵¹ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa*, pp. 14-15. Do que, diga-se de passagem, não se discorda de Jakobs. É inviável retornar-se à idéia de “sujeito em grau zero” inaugurado, fundamentalmente, pelo *Cogito* cartesiano. O horizonte é completamente distinto no *Dasein* heideggeriano, que se constitui a partir de mundo, *está lançado* (HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. Maria Schuback, Petrópolis: Vozes, 2006, pp. 106-109); ou, por exemplo, na reconstrução das relações entre sociedade e indivíduo demonstrada por Norbert Elias (ELIAS, Norbert. *A Sociedade dos Indivíduos*. Trad. Vera Ribeiro. RJ: Jorge Zahar, 1994, pp. 13-59). O que não nos leva, contudo, a concordar com as conclusões que Jakobs retira dessa premissa.

⁵² JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa*, p. 20.

⁵³ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa*, p. 30.

outro⁵⁴. É na relação de *normas*, por isso, que se constitui a relação entre sujeitos; elas, na realidade, *são* o “mundo objetivo”. Nesse – *e a partir desse* – cenário, os sujeitos aparecem como portadores de funções, ou *pessoas*. Do ponto de vista da sociedade, portanto, não são as pessoas que fundamentam a comunicação pessoal a partir de si mesmas, mas a comunicação pessoal que define os indivíduos enquanto *pessoas*⁵⁵.

A construção de Jakobs, por isso, chega à sua síntese na seguinte frase: “O correspondente complexo de normas é o que constitui os critérios para definir o que se considera uma pessoa”⁵⁶.

Ora, uma vez definida a pessoa enquanto “complexo de normas”, cujos critérios de definição deve o poder político definir, Jakobs está certamente abrindo uma *fenda* por onde se infiltra o estado de exceção. É com base na idéia de que o “inimigo não é pessoa”, pois se orienta de forma totalmente contrafática, que recusa a aplicação de quaisquer direitos a ele⁵⁷. Sua tese pode ser resumida à seguinte passagem:

Portanto, o Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinqüem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação. Ambas perspectivas têm, em determinados âmbitos, seu lugar legítimo, o que significa, ao mesmo tempo, que também possam ser usadas em um lugar equivocado⁵⁸.

Jakobs, portanto, infiltra mediante um “esvaziamento” do conceito de pessoa, normatizado, a possibilidade de instauração de um regime de exceção, no qual caberá ao soberano distinguir entre quem deve e quem não deve ser tratado como pessoa. Com isso, visivelmente estamos diante da antevisão de Benjamin: *o estado de exceção torna-se regra*, à medida que a distância entra a lei (direitos fundamentais) e a aplicação (definição de quem é inimigo) passa apenas por uma decisão com “força de lei” do soberano que instaura, no coração da normalidade, a exceção. Mesmo a decisão que cataloga o indivíduo como “pessoa” ou “cidadão” *igualmente passa* pelo estado de exceção, que tem o efeito duplo e, com isso, se torna regra. Na medida em que existente a cisão entre Direito Penal do cidadão e Direito Penal do Inimigo, inexoravelmente se instaura a exceção total, à medida que *toda e qualquer*

⁵⁴ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa*, p. 54.

⁵⁵ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa*, pp. 55-56.

⁵⁶ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa*, p. 57.

⁵⁷ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, pp. 47-48.

⁵⁸ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, p. 42.

decisão em torna da aplicação de uma lei estatuída passará pelo crivo do soberano, a quem incumbe *aplicar* a lei. E, como mostrou Agamben, é exatamente nessa distância que se instaura o estado de exceção.

2.2. O *Homo Sacer*

2.2.1. *Homo Sacer* – Vida Nua na Biopolítica

O estado de exceção caminha junto com o *homo sacer*, a vida nua sobre a qual se exerce o poder biopolítico.

Agamben sinala que não existia, entre os gregos, um termo único que exprimisse a nossa idéia de “vida”. Havia, ao contrário, dois termos semântica e morfológicamente distintos: *zoé*, que exprimia o simples fato de viver comum a todos os seres vivos (animais, homens ou deuses) e *bíos*, que indicava a forma de viver própria de um indivíduo ou de um grupo⁵⁹. Essa simples vida natural é excluída do mundo clássico, da *pólis*, pertencendo ao domínio privado do *oikos*⁶⁰.

Michel Foucault teria partido dessa distinção para resumir o processo pelo qual, nos limiares de Idade Moderna, a vida natural começa a ser incluída nos cálculos do poder estatal, transformando a política em *biopolítica*. Na Modernidade, o indivíduo passa a integrar as estratégias políticas a partir do seu simples corpo vivente, resultando numa espécie de “animalização do homem” – orientada por um controle disciplinar que formava os “corpos dóceis” que necessitava. A partir disso, foi possível tanto proteger a vida quanto produzir seu holocausto⁶¹. Trata-se, em síntese, do ingresso da *zoé* na *polis*: politização da “vida nua”⁶².

Ao identificar essa estratégia biopolítica, Foucault teria abandonado a abordagem tradicional da questão do poder, baseada, em especial, nos modelos jurídico-institucionais na

⁵⁹ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*, p. 09.

⁶⁰ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*, p. 10.

⁶¹ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*, p. 11.

⁶² AGAMBEN, G. *Homo Sacer*, p. 12.

direção de uma análise sem preconceito das formas pelas quais o poder penetra no próprio corpo de seus sujeitos e das formas de vida⁶³. Foucault, portanto, parte essencialmente do ponto em que os conceitos “normativos” de pessoa estancam: o poder biopolítico, que se dirige diretamente aos corpos qualificados não pela idéia de “pessoa”, mas pura e simplesmente enquanto “vida nua”.

O conceito de “homem” não será mais um obstáculo epistemológico ou moral, assim, para que Foucault possa repensar o sujeito a partir da sua dimensão estrutural, ou seja, especialmente tematizando a “funcionalização” do *como viver* que é propagada a partir de técnicas do poder que dominam os corpos. Visivelmente, em Foucault, estamos diante de uma ultrapassagem do horizonte jurídico-normativo da “pessoa” do Iluminismo para a direção de uma problematização do poder atuando sobre os “corpos dóceis”.

Agamben, no entanto, vê como lacuna na teoria de Foucault o ponto de intersecção entre o conceito biopolítico de poder, por ele explorado, e os modelos jurídico-institucionais. É nesse ponto de intersecção que Agamben identifica, precisamente, o núcleo originário – *ainda que encoberto* – do poder soberano. A produção de um corpo biopolítico é a contribuição original do poder soberano. Por isso, a biopolítica é tão antiga quanto a exceção soberana⁶⁴.

Há, por isso, um vínculo *estreito* entre o poder soberano – o estado de exceção – e a vida nua – o *homo sacer*. É somente a partir do desvelamento desse vínculo, que Agamben entende obscurecido, que se poderá reequacionar as contradições surgidas no nazismo e no fascismo. A vida nua continua presa no estado de exceção, isto é, de alguma coisa que é incluída somente a partir da sua exclusão⁶⁵.

O termo *homo sacer* carrega um significado ambíguo, à medida que, enquanto sanciona a sacralidade de uma pessoa, torna impunível seu homicídio. E, de forma ainda mais contraditória, “aquele que qualquer um podia matar impunemente não devia, porém, ser levado à morte nas formas sancionadas pelo rito”⁶⁶. A estrutura da *sacratio* consistia, assim, na conjunção de dois aspectos: a impunidade da matança e a exclusão do sacrifício⁶⁷. No caso

⁶³ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*, pp. 12-13.

⁶⁴ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*, p. 14.

⁶⁵ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*, p. 18.

⁶⁶ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*, p. 79.

⁶⁷ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*, p. 89.

do *homo sacer*, uma pessoa é simplesmente posta para fora da jurisdição humana sem atingir a divina.

Agamben identifica, nesse caso, uma *homologia estrutural* entre o estado de exceção e o *homo sacer*: em ambos, a estrutura topológica é aquela da dúplice exclusão e da dúplice captura. Assim como na exceção soberana a lei aplica-se ao caso desaplicando-se, do mesmo modo o *homo sacer* pertence a Deus na forma da insacriticabilidade e é incluído na comunidade na forma da matabilidade. “A vida insacriticável e, todavia, matável, é a vida sacra”⁶⁸.

Dessa forma, Agamben delinea os traços fundamentais da condição do *homo sacer*:

Aquilo que define a condição do *homo sacer*, então, não é tanto a pretensa ambivalência originária da sacralidade que lhe é inerente, quanto, sobretudo, o caráter particular da dupla exclusão em que se encontra preso e da violência à qual se encontra exposto. Esta violência – a morte insancionável que qualquer um pode cometer em relação a ele – não é classificável nem como sacrifício nem como homicídio, nem como execução de uma condenação e nem como sacrilégio. Subtraindo-se às formas sancionadas dos direitos humano e divino, ela abre uma esfera do agir humano que não é a do *sacrum facere* e nem a da ação profana⁶⁹.

A condição do *homo sacer* apresentaria a figura originária da vida presa no bando soberano e demonstraria a constituição fundamental da esfera do político. Esse seria, *precisamente*, o espaço do político. O que pode ser sintetizado na seguinte consideração: “Soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, e sacra, isto é, matável e insacriticável, é a vida que foi capturada nesta esfera”⁷⁰. A produção da vida nua – *vida exposta à morte* -, portanto, é a contribuição fundamental do poder soberano, a pedra angular da política.

Agamben, assim, identifica um vínculo político *mais antigo* que a própria idéia de contrato social ou uma norma positiva. É na relação com o soberano que se dá sob a forma de dissolução ou exceção que identifica o traço fundamental que é o elemento político originário. A vida humana se *politiza* a partir do abandono a um poder incondicionado de morte⁷¹.

⁶⁸ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*, p. 90.

⁶⁹ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*, p. 90.

⁷⁰ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*, p. 91.

⁷¹ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*, p. 98.

O judeu durante o período do nazismo seria o referente negativo privilegiado da nova soberania biopolítica e, como tal, um flagrante caso de *homo sacer*, no sentido de vida matável e insacrificável. O seu sacrifício não constituía, na realidade, uma espécie de pena capital nem de sacrifício, mas apenas a realização de uma matabilidade inerente à condição de hebreu como tal. Segundo Agamben, embora seja difícil às vítimas admitir isso, os hebreus não foram exterminados no curso de um gigantesco “holocausto”, mas, como Hitler anunciava, “como piolhos”, ou seja, como vida nua. A dimensão do extermínio é biopolítica⁷².

2.2.2. O Inimigo como *Homo Sacer*

O conceito *normativo* de pessoa de Jakobs é igualmente capaz de proporcionar um horizonte para que a violência da captura do *homo sacer* ocorra e se legitime, por meio do estado de exceção⁷³.

O Inimigo, na medida em que se vê despojado dos seus direitos de cidadania, torna-se *vida nua* submissa ao poder do soberano. Ele deixa de pertencer à esfera da *pólis* (Direito Penal do cidadão) e passa à condição de *homo sacer*, à medida que o Direito Penal do Inimigo, enquanto guerra pura e simples, não pressupõe qualquer vínculo normativo. É capturado apenas na sua “matabilidade”.

Vê-se, portanto, que não se o pode “sacrificar”, apenas “matar”. O Direito Penal do Inimigo, ao desvincular-se de qualquer conteúdo ontológico de pessoa, retira da esfera jurídica uma parcela do poder punitivo e, a critério do soberano, multiplica o *homo sacer*. Trata-se não de propor um agravamento das sanções punitivas do Estado àqueles que representem um perigo excepcional à comunidade como um todo, mas sim de excluí-los do ordenamento jurídico⁷⁴, tornando-os “matáveis” pela guerra pura e simples.

⁷² AGAMBEN, G. *Homo Sacer*, p. 121.

⁷³ Salientando a estrutura paradoxal do Direito Penal do Inimigo: RESTA, Federica. Enemigos y criminales. Las lógicas del control. In: *DPE*, v. 2, p. 735.

⁷⁴ Essa observação, que difere o Direito Penal do Inimigo dos movimentos de Lei e Ordem em geral, será retomada ao longo de todo trabalho. Por “Movimentos de Lei e Ordem” entende-se os movimentos “tradicionalmente identificados com a direita punitiva, os MLO compreendem o crime como o ‘(...) o lado patológico do convívio social, a criminalidade de uma doença infecciosa e o criminoso como um ser daninho”.

Ainda mais: ao proporcionarmos ao soberano o poder de definir, normativamente, quem é e quem não é pessoa, imediatamente todos os cidadãos ficam na condição de *homo sacer*. O mesmo raciocínio aplicado ao estado de exceção aqui se repete: quando o estado é de exceção para *alguns*, é para *todos*, pois sempre precederá o Estado de Direito. Da mesma forma, quando há *alguns* na condição de *homo sacer*, despidos da idéia de “pessoa” e expostos, na sua vida nua, ao soberano, *todos* caem na mesma condição, pois não há segurança de que não possam virem a ser considerados Inimigos. A exposição, assim, embora possa ser inicialmente “mascarada” por uma condição originária de pessoa, que seria retirada em circunstâncias especiais (segundo Jakobs, diante de uma “personalidade contrafática”), ocorre *desde o início*, pois o cidadão está permanentemente ao alcance do Direito Penal do Inimigo.

Esse parece ser o elemento fundamental que invalida qualquer proposta – que, em todo caso, seria inaceitável – de que o Direito Penal do Inimigo consistiria em “redução de danos”. Não há como separar, de antemão, inimigos e cidadãos. Portanto, todos estão ao alcance desse Direito sem limites. E, com isso, a proteção normativa de pessoa passa à ficção: todos estão expostos, de antemão, em sua *vida nua*.

É ainda a proteção normativa da pessoa – os direitos fundamentais – que elide ao Poder Punitivo a consideração de todos na sua vida nua⁷⁵. Se, na pulsação da realidade concreta, eles são efetivamente violados, constituindo-se um estado de emergência que repousa no coração da normalidade institucional (p.ex., no fato de a grande maioria das prisões ser de natureza cautelar), a introdução – no âmbito normativo – de uma abertura ao Poder Punitivo pode ter não o efeito de redução de danos, mas provavelmente (arriscaríamos dizer: inexoravelmente) o efeito de multiplicar o número de intervenções que reduzem o ser humano à condição de *homo sacer*. Se – como demonstra Agamben – o Direito, por si só, sofre do problema do distanciamento entre lei e força de lei, abrindo espaço à exceção que se dirige à vida nua, criar um intervalo explícito normativamente significa cancelar a extensão ilimitada dessa

Sua metas podem ser sintetizadas da seguinte forma: “(a) justificar a pena como castigo e retribuição; (b) instaurar regimes de penalidades capitais e ergastulares ou impor severidade no regime de execução da pena; (c) ampliar as possibilidades de prisões provisórias; e (d) diminuir o poder judicial de individualização da sanção”. CARVALHO, Salo de. *Política Criminal de Drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático)*, pp. 34-35.

⁷⁵ Falamos, nesse momento, de um ponto de vista jurídico. Como já colocamos na nota, o estado de exceção pulsa na realidade concreta, em diversas “brechas” abertas pelo ordenamento jurídico. O Direito Penal do Inimigo, contudo, consistiria em abrir a possibilidade ilimitada de expansão desse poder.

exposição, derrubando as poucas barreiras que o Estado de Direito oferece à proteção do indivíduo em relação ao poder soberano⁷⁶.

2.3. Um “campo” sem limites?

2.3.1. Campo como *Nómos* da Biopolítica

O terceiro eixo das investigações de Agamben – ao lado do estado de exceção e o *homo sacer* – está na idéia de “campo” como paradigma biopolítico do moderno.

Agamben novamente menciona Foucault quando este procurou dar conta dos “processos de subjetivação” que, na passagem do mundo antigo ao moderno, levaram o indivíduo a objetivar o próprio eu e constituir-se como sujeito, vinculando-se, num mesmo golpe, a um controle externo. No entanto, Foucault deixou de proceder às suas “escavações” no que seria o local por excelência da biopolítica moderna: a política dos Estados Totalitários. Por outro lado, Hannah Arendt, embora tenha realizado significativas considerações sobre o totalitarismo após a Segunda Guerra Mundial, esbarrou no limite de não relevar uma perspectiva biopolítica. Ainda que tenha percebido o vínculo entre o totalitarismo e a condição de vida do *campo*, Arendt deixou escapar o processo inverso, ou seja, a radical transformação da política em espaço da vida nua. Segundo Agamben, “somente porque em

⁷⁶ É nesse pequeno intervalo que o discurso garantista por ter efetividade. Diante do estado de exceção que se aplica no intervalo entre lei e força de lei, há pouco espaço para o discurso jurídico se efetivar enquanto proteção da vida nua, do qual, no entanto, não se deve abrir mão, sob pena de expansão ainda maior da exposição. Por essa razão, opta-se, como adiante se explicará, por um discurso em nível metajurídico, a fim de enfrentar a problemática da exceção a partir da “excepcionalidade do concreto”. Cf. SOUZA, Ricardo Timm de. *Por uma Estética Antropológica desde a Ética da Alteridade: do ‘estado de exceção’ da violência sem memória ao ‘estado de exceção’ da excepcionalidade do concreto*. Veritas, vol. 51, n.º 2, junho/2006. Por discurso garantista entendemos: “o direito é um universo lingüístico *artificial* que pode permitir, graças à estipulação e observância de técnicas apropriadas de formulação e de aplicação de leis aos fatos jurídicos, a fundamentação dos juízos em decisões sobre a verdade, convalidáveis ou invalidáveis como tais, mediante controles lógicos e empíricos e, portanto, o mais possível subtraídas ao erro e ao arbítrio. O problema do garantismo penal é elaborar tais técnicas no plano teórico, torná-las vinculantes no plano normativo e assegurar seu efetividade no plano prático”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 57. Ver ainda: SCHEERER, Sebastian; BÖHM, Maria Laura & VÍQUEZ, Karolina. Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho penal del enemigo. In: *DPE*, v. 2, pp. 933-935.

nosso tempo a política se tornou integralmente biopolítica, ela pôde constituir-se em uma proporção antes desconhecida como política totalitária”⁷⁷.

Agamben identifica no “rio da biopolítica” uma espécie de dupla face: os espaços, liberdades e direitos que os indivíduos adquirem em face do poder central preparam, contudo, uma tácita e crescente inscrição de suas vidas na ordem estatal, oferecendo, paradoxalmente, uma nova e mais temível instância ao poder soberano do qual pretendiam se libertar⁷⁸. O paradoxo, de certa forma, pode consistir numa explicação interessante para o fato de que as estratégias emancipatórias geralmente acabam transformando-se em repressivas. A cada “proteção” concedida pelo Estado, o indivíduo vê ampliada a tutela – e por isso a exposição – ao poder soberano.

Na vida moderna, as linhas que separam a decisão sobre a vida da decisão sobre a morte – ou, em outros termos, a biopolítica da tanatopolítica – não se apresenta mais com a fixidez que dividiria setores absolutamente distintos. Elas são constantemente deslocadas para zonas cada vez mais amplas da vida social, nas quais há uma simbiose do soberano não apenas com o jurista, mas também com o médico, o sacerdote ou o cientista. O campo, nesse contexto, surgirá como o paradigma oculto do espaço biopolítico da modernidade⁷⁹.

Uma expressão desse mecanismo ambivalente que reconhece ao indivíduo uma limitação do poder e, simultaneamente, amplia a exposição da vida nua é o *habeas corpus*. Surgido em 1679, advém já do século XIII, quando, para assegurar a presença física de uma pessoa diante de uma corte judicial, seu centro não estava nem do sujeito das relações feudais, nem no futuro “cidadão”, mas no puro e simples *corpus*. O novo sujeito da política torna-se o *corpus*. A democracia moderna nasce como reivindicação e exposição desse corpo. Na sua luta com o absolutismo, coloca, portanto, não o *bíos* – a vida qualificada de cidadão -, mas *zoé*, vida nua em anonimato, apanhada pelo bando soberano⁸⁰. Dessa tensão emerge o *homo sacer* novamente:

⁷⁷ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*, pp. 125-126.

⁷⁸ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*, p. 127.

⁷⁹ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*, pp. 128-129.

⁸⁰ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*, pp. 129-130.

Esta é a força e, ao mesmo tempo, a íntima contradição da democracia moderna: ela não faz abolir a vida sacra, mas a despedaça e dissemina em cada corpo individual, fazendo dela a aposta em jogo do conflito político⁸¹.

O *corpus*, por isso, torna-se bifronte: portador tanto da sujeição ao poder soberano quanto das liberdades individuais. Esse estranho paradoxo é o que permitiu, por exemplo, a transição da democracia parlamentar ao estado nazista, e deste àquela novamente. O reconhecimento das liberdades individuais carrega a dupla inscrição de esticar o domínio do poder soberano sobre a vida nua⁸².

Alicerçado nas afirmações de Hannah Arendt, Agamben sublinha que os direitos fundamentais mostraram-se desprovidos de qualquer tutela quando se viram diante de situações em que não era possível os concretizar enquanto direitos do cidadão de um Estado⁸³. É, por isso, a hora de estancarmos a concepção de que tais direitos constituiriam espécie de valores eternos metajurídicos, vinculando o legislador, para alçá-los à sua condição histórica real na formação do Estado-nação moderno. A vida nua que, até a formação desses Estados, era indiferente, pois pertencia unicamente a Deus, agora vai inscrita na ordem jurídico-política, tornando-se fundamento da soberania. Eles constituem o momento de passagem da soberania de ordem divina à soberania nacional. Agamben novamente confirma o paradoxo: o reconhecimento do *status* de cidadão ao súdito significa que a vida nua se inscreve na ordem política como portadora da soberania. É somente com a compreensão dos modelos estatais modernos dos séculos XIX e XX a partir da vida nua que tomamos a amplitude exata da controvérsia, abandonando, pois, que em seu fundamento estaria o “sujeito político livre e consciente”⁸⁴.

Uma das características essenciais da biopolítica moderna é necessidade de redefinir os limiares entre a vida e aquilo que está fora dela. Essa linha é permanentemente redesenhada, pois, na *zoé*, que as declarações de direitos politizaram, devem ser novamente definidos os limiares que permitem isolar a vida sacra⁸⁵.

⁸¹ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*, p. 130.

⁸² E se, notas atrás, sublinhávamos o *local* onde o discurso garantista esboçava limitação ao poder soberano, trata-se, nesse momento, de revelar as dificuldades que esse modelo não é capaz de enfrentar.

⁸³ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*, p. 134.

⁸⁴ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*, pp. 134-135.

⁸⁵ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*, p. 138.

A condição de refugiado, trazida por Hannah Arendt, é a primeira aparição moderna do “homem sem máscara”, ou seja, do *homo sacer*. Diz Agamben:

Exibindo à luz o resíduo entre nascimento e nação, o refugiado faz surgir no átimo na cena política aquela vida nua que constitui seu secreto pressuposto. Neste sentido, ele é verdadeiramente, como sugere Hannah Arendt, “o homem dos direitos”, a sua primeira e única aparição real fora da máscara do cidadão que constantemente o cobre. Mas, justamente por isso, a sua figura é tão difícil de definir politicamente⁸⁶.

É uma constatação que se ergue veementemente ao longo de todo *Eichmann em Jerusalém*, quando torna nítido que a primeira providência necessária para iniciar o processo de extermínio dos judeus foi eliminar sua cidadania. A condição de apátrida expôs os judeus, de todo, na qualidade de *vidas nuas*. Essa qualidade pode ser detectada na separação entre o “humanitário” e o “político”, que evidencia o descolamento entre os direitos do homem e os direitos do cidadão. O humanitário é reflexo do reconhecimento da *vida sacra* e o campo é o espaço puro de exceção.

O campo tornou-se, segundo Giorgio Agamben, a matriz oculta, o *nómos* do espaço político em que ainda vivemos. Ele nasce não do direito ordinário, como possivelmente uma transformação dos cárceres, mas do estado de exceção e da lei marcial⁸⁷. É o espaço que se abre quando o estado de exceção torna-se regra, na medida em que este, ao adquirir o caráter de normalidade, adquire dimensão espacial, embora inscrito estavelmente fora da ordem jurídica⁸⁸.

O campo tem estrutura paradoxal: é espaço de território que é colocado fora da esfera jurídica normal, mas não é, por causa disso, simplesmente externo. Diz Agamben:

Aquilo que nele é excluído é, segundo o significado etimológico do termo exceção, *capturado fora*, incluído através da sua própria exclusão. Mas aquilo que, deste modo, é antes de tudo capturado no ordenamento é o próprio estado de exceção. Na medida em que o estado de exceção é, de fato, “desejado”, ele inaugura um novo paradigma jurídico-político, no qual a norma torna-se indiscernível do estado de exceção. O campo é, digamos, a estrutura em que o estado de exceção, em cuja possível decisão se baseia o poder soberano, é realizado normalmente⁸⁹.

⁸⁶ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*, p. 138.

⁸⁷ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*, p. 173.

⁸⁸ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*, pp. 175-176.

⁸⁹ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*, p. 177.

Nesse cenário, não apenas a lei é suspensa, mas é impossível discernir entre fato e direito. Ambos se confundem, de forma que “tudo é possível”. Uma vez que os indivíduos presentes perderam qualquer estatuto de cidadania e foram reduzidos à condição de *homo sacer*, o campo é o espaço absoluto da biopolítica, no qual o poder soberano tem diante de si a vida nua sem qualquer intermediação, diretamente exposta⁹⁰. Trata-se, por isso, de uma espécie de “espacialização” do estado de exceção, no qual todo cidadão se vê reduzido à condição de *homo sacer*.

2.3.2. O Campo do Inimigo

Podemos chegar, agora, ao extremo das considerações que antes havíamos desenvolvido. O “campo” enquanto paradigma biopolítico significa um espaço absoluto de exceção, o limiar onde direito e fato se confundem – onde *tudo é possível*.

A noção de “campo” parece não remeter apenas aos escritos de Arendt, mas também à visão da “sociedade de controle” desenhada por Gilles Deleuze. O filósofo francês propõe, em oposição a Foucault, que o controle já não se exerce mais de maneira disciplinar e a partir do confinamento. Para Deleuze, o controle é executado de forma aberta e contínua, produzindo a modulação universal. Ele já não está mais vinculado a um espaço de clausura: a fábrica, a escola, o convento, a prisão ou o manicômio. Sua estrutura espacial é agora de um novo regime de controle, que se dá na “educação contínua”, na nova medicina “sem médico nem doente”, na introdução da “empresa” desde a educação fundamental, etc. O homem não é mais o “indivíduo confinado”, mas o “indivíduo endividado”. O homem da disciplina era “produtor descontínuo de energia”, ao passo que o homem do controle é “ondulatório, funcionando em órbita, num feixe contínuo”. O controle é exercido a céu aberto e seu modelo é o banco de dados⁹¹.

⁹⁰ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*, p. 178.

⁹¹ DELEUZE, Gilles. Post-Scriptum sobre as Sociedades de Controle. In: *Conversações*. RJ: Editora 34, 1992, p. 219 ss. No entanto, é possível observar que, embora Foucault tenha se referido à disciplina como elemento preponderante, sempre enfatizou a respectiva “dispersão”, o que aproxima da tese de Deleuze. Ver: HUDSON, Barbara A. Social Control. In: *The Oxford Handbook of Criminology*. 2ª ed. Edited by Mike Maguire *et alii*. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 458.

No Direito Penal do Inimigo, esse campo percorre *tudo*, à medida que *todos* estão expostos na vida nua diante do poder punitivo. O campo se identifica com a própria totalidade política. O limiar que separa o cidadão do inimigo está em permanente alvedrio do poder soberano, cuja função é “manter a ordem” ou “eliminar o perigo”.

O risco do reconhecimento do Direito Penal do Inimigo significa, por isso, que se estaria abrindo a possibilidade de transformar a totalidade social em um grande campo biopolítico⁹², no qual poderia o Poder Punitivo dispor daqueles que fossem considerados “com personalidade contrafática”. Significa estender o ingresso da *zoé* no horizonte político até o limite máximo, inscrevendo o próprio estado de exceção na ordem jurídica de forma definitiva e inexorável.

A exposição de indivíduos na sua vida nua *já é realidade*, à medida que, como anotamos atrás, existe um estado de exceção que opera de forma subterrânea no coração da ordem jurídica, por meio de noções como “periculosidade” ou “conduta social”. A novidade do Direito Penal do Inimigo é a *legitimação jurídica*⁹³ de tais mecanismos, abrindo a possibilidade da “especialização” da exceção em um grande campo, que constituiria, a rigor, a *totalidade* das relações sociais.

2.4. Uma proposta de enfrentamento

Os três elementos que compõem os eixos da tese de Giorgio Agamben – *estado de exceção, homo sacer e campo* – encontram reverberação no Direito Penal do Inimigo. Uma concepção normativa de pessoa encontra o limite significativo de não garantir argumento convincente contra o surgimento da vida nua e da sua exposição ao poder soberano. Como

⁹² Também relacionando campo e Direito Penal do Inimigo: MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”. In: *DPE*, v. 2, pp. 357-358.

⁹³ Assim, considerando o Direito Penal do Inimigo enquanto fenômeno de exceção, passamos ao lado da discussão se constitui ou não um “Direito Penal”, fundamentalmente suscitada por Cancio Meliá. O Direito Penal do Inimigo é tido como espécie de “resposta de fato” do Estado, como bem pontua Agamben. O objetivo desse desvio é elaborar uma contraposição da biopolítica do Inimigo que, independentemente do reconhecimento em um sistema fechado, permeia a atuação das agências criminais. Ver: MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal” do Inimigo?. In: *Direito Penal do Inimigo*, pp. 66-81; SCHEERER, Sebastian; BÖHM, Maria Laura & VÍQUEZ, Karolina. Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho penal del enemigo. In: *DPE*, v. 2, p. 923.

este é o ponto de vista de Jakobs, a teoria guarda em si mesma, por isso, coerência, passando ao lado dos problemas que suscitam acréscimo de compreensão⁹⁴.

Os três elementos identificam, inicialmente, a possibilidade de *expansão ilimitada* do Direito Penal do Inimigo, à medida que, constitutivamente, eles não oferecem limites quaisquer, mas visam exatamente ao oposto: *romper* esses limites⁹⁵. Partindo do ponto de vista de Agamben, portanto, estamos a admitir que o discurso jurídico encontra dificuldades diante do estado de exceção, pois este atua exatamente no seu limiar, onde jurídico e político se cruzam e se constitui o poder soberano⁹⁶.

E mais: se aderirmos à perspectiva de Agamben, o reconhecimento de um “véu” de pessoa que cubra a vida nua tem o efeito reflexo de alargar ainda mais a margem de exposição ao poder soberano. A extensão dos direitos fundamentais causa um paradoxal alastramento da exposição da vida nua.

Esse fato, no entanto, não significa que o Direito Penal do Inimigo seja inevitável. Embora ele se instale nas “frestas” do Estado do Direito, de forma sub-reptícia, a partir de uma normatização do conceito de pessoa, é viável pensarmos que deriva de uma determinada *forma de racionalidade*, apta a descrever a realidade tal como fez Jakobs. Se

⁹⁴ Muitos autores identificam, no entanto, uma circularidade na argumentação de Jakobs, como por exemplo, GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. ¿Qué es y que puede ser el “Derecho penal del enemigo”. In: *DPE*, v. 2, p. 9.

⁹⁵ É precisamente por este argumento que nos afastamos de todas as propostas de regulação do estado de exceção (ou simplesmente do Direito Penal do Inimigo) no âmbito jurídico, uma vez que partem da premissa falsa de que é possível *controlar* essa exceção por meio do Direito. Ver: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Normatividad del ciudadano versus facticidad del enemigo. In: *DPE*, v. 1, pp. 977-1002. Nas palavras de Pastor, “El Derecho penal, más que como bienvenido instrumento apto para alcanzar cualesquiera fines sociales, debe ser visto como aparato que, si bien es inevitable, debe ser tratado con desconfianza y cuidado, pues es extremadamente violento, desafortunado e incitador al abuso”. PASTOR, Daniel R. El Derecho penal del enemigo em el espejo del poder punitivo internacional. In: *DPE*, v. 2, p. 503. A idéia de que o Estado de Direito é um dique ao Estado de Polícia também reflete perfeitamente nossa percepção: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, pp. 92-101. A partir desse pressuposto, como afirmam Scheerer e outros, “el Derecho penal del enemigo es la regla, y la regla es también que desde sus orígenes siempre se há utilizado para la misma finalidad: la represión o eliminación de políticos internos contrarios o partes de la población que se consideraban indeseables o ‘prescindibles’”. SCHEERER, Sebastian; BÖHM, Maria Laura & VÍQUEZ, Karolina. Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho penal del enemigo. In: *DPE*, v. 2, p. 923.

⁹⁶ Também partindo do *pressuposto* que o Direito Penal do Inimigo como um *locus* paralelo ao Direito ordinário, “formalizando” o estado de exceção: CORNACCHIA, Luigi. La Moderna *Hostis Iudicatio* – entre norma y estado de excepción. In: *DPE*, v. 1, pp. 415-456; MÜSSIG, Bernd. Derecho penal del enemigo: concepto y fatídico presagio. Algunas tesis. In: *DPE*, v. 2, p. 383; PASTOR, Daniel R. El Derecho penal del enemigo em el espejo del poder punitivo internacional. In: *DPE*, v. 2, p. 513. O próprio Jakobs sugere essa abordagem em JAKOBS, Günther. ¿Terroristas como personas en Derecho? In: *DPE*, v. 2, p. 91, quando diz que “estas coisas pertencem ao estado de exceção”, e ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: *DPE*, v. 2, p. 95, quando afirma tratar dos “pressupostos” e “limites” da juridicidade.

partirmos, ao contrário, de *outra* forma de racionalidade, podemos chegar a conclusão diversa, inclusive na própria *leitura* dos dispositivos constitucionais.

Por isso, propõe-se recuperar uma matriz *ética*⁹⁷ do conceito de pessoa, a partir da desconstrução efetuada no texto de Jakobs. Dessa forma, o Direito Penal do Inimigo vai desmoronando desde seus alicerces e torna-se viável conceber, desde outra matriz, o conceito fundamental de pessoa. Com isso, tentamos nos dirigir à “excepcionalidade do concreto” onde essa exceção se exerce.

⁹⁷ Trata-se de uma opção própria da “forma de racionalidade” adotada, que abordaremos a seguir. Também seria viável, por exemplo, pensar-se em um conceito “ontológico” de pessoa com forma de limitar as pressões biopolíticas derivadas do poder soberano. É a partir da idéia de “forma de racionalidade” que iremos qualificar como “ingênuas” ontologias sociologizantes como a de Luhmann (e, por conseguinte, Jakobs), uma vez que acreditam esgotar a realidade nos seus esquemas abstrato-cognitivos. É a partir desse argumento, externo e interno, que se responde a formulações aparentemente coerentes como as de PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La contrucción del “enemigo” yu la reconfiguración de la “persona”. Aspectos del proceso de formación de una estructura social. In: *DPE*, v. 2, pp. 581-590.

SEÇÃO II – A DESCONSTRUÇÃO COMO FORMA DE RACIONALIDADE

1. Forma de Racionalidade

Pensar em “forma de racionalidade” já significa, de antemão, desacreditar a idéia de uma “Razão”. Em outros termos: admitir a existência de formas de racionalidade representa conceber que existem *múltiplas* racionalidades em jogo.

A idéia de *arché* é o elo fundamental que liga todo pensamento filosófico que buscou a neutralização da diferença real em benefício de uma visão lógica do mundo. Trata-se de “preservar a possibilidade de continuar a pensar *logicamente* a realidade, ou seja, de identificá-la enquanto correlato do pensamento lógico”⁹⁸. A recorrência a uma “essência” fixa, que constituiria o ponto fundamental e garantiria a identificação com o pensamento, elidiria a possibilidade de pensar-se em *formas* de racionalidade. Existiria apenas “uma” Grande Razão, capaz de subsumir o mundo exterior nos seus esquemas lógico-identificantes, a partir de uma origem que seria a *arché*.

Quando colocamos em jogo a idéia dessa “Grande Razão” estamos vislumbrando um “paradigma civilizatório” (de ordem lógico-lingüística) a desabar, cuja essência residia numa atemporalidade estática, incapaz de suportar as possibilidades de pensar um futuro realmente *temporalizado* ou um Outro que seja externo⁹⁹. A impossibilidade de o pensamento alcançar essas categorias é que dá conta da insuficiência da estrutura tradicional de racionalidade, incapaz de resistir à própria realidade que bate a sua porta. A “neutralização” desses fenômenos já não parece mais reter dignidade filosófica. Há uma realidade “nauseante”, para usar a expressão própria de Jean-Paul Sartre, que não espera para chegar. Ela *urge*.

O filósofo Franz Rosenzweig foi quem se caracterizou, em primeira mão, por uma “intuição da multiplicidade de origem”. Sua contraposição ao pensamento identificante, que

⁹⁸ SOUZA, Ricardo Timm de. Fenomenologia e Metafenomenologia: substituição e sentido – sobre o tema da “substituição” no pensamento ético de Levinas. In: *Fenomenologia Hoje*. Org.: Ricardo Timm de Souza e Nythamar Fernandes de Oliveira. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001, p. 406.

⁹⁹ SOUZA, Ricardo Timm de. *Existência em Decisão: uma introdução ao pensamento de Franz Rosenzweig*. São Paulo: Perspectiva, 1999, p. 23.

finalmente seria redutível a alguma correlação, se dá a partir de uma visão em que a realidade aparece em toda sua multiplicidade, sem poder ser reduzida a esquemas intelectuais¹⁰⁰.

O que irá em primeira mão distinguir Rosenzweig do conjunto dos pensadores prevalentes da tradição ocidental em suas linhas mais gerais – o que irá distingui-lo inclusive de seus inspiradores estritamente filosóficos mais diretos – pode ser lido, através do maciço de sua obra, como uma espécie de intuição (ou desdobramento da intuição) de uma determinada *multiplicidade* – pluralidade, plurivocidade – de origem¹⁰¹.

Essa intuição fundamental representa a convicção de que a solidão do ato intelectual tradicional, vinculado à Verdade, ao Mundo, ao Ser, é um processo de auto-devoração, um alimentar-se finalmente de si mesmo da mesma forma que se alimenta do que não é ele. Esse “bloco da Totalidade”, habitado pelo Ser enquanto unidade de sentido, não “reflete” a realidade como tal, como se fosse um espelho mágico, mas expressa apenas *uma das leituras possíveis*¹⁰².

Trata-se, como afirma Ricardo Timm de Souza, de uma desarticulação entre ser e pensar, que é a “estrutura arquetípica” do pensamento identificante. A temporalidade, nesse sentido, será o acontecimento decisivo que desestruturará essa unidade, “temporalidade na qual o presente do indicativo já é, desde sempre, *passado* no fluxo dos acontecimentos, e em que cada instante é o instante *decisivo* na realidade, ao abrir um inusitado espaço de liberdade no imponderável do *seguir acontecendo* no qual o tempo mesmo, em última análise, se constitui”¹⁰³. Em resumo: é decisivamente a categoria da *temporalidade* que rompe a unidade entre ser e pensar, desarticulando a síntese que pretendia abarcar a totalidade do real a partir dos conceitos.

Rosenzweig percebe, a partir da introdução de um *levar a sério* o tempo, que a questão das essências perde a consistência, enquanto entidades em que o real viria ancorar sua inteligibilidade. Essa ruptura, em que o tempo é outro, evita a lógica da tautologia, de forma que o *sentido* da realidade se transforma, a rigor, em *multiplicidade de sentidos* que a

¹⁰⁰ “Eis aí, portanto, a multiplicidade – e uma multiplicidade não meramente pensada – como *anterioridade* a todo poder de síntese que possa ser realizado a posteriori por qualquer filosofia: primeiro anúncio da irreduzibilidade da *Alteridade* à razão que a pensa”. SOUZA, Ricardo Timm de. *Existência em Decisão*, p. 104.

¹⁰¹ SOUZA, Ricardo Timm de. *Fenomenologia e Metafenomenologia: substituição e sentido – sobre o tema da “substituição” no pensamento ético de Levinas*. In: Fenomenologia Hoje, p. 410.

¹⁰² SOUZA, Ricardo Timm de. *Existência em Decisão*, p. 23.

¹⁰³ SOUZA, Ricardo Timm de. *Razões Plurais: itinerários da racionalidade ética no século XX*, p. 62.

realidade, desde sempre, comporta. O pensar vem redimensionado em manter *essa multiplicidade à vista* – e viver seria levar tal multiplicidade a sério¹⁰⁴.

O elemento *essencial* da realidade não será mais, portanto, as “essências” enquanto elementos privilegiados onde o real ancoraria sua inteligibilidade, mas a multiplicidade que ocorre a partir da efetividade temporal¹⁰⁵. O tempo, assim, se torna Outro e interrompe a viagem circular do pensamento nas suas proposições lógico-identificantes. Interrompe-se a viagem de Ulisses, que retorna a si mesma numa Odisséia tautológica¹⁰⁶. É a partir da “brutalidade mais crua e indisfarçável dos fatos” que Rosenzweig toma impulso¹⁰⁷.

O desacoplamento que ganha envergadura em Rosenzweig acaba, por isso, nos conduzindo a uma visão que não permite conceber a idéia de uma redução intelectual da realidade que abarque todos os sentidos possíveis. A realidade permanece mais rica, sempre. O esgotamento do sentido é inviável. Como afirma Ricardo Timm de Souza,

Compreender o Ser, não como *necessidade absoluta*, mas como *possibilidade e potencialidades radicais* – desinstalando-o de seu eterno ‘presente lógico’ e confrontando-o com sua própria insuficiência, em termos de síntese absoluta: eis uma tarefa gigantesca que perpassa o conjunto da obra de Rosenzweig¹⁰⁸.

A morte é exatamente o elemento que permite dar conta da finitude do pensamento. O Todo permanece inatingível ao mortal, exatamente por ser solitário na sua condição real de mortalidade¹⁰⁹. Há um golpe certeiro na estrutura “eterna” e atemporal do pensamento tradicional: a morte é o obstáculo intransponível ao pensamento, que se desfaz na própria mortalidade do seu pensador. Quando o pensamento tenta encontrar o que “sobrou” após a desarticulação entre ser e pensar, encontra “nada”. Esse “nada” é o que exhibe seu limite, pois

¹⁰⁴ SOUZA, Ricardo Timm de. *Razões Plurais: itinerários da racionalidade ética no século XX*, p. 63.

¹⁰⁵ SOUZA, Ricardo Timm de. *Fenomenologia e Metafenomenologia: substituição e sentido – sobre o tema da “substituição” no pensamento ético de Levinas*, p. 412.

¹⁰⁶ “Em todo este tecido, porém, é fundamental a percepção da *irreducibilidade do expresso a seu conceito*, a grande desidentificação que permite o rompimento não só das grandes construções totalizantes idealistas, mas também de quaisquer outras totalizações que pretendem abarcar, em um número limitado de elementos, a ilimitação fundamental dos instantes passíveis de se tornarem, cada um, porta de entrada do Diferente da racionalidade identificante, o Novo real, não antevisto por nenhum sistema, e que todos os sistemas – ou o seu inverso, as grandes promulgações de neutralidade ou da amoralidade ou da supermoralidade – têm objetivado inofensibilizar e reduzir finalmente a uma função sua”. SOUZA, Ricardo Timm de. *Existência em Decisão*, p. 28.

¹⁰⁷ SOUZA, Ricardo Timm de. *Existência em Decisão*, p. 59.

¹⁰⁸ SOUZA, Ricardo Timm de. *Razões Plurais: itinerários da racionalidade ética no século XX*, p. 64.

¹⁰⁹ SOUZA, Ricardo Timm de. *Existência em Decisão*, p. 64.

é “algo” para si mesmo, mas não para a unidade do pensamento¹¹⁰. Chega-se à conclusão de que, ou se nega a realidade da morte, ou se admite que esse “algo” não é concebível intelectualmente. A morte, por isso, traz a primeira marca da alteridade¹¹¹.

Interessa-nos, pois, realçar o sentido *plural* originário da realidade que Rosenzweig detecta. As descrições da realidade não esgotam seu sentido, capaz de mais e mais recontextualizações. A existência dessa pluralidade constitutiva será a matriz para que possamos conceber a idéia de “forma de racionalidade” e enfrentar o Direito Penal do Inimigo enquanto tal.

Desvencilhando-nos do universo lógico da identidade entre pensamento e realidade, que neutraliza a diferença real e busca sintetizar por meio do conceito, procurando a *arché*, podemos abrir flancos para que surjam múltiplas descrições da realidade, sem que esgotem as possibilidades do real. É partir desse horizonte que é possível pensar em modelos de racionalidade. Isso significa rechaçar, por completo, a idéia de que a filosofia é um “espelho da natureza”, para usar a expressão de Rorty¹¹², de forma que nenhum discurso será suficientemente rico para esgotar a totalidade do real. Ao contrário: há limites de “exterioridade” que o pensamento não atinge.

Por isso, existem “formas de racionalidade” e o Direito Penal do Inimigo é uma delas, *pensa* a partir de uma delas. É nesse nível metajurídico que se pretende contrapô-lo¹¹³.

¹¹⁰ SOUZA, Ricardo Timm de. *Existência em Decisão*, p. 67.

¹¹¹ SOUZA, Ricardo Timm de. *Existência em Decisão*, p. 104.

¹¹² Rorty sublinha que o “sonho no coração da filosofia”, expressão de Derrida, é dar um vocabulário final. “Ela é a esperança por um vocabulário que seja intrínseca e auto-evidentemente final, e não meramente o vocabulário mais compreensivo e frutífero que nós pudemos conseguir até aqui. Um tal vocabulário teria de ser adequado para ‘situar’ toda a história e toda a cultura contemporânea”. RORTY, Richard. *Desconstrução e Artimanha*. In: *Ensaio sobre Heidegger e Outros*. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1999, p. 123.

¹¹³ Poder-se-ia dizer, na expressão de Ernildo Stein, que se está diante de *standards* de racionalidades contrapostos. “Ao escolhermos, portanto, uma Filosofia para pensar o fundamento do discurso jurídico, temos de ter presente a natureza do *standard* de racionalidade que elegemos. Explicitá-lo significa descobrir, no Direito, um discurso que subjaz, como dimensão hermenêutica profunda, ao processo lógico-discursivo do sistema jurídico”. STEIN, Ernildo. *Exercícios de Fenomenologia: limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 161.

2. A Desconstrução como hiperconceitualização

A estratégia de desconstrução, desenvolvida fundamentalmente pelo filósofo Jacques Derrida, é peculiar, distinta da tradicional crítica *interna* ou *externa*. Na realidade, a desconstrução está em um local *instável* entre interno e externo. Atua *internamente* ao texto, porém faz dele jorrar os elementos que indicam traços logocêntricos, que o colocam em um quadrante delimitado pelo pensamento racionalista tradicional, abrindo marcos de temporalidade distinta e aberta. Abrindo marcos de *alteridade*, sobretudo¹¹⁴. É também *externo* à medida que *pensa com outra razão*, uma razão plural por excelência – uma razão anárquica (sem arché pré-definidora). A desconstrução é uma *estratégia*, antes de tudo, de redefinir sobre outras bases as relações dos traços do texto. Um traçado não-autorizado, desvinculado da “intenção” do autor.

Essa estratégia visa a fundamentalmente expurgar elementos que remetam ao “falocentrismo” ou à metafísica da presença, exibindo-os nos traços textuais. É uma estratégia que funciona especialmente *sobre o texto*, sem recorrência a elementos históricos ou arqueológicos: é, antes, uma forma de racionalidade que não se preocupa em erigir um saber unificado e sistêmico, contextual e histórico, mas antes em retornar à *pluralidade* ingênita da razão¹¹⁵. Procura mostrar, a partir da própria racionalidade, seus limites:

A desconstrução passa por ser hiperconceitual, e decerto o é, fazendo um grande consumo dos conceitos que produz à medida que os herda – mas apenas até o ponto em que uma certa escritura pensante excede a apreensão ou o domínio conceitual. Ela tenta pensar o limite do conceito, chega a resistir à experiência desse excesso, deixa-se amorosamente exceder. É como um êxtase do conceito: goza-se dele transbordantemente¹¹⁶.

Há, sem dúvida, um vestígio da *Destruction* heideggeriana. Martin Heidegger pretendia efetivar uma *destruição* da tradição ontológica anterior, a partir da pergunta pelo ser

¹¹⁴ CRITCHLEY, Simon. *The Ethics of Deconstruction: Derrida and Levinas*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1999, p. 28.

¹¹⁵ “La problemática de la escritura se abre con la puesta en tela de juicio del valor del *arkhé*. Lo que yo propondré aquí no se desarrollará, pues, simplemente como un discurso filosófico, que opera desde un principio, unos postulados, axiomas o definiciones y se desplaza siguiendo la linearidad discursivo de una orden de razones. Todo el trazado de la diferencia [*différance*] es estratégico y aventurado. Estratégico porque ninguna verdad trascendente y presente fuera del campo de la escritura puede gobernar teológicamente la totalidad del campo”. DERRIDA, Jacques. *La Diferencia / [Différance]*. Disponível em: <<http://www.philosophia.cl>>. Acesso em: 15.06.2006, pp. 04-05.

¹¹⁶ DERRIDA, Jacques & ROUDINESCO, Elisabeth. *De que amanhã... Diálogo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 14.

revisitada. Essa destruição deveria seguir o “fio condutor da questão do ser” até chegarem às experiências originárias em que foram obtidas as primeiras determinações, que se tornaram decisivas¹¹⁷.

Isso, no entanto, não significaria uma “relativização” das perspectivas ontológicas. Heidegger não identifica um sentido *negativo* de arrasar a tradição por meio da destruição. Sua função é, antes, *positiva*, à medida que deve circunscrever a tradição em suas possibilidades – e isso sempre remeterá aos seus *limites* – constituída enquanto modo de ser¹¹⁸. O horizonte dessa destruição se daria a partir do problema da temporalidade¹¹⁹.

Nesse sentido, a desconstrução recupera o traçado na destruição na medida em que não funciona apenas como uma espécie de crítica corrosiva aos escritos que investiga, mas procura fundamentalmente extrapolar os seus limites a partir deles próprios. Como afirma Rorty,

seu grande tema é a impossibilidade do fechamento. Ele adora mostrar o seguinte: sempre que um filósofo apaixonadamente dá forma a um novo modelo de esfera perfeita de Parmênides, algo escapole ou vaza. Há sempre um suplemento, uma margem, um espaço no interior do qual o texto da filosofia é escrito, um espaço que estabelece as condições de inteligibilidade e a possibilidade da filosofia¹²⁰.

É nesse sentido, e não como alegoria metafísica, que deve ser lida a frase de Derrida de que “os textos desconstróem a si mesmos”¹²¹. É a partir dos textos, e não *contra* eles, que Derrida irá exhibir exatamente seus limites. Isso não significa, portanto, um enunciado metafísico que indicaria uma “propriedade essencial” dos textos (“desconstruir a si mesmos”), mas uma estratégia própria elaborada por Derrida a fim de esclarecer, a partir da leitura

¹¹⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*, p. 61.

¹¹⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*, p. 60.

¹¹⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*, p. 63.

¹²⁰ RORTY, Richard. *Desconstrução e Artimanha*, p. 127. Ver: CRITCHLEY, Simon. *The Ethics of Deconstruction: Derrida and Levinas*, pp. 20-31.

¹²¹ No que discordamos de Rorty (*Desconstrução e Artimanha*, p. 128). Vasconcelos afirma: “Uma das principais características da abordagem desconstrucionista, tal como praticada por Derrida, é a apropriação e utilização de conceitos derivados para, ao final, mostrar como esse sistema não funciona”. VASCONCELOS, José Antonio. O que é desconstrução? *Revista de Filosofia*, Curitiba, v. 15, n. 17, p. 76, julho/dezembro 2003.

rigorosa dos textos e *com eles*, a impossibilidade do fechamento. É esse efeito de “transbordamento”¹²² que se coloca como “hiperconceitualização”.

Por isso, Derrida tenta desinflacionar noções como diferença¹²³ ou traço de conteúdo metafísico ao afirmar que não são conceitos ou palavras. Com essa proposição, que recebeu objeções importantes¹²⁴, está tentando apenas expressar parte da estratégia desconstrutiva a partir de termos que se recusam a fixar, não concedendo um “solo” ou um “chão” para a análise. Na medida em que a desconstrução pretende atuar *com o* texto, e não *contra* ele, dizer “diferença” ou “traço” significa, em outros termos, apenas sinalar uma estratégia de que não ouviremos, necessariamente, o suposto “desejo” original do autor do texto, mas nos aventuraremos em um terreno desconhecido, abrindo flancos inesperados no campo textual¹²⁵. É esse componente que faz com que a desconstrução não seja metafísica, mas apenas um traçado não-autorizado. Trata-se, evidentemente, de recusar uma *arché* ou um *telos* ao texto, de pensá-lo sem essas categorias da “onto-teologia”¹²⁶.

De forma a produzirmos transdisciplinaridade, uma das estratégias que se utilizou para inflacionar os conceitos do Direito Penal do Inimigo consiste em dar a eles concretude. Ao

¹²² “Derrida dirá, como na discussão sobre a linguagem e a consciência, que o significado, o idêntico, sempre tem de ser mediado pelo significante, pelo diferente”. MILOVIC, Miroslav. Utopia da Diferença. *Alceu: Revista de Comunicação, Cultura e Política*, v. 7, n. 13, jul./dez. 2006, p. 277.

¹²³ O termo *différance*, alteração de *différence* elaborada por Derrida, tem sido objeto de diversas traduções nas versões em língua portuguesa, inclusive mantendo algumas a grafia original. Optamos por *diferença* porque tem o mesmo efeito da versão francesa: a mesma sonoridade, em oposição ao “fonocentrismo” de que fala Derrida, trocando-se apenas uma letra. A grafia em francês, por outro lado, ao pretender a fidelidade total ao texto original acaba dele se distanciando, à medida que não tem o *mesmo* efeito sonoro que o termo em português (e porque a diferença também se pretende efeito gráfico). A utilização do efeito gráfico é objeto de desconfiança desde Platão, como podemos ler a partir da questão do *pharmakón*. Ver: DERRIDA, *A Farmácia de Platão*. 3ª ed. Trad. Rogério Costa. São Paulo: Iluminuras, 2005, pp. 56-57; DERRIDA, Jacques. *A Escrita e a Diferença*. Trad. Maria Beatriz da Silva. São Paulo: Perspectiva, 1995, pp. 180 e 182; DERRIDA, Jacques. *La Diferencia*, p. 04.

¹²⁴ A objeção de Rorty, como wittgensteiniano nominalista, é de que basta que uma palavra adquira um papel no jogo de linguagem para que se torne conceito, de forma que, ao afirmar *mais de uma vez* a palavra diferença, Derrida estaria a utilizar um conceito. Cremos que a objeção de Rorty é precisa, mas não desqualifica a diferença enquanto mera estratégia aventureira, e não conceito. Realmente, Derrida pode ter caído na tentação de fundar conceitos próprios e, com isso, ao *repetir* termos como diferença, estabelecido aquilo que ele próprio procurava fugir. Há, aqui, a rigor, uma “desconstrução” do próprio Derrida, pois é possível que, originalmente, seu desejo fosse tão-somente expressar essa estratégia de abrir flancos de alteridade, sem querer, realmente, que diferença fosse conceito. No entanto, como o texto não se fixa ao autor, pode ele sofrer a própria desconstrução. Estamos na mesma linha de RIOS, André Rangel. *Diferença*. In: *Em torno de Jacques Derrida*. Org.: Evandro Nascimento e Paula Glenadel. Rio de Janeiro: 7letras, 2000, p. 86.

¹²⁵ É o efeito da *disseminação*: “Em lugar da polissemia, Derrida aborda a impossibilidade de controlar o sentido ou a disseminação que aparece com outra palavra sobre a discussão da diferença”. MILOVIC, Miroslav. Utopia da Diferença. *Alceu: Revista de Comunicação, Cultura e Política*, v. 7, n. 13, jul./dez. 2006, p. 277.

¹²⁶ DERRIDA, Jacques. *La Diferencia*, p. 04; BENNINGTON, Geoffrey. *Jacques Derrida*. Trad. Anamaria Skinner. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, pp. 20-22.

tirá-los do seu “sossego” abstrato do pensamento funcionalista-sistêmico, que se estrutura enquanto espécie de “administração” da realidade por meio de esquemas fechados, procurou-se jogá-los no mundo da vida, de forma a fazê-los jorrar seus limites e perigos. Essa estratégia não foi comum a Derrida, na medida em que o seu transbordamento se dava no âmbito da *filosofia* – ainda que a chocasse com aquilo que ela não é. O sentido do movimento, contudo, é semelhante. Ao abriremos a possibilidade de invasão de outras áreas humanísticas na desconstrução, está-se sempre buscando a mesma finalidade: abrir marcos de alteridade¹²⁷ no texto (suas “margens”) a partir do seu transbordamento. A alteridade virá, no caso, da forma mais levinasiana possível: confrontando com a realidade que é o Rosto do Outro. E, nesse caso, a pesquisa assume um conteúdo nitidamente *ético*, que será esclarecido a seguir.

3. A Desconstrução como Justiça

O seminário “*Desconstrução e a Possibilidade da Justiça*”, proferido na Cardozo Law School, constitui um dos momentos fundamentais da obra de Jacques Derrida. É ali que, de forma explícita, Derrida explora a ligação entre desconstrução e justiça. A estratégia desconstrutiva, até então tratada fundamentalmente como uma exibição de limites epistemológicos, poderia ter implicações no âmbito ético-político?

Derrida admite, inicialmente, que, *aparentemente*, a desconstrução poderia não ter relação com a justiça. Porém apenas de forma *aparente*. A desconstrução, segundo Derrida, interroga, *no mínimo* de forma *oblíqua*, o problema da justiça. Oblíqua: pois não nos é possível interrogar *diretamente* a justiça, o que, no seu texto *Do Direito à Justiça*, ele busca provar¹²⁸.

A reflexão de Derrida inicialmente se centra na relação entre justiça e força. *To enforce the law*, expressão da língua inglesa que remete à inseparabilidade entre força e justiça, é uma

¹²⁷ “Depois, a *différance* não é uma distinção, uma essência ou uma oposição, mas um movimento de espaçamento, um ‘devir-espaço’ do tempo, um ‘devir-tempo’ do espaço, uma referência à alteridade, a uma heterogeneidade que não é primordialmente oposicional. Daí uma certa inscrição do mesmo, que não é idêntico, como *différance*”. DERRIDA, Jacques & ROUDINESCO, Elisabeth. *De que amanhã... Diálogo*, p. 34.

¹²⁸ DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*, p. 17.

pista para se desenvolver as implicações dessa conjugação. O seguinte fragmento de Pascal é analisado:

Justiça, força. – É justo que aquilo que é justo seja seguido, é necessário que aquilo que é mais forte seja seguido. A justiça sem a força é impotente; a força sem a justiça é tirânica. A justiça sem força é contradita, porque sempre há homens maus; a força sem a justiça é acusada. É preciso pois colocar juntas a justiça e a força; e, para fazê-lo, que aquilo que é justo seja forte, ou aquilo que é forte seja justo. E assim, não podendo fazer com que aquilo que é justo fosse forte, fizeram com que aquilo que é forte fosse justo¹²⁹.

A interpretação convencional, segundo Derrida, é aquela que conduz a um pessimismo relativista. Por essa razão, inclusive, tal fragmento teria sido retirado de uma das edições francesas dos *Pensées*, sob a alegação de Pascal o havia escrito sob a influência de Montaigne, segundo o qual as leis são justas nelas mesmas apenas porque são leis. Montaigne utiliza, nesse sentido, uma expressão que Derrida tem que como fundamental, e que fora igualmente apropriada por Pascal, consistente no “fundamento místico da autoridade”¹³⁰. É na idéia de “crédito” que Derrida coloca toda carga dessa expressão “mística” do Direito. A mística, aqui, não tem qualquer sentido “mágico” ou algo do gênero; reside, fundamentalmente, na “crença”, que não se reduz a um fundamento ontológico ou racional – mas em um ato de fé¹³¹.

A crítica pascaliana, lida fora dos quadrantes do seu pessimismo cristão, ganha então nova dimensão: remete a uma filosofia crítica *moderna*, a partir de uma des-sedimentação das estruturas do Direito que o ocultam e refletem, ao mesmo tempo, os interesses econômicos e políticos das forças dominantes da sociedade¹³². Ou seja: Derrida, nesse momento, parece recuperar, a partir da ligação entre o fundamento místico de Pascal e Montaigne e a força, a *contingência* da ordem jurídica. O que se revelará ainda mais claro a seguir.

Segundo Derrida, o momento do surgimento do Direito e da Justiça, o momento que os institui, os *funda*, implica, por si só, uma força performativa, ou seja, uma força interpretadora e um apelo à crença. Esse momento não mantém uma simples relação de “docilidade” com a força, no sentido *servil*. Não se trata de um Direito *submisso* a uma ordem de força emanada

¹²⁹ DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*, pp. 18-19. No original: PASCAL, Blaise. *Pensées*. In: *Ouvres Complètes*. Paris: Gallimard, 1954, p. 1160.

¹³⁰ DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*, p. 21.

¹³¹ DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*, p. 21.

¹³² DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*, p. 23.

de um poder dominante que simplesmente o constitui. As relações são mais complexas e *internas*. A fundação do Direito e da Justiça não pode ser vista como um algo inscrito no tecido homogêneo de uma história. Há algo que o *rasga*. Esse elemento é precisamente a decisão. É ela que rasga esse tecido homogêneo, para seguirmos na metáfora. Esse momento interrompe e funda, inaugura o Direito com um golpe de força que não é nem justo nem injusto, nem lícito nem ilícito, pois não há qualquer fundação que o sustente. Em síntese: não há uma metalinguagem a se apelar em relação ao momento instituinte¹³³. A fundação do Direito, portanto, vem de um golpe de força que conjuga uma violência interpretativa e, ao mesmo tempo, um apelo de crença, a partir do referencial que é apenas *ele próprio*, pois não há baliza “externa” a que se possa apelar. Visivelmente, portanto, Derrida se desvencilha de qualquer esquema metafísico (dos quais poderíamos destacar, por óbvio, a idéia de “Direito Natural”) para repensar o momento de fundação do jurídico.

É precisamente nesse instante que Derrida recupera o elemento “místico” de Pascal e Montaigne: nesse ato fundador, em sua estrutura violenta, há um “silêncio” emparedado que não é exterior à linguagem. O silêncio sobre o místico que Derrida aproxima do silêncio de Wittgenstein¹³⁴. Portanto, podemos ver que Derrida atribui a uma estrutura *interna* do momento fundador uma violência constitutiva que não se justifica senão em si mesma, pois não há referencial externo (metafísico) a que possamos apelar, exigindo, desde a sua inauguração, um apelo à crença. Esse momento, inaugural por excelência, é onde se localiza a “mística”, que, como procurávamos observar, remeterá constantemente à idéia de contingência. É o que podemos deduzir da seguinte afirmação:

Já que a origem da autoridade, a fundação ou o fundamento, a instauração da lei não podem, por definição, apoiar-se finalmente senão sobre elas mesmas, elas mesmas são uma violência sem fundamento. O que não quer dizer que sejam injustas em si, no sentido de ‘ilegais’ ou ‘ilegítimas’. Elas não são nem legais nem ilegais em seu momento fundador. Elas excedem a oposição do fundado ao não-fundado, como de todo fundacionismo ou todo antifundacionismo¹³⁵.

À primeira vista, as observações de Derrida podem chocar o leitor. Ao não situar qualquer limite ínsito à fundação da ordem jurídica, o filósofo franco-argelino parece justificar o injustificável, inclusive se pensarmos na possibilidade da fundação de algo que

¹³³ DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*, p. 24.

¹³⁴ DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*, p. 25.

¹³⁵ DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*, p. 26.

nos soaria totalmente repugnante (p.ex., um Direito que concebesse a escravidão). Na realidade, no entanto, há algo mais em jogo.

O que Derrida pretende salientar, ao evocar um momento de fundação do Direito que se baseia em uma violência sem fundamento, que se fundamenta por si só, é a possibilidade permanente de desconstrução do Direito. Este, ao se situar a partir de um ato de força que se constitui a partir de uma violência performativa, sem justificação externa, se torna essencialmente desconstruível¹³⁶. É, pois, o elemento da contingência que retorna: todo Direito pode ser criticado desde as suas bases elementares, sem poder apelar a uma estrutura eterna que o fundamente. Que o Direito seja desconstruível, diz Derrida, “não é uma infelicidade. Pode-se mesmo encontrar nisso a chance política de todo progresso histórico”¹³⁷.

Ricardo Timm de Souza anota, com propriedade, sobre o tema:

A desconstrução do direito não conduzirá, portanto, a uma fundação original do qual deriva, mas simplesmente à sua *historicidade original*; seu ‘fundamento mítico’, para além da visibilidade das origens, funciona não como um repositório de irracionalidade atávica, mas como garantia de que a história dessa desconstrução não está ainda narrada no núcleo de uma origem primeira localizável e determinante. Trata-se portanto de uma história *com historicidade*, e não de alguma espécie de retorno tautológico – e, em última análise, dispensável – à origem em si mesma. A racionalidade da desconstrução, essa árdua racionalidade histórica, não se confunde, portanto, com uma razão que se desdobra apenas a si mesma em um processo de auto-identificação¹³⁸.

A desconstrução, no entanto, poderia operar sem qualquer limite? A pergunta se responde a partir do paradoxo que enuncia em seguida: a estrutura desconstruível do Direito (ou da Justiça como Direito) assegura a possibilidade de desconstrução; contudo, a Justiça nela mesma, “se algo como tal existe”, fora ou para além do Direito, *não é desconstruível*. Assim como a desconstrução, ela mesma, “se algo como tal existe”. E, a partir disso, Derrida afirma, ousadamente: *a desconstrução é a justiça*¹³⁹. O Direito, pelo seu caráter contingente,

¹³⁶ “Derrida tentou mostrar que o direito fundado é sempre desconstrutível, pois a sua fundação é histórica e seu fundamento é mitológico. Nessa medida, utilizando as chaves de leitura oferecidas por Derrida, podemos entender os jusnaturalismos como tentativas de construir mitologias específicas e os positivismos como uma espécie de construção de muros em torno do seu próprio fundamento, que é assumido como dogma e, portanto, não demanda justificação expressa, mas apenas proteção contra a crítica”. COSTA, Alexandre Araújo. *Direito, Desconstrução e Justiça: notas sobre o texto Força de Lei, de Jacques Derrida*. VIRTU – Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional (01). Salvador: 2007, p. 06. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf/rv01_alexandrecoستا.pdf>. Acesso em 13.07.2007.

¹³⁷ DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*, p. 26.

¹³⁸ SOUZA, Ricardo Timm de. *Razões Plurais: itinerários da racionalidade ética no século XX*, p. 142.

¹³⁹ DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*, p. 27.

submete-se à permanente vigília de um movimento desconstrutivo que pode solapar suas bases. Mas a desconstrução – por si mesma – encontra limite na Justiça, permanecendo como um movimento que se abre para aquilo que não pode exceder. O raciocínio fica mais claro a partir das seguintes proposições, que Jacques Derrida enuncia:

1. A desconstrutibilidade do direito (por exemplo) torna a desconstrução possível.
2. A indestrutibilidade da justiça torna também a desconstrução possível, ou com ela se confunde.
3. Conseqüência: a desconstrução ocorre no intervalo que separa a indestrutibilidade da justiça e a desconstrutibilidade do direito. Ela é possível como uma experiência do impossível, ali onde, mesmo ou nunca, *existe* a justiça¹⁴⁰.

A desconstrução, por isso, se constitui no intervalo entre Direito e Justiça¹⁴¹. No intervalo entre a contingência de uma ordem jurídica cujas bases se estabelecem a partir de um arranjo contingente, de uma violência performativa que se justifica apenas em si mesma, sem remeter a estruturas pré-dadas que a tornariam legítima ou ilegítima; e, de outro lado, a justiça, experiência do impossível cuja possibilidade de desconstrução inexistente, situando-se, a rigor, como *limite* e quase identidade da estratégia desconstrutiva (proposição 2). Trata-se, portanto, de mais uma refutação à tese dos conservadores de que, com a desconstrução, “*anything goes! (vale tudo!)*”¹⁴².

Mas essa explicação não é ainda suficiente, como admite o próprio Derrida. É necessário densificar, ainda mais, a questão da justiça. Ao que imediatamente ele se pergunta se a reputação, justificada ou não, da desconstrução de tratar as coisas *obliquamente* seria justificada. Essa reputação é merecida?

Os problemas da força, da justiça e da justeza, segundo Derrida, não são apenas infinitos porque numerosos, enraizados em culturas e memórias diversas. Eles são infinitos *neles*

¹⁴⁰ DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*, p. 27.

¹⁴¹ “A desconstrução não se move aleatoriamente em meio às infinitas dimensões da linguagem e dos sistemas de pensamento, mas se concentra na perspectiva do humanismo inadiável: reenfoca a sacralidade das promulgações, não para elas opor um outro tipo de sacralidade ou intocabilidade, *não para entrar em seu jogo infinito de autolegitimações*, mas para habitar a tensão entre a fundação e seus derivados – a idéia de justiça e suas derivações positivas – e o *sentido* dessa fundação e de seus derivados – aquilo que, referido pela idéia, não se confunde com idéia alguma. Sem poder abrir mão de nenhuma dessas dimensões, é no *intervalo* entre ambas as dimensões que a desconstrução tem lugar: intervalo que traduz o *âmbito* propriamente dito do humano”. SOUZA, Ricardo Timm de. *Razões Plurais: itinerários da racionalidade ética no século XX*, p. 145.

¹⁴² OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. Hegel, Heidegger, Derrida – Desconstruindo a Mitologia Branca. In: *Fenomenologia Hoje II*. Org. Ricardo Timm de Souza e Nythamar Fernandes de Oliveira. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 341.

mesmos, porque exigem a experiência de uma aporia que tem relação com o termo “místico”, evocado linhas atrás. Ao exigir a experiência da aporia, afirma Derrida, podemos entender duas coisas bastante complicadas.

1. Uma *experiência* é uma travessia, como a palavra o indica, passa através da via a uma destinação para a qual ela encontra passagem. A experiência encontra sua passagem, ela é possível. Ora, nesse sentido, não pode haver experiência plena da aporia, isto é, daquilo que dá passagem. *Aporia* é um não-caminho. A justiça seria, deste ponto de vista, a experiência daquilo que não podemos experimentar. (...)
2. Mas acredito que não há justiça sem essa experiência da aporia, por impossível que seja. A justiça é a experiência do impossível. Uma vontade, um desejo, uma exigência de justiça cuja estrutura, não fosse a experiência da aporia, não teria nenhuma chance de ser o que ela é, a saber, apenas um *apelo* à justiça. Cada vez que as coisas acontecem ou acontecem de modo adequado, cada vez que se aplica tranquilamente uma boa regra a um caso particular, a um exemplo corretamente subsumido, segundo um juízo determinante, o direito é respeitado, mas não podemos ter certeza de que a justiça o foi¹⁴³.

Assim, enquanto o Direito ainda se situa na ordem do cálculo e, embora justa a sua existência, a Justiça pertence à ordem do incalculável. Ela exige que se calcule o incalculável. As experiências aporéticas são, nesse sentido, tão improváveis quanto necessárias, à medida que o momento da *decisão* nunca é garantido por uma regra¹⁴⁴.

O que nos joga em nova aporia, ou talvez a mesma redimensionada. Como conciliar o ato de justiça, como sempre deve concernir a uma singularidade¹⁴⁵, a um *Outro*¹⁴⁶ enquanto

¹⁴³ DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*, pp. 29-30.

¹⁴⁴ DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*, p. 30.

¹⁴⁵ Como afirma Ricardo Timm de Souza, “*não é porque se fala em ‘justiça’ que necessariamente se tem interesse ou preocupação por ela; é possível, e mesmo necessário, na fidelidade do desejo de justiça, que se fale sobre seus correlatos de efetivação ou não, seus conteúdos particulares e precários, seu questionamento à luz dos desequilíbrios que a pretensão de equilíbrio provoca (e mesmo dos fatos e coisas que nem remotamente lembram a questão da justiça enquanto preocupação intelectual), para ter da justiça enquanto fato humano – e não meramente conceitual – uma aproximação singular, singular e inconfundível como tudo que é humano*”. SOUZA, Ricardo Timm de. *Razões Plurais: itinerários da racionalidade ética no século XX*, p. 137.

¹⁴⁶ “Justiça pressupõe alteridade. Todo o desenvolvimento do pensamento político ocidental, na transição do antigo ethos greco-romano em direção ao ethos da modernidade se dá sob o signo da alteridade - muito embora esta não tenha sido tematizada de maneira explícita e contundente antes do século passado, em particular depois da fenomenologia, da hermenêutica e dos trabalhos de pensadores como Heidegger, Buber, Levinas, Adorno, Foucault e Derrida. Assim como a subjetividade se redescobre em sua co-constituição intersubjetiva, correlata à linguagem, à socialidade e à historicidade, a partir da Fenomenologia do Espírito hegeliana e de suas apropriações críticas em autores como Feuerbach, Marx e Kierkegaard, é sobretudo com a implosão da chamada filosofia da consciência, com sua lógica binária da identidade e sua metafísica da presença, que reformulamos a questão da alteridade nos limites de nossa modernidade. Como fazer jus ao outro? Como pensar e falar do outro sem violentá-lo, caricaturá-lo, reduzi-lo a um categorema ou filosofema de nossa própria pretensão totalizante de domínio do ser e do pensamento? Assim como a violência significa a aniquilação da alteridade, a justiça se propõe a dar conta da alteridade do outro”. OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. *Desconstruindo a Libertação*. Disponível em: <<http://www.geocities.com/nythamar/PM1.html>>. Acesso em: 28.06.07.

outro, uma decisão única e insubstituível, com a regra, a norma, que tem necessariamente a forma genérica? Contentar-se com a aplicação pura e simples do Direito poderia estar a salvo de crítica, mas não seria justo. Isso significa, em outros termos, que “será jamais possível dizer: sei que sou justo? Eu gostaria de mostrar que tal certeza é essencialmente impossível, fora da figura da boa consciência e da mistificação”, afirma o filósofo¹⁴⁷.

A partir da delimitação de uma determinada racionalidade, Derrida procura demonstrar o que dizíamos, ou seja, que a desconstrução não significa, como afirmam seus detratores, uma abdicação quase niilista de qualquer valor ético-político da justiça e diante da oposição justo/injusto, mas antes o que ele esquematiza em dois pontos.

Primeiro, o sentido incalculável de uma responsabilidade sem limites diante da memória e, por conseguinte, a tarefa de lembrar a história, a origem e o sentido, isto é, os limites dos conceitos de Direito, Justiça, dos valores e prescrições que se impuseram e sedimentaram. A desconstrução já está *empenhada* com essa exigência de justiça infinita. Para ouvir essa justiça, é necessário tentar compreender seus idiomas singulares, a *língua do outro*. É precisamente porque essa justiça se endereça sempre a singularidades que mantém sempre vivo um questionamento sobre a origem, os fundamentos e limites do nosso aparelho conceitual. É, por isso, não uma neutralização da justiça, mas antes sua exigência hiperbólica, denunciando os limites teóricos e injustiças concretas¹⁴⁸.

Segundo, essa responsabilidade diante da memória é uma responsabilidade diante do próprio conceito de responsabilidade que regula a justiça e justeza dos nossos comportamentos, de nossas decisões teóricas, práticas e ético-políticas. É não à irresponsabilidade, mas antes a um acréscimo de responsabilidade, um *excesso*, que a desconstrução se refere¹⁴⁹. O momento de *suspensão* do axioma é, nesse sentido, precioso: sem ele, não há desconstrução possível. Significa, em outros termos, um abandonar o sono

¹⁴⁷ DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*, p.32.

¹⁴⁸ DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*, pp. 36-38. “A justiça realizada é, porém, sempre *única*, única em meio ao múltiplo que configura a realidade em sua mais remota origem”. SOUZA, Ricardo Timm de. *Razões Plurais: itinerários da racionalidade ética no século XX*, 148.

¹⁴⁹ Derrida comenta, em outro texto: “La desconstrucción es hiperpolitizante al seguir caminos y códigos que son claramente no tradicionales, y creo que despierta la politización de la manera que mencioné antes, es decir, nos permite pensar lo político y pensar lo democrático al garantizar el espacio necesario para no quedar encerrado en esto último. Para poder continuar planteando la cuestión de la política, es necesario separar algo de la política, y lo mismo sucede con la democracia, lo que, por supuesto, hace de la democracia un concepto muy paradójico”. DERRIDA, Jacques. *Notas sobre Desconstrucción y Pragmatismo*, p. 166.

dogmático, *transbordando*. É precisamente nesse intervalo, nessa suspensão, que as revoluções jurídicas ocorrem. E a exigência de que ele ocorra só pode encontrar vigor a partir de uma exigência de suplemento de justiça¹⁵⁰.

É, por isso, a justiça que *move* a desconstrução. Uma justiça que não se toca, pois é impossível, mas enquanto *exigência* permanece suspendendo nossas crenças e nosso “sono dogmático” a partir da denúncia dos limites dos nossos conceitos, desarticulando nossas “totalidades” por meio de uma introdução alteritária, uma intrusão do Outro na solidez dos nossos conceitos¹⁵¹. A exigência de justiça é o que impulsiona esse movimento, uma justiça que pretende *falar a língua do outro*.

Derrida, portanto, de forma um tanto quanto própria de Levinas¹⁵², introduz uma fissura ética no âmbito do domínio pretensamente “puro” do conhecimento. A “suspensão” das crenças, *epokhé* sem a qual não é viável a desconstrução, não se fundamenta em pressupostos abstratos, não pertence ao domínio da epistemologia: o transbordamento dos conceitos, efetuado a partir da sua própria hiperbolização e, por conseguinte, exibição dos seus limites, representa uma exigência de *justiça* ao Outro. Como a justiça não se acessa por via direta, pois a *experiência da aporia* é impossível, a desconstrução procura obliquamente alcançá-la enquanto exigência.

É por isso que, ao fim e ao cabo, a desconstrução acaba tendo sentido definitivamente *ético* – como fala Derrida em diálogo com Vattimo:

Aqui poderia encontrar algo semelhante a uma dimensão ética, dado que o por vir é a abertura na qual o outro vem, e o valor do outro ou de alteridade serviria, no fundo, como justificação. É a minha maneira de interpretar o messiânico: o outro

¹⁵⁰ DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*, pp. 38-39.

¹⁵¹ “Sin embargo, y esto es crucial, esta experiencia indecible de la justicia no surge de una intuición intelectual o de una deducción teórica, sino en relación con una entidad particular, la singularidad del otro”. CRITCHLEY, Simon. *¿ironista privado o liberal público?* In: *Desconstrucción y Pragmatismo*. Org. Chantal Mouffe. Buenos Aires: Paidós, 1998, p. 76. Ver, ainda: CAPUTO, John. *Desmitificando Heidegger*. Tradução Leonor Aguiar. Lisboa: Piaget, 1993, pp. 259-289.

¹⁵² “A referência aqui é o conceito de justiça de Levinas, do qual Derrida se aproxima devido exatamente à sua irreducibilidade à potência intelectual do Mesmo – na medida em que, ao ser a relação com o Outro, alteridade que não constituo, refere-se à infinitude ética que minha finitude intelectual não é capaz de organizar”. SOUZA, Ricardo Timm de. *Razões Plurais: itinerários da racionalidade ética no século XX*, p. 156. O comentário de Simon Critchley sobre o tema é pertinente: “la desconstrucción derrideana puede, y realmente debe, entenderse como una exigencia ética, siempre que se entienda a la ética en el sentido particular y novedoso dado a esa palabra en la obra de Emmanuel Levinas. Planteado simplemente, para Levinas la ética es definida por la puesta en cuestión de mi libertad y espontaneidad, es decir, mi subjetividad, por la otra persona (*autrui*)”. CRITCHLEY, Simon. *Derrida: ¿ironista privado o liberal público?* In: *Desconstrucción y Pragmatismo*, p. 72.

pode vir, pode não vir, não posso programá-lo, mas deixo um lugar para que possa vir, se vir, é a ética da hospitalidade¹⁵³.

4. Desconstruindo o Direito Penal do Inimigo

A partir do que foi exposto, podemos re-equacionar as questões colocadas desde o início do capítulo.

Afirmávamos, inicialmente, que o Direito Penal do Inimigo não encontra adversário à altura unicamente por meio de uma confrontação positivista-constitucional. Conquanto não concordemos com a constitucionalidade da teorização de Jakobs, é certo que a confrontação deve se situar para além da invocação de dispositivos da Lei Fundamental. Enquanto espécie de *estado de exceção*, o Direito Penal do Inimigo exhibe a fragilidade das concepções normativas de pessoa e a limitação do discurso jurídico diante do biopoder.

Além disso, se a formulação de Jakobs, numa explicitude que não deixa dúvidas sobre as suas intenções, pode ser confrontada com relativa facilidade e aceitação por meio da argumentação jurídica tradicional, há que se perquirir se *formas veladas* de Direito Penal do Inimigo – sem a nomenclatura, sem cisão explícita – podem ser igualmente confrontadas. O estado de exceção, na realidade, dispõe de estratégias bem mais “discretas” que a teorização de Jakobs¹⁵⁴.

Por essa razão, o que se propõe não é o enfrentamento do Direito Penal do Inimigo a partir do interior do ordenamento positivo. Trata-se, antes disso, de confrontá-lo enquanto

¹⁵³ Da Violência e da Beleza – Diálogo entre Jacques Derrida e Gianni Vattimo. *Alceu*: Revista de Comunicação, Cultura e Política, v. 7, n. 13, jul./dez. 2006, p. 287.

¹⁵⁴ Poderíamos arrolar, como exemplo, conceitos como “periculosidade” como vácuos em que se insere um estado de exceção. O próprio art. 59 do Código Penal, ao referir a “personalidade” ou a “conduta social” do agente, fornece uma abertura em que, a rigor, a lei está plenamente distanciada da força de lei que tem a decisão judicial.

As observações de Zaffaroni, nesse sentido, corroboram o quadro de estado de exceção em que vivemos na América Latina. Segundo ele, “a característica mais destacada do poder punitivo latino-americano atual em relação ao aprisionamento é que a grande maioria – aproximadamente ¾ - dos presos está submetida a medidas de contenção, porque são *processados não condenados*. Do ponto de vista formal, isso constitui uma *inversão do sistema penal*, porém, segundo a realidade percebida e descrita pela criminologia, trata-se de um poder punitivo que há muitas décadas preferiu operar mediante a prisão preventiva ou por *medida de contenção provisória* transformada definitivamente em prática. Falando mais claramente: quase todo poder punitivo latino-americano é exercido sob a forma de *medidas*, ou seja, tudo se converteu em privação de liberdade sem sentença firme, apenas por presunção de periculosidade”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo em Direito Penal*, p. 70.

forma de racionalidade, ou seja, a partir da estrutura de pensamento que legitima esse tipo de teorização. Crê-se, assim, que se está enfrentando o problema desde seu nascedouro, suas raízes estruturais, buscando contra-argumentar, dessa forma, todas as formulações que – conquanto não tão explícitas – possam se basear na mesma configuração de racionalidade. O Direito Penal do Inimigo não vai apenas confrontado enquanto uma técnica jurídico-penal, mas também em termos de *política criminal do Inimigo*, ou, de forma ainda mais precisa, enquanto *biopolítica do Inimigo*.

É por isso que a *estratégia*¹⁵⁵ eleita foi, exatamente, a desconstrução.

O primeiro movimento, como tratado no item 2 desta Seção, busca exhibir os limites logocêntricos da formulação de Jakobs. A partir de uma hiperbolização dos conceitos que se desencadeiam a partir da sua tese – *representação, ordem e persistência no ser* – buscou-se abrir fendas que desestruturam as bases do discurso. Para tanto, como salienta Derrida, é preciso uma análise *rigorosa* do texto, sendo por essa razão que outras obras de Jakobs, se referidas, o são apenas de forma transversa. O jargão “nada fora do texto”¹⁵⁶, muitas vezes mal-compreendido pelos adversários de Derrida, é aqui tomado a sério, procurando-se exatamente borrar as fronteiras entre o *fora* e o *dentro* textual. Busca-se, a partir disso, “inflar” os conceitos de Jakobs até sua respectiva implosão, mostrando, a partir de um choque de concretude, até onde eles podem nos conduzir.

É ainda nesse primeiro movimento – com vistas à mencionada implosão – que giramos sob um viés transdisciplinar, borrando as fronteiras entre as disciplinas para, a partir de uma concretização, exhibir o campo em que incidiria o Direito Penal do Inimigo. É por isso que, em certos momentos, realizamos uma circunavegação em áreas diversas, especialmente a sociologia, a antropologia e a criminologia, visando à imersão da formulação lógico-abstrata de Jakobs nos quadrantes temporais que nos situamos. É esse, aliás, um dos sentidos da desconstrução: ao exhibir os limites do conceito, ele é retirado da sua paz teórica para cair na dificuldade do mundo concreto. Em uma primeira camada de compreensão, situa-se na pressuposição *epistemológica* de que há uma separação entre o existir e o pensar, pertencendo

¹⁵⁵ Estratégia, pois a desconstrução não esgota outras formas possíveis de crítica. Além disso, a desconstrução tem esse sentido específico de *estratégia*. Ver: VASCONCELOS, José Antonio. O que é desconstrução? *Revista de Filosofia*, Curitiba, v. 15, n. 17, p. 74, julho/dezembro 2003.

¹⁵⁶ CRITCHLEY, Simon. *The Ethics of Deconstruction: Derrida and Levinas*, pp. 22-23.

este àquele, de modo que o pensamento se dá *no tempo e com o tempo*, como demonstraram exaustivamente Franz Rosenzweig, Martin Heidegger e outros.

O movimento desconstrutivo, no entanto, precisa de outra camada. Exatamente porque, como procurou-se demonstrar, a desconstrução se situa enquanto *exigência de justiça* – e não “*Anything goes!*” – , é preciso “des-neutralizar” o texto de Jakobs para não apenas confrontá-lo com suas dificuldades epistemológicas, mas também em nível ético. Se a justiça é um espectro que ronda toda iniciativa desconstrutiva, é preciso confrontar o Direito Penal do Inimigo não apenas com seus limites logocêntricos, mas também com a justiça do Outro silenciado.

Essa segunda camada da desconstrução orienta-se, por isso, da forma como Derrida trabalha: abrindo-se o Outro na solidez do conceito. Emmanuel Levinas, nesse sentido, é o pensador decisivo que se introduz como referencial obrigatório nessa operação, à medida que se pressupõe, no processo de despurificação do esquema teórico-abstrato do Direito Penal do Inimigo, a primazia da dimensão ética. É na confrontação permanente com o Rosto do Inimigo – aquilo que se traz como oferta de paz e não se reduz aos nossos esquemas intelectivo-representacionais – que se procura finalizar os processos desconstrutivos.

Na faticidade do mundo concreto, por isso, os conceitos de Jakobs não apenas são criticados pela sua hiperbolização inconsistente, mas pelo que significam no *plano ético*, no *tempo* e diante de um Outro que se vê sufocado em uma narrativa totalizante que o reduz a uma representação. É nossa intenção, por isso, exibir, em uma primeira camada, os limites e significados dessa totalização (Seções 1) e, em uma segunda, confrontá-la com *outra racionalidade*, desta vez de ordem ética (Seções 2).

Com isso, acredita-se possibilitar uma compreensão que inviabiliza, em termos de formulações jurídico-dogmáticas, situações similares ao Direito Penal do Inimigo. É partir de uma forma de racionalidade para se *pensar* o Direito que se procura desnortear a cisão conceitual Inimigo/cidadão, para se estabelecer – aí sim, mediante o direito positivo – novas formas de compreensão dos problemas político-criminais que vão surgindo ao longo do tempo. É nesse diálogo entre Direito e Filosofia que se buscará construir a tarefa proposta.

CAPÍTULO II

INIMIGO E ORDEM

SEÇÃO I - O INIMIGO ENQUANTO PERIGO: PUREZA E IMPUREZA NA ORDEM SOCIAL

1. O Inimigo é o inimigo da ordem.

Ao separar em duas categorias inimigo e cidadão, Jakobs afirma que “um indivíduo que não permite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”¹⁵⁷. Segundo o penalista alemão,

Há que ser indagado se a fixação estrita e exclusiva à categoria do delito não impõe ao Estado uma atadura – precisamente, a necessidade de respeitar o autor como pessoa – que, frente a um terrorista, que precisamente não justifica a expectativa de uma conduta geralmente pessoal, simplesmente resulta inadequada. (...) deveria chamar de outra forma aquilo que *tem que* ser feito contra os terroristas, se não se quer sucumbir, isto é, deveria chamar Direito penal do inimigo, guerra contida.

Portanto, diz Jakobs,

o Direito penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a que se combate por sua periculosidade¹⁵⁸.

Detenhamo-nos na classificação de Jakobs. De um lado, o cidadão, orientado pelas normas jurídicas, a quem se pode esperar a obediência ao ordenamento jurídico. De outro, o criminoso da ordem econômica, o terrorista, o delinqüente vinculado à organização criminosa, o caso dos delitos sexuais e “outras infrações perigosas”, a quem se nomeia Inimigo. A estes, o ordenamento deve dirigir um tratamento destinado a “eliminação de um perigo”¹⁵⁹.

¹⁵⁷ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, p. 36.

¹⁵⁸ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, p. 37.

¹⁵⁹ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, p. 35.

A sociedade funcional se demarca a partir da distinção entre o cidadão e o inimigo. É seu traço *constitutivo*, que não apenas reafirma, mas *configura*, propriamente, a estrutura social, a partir do modelo normativo. A sociedade funcional se delimita a partir da marcação entre o puro e o impuro, aqui distinguidos entre cidadão e inimigo. É à personalidade do Inimigo que deve o Estado voltar o combate, enquanto uma fonte de perigo.

Visivelmente, portanto, Jakobs demarca duas espécies de indivíduos. O Inimigo ameaça a própria configuração social, abalando os alicerces da ordem funcional. O Inimigo carrega a impureza, é uma “erva-daninha” a ser expungida do tecido social, sob pena de sua dissolução. Sua orientação “contrafática” lhe retira o caráter de *pessoa* e o transforma em *perigo*¹⁶⁰, que põe em risco a *ordem*. Nas suas palavras, ainda:

(...) só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da idéia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real¹⁶¹.

A significação do Inimigo, portanto, está contraposta a uma ordem¹⁶². Com isso, podemos observar, com base na idéia de pureza, que Jakobs trabalha o Inimigo – o *impuro* – enquanto alguém contraposto à ordem vigente¹⁶³⁻¹⁶⁴. A impureza, portanto, não está em um aspecto substancial (p.ex., raça, religião, ideologia política), mas na ameaça ao sistema social funcional. A pureza do cidadão, em Jakobs, portanto, é *relativa*, à medida que opõe o cidadão

¹⁶⁰ Veja-se, concordando com Jakobs a partir da associação entre Inimigo e perigo: PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Derecho penal del enemigo. ¿Escarneo o prevención de peligros? In: *DPE*, v. 2, pp. 549-569.

¹⁶¹ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, p. 45.

¹⁶² Reconhece-se, com García Amado, que há uma contradição interna do discurso de Jakobs, ao colocar, simultaneamente, na idéia de Inimigo a contraposição à ordem (criação social) e a periculosidade (característica individual do criminoso). Não pretendemos solver essa contradição, mas explorá-la em dois momentos: neste Capítulo, por meio da análise da relação entre Inimigo e ordem; no Capítulo seguinte, pela relação entre Inimigo e representação. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs. In: *DPE*, v. 1, pp. 888-891.

¹⁶³ “Pensei como a ordem fundamenta todo um padrão de comportamento que nem sempre costumamos relacionar à impureza e ao perigo. No entanto, nada mais apropriado que pensar na ordem para compreender a desordem assim como todo o tipo de discriminação”. GAUER, Ruth. *Da Diferença Perigosa ao Perigo da Igualdade: reflexões em torno do paradoxo moderno*. CIVITAS. Porto Alegre, v. 05, n.º 02, jul-dez.2005, p. 399.

¹⁶⁴ Charles Denkowski traça um histórico interessante da relação do Direito Penal alemão com a ordem: DENKOWSKI, Charles. La protección estatal en los conflictos asimétricos: ¿Continúa el derecho policial do los *Länder* alemanes, tras el 11 de septiembre, con el derecho penal político antiliberal? In: *DPE*, v. 1, pp. 512-552. O trabalho abrange, além do período nazista, também o problema do totalitarismo de esquerda na Alemanha Oriental no período pós-2ª Guerra e da reação da Alemanha Ocidental em relação ao tratamento com (supostos) comunistas, todos visivelmente de matriz antiliberal. Kaleck também analisa essas relações, salientando a importância de Kirchheimer no processo: KALECK, Wolfgang. Sin llegar al fondo: la discusión sobre el derecho penal del enemigo. In: *DPE*, v. 2, pp. 117-136.

– de um lado -, e o inimigo – de outro, *na relação* com a ordem funcional. Aquele que se orienta de maneira “contrafática” (leia-se: de forma contrária às expectativas sociais) e demonstra isso enquanto *personalidade* é erva-daninha a ser retirado da sociedade.

É essa noção de “ordem” e a relação que ela mantém com a construção do conceito de Inimigo que será objeto de investigação desconstrutiva.

O itinerário que se propõe passa, inicialmente, pela relação entre “pureza” e “perigo”, formulada por Mary Douglas. O trabalho da antropóloga britânica serve de norte para estabelecer-se a pureza e o perigo em relação a uma *ordem*. A partir disso, passamos pela visão de Zygmunt Bauman, a partir e para além de Douglas, da Modernidade enquanto *projeto* de eliminação da ambivalência. Fixados tais pressupostos, podemos cotejar a construção do Direito Penal do Inimigo com os efeitos *concretos* que efetivamente poderia produzir, em leitura criminológica da sociedade contemporânea, caso realmente implementado. Nesse ponto, terá relevância sobre a investigação sobre as relações entre *ordem* e *medo*. Por fim, esboça-se uma tentativa de compreensão mais densa do problema da ordem a partir da noção de Totalidade.

2. Pureza, Perigo e Ordem

2.1. O Pensamento das Relações de Lévi-Strauss

Octávio Paz anota que Mauss tinha como relevante não “a explicação global, mas a relação entre os fenômenos: a sociedade é uma totalidade porque é um sistema de relações”¹⁶⁵. A originalidade de Lévi-Strauss residiria em ver a estrutura “não só como um fenômeno resultante da associação de homens mas como ‘um sistema regido por coesão

¹⁶⁵ PAZ, Octávio. *Claude Lévi-Strauss e o Novo Festim de Esopo*. São Paulo: Perspectiva, 1977, p. 10. Lévi-Strauss igualmente reconhece que a noção de fato social total de Mauss foi decisiva para a antropologia: “a noção de fato social está em relação directa com a dupla preocupação, que nos pareceu isolada até o momento, de ligar o social e o individual por um lado, o físico (ou fisiológico) e psíquico por outro”. LEVI-STRAUSS, Claude. Introdução à Obra de Marcel Mauss. In: MAUSS, Marcel. *Ensaio sobre a Dádiva*. Tradução António Marques. Lisboa: Edições 70, 2001, p. 22.

interna”¹⁶⁶. Isso se deve ao fato de Lévi-Strauss considerar que o pensamento selvagem é igualmente capaz de abstrações, sendo “rico” em definições, mesmo que estas não possuam qualquer especial interesse pragmático.

As classificações do pensamento selvagem seriam “heteróclitas” apenas em relação ao seu conteúdo. Formalmente, seriam análogas, estruturando-se a partir de uma bricolagem de signos. É, por isso, em relação à forma de deveriam ser analisados, na qual seria possível localizar elementos que se repetiriam analogamente, tal como ocorre na questão do totem. Este, analisado pelos etnógrafos de até então, passava sempre por explicações em relação ao respectivo conteúdo, não tendo eles atentado pela homologia estrutural presente. Ou seja, apenas a forma é comum, não o conteúdo¹⁶⁷.

O processo de redefinição da noção de totem em Lévi-Strauss passa por uma profunda des-substancialização do conceito¹⁶⁸, entendendo-o não como algo que significa, *em si mesmo*, algum valor concreto, regido por uma explicação racional ou irracional, mas fundamentalmente enquanto uma *marcação de posição*, enquanto uma “forma de pensar”¹⁶⁹. O totem delimita posições dentro da estrutura, não sendo explicável por si mesmo, mas a partir das relações estruturais que o sustentam. Ele não tem significação intrínseca; vale pela posição que representa¹⁷⁰.

Lévi-Strauss demonstra que os signos totêmicos não se explicam em si mesmos; são, antes disso, meios de transmissão de mensagens. Os antropólogos estariam equivocados em

¹⁶⁶ PAZ, Octávio. *Claude Lévi-Strauss e o Novo Festim de Esopo*, p. 11.

¹⁶⁷ LÉVI-STRAUSS, Claude. *O Pensamento Selvagem*. 5ª ed. Tradução Tânia Pellegrini. Campinas: Papirus, 1989, p. 51.

¹⁶⁸ Essa dessubstancialização (que poderia ser chamada de “relativização” – termo evitado para não surgirem mal-entendidos) das relações procedida por Lévi-Strauss está em consonância com a superação do dilema “sociedade *versus* indivíduo”, que Norbert Elias, com precisão argumentativa, dissolveu. Para Elias, é necessário desistir de pensar em termos de substâncias isoladas, únicas (indivíduo ou sociedade) e começar a pensar em termos de relações e funções. Não existe grau zero de vinculabilidade social. A marca individual é adquirida a partir de uma história de relações sociais, a história da rede humana em que o indivíduo nasce e cresce. O indivíduo, na realidade, é *matriz* e *moeda* da sociedade. Ao mesmo tempo em que seu “eu” é moldado pela sociedade, também a molda: é a auto-regulação do indivíduo em relação aos outros que estabelece limites à auto-regulação destes. ELIAS, Norbert. *A Sociedade dos Indivíduos*, pp. 48-49. Em Lévi-Strauss, igualmente, as instituições como o totem são pensadas em termos de *relações*, e não substâncias. Comparar com LÉVI-STRAUSS, Claude. Introdução à Obra de Marcel Mauss, pp. 23-24.

¹⁶⁹ LEACH, Edmund. *As Idéias de Lévi-Strauss*. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1970, p. 35.

¹⁷⁰ “Os tipos tornam-se, pois, desníveis por esses caracteres intrínsecos; e comparáveis entre si uma vez que esses caracteres já não se situam numa ordem qualitativa, mas no número e na disposição de elementos que são, eles mesmos, constantes em todos os tipos”. LÉVI-STRAUSS, Claude. Introdução à Obra de Marcel Mauss, pp. 30-31.

procurar explicações de ordem substancial para o problema do totem, a questão seria de natureza *relacional*¹⁷¹. O totem não é autônomo: corresponde a uma modalidade arbitrariamente retirada do contexto estrutural, isolada de um sistema formal, cuja função seria garantir a convertibilidade ideal de diferentes níveis do sistema social¹⁷². Sistemas totêmicos tiram seu valor a partir dos códigos que transmitem mensagens, transformando-se em sistemas operatórios pelo caráter formal, enquanto meios de comunicação. A questão talvez fosse apenas de estranhamento: o totem é tão banal quanto qualquer elemento (classificatório) da vida social, na medida em que apenas *marca* uma posição.

Os adeptos do totemismo, portanto, equivocaram-se ao tentar recortar uma parte da realidade social e transformá-la em instituição: uma parte que diz respeito a apenas um nível de classificação social:

Elas [as instituições ditas totêmicas] invocam uma homologia não entre grupos sociais e espécies naturais mas entre as diferenças que se manifestam, de um lado, no nível dos grupos, de outro, no nível das espécies. Essas instituições repousam, então, sobre o postulado de uma homologia *entre dois sistemas de diferenças* situados um na natureza e outro na cultura¹⁷³.

Lévi-Strauss demonstra com uma rica gama de exemplos que o totem não é uma instituição fundamental dos primitivos, explicável em si mesma, mas uma forma de pensar, que deve ser explicada em correlação com a totalização do pensamento que orienta aquela determinada sociedade. Ou seja: ao propor que o totem não consiste em uma “substância” específica, que deveríamos examinar numa análise de conteúdo, Lévi-Strauss pretende focar sua visão estrutural do fenômeno, fazendo-o compor uma série de estruturas lógicas que separariam natureza e cultura. O totem é o código que permite passar de um sistema a outro (natural ao cultural).

A oposição tradicional entre as sociedades totêmicas e de castas, por exemplo, é dissolvida quando demonstrado que o jogo de oposições apenas altera os elementos

¹⁷¹ “Quando Mauss encarava uma *relação constante* entre fenômenos, onde se encontra a sua explicação, Malinowski pergunta apenas *para que é que eles servem*, para lhes encontrar uma justificação. Esta posição de problema anula todos os progressos anteriores, uma vez que reintroduz um aparelho de postulados sem valor científico”. LEVI-STRAUSS, Claude. Introdução à Obra de Marcel Mauss, p. 32.

¹⁷² LEVI-STRAUSS, Claude. *O Pensamento Selvagem*. 5ª ed. Tradução Tânia Pellegrini. Campinas: Papirus, 1989, p. 93.

¹⁷³ LEVI-STRAUSS, Claude. *O Pensamento Selvagem*, p. 133, interpolação nossa.

formadores, mas não modifica a forma estrutural do pensamento e a relação de oposição entre natureza e cultura. Alteram-se apenas as moedas de troca: mulheres, nas sociedades exogâmicas totêmicas, e mercadorias, nas sociedades endogâmicas de castas. As sociedades de castas seriam homogêneas na estrutura (intercâmbios de mulheres) e heterogêneas em relação às funções (divisão de trabalho); as totêmicas, ao inverso, seriam heterogêneas em relação à estrutura (produção de mulheres diferentes) e homogêneas quanto à função (não tem rendimento). A função comporia o eixo cultura; a estrutura, natureza. Trata-se, portanto, de um jogo de oposição entre termos homólogos que têm simetria invertida¹⁷⁴. A pressuposição de que se trataria de formas completamente diversas somente seria explicável mediante argumentos de ordem substancial, equivocados para a análise antropológica.

2.2. Pureza é ordem, impureza é perigo.

O *movimento* de Lévi-Strauss dinamiza o referencial antropológico, retirando-lhe a fixidez e estabelecendo uma mobília relacional, permitindo uma compreensão ampla do pensamento “primitivo”, não a partir da suposta irracionalidade, mas enquanto um feixe de relações de proporcionam uma *forma de pensar*. Mary Douglas irá aproveitar-se dessa pequena revolução¹⁷⁵ para tratar a pureza e perigo enquanto conceitos que envolvem sobretudo a idéia de “ordem”. “A impureza é uma ofensa contra a ordem. Eliminando-a, não fazemos um gesto negativo; pelo contrário, esforçamo-nos positivamente para organizar nosso meio”¹⁷⁶, diz a autora.

Mary Douglas refuta o que William James chamou de “materialismo médico”, espécie de reducionismo que transferiria para a noção de impureza unicamente a intuição de elementos patogênicos. Não se trata disso.

A impureza nunca é um fenômeno único, isolado. Onde houver impureza, há sistema. Ela é o subproduto de uma organização e de uma classificação da matéria,

¹⁷⁴ LEVI-STRAUSS, Claude. *O Pensamento Selvagem*, p. 144.

¹⁷⁵ Veja-se, por exemplo, a seguinte passagem: “o sagrado e o profano não são sempre e como que por necessidade diametralmente opostos. Podem ser categorias relativas: o que é puro em relação a uma coisa, pode ser impuro em relação à outra e vice-versa”. DOUGLAS, Mary. *Pureza e Perigo*. Tradução Sônia Silva. Lisboa: Edições 70, 1991, p. 21.

¹⁷⁶ DOUGLAS, Mary. *Pureza e Perigo*, p. 14.

na medida em que ordenar pressupõe repelir os elementos não-apropriados. Esta interpretação da impureza conduz-nos diretamente ao sistema simbólico¹⁷⁷.

Assim, a impureza não seria derivada de convicções íntimas à coisa, por exemplo, a presença de elementos patogênicos. No caso hebraico, por exemplo, com relação à proibição de alimentação de determinados animais, extraída do Levítico, costumava-se atribuir interpretações de ordem médica ou moral. Alguns as tinham como alegorias das virtudes e vícios; outros, como simplesmente disciplinares, pois arbitrárias. No entanto, a partir de análise minuciosa sobre os textos, concluiu Mary Douglas não ser isso que estava em jogo, mas como formas de meditação na unicidade, pureza e plenitude de Deus¹⁷⁸. O que estava em jogo, por isso, é sempre a idéia relacional do totem, e não propriamente sua natureza substancial¹⁷⁹. Concedendo uma forma dinâmica e estrutural ao signo, conseguimos suplantar uma pretensa irracionalidade e perceber o objeto enquanto *forma de pensar*, como afirmava Lévi-Strauss¹⁸⁰. Sigamos o raciocínio da autora: “Em suma, o nosso comportamento face à poluição consiste em condenar qualquer objeto ou qualquer idéia suscetível de lançar confusão ou de contradizer as nossas preciosas classificações”¹⁸¹.

Mas a impureza não se reduz a esse abalo da ordem. O impuro, que vem da margem, não é apenas representado dessa forma, antes sua conduta de transgressão da sistematização é tida como espécie de *perigo*. O abalo do alicerce da ordem, assim, não é apenas reduzido à impureza: representa, em última instância, um definitivo perigo. Quando o indiano de casta inferior, por exemplo, resolve transgredir conceitos de pureza a partir de um rompimento com sua condição original, sua violação significa, ao mesmo tempo, não apenas uma “impureza temível” que pode arrastar uma série de conseqüências, mas também um perigo, por ter cruzado a linha¹⁸².

O perigo, assim, tal como a pureza, deve ser analisado enquanto conseqüência de uma ordem estrutural, como conseqüência de ato que provavelmente viola as normas em questão.

¹⁷⁷ DOUGLAS, Mary. *Pureza e Perigo*, p. 50.

¹⁷⁸ DOUGLAS, Mary. *Pureza e Perigo*, p. 57-74.

¹⁷⁹ Lévi-Strauss já havia colocado, aliás, que, por meio da interdição alimentar, os homens negam sua natureza animal real em relação a sua humanidade, assumindo o caráter simbólico com o auxílio dos quais eles distinguem uns animais dos outros, para criar diferenças entre si.

¹⁸⁰ Compare-se, por exemplo, a dessubstancialização da relação entre sacrifício e totem, por um lado, em Lévi-Strauss (*O Pensamento Selvagem*, pp. 250-253) e o mesmo processo em Mary Douglas, com relação às interpretações psicanalíticas das representações primitivas do corpo (*Pureza e Perigo*, pp. 137-152).

¹⁸¹ DOUGLAS, Mary. *Pureza e Perigo*, p. 51.

¹⁸² DOUGLAS, Mary. *Pureza e Perigo*, p. 163.

Ambos autores – Lévi-Strauss e Mary Douglas – retiram o conteúdo “substancial” das idéias (totem, pureza, perigo) para proporcionar uma leitura que não se desenvolva como simples e pura irracionalidade. Alargando a compreensão do “mundo” das outras culturas, por meio de um método estrutural, eles nos fornecem uma visão que permite amenizar o etnocentrismo.

É na referência, portanto, a uma *ordem estrutural* que essas noções vão sendo construídas.

3. O Projeto de Engenharia Social Moderno

3.1. O Jardim sem Ervas-Daninhas

Zygmunt Bauman anota um aspecto interessante do problema no que diz respeito ao Ocidente. Mary Douglas já dizia que estamos acostumados a determinada ambiência, e o puro virá a surgir enquanto algum aspecto que abale sua ordenação. É impossível viver sem selecionar determinados aspectos e desconsiderar outros. Não há dúvida que o campo do visual, por exemplo, não esgota, como diz Lyotard, o objeto, e isso não é apenas uma questão de memorização. O objeto sempre esconde faces que porventura poderão surgir, sendo irreduzível ao esquema conceitual na sua totalidade. O olho que se insere no visual, por isso, já é um olho que “dá corpo”, e não apenas representa¹⁸³.

Bauman, no entanto, nota um aspecto crucial da Modernidade: a idéia de “pureza” foi extremada na idéia de “purificação”. A preocupação com os estranhos deixou de ser apenas um “separar, confinar, exilar ou destruir”, como em todas as épocas. O trabalho de “colocação em ordem” assumiu uma atividade *consciente e intencional*, transmutando-se de atividade casual em *tarefa*, de forma que se tornou imperativa a *criação de uma nova ordem* que desafiasse a presente – uma ordem *artificial*¹⁸⁴.

¹⁸³ LYOTARD, Jean-François. Se pudermos pensar em corpo. In: *O Inumano: Considerações sobre o Tempo*. Lisboa: Estampa, 1989, pp. 17-31.

¹⁸⁴ BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Tradução Mauro Gama *et alii*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, pp. 19-20. Ruth Gauer afirma: “A civilização perseguiu freneticamente o controle e o domínio de toda e qualquer forma de perigo. O respeito com as conversões e a higiene se constitui em duas

Notemos a estrutura paradoxal da formulação: a ordem não é mais *manutenção*, mas *mudança*. A superdimensão do *projeto* e do presente que engessa o futuro, essa fixação do *tempo*, é característica particular da Modernidade, que pretendeu “anular” o estranho com uma purificação fabricada. O puro passa a não ser mais o que está aí na ordem: é preciso construir uma nova ordem de pureza absoluta. É o próprio projeto, e não a realidade da vida, que orienta a purificação.

Tínhamos, então, uma pureza que envolvia fundamentalmente uma idéia de *rotina*; a impureza era a contrariedade ao rotineiro. A eliminação da sujeira, agora, ganha outro aspecto: o de *interromper* a rotina.

Bauman aprofunda ainda mais tais relações a partir da relação entre *Modernidade e Ambivalência*. Segundo ele, classificar significa segregar – dar ao mundo uma *estrutura*¹⁸⁵. O mundo ordeiro é aquele que permite “ir adiante”, representando a ambivalência, nesse caso, como aquilo que confunde os cálculos e a relevância dos nossos padrões memorizados¹⁸⁶. A ambivalência representa, portanto, uma perda do controle.

O ideal classificador, segundo Bauman,

é uma espécie de arquivo espaçoso que contém todas as pastas que contém todos os itens do mundo – mas confina cada pasta e cada item num lugar próprio, separado (com as dúvidas que subsistam sendo estabelecidas por um índice de remissão recíproca). É a inviabilidade de tal arquivo que torna a ambivalência inevitável. E é a perseverança com que a construção desse arquivo é perseguida que produz um suprimimento sempre renovado de ambivalência¹⁸⁷.

Classificar, assim, consiste nos atos de incluir e excluir. Cada ato nomeador deve reduzir, ao final, a uma estrutura binária: entidades que respondem ao nome e o *resto* que não. Esse ato sempre comporta certa violência e requer uma dose de coerção. O paradoxal é que a

ferramentas eficazes de controle social”. GAUER, Ruth. *Da Diferença Perigosa ao Perigo da Igualdade: reflexões em torno do paradoxo moderno*, p. 400.

¹⁸⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. Tradução Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 09.

¹⁸⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*, p. 10.

¹⁸⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*, p. 11.

luta contra a ambivalência é autodestrutiva e autopropulsora: ela prossegue com força incessante porque cria os próprios problemas a resolver¹⁸⁸. Diz Bauman:

Sua intensidade, porém, varia com o tempo, dependendo da disponibilidade da força adequada à tarefa de controlar o volume da ambivalência existente e também a presença ou ausência de consciência de que a redução da ambivalência é uma questão de descobrir e aplicar a *tecnologia* adequada – uma questão *administrativa*¹⁸⁹.

Com base no trabalho do historiador Stephen Collins, Bauman propõe que a “ordem”, tal como pensada pela Modernidade, se inicia em Hobbes¹⁹⁰. O filósofo inglês teria pensado a sociedade não como algo que refletiria uma estrutura transcendente pré-ordenada, mas como criada pelo homem e manifestamente artificial¹⁹¹. Assim, é precisamente a descoberta da ordem como “artificial” que levantou a questão da ordem *como tal*. É a partir desse momento que a ordem se coloca como *projeto e ação*¹⁹².

O caos é o outro da ordem, pura negatividade. É contra esse negativo que a ordem se ergue. É espécie de “efeito colateral”, sem o qual a ordem não existe. Sem caos, segundo Bauman, não há ordem. Dessa forma, a prática tipicamente moderna – da vida, da política e do intelecto – é o esforço de eliminação da ambivalência, para definir com precisão e eliminar tudo que não fosse precisamente definido¹⁹³. Essa “tarefa impossível” é o que move a Modernidade.

A ferramenta para esse exercício de poder é a utilização da dicotomia em que um dos termos aparece de forma totalmente assimétrica, rebaixado que vem deste poder diferenciador. Nas palavras do autor,

¹⁸⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*, p. 11.

¹⁸⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*, p. 11.

¹⁹⁰ Anota Nythamar Fernandes de Oliveira sobre Hobbes: “Assim, a tensão entre uma abordagem dedutivo-racionalista, *more geometrico*, e uma dimensão empírico-intuitiva parece guiar a reformulação hobbesiana da questão ético-política nos termos clássicos de uma *physis (natura)* pré-determinada e do *nomos (lex)* a ser convencionalizado pelas indeterminações de nossa imitação humana de natureza. (...) Esta é, de resto, a árdua tarefa do pensador político: a de imaginar situações que possam efetivamente viabilizar uma sociabilidade tão frágil quanto artificial. E o contrato social se lhe aparece como metáfora por excelência para dar conta dessa encenação”. OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. *Tractatus ethico-politicus: genealogia do ethos moderno*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999, p. 52.

¹⁹¹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*, p. 13.

¹⁹² BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*, p. 14. Coincidentemente, Hobbes é o primeiro autor – cronologicamente falando – referido por Jakobs nos seus esboços filosóficos, quando irá tratar daqueles que “conheciam” a distinção entre cidadão e inimigo.

¹⁹³ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*, p. 15.

Em dicotomias cruciais para a prática e a visão da ordem social, o poder diferenciador esconde-se em geral por trás de um dos membros da oposição. O segundo membro não passa do *outro* do primeiro, o lado oposto (degradado, suprimido, exilado) do primeiro e sua criação¹⁹⁴.

3.2. Exacerbações ou produtos legítimos da Modernidade?

Há, por isso, não uma dualidade de termos iguais, mas fundamentalmente assimétricos, na qual um deles desempenha um papel subserviente ao “um” (o “outro”), que depende, na realidade, da destruição desse segundo termo para se afirmar enquanto “um”. É o “inimigo”, o “forasteiro”, o “estrangeiro” ou o “bárbaro”. São as “ervas-daninhas” que serão o refugio do Estado-jardineiro¹⁹⁵, cujas manifestações máximas foram as de “engenharia social” procedidas por Hitler e Stalin, mas que não podem ser consideradas como “explosões de barbarismo”¹⁹⁶, e sim produtos legítimos do Estado Moderno¹⁹⁷. Assim, uma vez estabelecidas as questões de ordem social desejada, cumpria aos governantes administrar sua instituição, “o resto era questão de frio cálculo de custos e efeitos – arte em que o espírito moderno também se destacava”¹⁹⁸.

A descrição de Hannah Arendt sobre Adolf Eichmann é exemplar nesse sentido:

¹⁹⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*, p. 22.

¹⁹⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*, pp. 35-39.

¹⁹⁶ O projeto alemão “ganhou sua fama aterradora não por causa de sua singularidade, mas porque, ao contrário de sedimentos bem semelhantes em outras partes, conseguiu efetivamente atingir seu propósito: foi colocado em prática com a ajuda dos recursos tecnológicos e organizacionais acessíveis a uma sociedade moderna plenamente mobilizada pelo poder incontestado de um estado centralizado”. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*, p. 41.

¹⁹⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*, p. 38. Vejamos dois personagens de *Eichmann em Jerusalém*, Dr. Stahlecker e Sano Mach:

“Esse *dr. Stahlecker*, conforme Eichmann cuidadosamente o chamava, era, em sua opinião, um homem muito elegante, gentil, muito razoável, ‘livre de ódio e chauvinismo de qualquer espécie’, que costumava apertar as mãos dos funcionários judeus em Viena. Um ano e meio depois, na primavera de 1941, esse fino cavalheiro foi nomeado comandante do *Einsatzgruppe A*, e conseguiu matar 250 mil judeus por fuzilamento em pouco mais de um ano (antes de ser morto em ação em 1942) – conforme ele próprio relatou ao próprio Himmler, embora o chefe dos *Einsatzgruppen*, que eram unidades de polícia, fosse o chefe da Polícia de Segurança e da SD, ou seja, Reinhardt Heydrich” (p. 88).

“O que ele se lembrava era que estava lá como hóspede de Sano Mach, ministro do Interior no governo marionete plantado pelos nazistas na Eslováquia. (Nesse governo católico fortemente anti-semita, Mach representava a versão alemã do anti-semitismo; recusava-se a permitir exceções para os judeus batizados e foi um dos principais responsáveis pela deportação em massa dos judeus eslovacos.) Eichmann lembrava-se disso porque não costumava receber convites sociais de membros do governo; era uma honra. Eichmann se lembrava que Mach era um sujeito solto, agradável, que o convidou para jogar boliche” (p. 96).

¹⁹⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*, p. 39.

Entre a conferência de Wannsee em janeiro de 1942, quando Eichmann se sentiu como Pôncio Pilatos e lavou as mãos inocentes, e as ordens de Himmler no verão e no outono de 1944, quando pelas costas de Hitler a Solução Final foi abandonada como se os massacres não tivessem sido mais que um erro lamentável, Eichmann não se perturbou por questões de consciência. Sua cabeça estava inteiramente tomada pelo gigantesco trabalho de organização e administração, não apenas em meio a uma guerra, mas – e isso era mais importante para ele – em meio a inúmeras intrigas e disputas sobre autoridade entre os vários departamentos do Estado e do Partido envolvidos em “resolver a questão judaica”¹⁹⁹.

As grandes estratégias de engenharia social, portanto, não podem ser consideradas como fenômenos que seriam recuos em relação ao espírito moderno, mas precisamente como *produtos* desse mesmo espírito²⁰⁰. Anota Bauman:

o genocídio moderno não é uma explosão incontrolada de paixões e quase nunca um ato sem sentido irracional. É, ao contrário, um exercício de engenharia social racional, de produção por meios artificiais de homogeneidade livre de ambivalência que a realidade social opaca e confusa não conseguiu produzir²⁰¹.

Na construção social da ambivalência, os estranhos “devem ser transformados em tabu, desarmados, suprimidos, física ou mentalmente exilados – ou o mundo pode perecer”²⁰². Em síntese: na medida em que se constitui um par assimétrico em que um dos elementos da relação é o “*não-eu*”, portanto uma espécie de “*nada*”, a ser eliminado para restaurar/instaurar a ordem, é possível exterminá-lo “como piolho”. A máquina burocrática, guiada por uma razão instrumental, deve levar a tarefa a cabo. A “Solução Final”, no dizer de Arendt, seria uma nova espécie de genocídio, mais precisamente definida como “massacres administrativos”:

Pois o conceito de genocídio, introduzido especificamente para cobrir um crime antes desconhecido e embora aplicável até certo ponto, não é perfeitamente adequado, pela simples razão de que os massacres de povos inteiros não são sem precedentes. Eram a ordem do dia na Antigüidade, e os séculos de colonização e imperialismo fornecem muitos exemplos de tentativas desse tipo, mais ou menos bem-sucedidas. A expressão “massacres administrativos” é a que parece melhor definir o fato²⁰³.

¹⁹⁹ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*, p. 168.

²⁰⁰ “Essa atitude ‘objetiva’ – falar dos campos de concentração em termos de ‘administração’ e dos campos de extermínio em termos de ‘economia’ – era típica da mentalidade da SS, e algo que Eichmann ainda muito se orgulhava no julgamento”. ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*, p. 83.

²⁰¹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*, p. 46.

²⁰² BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*, p. 68.

²⁰³ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*, p. 311.

3.3. Cumprindo “ordens”...

Há ainda outro aspecto que pode ser explorado: a *ordem* não apenas no sentido de “relação inteligível estabelecida entre uma pluralidade de elementos; organização, estrutura”²⁰⁴, mas como palavra usada “para transmitir mandos, instruções, pedidos, caracterizada principalmente pela presença do modo imperativo”²⁰⁵. Essa ordem é enunciada de modo imperativo. Não apenas a ordem enquanto “*ordem* comunitária”, por exemplo, mas também na ambigüidade de ser “José obedece à *ordem* de João”. Enquanto espécie de mandamento.

Esse sentido pode ser importante se relacionado com a idéia de “fidelidade”²⁰⁶. Se a conduta “fiel” ao ordenamento é aquela que pode ser considerada como “normal”, pois provém de ordens, o caso nazista é, sem dúvida alguma, um elemento problematizador dessa pretensa obviedade tão visceralmente enraizada no senso comum (a expressão “cidadão ordeiro” é comumente utilizada em sentido positivo na nossa linguagem do dia-a-dia).

Hannah Arendt explicita o paradoxo da seguinte forma:

A acusação tinha por base a premissa de que o acusado, como toda “pessoa normal”, devia ter consciência da natureza dos seus atos, e Eichmann era efetivamente normal na medida em que “não era uma exceção dentro do regime nazista”. No entanto, nas condições do Terceiro Reich, só se podia esperar que apenas as “exceções” agissem “normalmente”. O cerne dessa questão, tão simples, criou um dilema para os juízes. O Dilema que eles não souberam nem resolver, nem evitar²⁰⁷.

Diante do assassinato de milhares de judeus por meio de providências administrativas friamente calculadas pela razão instrumental, de repente a “ordem” e a “normalidade” se desacoplam. Os “normais” estão fora da ordem. E é a “ordem”, agora no sentido de *mandamento*, que irá ser o único critério. A partir da “Solução Final” que essas relações tormentosas se ligam de forma arguta:

²⁰⁴ Dicionário HOUAISS da Língua Portuguesa, edição virtual. <www.uol.com.br>. Acesso em: 10.07.2007.

²⁰⁵ Idem.

²⁰⁶ A engrenagem da fidelidade dispara, sem dúvida, as idéias de “disciplina” e “normalização” próprias do pensamento de Michel Foucault. Ver: FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 20ª ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1999, pp. 117-161.

²⁰⁷ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*, p. 38.

O problema com Eichmann era exatamente que muitos eram como ele, e muitos não eram nem perversos, nem sádicos, mas eram e ainda são terrível e assustadoramente normais. Do ponto de vista de nossas instituições e de nossos padrões morais de julgamento, essa normalidade era muito mais apavorante que do que todas as atrocidades juntas, pois implicava que – como foi dito insistentemente em Nuremberg pelos acusados e seus advogados – esse era um novo tipo de criminoso, efetivamente *hostis generis humanis*, que comete seus crimes em circunstâncias que tornam praticamente impossível para ele saber ou sentir que está agindo de modo errado²⁰⁸.

A “ordem” no sentido de mandamento pode sustentar a maior atrocidade quando ela tem apenas a exigência de ordem, no sentido de arrumação funcional. Eichmann e outros diziam que “apenas cumpriam ordens”. Ou seja: quando a ordem (no sentido de arrumação) se funde com a “ordem” (no sentido de mandamento), tudo se torna possível. A estratégia da Solução Final – de um crime contra a humanidade – pode encontrar respaldo em uma estrutura como essa, pois o que está em jogo é sempre, de um lado, a fidelidade²⁰⁹; de outro, a eliminação do estranho. Uma estrutura que se articula dessa forma não possui qualquer engrenagem ética que passe pelo seu interior.

4. O Contexto Social Contemporâneo

4.1. O Neoconservadorismo e a Explosão do Medo

A exigência de *ordem* caminha junto com o *medo*. O medo é a disposição emocional que facilita a imposição da *ordem pela ordem*. O enfoque que se dá, portanto, nesse item, é o de ressaltar como funcionam esses dois elementos na estrutura social contemporânea. É nessa intersecção entre o medo e a ordem²¹⁰ que se pretende abordar a questão propriamente criminológica.

²⁰⁸ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*, p. 299.

²⁰⁹ Questionando a idéia de fidelidade a partir do prisma constitucional: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Revisão Crítica das concepções funcionalistas: em busca de um sistema penal teleológico-garantista*, pp. 113-117; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho. In: *DPE*, v.1, pp. 810-817; GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs. In: *DPE*, v. 1, pp. 900-912; NEUMANN, Ulfried. Derecho penal del enemigo. In: *DPE*, v. 2, p. 407-409; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Justiça Constitucional e Justiça Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 55, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 336-338.

²¹⁰ Por questões de foco e espaço, no entanto, a temática não se direcionará à relação – igualmente relevante – entre o Direito Penal e o risco. Sobre o tema: CARVALHO, Salo de. A Ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). In: *A Qualidade*

David Garland observa que, nos últimos anos, há uma nova e crescente ênfase na necessidade de contenção do perigo, de identificação e manejo de qualquer tipo de risco. Proteger o público parece ter se tornado o tema dominante da política criminal, de forma a causar, inclusive, certo laxismo com respeito às liberdades públicas e aos direitos dos presos. O que se vê, de forma nítida, é que a demanda de proteção *do* Estado transformou-se em demanda por proteção *pelo* Estado²¹¹.

Se, nas décadas de 60 e 70 do século passado, a sociedade dos EUA se baseava, como afirma Young, no “paradigma modernista”, há uma virada significativa a partir da década de 80. Naquele paradigma, poder-se-ia arrolar como elementos: a) a cidadania resolvida (há uma tendência à incorporação social e igualdade); b) Estado intervencionista; c) ordem social absolutista (a maioria dos cidadãos acata a ordem); d) o cidadão racional conforme e o desviante determinado (a maioria das pessoas é racional e adota o consenso, não existe mais criminoso racional); e) conexão de causalidade estreita (o desvio é resultante de alguma particularidade, freqüentemente familiar); e f) Estado assimilativo (papel do *Welfare* é assimilar os dissidentes). O desviante é visto, correlatamente, como minoria, distinto, objetivo, constituído por uma falta dos valores constituídos, ontologicamente confirmador (e não ameaçador) e sujeito à assimilação ou inclusão²¹².

Segundo Garland, o neoconservadorismo surgido a partir dos anos 80 nos EUA e na Grã-Bretanha faz ressurgir preocupações que ele nomeia “anti-modernas”, como os temas da tradição, da hierarquia, da ordem e da autoridade. Essas exigências conservadoras de ordem deveriam ter se chocado frontalmente com as políticas de liberdade e desregulamentação dos mercados. No entanto, a inexistência desse choque comprova que os atores lograram sucesso em vincular a problemas morais fatos que eram, efetivamente, relativos a condutas de pessoas pobres. Assim, o neoconservadorismo proclamava uma mensagem moral de retorno aos valores da família, do trabalho, da abstinência e do autocontrole, mas na prática essas restrições e censuras aplicavam-se apenas aos setores marginalizados da população –

do Tempo. Org: GAUER, Ruth M. C. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, pp. 187-189. Especificamente em relação ao Direito Penal do Inimigo: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. El llamado derecho penal del enemigo. Especial referencia al derecho penal econômico. In: *DPE*, v. 1, pp. 30-48; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: el debate desenfocado. In: *DPE*, v. 1, pp. 553-564.

²¹¹ GARLAND, David. *La Cultura del Control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005, pp. 47-48.

²¹² YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002, pp. 19-22.

especialmente imigrantes, desempregados, mães que recebiam benefícios do *welfare*, delinquentes e consumidores de drogas²¹³.

Se a política naqueles países havia sido, nas décadas de 60 e 70, de controle econômico e liberação social, nos anos oitenta a equação se inverte para a liberdade econômica e o controle social. A “doutrina” moralista desse movimento dirigia-se especialmente às comunidades marginalizadas e não afetaram em quase nada o restante da população²¹⁴. Essas novas políticas tiveram o condão de produzir uma atitude cultural defensiva, em contraste com a cultura emancipatória das décadas anteriores²¹⁵. Como diz Garland,

En la modernidad refinada, al menos, la adhesión retórica ao multiculturalismo y a los derechos individuales implicaba que las objeciones al estilo de vida de otras personas tendían a ser silenciadas y desplazadas. Pero había algunas conductas y algunas personas que no había que tolerar y las nuevas políticas, más coercitivas, de control social y penal cada vez más apúntaban contra ellas²¹⁶.

A sociedade, assim, se torna *dual*, dividida em dois setores cujo resultado era uma quase-apartheid. A imagem do delinquentes passou do necessitado socialmente inadaptado do *welfare state* para a do criminoso de carreira, usuário de *crack* e depredador, carregando, além disso, um componente racista²¹⁷. A idéia de ordem, assim, passou da imaginação de Durkheim sobre a solidariedade para o problema do Leviatã de Hobbes, em uma versão focalizada e disciplinar²¹⁸.

E, no entanto, com diz Young, ambas as tendências – a violência obsessiva das gangues e a obsessão punitiva a ela dirigida – nascem do mesmo fato gerador: o deslocamento no mercado de trabalho. Uma surge do simultâneo estímulo ao consumo e exclusão do mercado

²¹³ GARLAND, David. *La Cultura del Control*, pp. 173-174. “La tendencia es clara: gestión punitiva de la pobreza, mercado económico de total flexibilización, criminalización cada vez mayor de la disidencia y reducción del Estado. El espacio de ‘lo público’ parece caminar en esa dirección”. RIVERA-BERAS, Iñaki. *Historia y Legitimación del Castigo ¿Hacia dónde vamos?* In: *Sistema Penal y Problemas Sociales*. Org: BERGALLI, Roberto. Valencia: Tirant lo blanch, 2003, p. 125.

²¹⁴ GARLAND, David. *La Cultura del Control*, pp. 174.

²¹⁵ GARLAND, David. *La Cultura del Control*, p. 175.

²¹⁶ GARLAND, David. *La Cultura del Control*, p. 176.

²¹⁷ GARLAND, David. *La Cultura del Control*, p. 177. Diz Young: “Desse modo, os excluídos criam divisões entre eles mesmos, com frequências sobre bases étnicas, muitas vezes quanto à parte da cidade em que se mora, ou, mais prosaicamente (ainda que para alguns profundamente), para que time de futebol se torce”. YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*, p. 31. Ver, ainda: HUDSON, Barbara A. Social Control. In: *The Oxford Handbook of Criminology*, p. 463.

²¹⁸ GARLAND, David. *La Cultura del Control*, p. 178.

de trabalho; outra, de um mercado que inclui, mas apenas de maneira precária²¹⁹. Passa-se da sociedade da inclusão à sociedade excludente²²⁰.

As legislações, dessa forma, acabam vindo contaminadas da exigência de “lei e ordem”. Decisões como de declarar guerra ao crime, infligir castigos cruéis ou ampliar as faculdades policiais são estratégias políticas comuns nesse cenário²²¹. A criminologia “estatal”, correspondente ao imaginário dos agentes políticos que forjam as estratégias político-criminais, procura “essencializar” a diferença. Esse discurso acaba se produzindo como contraponto do *sensu comum* aos saberes de origem acadêmica²²². Zaffaroni nomeia-o de “autoritarismo cool”, pois se propaga de forma publicitária e puramente emocional. Nas suas palavras,

Esse novo autoritarismo, que nada tem a ver com o *velho* ou o do entre-guerras, se propaga a partir de um aparato publicitário que se move por si mesmo, que ganhou autonomia e se tornou autista, impondo uma propaganda puramente emocional que proíbe denunciar e que, ademais – e fundamentalmente –, só difundem e que indica, entre os mais jovens, o superficial, o que está na moda e se usa disciplicentemente: é *cool*. É *cool* porque não é assumido como uma convicção profunda, mas sim como uma moda, à qual é preciso aderir para não ser estigmatizado como antiquado ou fora de lugar e para não perder espaço publicitário²²³.

Há um “uso político do perigo”, expressão de Mary Douglas que Garland corrobora²²⁴. Com a generalização da sensação de ansiedade e desamparo, há um reforço da necessidade sentida na imposição de ordem e na importância de resposta estatal firme. O medo se generaliza diante desse inimigo oculto e assustador que apavora o cotidiano contemporâneo.

A reintrodução do papel da vítima no conflito penal é um exemplo dessas circunstâncias. Na realidade, como aponta Garland com precisão, a estratégia punitiva tenta dar lugar privilegiado às vítimas sem que, no entanto, esse lugar seja ocupado pelas pessoas efetivamente ofendidas, mas por uma imagem projetada e representada que é politizada²²⁵.

²¹⁹ YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*, p. 26.

²²⁰ Na precisa construção de Hudson: “It would appear that these developments signify further progress in the dispersal of discipline, but that the essential project of the technologies of power identified by Foucault – that of normalization – has been abandoned. The objective of the new strategies of control is identification of the different and the dangerous in order to exclude: from the club, from the apartment building, from the state, from the shopping mall, from the country”. HUDSON, Barbara A. Social Control. In: *The Oxford Handbook of Criminology*, p. 466.

²²¹ GARLAND, David. *La Cultura del Control*, p. 228.

²²² GARLAND, David. *La Cultura del Control*, pp. 228.

²²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo em Direito Penal*, p. 69.

²²⁴ GARLAND, David. *La Cultura del Control*, p. 229.

²²⁵ GARLAND, David. *La Cultura del Control*, p. 240.

Essa “santificação” da vítima gera um jogo de soma zero em que é inviável demonstrar qualquer consideração pelo delinqüente sem enfrentar o maniqueísmo social. O sofrimento da vítima é explorado pelos meios de comunicação e se dirige diretamente à ira e medo dos espectadores, produzindo um sentimento de identificação que logo é utilizado em termos políticos. Diz Garland:

Este tropo personalizador, repetido insistentemente en los noticiarios y documentales televisivos, representa a la víctima como la metonímia de la vida real, el “podrías ser tu” del problema de la seguridad personal²²⁶.

Isso não significa, por óbvio, aderir a um determinismo de estilo linear do tipo: “os meios de comunicação manipulam os medos coletivos”²²⁷⁻²²⁸. As políticas de lei e ordem não surgiram do nada, elas possuíam respaldo, vez que inclusive, diante da necessidade de investimentos, geram acréscimo dos gastos públicos e, por isso, da carga tributária. O acréscimo do medo corresponde a índices de crescimento das taxas de delito após a década de 60. Com a permanência e ascendência desses delitos em escala de tempo, também, a classe média começa a ver-se como vítima freqüente de crimes, vislumbrando-se simultaneamente como vítima do “Governo Grande”, que cobra impostos e os gasta com os “irresponsáveis” do *welfare*, sindicatos e programas de ação afirmativa. A “classe média decente e trabalhadora” sofria diante do favorecimento dos mais incivilizados que não mereciam qualquer ajuda. Esse medo do delito estava ligado também ao medo dos “estranhos”²²⁹.

²²⁶ GARLAND, David. *La Cultura del Control*, p. 242.

²²⁷ Sobre o tema: BARATA, Francesc. *Los mass media y el pensamiento criminológico*. In: *Sistema Penal y Problemas Sociales*, pp. 488-511; ROSA, Alexandre Moraes da. *Direito Infracional: Garantismo, Psicanálise e Movimento Anti-terror*. Florianópolis: Habitus, 2005, pp. 50-54; MARQUES, Braulio. A Mídia como Filtro Social. In: *Ensaio Penais em Homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Org.: Ney Fayet Jr. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003, pp. 162-184. Do último artigo referido: “É por força dessa concepção parcial, estereotipada e superficial da violência, vinculada pela mídia que explora esse tema, que a sociedade fica dividida entre *nós* (os cidadãos honrados, pacíficos e trabalhadores) e *eles* (os marginais violentos, perigosos e temíveis). De igual forma e por igual preconceito, vincula-se criminalidade e pobreza, marginalidade e periferia urbana” (p. 176). Ainda: CORRÊA, Diego Ayres. Os meios de comunicação de massa e sua influência no desenvolvimento da histeria punitiva e na ampliação da repressão penal. *Revista de Estudos Criminais*, v. 03. Porto Alegre: Notadez, 2001, pp. 96-105 e CLEINMAN, Betch. Mídia, Crime e Responsabilidade. *Revista de Estudos Criminais*, v. 1, Porto Alegre: Notadez, 2001, pp. 97-100. Mesmo perspectivas mais “otimistas” sobre o papel midiático, como a de Michel Maffesoli, que procura ver na imagem uma “força agregadora”, não escapam de admitir que essas formações podem ser igualmente violentas. Ver: MAFFESOLI, Michel. *A Contemplação do Mundo*. Tradução Francisco Settineri. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 1995, pp. 75-85 e especialmente p. 151.

²²⁸ Especificamente sobre o processo de transformação de criminosos em *inimigos* pelos meios de comunicação de massa: DONINI, Massimo. El Derecho penal frente al “enemigo”. In: *DPE*, v. 1, p. 629-633.

²²⁹ GARLAND, David. *La Cultura del Control*, p. 255-256. Observação que Young compartilha: “A privação relativa é convencionalmente pensada como um olhar para cima: trata-se da frustração daqueles a quem a igualdade no mercado de trabalho foi recusada face àqueles com mérito e dedicação iguais. Mas a privação também é um olhar para baixo: a apreensão diante do relativo bem-estar daqueles que, embora em posição inferior à do observador na hierarquia social, são percebidos como injustamente favorecidos: ‘eles ganham a vida fácil demais, mesmo que não seja tão boa quanto a minha’”. YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente*:

Todo esse quadro ligou-se à situação que os sociólogos costumam designar como de “insegurança ontológica”, gerada pelas transformações culturais ocorridas ao longo do tempo, como, por exemplo, a introdução da mulher no mercado de trabalho e os reflexos familiares. Essa estrutura mais “porosa” da vida cotidiana²³⁰, que adquiriu uma textura mais aberta que nas gerações anteriores, resulta numa necessidade mais imperiosa de controle de riscos e incertezas, mantendo à distância a insegurança. E disso também é possível deduzir a menor tolerância com os riscos a que está exposta a classe média pelo Poder Punitivo, assim como a ineficiência deste para a proteção dos indivíduos perigosos²³¹.

Las elevadas tasas de delito y desorden fueron un producto de los cambios en la estructura social. El delito se ha convertido en una de las amenazas que las familias de clase media contemporáneas deben tomarse en serio: otra posibilidad que debe ser anticipada y controlada²³².

Em síntese, está-se diante de uma situação em que tudo converge para um panorama que congrega, de um lado, uma sensação de insegurança ontológica geradora de medo, e, de outro, uma exigência de ordem por parte da autoridade estatal, que deve resultar em castigo. Garland assim resume a situação:

- 1) las altas tasas de delito se consideran un hecho social normal;
- 2) la inversión emocional en el delito es generalizada e intensa, abarcando elementos de fascinación así como de miedo, indignación e resentimiento;
- 3) las cuestiones referidas al delito están politizadas y se representan frecuentemente en términos emotivos;
- 4) el interés por las víctimas y la seguridad pública dominan la política pública;
- 5) la justicia penal estatal es visualizada como inadecuada o ineficaz;
- 6) las rutinas defensivas privadas están generalizadas y existe un gran mercado en torno a la seguridad privada;

exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente, p. 26. Confirmam-se também as observações de Ripollés sobre o fato de que a identificação da classe média com as vítimas da delinquência não tem conexão com a punição de poderosos, de forma que visivelmente permanece o “encanto” com as elites. Díez Ripollés, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: el debate desenfocado. In: *DPE*, v. 1, p. 568.

²³⁰ Ver: BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*, pp. 32-37.

²³¹ GARLAND, David. *La Cultura del Control*, p. 258. Também: YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*, pp. 33-35 e AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Visões da Sociedade Punitiva: elementos para uma sociologia do controle penal. In: *Sistema Penal e Violência*. Org.: Ruth Gauer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 43-49. Destaca-se a seguinte citação: “A combinação entre industrialização, urbanização, secularização da cultura e do comportamento, racionalização das ações sociais e das instituições, mercado, produtividade, competitividade, individualização e individualismo, gera evidentemente um ambiente social explosivo” (p. 47).

²³² GARLAND, David. *La Cultura del Control*, p. 259.

- 7) una conciencia del delito está institucionalizada en los medios de comunicación, en la cultura popular y en el ambiente urbano²³³.

Há, portanto, um ambiente de medo generalizado que impulsiona a exigência de ordem e, por isso, a eliminação do estranho/perigo. O “Outro” é sempre potencialmente desviante²³⁴.

4.2. A complexa situação brasileira

Se a situação já é complexa nos EUA e na Grã-Bretanha, no Brasil o quadro é ainda mais complicado. Vivendo-se num continuum temporal em que se está, simultaneamente, na pré e na pós-modernidade, convivendo conjuntamente grandes feudos agrários e a circulação livre do capital internacional, focos de escravidão e ações afirmativas, sequer é possível afirmar a linearidade que se dá na transição de um Estado “Liberal” a um Estado “Social” (*Welfare State*), tampouco deste ao “Estado Penal”²³⁵. Tudo permanece simultâneo e multifacetado.

Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo sinala que

Nestas sociedades, com um sistema escolar fragmentado e ineficiente, que restringe a educação superior universitária a setores sociais reduzidos; um sistema produtivo incapaz de garantir o acesso à renda e à seguridade social a amplos setores da população; um mercado interno onde apenas uma pequena parcela tem acesso aos bens de consumo; sociedades nas quais quase metade da população se encontra em condições de pobreza extrema, o sistema de justiça penal acentua sua centralidade

²³³ GARLAND, David. *La Cultura del Control*, p. 271.

²³⁴ YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*, p. 34. MELIÁ, Manuel Cancio. De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo? In: *DPE*, v. 1, pp. 354-356.

²³⁵ “O incremento do projeto político de enxugamento do Estado, produziu, fundamentalmente a partir da década de 80, nos países centrais de economia avançada, o desmonte do *Welfare State*. Não obstante, inviabilizou, nos países periféricos nos quais o Estado social foi um simulacro, a possibilidade de atingirem relativo grau de justiça social com a implementação de políticas públicas imprescindíveis baseadas na distribuição equânime da riqueza e erradicação da miséria, otimização e acesso das populações carentes aos serviços de saúde, educação e terra, melhoria nos sistemas de previdência social e, principalmente, incisivas ações contra as exorbitantes taxas de desemprego e exclusão social”. CARVALHO, Salo de. *A Ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea*, p. 190. A situação de punitivismo na Europa e nos EUA é ratificada por Rivera Beiras. Segundo ele, “hace tiempo ya que EE.UU. consagró el ‘Estado Penal’ y liquidó toda forma de asistencialismo”. Na Europa Occidental, “la *sociedad del riesgo* de que habla Beck dibuja un panorama que él mismo define como el de *un futuro de inseguridad permanente*”. RIBEIRA BEIRAS, Iñaki. Historia y Legitimación del Castigo. In: *Sistema Penal y Problemas Sociales*, pp. 120-121. Ver, ainda: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. *Informalização da Justiça e Controle Social*. São Paulo: IBCCRIM, 2000, pp. 99-103.

para manutenção da ordem social, incapaz de manter-se através dos procedimentos ordinários ou tradicionais de formação de consenso ou de socialização primária²³⁶.

E, como percebe Loïc Wacquant, a insegurança criminal tem o particular traço de não ser atenuada, mas nitidamente *agravada* pela intervenção das forças da ordem, pois se inscreve numa tradição oriunda da escravidão e dos conflitos agrários, que se viu fortalecida pela Ditadura Militar, consubstanciada na identificação entre “subversivos” e “delinqüentes”²³⁷.

Os administradores que assumem a partir da transição democrática, ocorrida com o esgotamento do regime militar, deparam-se com um acréscimo das taxas de criminalidade decorrente, dentre outros fatores, da migração do campo para os centros urbanos, consolidada na Ditadura, que gerou uma série de tensões sociais emergentes²³⁸. O problema da segurança pública passa, assim, ao local de prioridade no debate.

A chamada “opinião pública”, muitas vezes amplificada pelos meios de comunicação, anuncia que o “sentimento de insegurança” é crescente, com o acréscimo da percepção acerca das diferentes esferas de violência, desde a criminalidade de rua até os crimes econômicos e a corrupção nos órgãos públicos. A resposta estatal é exaustivamente cobrada²³⁹.

É particularmente relevante a situação da polícia. Se, no início da década de 1980, com a transição política, utilizava-se do crescimento da criminalidade urbana como argumento de óbice a qualquer reforma policial – habituada a Polícia aos métodos da Ditadura Militar -, esses obstáculos acabaram gerando um sistema policial autônomo em relação aos controles das autoridades, crescendo, simultaneamente, as violações aos direitos humanos e a corrupção

²³⁶ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Criminalidade e Justiça Penal na América Latina. *Sociologias*. Porto Alegre, ano 7, n.º 3, jan/jun 2005, pp. 220-221.

²³⁷ WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 09. A ideologia da “segurança nacional” aparece como um dos elementos estruturantes desse discurso, que consiste, segundo Zaffaroni, em: “a) aumentar os níveis de antagonismo entre estratos sociais inferiores; b) impedir ou dificultar a coalizão ou o acordo no interior desses estratos; c) aumentar a distância e a incomunicabilidade entre os diversos estratos sociais; d) potencializar os medos (espaços paranóicos), as desconfianças e os preconceitos; e) desvalorizar as atitudes e discursos de respeito pela vida e pela dignidade humana; f) dificultar as tentativas de encontrar caminhos alternativos para a solução de conflitos; g) desacreditar os discursos limitadores da violência; h) apresentar os críticos do abuso de poder como coniventes ou aliados dos delinqüentes; i) habilitar, no que concerne a esses críticos, a mesma violência concernente aos delinqüentes”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, p. 59.

²³⁸ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Criminalidade e Justiça Penal na América Latina*, p. 221.

²³⁹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Criminalidade e Justiça Penal na América Latina*, p. 222. Bráulio Marques salienta que essa cobrança ganha adição do elemento autoritário, indissociável da abordagem midiática acerca da violência. MARQUES, Bráulio. *A Mídia como Filtro do Fato Social*, p. 176.

policial²⁴⁰. Forma-se, assim, um “sistema penal subterrâneo”, na expressão de Zaffaroni, exercendo poder punitivo à margem de qualquer legalidade²⁴¹.

Por isso, conclui Rodrigo G. Azevedo, o acentuado sentimento de medo e insegurança diante da violência e do crime, a herança do regime ditatorial e o autoritarismo social nas agências encarregadas do crime, o déficit de funcionamento da justiça penal e a polarização das opiniões pró e contra os direitos humanos são fatores que tornam o cenário visivelmente complexo²⁴².

Apesar da distância entre as sociedades investigadas por Garland e a brasileira, é nítida a coincidência em múltiplos aspectos, inclusive pela difusão do discurso hoje facilitada pelo avanço nas telecomunicações. Segundo Zaffaroni, a polarização das riquezas acentuada tornou as classes médias latino-americanas “anômicas”, exigindo normas, porém sem saber quais. Diz o autor:

São *anômicos patéticos*, que clamam por normas e, desconcertados, acabam entrincheirando-se atrás do discurso autoritário simplista e populista do discurso norte-americano, que aparece com o prestígio de uma sociedade invejada e admirada. (...)

Em geral, embora se trate de uma hipótese que seria mister investigar, parece que *na medida em que a riqueza se polariza, a anomia avança no sentido originário de Durkheim e o discurso popularesco, grosseiro e primitivo tem maior aceitação porque parece compensar a segurança perdida por causa da globalização: a sociedade perde coesão e está ávido por um discurso que lhe devolva essa*

²⁴⁰ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Criminalidade e Justiça Penal na América Latina*, pp. 226-227. Como diz Salo de Carvalho, “a consolidação da lógica militarizada nas estruturas formais de segurança pública no Brasil durante a Ditadura Militar, decorrência do treinamento das Polícias (Militares e Civis) de acordo com a cartilha da ISN [ideologia da segurança nacional], sustenta um sistema verticalizado afeito à constante violação da legalidade com alta capacidade de capilarização. CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)*, p. 34. No mesmo sentido: MARQUES, Bráulio. *A Mídia como Filtro do Fato Social*, p. 178. Ver, sobre a criação da Guarda Nacional, ainda no século XIX, e a ideologia de “ordem pública” que lhe subjazia, com repercussões no presente, NEDER, Gisele & CERQUEIRA FILHO, Gisálio. Da “ordem pública” à “segurança pública”: aspectos ideológicos das estratégias de controle social no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, v. 20, Porto Alegre: Notadez, 2005, pp. 93-107.

²⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, pp. 70-71. “Ao estar sustentado no fundamento da ‘segurança’ (nacional, pública), a violência estatal é banalizada, sendo sua programação potencializada e tendendo constantemente ao abuso. Legítima ou não, a intervenção das agências repressivas é sempre considerada válida ‘porque é justificada por sua segurança nacional. E a segurança nacional é insaciável. Nunca está satisfeita. Não tem limites. (...) Esse poder será sempre utilizado a serviço do bem’”. CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)*, p. 33, grifo no original. Outros exemplos de “sistema penal subterrâneo” no Brasil poderiam ser os “grupos de extermínio”, linchamentos e chacinas. Ver: ADORNO, Sérgio. Exclusão sócio-econômica e violência urbana. *Sociologias*, n. 8, Porto Alegre: jul/dez 2002. Disponível em <www.scielo.br>. Acesso em 19.07.2007. Ver, também, sobre a militarização e papel verticalizante do Poder Punitivo: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas*. Tradução Vânia Pedrosa e Amir Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1999, pp. 22-25.

²⁴² AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. *Criminalidade e Justiça Penal na América Latina*, p. 229.

*perspectiva, por primitivo, vingativo e völkisch que seja: a coesão é alcançada através de um discurso simplista que clama por vingança pura e simples*²⁴³.

O discurso autoritário “cool” latino-americano estaria em convergência com a matriz simplista norte-americana, carecendo de qualquer respaldo acadêmico, e se orgulhando disso, pois a publicidade com que se alastra procura menosprezar qualquer opinião técnica jurídica ou criminológica, sendo tal rumo igualmente seguido pelos políticos. Os “especialistas” aparecem como meros “palpiteiros”, que reiteram o discurso punitivo²⁴⁴.

Em síntese, na expressão que vale a pena reproduzir do professor argentino,

Por todos estes meios pouco éticos ou diretamente criminosos, vende-se a ilusão de que se obterá mais segurança urbana contra o delito sancionando leis que reprimam acima de qualquer medida os raros vulneráveis e marginalizados tomados individualmente (amiúde são débeis mentais) e aumentando a arbitrariedade policial, legitimando direta e indiretamente todo gênero de violência, inclusive contra quem contesta o discurso publicitário²⁴⁵.

Portanto, a despeito das diferenças significativas entre o contexto brasileiro e o norte-americano e britânico, houve, em todos países mencionados, uma tendência de recrudescimento do punitivismo e da exigência de ordem, decorrente do crescente sentimento de medo explorado pelos *mass media* e políticos demagogos.

5. O Direito Penal do Inimigo enquanto Utopia da Pureza

A *posição* do inimigo está, como se pretendeu demonstrar, nitidamente em contraposição a uma ordem. Uma ordem funcional que exige *fidelidade* dos cidadãos. Aqueles que ameaçam a ordem estrutural são tratados como inimigos e, por isso, recebem tratamento de *guerra*, e não do Direito Penal tradicional, este reservado aos puros. A impureza deve ser retirada, em passos bélicos, da sociedade, sob pena de dissolvê-la. Não é

²⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo em Direito Penal*, p. 73, itálico no original.

²⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo em Direito Penal*, p. 74. E, em particular em relação à vítima: “No caso da repressão ao crime, são as vítimas ou seus parentes que assumem esse papel nos meios de comunicação, como se a justiça de sua causa – a reivindicação de um melhor serviço de segurança – lhes garantisse automaticamente conhecimentos técnicos capazes de viabilizar a realização dessa demanda” (nota 143, p. 74).

²⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo em Direito Penal*, p. 75. A relação Poder Punitivo – seleção – vulnerabilidade será abordada no tópico 3 da Seção 1 do Capítulo III.

possível que o impuro se manifeste de forma absolutamente *contrafática*: ou seja, contrariamente às *expectativas* determinadas pelo *ordenamento*. O ordenamento não pode ser ameaçado; a impureza deve ser eliminada enquanto sintoma de *perigo*.

Mas o discurso de Jakobs não apenas *extrema* a rotina de um Direito Penal simbólico e punitivista; propõe, além disso, a substituição, uma refundação das suas bases, a partir da cisão entre Inimigo e Cidadão. Sua formulação, no entanto, é muito mais extremista que o movimento *Law and Order* norte-americano: ali, o que se propõe é um acréscimo da quantidade de penas, a redução das garantias processuais, a adoção de medidas enérgicas contra pequenos delitos *no interior do Direito Penal vigente*. Para Jakobs, ao contrário, a divisão primordial entre cidadão e inimigo permite uma cisão conceitual do Direito Penal, reservando-se àquele uma forma mais liberal; para este, a guerra, pura e simples. O grande erro atual, para Jakobs, seria a confusão entre dois Direitos Penais que tratam de indivíduos distintos, dando tratamento suave ao Inimigo e duro ao cidadão, em certos casos. Estabelecida a diferenciação inicial, identificaríamos o *perigo* da relação social e o eliminaríamos.

Trata-se, portanto, de uma *utopia de pureza*: aqueles indivíduos que tivessem personalidade “contrafática” e recusassem a fidelidade ao *ordenamento* jurídico seriam simplesmente eliminados, retirados do convívio social como “ervas-daninhas” pelo Estado-Jardineiro. Construir-se-ia uma comunidade funcionalmente orientada que somente teria indivíduos, modo geral, fiéis à ordem jurídica, podendo vir a ser punidos em certos deslizes que cometam.

Jakobs irá rechaçar que os “Inimigos” façam jus aos direitos humanos exatamente por esse argumento. Vejamos:

Não se pode afirmar, de nenhum modo, que exista um Estado real de vigência do Direito, mas tão-só de um postulado de realização. Este postulado pode estar perfeitamente fundamentado, mas isso não implica que esteja realizado, do mesmo modo que uma pretensão jurídico-civil não se encontra realizada só porque esteja bem fundamentada. Dito de outro modo: nesta medida, não se trata da *manutenção* de um estado ‘comunitário-legal’, mas, previamente, de seu *estabelecimento*. A situação prévia à criação de um estado ‘comunitário-legal’ é o estado de natureza, e nesta não há personalidade. Em todo caso, não existe uma personalidade assegurada. Por isso, frente aos autores de vulnerações dos direitos humanos, os quais, por sua parte, tampouco oferecem uma segurança suficiente de ser pessoas, de per si permite-se tudo o que seja necessário para assegurar o âmbito

‘comunitário-legal’, e isto é de fato o que sucede, conduzindo primeiro uma guerra, não enviando primeiro passo à polícia para executar uma ordem de detenção²⁴⁶.

A ordem “comunitário-legal”, portanto, para Jakobs, não está estabelecida, mas sim *a estabelecer*. É essa vulneração do estado de “perfeição”²⁴⁷ de uma comunidade homogênea e perfeitamente adequada à ordem funcional que lhe permite argumentar no sentido de que o Inimigo não mereceria a guarida os direitos humanos, à medida que *ele próprio* seria obstáculo à implementação desses direitos.

Ora, visivelmente está-se diante da situação que Bauman menciona. Não se está apenas diante de uma divisão social que se estabelece a partir do *dado*, mas sim diante de um *projeto* de engenharia social que nos permitiria conduzir ao “estado perfeito”. A ambivalência seria eliminada; apenas aqueles que se propusessem a ter uma “personalidade não-contrafática” deveriam sobreviver. Aos demais, seria simplesmente declarada guerra.

O Inimigo, definido a partir de sua personalidade “contrafática” que *relacionalmente* se opõe à ordem funcional – conforme as observações de Mary Douglas e Lévi-Strauss – não se manifesta, precisamente, enquanto um “si mesmo”. O terrorista, exemplo por excelência do Inimigo, *pode* não vir a ser tratado dessa forma²⁴⁸. O verdadeiro *conteúdo* que define o Inimigo está numa contraposição à ordem dada, enquanto um cidadão que renuncia à “personalidade”, tornando-se “não-cidadão”. O Outro, como já ressaltara Bauman, não é propriamente *alguém*, mas um arranjo assimétrico que serve como oposição para o Um, que pretende assim se afirmar. Heterogeneidade que existe apenas para afirmar a homogeneidade, como um traço em extinção. É só na relação com a *ordem* que se constitui o Inimigo, par assimétrico na relação de poder com o cidadão.

Mais: essa *ordem* – entendida enquanto “personalização” universal que garante a *todos* os direitos humanos – somente pode ser estabelecida *após* a guerra. Antes da instituição de uma ordem jurídica que atinja a todos, indistintamente, é necessário que o Estado-jardineiro recolha as ervas-daninhas, sob pena de que o jardim de destrua por inteiro. Apenas *após* o

²⁴⁶ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, p. 47.

²⁴⁷ “A modernidade criou essa compulsão, esse desejo irresistível de ordem e de segurança. O mundo perfeito, utopia dos iluministas, seria totalmente limpo e idêntico a si mesmo, transparente e livre de contaminações”. GAUER, Ruth. *Da Diferença Perigosa ao Perigo da Igualdade: reflexões em torno do paradoxo moderno*, p. 401.

²⁴⁸ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, p. 44.

estabelecimento de uma homogeneidade nas “expectativas normativas” é possível que os direitos humanos sejam assegurados.

É esse processo que Bauman descreve:

A definição do Outro como parasita utiliza os medos profundamente arraigados, a repulsa e a aversão a serviço do extermínio. Mas também, e de modo mais seminal, ela coloca o Outro a uma enorme distância mental na qual os direitos morais não são mais visíveis. Tendo sido despojado de sua humanidade, e redefinido como verme, o Outro não é mais objeto de avaliação moral²⁴⁹.

Uma vez *despersonalizado* o Outro, a questão do exercício dos direitos fundamentais passa a segundo plano. Não sendo o Outro *pessoa*, o problema não se coloca mais em termos constitucionais. O Outro torna-se “verme”, algo a ser expungido da sociedade como um câncer que poderá trazer a destruição da ordem. Leia-se, novamente, as precisas palavras de Zygmunt Bauman, referindo-se ao nazismo:

Declarando que uma categoria específica de pessoas não tem lugar na ordem futura é dizer que essa categoria está além da redenção – não pode ser reformada, adaptada ou forçada a se adaptar. O Outro não é um pecador que pode ainda se arrepender ou emendar. É um organismo doentio, ‘enfermo e infeccioso, prejudicado e prejudicial’. Serve apenas para uma operação cirúrgica; melhor ainda, para a fumigação e o envenenamento. Deve ser destruído para que o resto do corpo social possa manter a saúde. Sua destruição é uma questão de medicina sanitária²⁵⁰.

É precisamente uma ordem *futura* que está em jogo, uma ordem em que apenas aqueles “homogêneos” devem sobreviver, para que possam exercer seus direitos em conformidade com a ordem funcional. E é a preciosa engrenagem da “fidelidade” que servirá de suporte para definir o Inimigo²⁵¹. Fidelidade que, como se viu, é capaz de obedecer às mais terríveis

²⁴⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*, p. 56.

²⁵⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*, p. 56.

²⁵¹ Como brilhantemente diz Freixedo, “el Derecho actúa como un catalizador de la obediencia ciudadana y, para ello, la institución del *enemigo* se muestra del todo apta a la hora de crear mecanismos simples de sumisión. El enemigo, utilizado como chivo expiatorio, opera de *pharmacos* de la consciencia cívica, aleja del Estado de las críticas que se pudieran suscitar por una situación problemática y, em definitiva, refuerza la obediencia incondicionada a las demandas institucionales”. BASTIDA FREIXEDO, Xacobe. Los bárbaros em el umbral. fundamentos filosóficos del derecho penal del inimigo. In: *DPE*, v. 01, p. 296. E também García-Amado: “el paradigma y el punto de mira del Derecho penal no es el delincuente, sino el ciudadano obediente, entregado y sumiso; que las normas penales existen para otorgar a los ciudadanos garantías de que los delincuentes no les van a danar ni preocupar más, no para asegurar a los (sospechosos o acusados de) delincuentes que no van a ser objeto de las iras, la venganza o la búsqueda histórica de seguridad por las sociedades. En el fondo, el Derecho penal del enemigo no reprime al delito, sino la heterodoxia”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs. In: *DPE*, v. 1, p. 893. Essa engrenagem de fidelidade é altamente simplificada pelos defensores do Direito Penal do Inimigo, salientando a “auto-exclusão” do criminoso da condição de pessoa. Conforme: POLAINA NAVARRETE, Miguel & POLAINO-ORTIS, Miguel. Derecho

das ordens. O Inimigo, que se define como binário “inferior” do cidadão, deve ser eliminado. É obstáculo.

Pois bem, precisamente no ambiente social contemporâneo, no qual irrompe uma relação de implicação entre a exigência de ordem e o medo coletivo²⁵², causado pelas altas taxas de delito e pela insegurança ontológica, o Direito Penal do Inimigo enquanto estratégia de *purificação* social cai como uma luva para o discurso neoconservador²⁵³. A criação de um ambiente de tensão permanente onde a exigência de ordem e autoridade ganha primazia é o local propício para que o que era para ser exceção tornar-se regra, como previa Agamben. A diferença é que, como “utopia de pureza”²⁵⁴, e não simples forma de manutenção da ordem, pode sustentar um projeto de reengenharia social, provavelmente apoiado em exigências de eliminação dos setores vulneráveis e marginalizados da população que acaba por suportar a maior parte da pressão punitiva na contemporaneidade²⁵⁵. É um horizonte em que o “vagabundo”, contraponto do “turista”, é definitivamente *eliminado* como impureza social.

penal del enemigo: algunos falsos mitos. In: *DPE*, v. 2, p. 624 e próprio Jakobs, em JAKOBS, Günther. ¿Terroristas como personas em Derecho? In: *DPE*, v. 2, p. 90.

²⁵² Também identificando o Direito Penal do Inimigo com o medo: BUSATTO, Paulo César. Quem é o inimigo, quem é você? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 66, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 347-350; ASUA BATARRITA, Adela. El discurso del enemigo y su infiltración en el derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas” y conductas periféricas. In: *DPE*, v. 01, pp. 243-246

²⁵³ “Una situación semejante deja el terreno abonado para las respuestas políticas al *miedo, al riesgo, a la inseguridad*: al miedo al ‘otro’ extranjero está provocando una conflictividad social en Europa que es ‘respondida’ por las agencias estatales con políticas de inmigración restrictivas y con legislaciones que parecen reservarse el ‘derecho de admisión’ de ciertos extranjeros en los Estados europeos”. RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Historia y Legitimación del castigo*, p. 121. Scheerer e outros também identificam que o Direito Penal do Inimigo é instrumento de “superação de crises”, servindo como elemento central a “declaração do inimigo”, restabelecendo segurança e ordem, além do sentimento de “inocência” do restante da população. SCHEERER, Sebastian; BÖHM, Maria Laura & VÍQUEZ, Karolina. Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho penal del enemigo. In: *DPE*, v. 2, p. 927. Ainda: ALLER, Germán. *El Derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto*. In: *DPE*, v. 1, pp. 86-88; BASTIDA FREIXEDO, Xacobe. Los bárbaros em el umbral. fundamentos filosóficos del derecho penal del enemigo. In: *DPE*, v. 01, pp. 291-292; CALLEGARI, André Luiz & DUTRA, Fernanda Arruda. Derecho Penal del enemigo y derechos fundamentales. In: *DPE*, v. 1, p. 327; TERRADILLOS BASOCO, J. M^a. . Una convivencia cómplice. En torno de la construcción teórica del denominado “Derecho penal del enemigo”. In: *DPE*, v. 2, p. 1027.

²⁵⁴ Salientando esse aspecto prospectivo do Direito Penal do Inimigo: ABOSO, Gustavo Eduardo. El llamado “Derecho Penal del Enemigo” y el ocaso de la política criminal racional: el caso argentino. In: *DPE*, v. 1, p. 60; MELIÁ, Manuel Cancio. De nuevo: ¿“Derecho Penal” del enemigo? In: *DPE*, v. 1, p. 370-373; DONINI, Massimo. El Derecho penal frente al “enemigo”. In: *DPE*, v. 1, p. 625; GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs. In: *DPE*, v. 1, pp. 922-924; GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. ¿Qué es y que puede ser el “Derecho penal del enemigo”. In: *DPE*, v. 2, p. 38; PASTOR, Daniel R. El Derecho penal del enemigo em el espejo del poder punitivo internacional. In: *DPE*, v. 2, pp. 495.

²⁵⁵ Ver: LOPES Jr., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (fundamentos de instrumentalidade garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 11-18.

SEÇÃO 2 - INDAGANDO AS RAÍZES DA ORDEM E DO MEDO

1. A Ordem convertida em Totalidade

A pureza elimina o Estranho, o Outro, o Inimigo. Este deve ser tratado em passo de guerra, ante o notável perigo que representa para a ordem social. Sua posição é incômoda, ele representa uma ameaça constante à sociedade funcional. É um obstáculo na engrenagem do sistema, uma presença que coloca em jogo o próprio funcionamento da estrutura. Sua existência coloca em xeque a *configuração* da sociedade. Sua diferença é insuportável, a impureza alcança um nível que exige um tratamento enquanto simples “perigo”.

Mary Douglas sinalava que nem sempre suportar a ambigüidade seria desagradável²⁵⁶. No entanto, ao indivíduo-mônada contemporâneo, fechado em si mesmo ao mundo exterior, crendo que seu poder representacional tem a capacidade de esgotar a totalidade do Outro, a presença do ambíguo tornou-se simplesmente *insuportável*.

Sartre descreve bem essa sensação em “A Náusea”²⁵⁷. Roquentin, ao tomar consciência de existência de um mundo exterior independente e irreduzível a nossas classificações, um mundo externo bruto que chega avassalador, sem tomar qualquer consideração com a consciência do sujeito, enche-se de náusea²⁵⁸. A intuição fenomenológica de Sartre demonstra o sentimento do indivíduo-mônada ao se deparar com o *outramente* do Outro: aquilo que excede minha capacidade de representação, aquilo que se mostra ambíguo e infinito, causa

²⁵⁶ DOUGLAS, Mary. *Pureza e Perigo*, p. 52.

²⁵⁷ SARTRE, Jean-Paul. *A Náusea*. Trad. Rita Braga. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, s/d. “Não agüentava mais. Já não podia suportar que as coisas estivessem tão próximas. Empurro um portão de ferro, entro, existências leves se erguem de um salto e se empoleiram nos cimos. Agora me reconheço, sei onde estou: estou no jardim público. Deixo-me cair num banco entre os grandes troncos negros, entre as mãos negras e nodosas que se erguem para o céu. Uma árvore raspa a terra, sob meus pés, com uma unha preta. Gostaria tanto de me abandonar, de deixar de ter consciência de minha existência, de dormir. Mas não posso, sufoco: a existência penetra em mim por todos os lados, pelos olhos, pelo nariz, pela boca...

‘E, subitamente, de repente, o véu se rasga: compreendi, vi’ (p. 187).

²⁵⁸ “Não posso dizer que me sinta aliviado nem contente; ao contrário, sinto-me esmagado. Só que meu objetivo foi atingido: sei o que desejava saber; compreendi tudo o que me aconteceu desde o mês de janeiro. A Náusea não me abandonou e não creio que me abandone tão cedo; mas já não estou submetido a ela, já não se trata de uma doença, nem de um acesso passageiro: a Náusea sou eu”. SARTRE, Jean-Paul. *A Náusea*, p. 187.

náusea. O traumatismo do Encontro é representado pela náusea de *chegar*, pura e simplesmente, sem convite e sem restrição, do Outro²⁵⁹.

A Modernidade, no isolamento solipsista do sujeito moderno²⁶⁰, cultivou o fechamento do “eu”, enquanto suposta autonomia, de tal forma que, na presença do estranho que abala os alicerces da estrutura, não procuramos mais um ritual salvador²⁶¹, mas simplesmente reduzimos o Outro à impureza e o eliminamos, mediante estratégias bélicas. É o Outro que se vê reduzido a perigo, enquanto Inimigo.

Onde poderíamos situar o enraizamento cognitivo desse *medo* do Outro?

É preciso suturar nossas categorias mentais de forma a investigar o que realmente constitui essa forma de pensar que se fecha em si mesma, proporcionando a idéia de “ordem” e tornando insuportável a admissão (ou *recepção*) da diferença que não se reduz aos nossos esquemas classificatórios. Investigar, densamente, o que realmente nos leva a formar o *preconceito* em relação àquilo que não se enquadra na “ordem”. Enfim, não apenas *expor* a situação como um *dado*, mas adentrar-se no que *constitui* esse dado.

É nesse momento que podemos *converter* a idéia – de raiz mais nitidamente sócio-antropológica – de *ordem* para a noção filosófica de “Totalidade”²⁶², que significa, em síntese, a redução do desconhecido ao conhecido, a pretensão identificante que reduz a diferente ao igual, ou seja, o impulso de neutralização do poder desagregador do Diferente, materializado por meio de uma construção “dialética, imanente e com pretensão de auto-compreensão e auto-legitimação”²⁶³. A Totalidade representa, então, a tendência de *zerar o grau* de diferença, proporcionando uma homogeneidade semelhante, em nível intelectual, ao processo

²⁵⁹ Ver: SOUZA, Ricardo Timm de. Sartre e a Ambigüidade da Percepção. In: *Totalidade e Desagregação: sobre as fronteiras do pensamento e suas alternativas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, pp. 81-100.

²⁶⁰ Abordaremos a questão do individualismo com maior densidade no Capítulo IV.

²⁶¹ Ver: DOUGLAS, Mary. *Pureza e Perigo*, pp. 75-92.

²⁶² A similaridade pode ser observada na seguinte transcrição: “O fato de que algo não seja ordenado indica normalmente, na tradição, a necessidade de que esse algo seja ordenado, quer dizer, integrado a uma ordem. Assim, é o “não-ser-ordenado” percebido somente como o “ainda-não-ordenado”, no sentido de “ainda-não-subsumido-na-sincronização”. A *discordância*, ‘o traço de um ‘*au-delà* que porta um tempo diferente’, é compreendida como um *problema a resolver*, como uma questão que achará necessariamente, no tempo da lógica dinâmica e convergente, o seu próprio *destino*. O diferente destina-se, em última análise, ao não-diferente, *achar-se-á* finalmente no Mesmo, a identidade final é seu *télos*”. SOUZA, Ricardo Timm de. *Sujeito, Ética e História: Levinas, o traumatismo infinito e a crítica da filosofia ocidental*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999, pp. 72-73.

²⁶³ SOUZA, Ricardo Timm de. *Totalidade e Desagregação*, p. 18.

de engenharia social que referimos até agora. Ela, portanto, se *enraíza* na forma de *pensar* que *constitui* as formações teóricas que hiperbolizam a ordem.

Ricardo Timm de Souza arrola dois princípios condutores do pensamento filosófico que se estruturou enquanto Totalidade: o primeiro consistiria em uma tendência classificatória, “especificadora”, interessada sobretudo na referência semântica inequívoca e na precisão da idéia expressa; o segundo, na tradução do *impulso vital* do Ocidente que se alimenta crescentemente ao longo da história do pensamento e da humanidade: a tendência de reduzir o Diferente ao Mesmo intelectualmente ou faticamente expresso²⁶⁴. Ou seja, a história intelectual expressa uma pulsão que se repete no mundo concreto: o sufocamento da alteridade em esquemas que a reduzem ao Mesmo²⁶⁵.

O processo que é impulsionado desde então, que se anotava como crescente, é o que denominamos de “trofismo”, ou seja, aquilo que é constantemente “nutrido” e fortalecido, robustecendo-se em esquemas que se alimentam de si próprios, como ocorre, por exemplo, no pensamento hegeliano²⁶⁶. Segundo Ricardo Timm de Souza, “a História do Ocidente tem constituído, em suas linhas mais amplas, na história dos processos utilizados para neutralizar o poder desagregador do Diferente”. À Filosofia, em sua expressão categorial-hegemônica, cumpriu a tarefa, até o momento, de “legitimar intelectualmente essa busca pela neutralização”. É precisamente essa busca de neutralização que consiste na Totalidade²⁶⁷.

A tentativa de redução da diferença por meio de um esquema que se expressa enquanto Totalidade é o impulso que guia o pensamento filosófico. Ao mergulharmos essa perspectiva conceitual em uma *antropologia filosófica*, a fim de compreender as razões pelas quais esse

²⁶⁴ SOUZA, Ricardo Timm de. *Totalidade e Desagregação*, p. 17.

²⁶⁵ “A filosofia que surgia como uma oposição à opinião, tendia à sabedoria como ao instante de plena posse de si, em que já nada de estranho, nada de diferente, vinha limitar a identificação gloriosa do ‘Mesmo’ no pensamento. Caminhar em direção à verdade consistia em descobrir uma totalidade onde o diverso acabava por ser idêntico, isto é, dedutível, no mesmo plano ou no plano do ‘Mesmo’”. LEVINAS, Emmanuel. *Ruína da Representação*. In: *Descobrir a Existência com Husserl e Heidegger*. Lisboa: Piaget, 1997, p. 163.

²⁶⁶ Para Levinas, o hegelianismo é o modelo desse modo de pensar. Ver: SOUZA, Ricardo Timm. *Sujeito, Ética e História*, p. 55, nota de rodapé 81. Da mesma página: “a sabedoria em sentido europeu tomou para si todos os espaços da realidade”. Ainda: LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*. Salamanca: Sígueme, 1977, pp. 60-61; SOUZA, Ricardo Timm de. Hegel e o Infinito – alguns aspectos da questão. *Veritas*, v. 50, n. 2, julho/2005, pp. 155-174..

²⁶⁷ SOUZA, Ricardo Timm de. *Totalidade e Desagregação*, p. 18. “A pretensão de legitimidade absoluta e completação, que pervade essas hermenêuticas do passado e de seus problemas em sua *superação* contemporânea, mostra-se a Levinas, em última análise, como um *jogo da Totalidade do Ser em sua dinâmica que pensa seu processo de desdobramento, em sua totalização*. Conhecer significa totalizar, *reconhecer por totalização*, em um fluxo totalizante”. SOUZA, Ricardo Timm de. *Sujeito, Ética e História*, p. 55.

movimento se produz, troficamente, inclusive, encontramos-nos diante da circunstância de que “nascer significa inserir-se definitivamente em uma tensão vital que indica ter que, a cada momento, sobreviver entre a vontade de inércia, do indiferenciado, a violência do único”²⁶⁸, ou seja, resistir ao impulso de aderir à Totalidade. É no *intervalo* decisivo entre esse aderir, de um lado, e o encontro ético com o Outro, que me permite romper com a inércia do indiferenciado, de outro, que estamos vivendo²⁶⁹. Ser humano, portanto, é “ter de mergulhar na inelutabilidade de um momento, hipotecar a um momento toda a sua existência, naquele instante único, e não em outro qualquer”²⁷⁰. Esse intervalo, a par de toda ontologia, nos joga numa decisão fundamentalmente *ética*, da qual é impossível escapar²⁷¹. *Não há alibi*.

A racionalidade situa-se, dessa forma, precisamente como

a mobilização dos recursos intelectuais que conspiram ou a favor de uma atividade capaz de integrar o encontro com o diferente, com o Outro, ao corpo das experiências prévias – quando se constitui em racionalidade sã em sentido ético -, ou a favor de uma justificação da existência e da recorrência da ‘Massa’, do ‘Mesmo’ e da ‘Totalidade’, aqui considerados como sinônimos – quando se constitui então em Razão violenta e unificadora²⁷².

Nesse intervalo constitutivo, pois, estamos diante de um mundo “humano”, constituído a partir do ser humano e *pelo* ser humano, sendo inviável recorrermos a fábulas como a idéia de “mundo objetivo”²⁷³. Na tensão do mundo humano, a inscrição na ordem da realidade torna-se

²⁶⁸ SOUZA, Ricardo Timm de. A Dignidade da Pessoa Humana: uma visão contemporânea. *Filosofazer*. Passo Fundo. Ano XIV, n. 27, p. 8, 2005-II.

²⁶⁹ A categoria do “infinito”, própria do pensamento de Levinas, é apresentada como contraponto filosófico à Totalidade. Ricardo Timm de Souza expressa: “A Totalidade é a *maior das categorias*, a que concentra a maior quantidade de energia; o Infinito sugere qualidades de grandeza ao menos proporcionais, embora não acessíveis à racionalidade corrente e não identificável com a grandiosidade da filiação totalitária”. SOUZA, Ricardo Timm de. *Sujeito, Ética e História*, p. 99.

²⁷⁰ SOUZA, Ricardo Timm de. A Dignidade da Pessoa Humana: uma visão contemporânea, p. 8.

²⁷¹ Aqui já nos distanciamos da proposta de antropologia filosófica trazida por Ernildo Stein, que considera existir um “aprisionamento” da antropologia na ética a partir da obra kantiana. Ver: STEIN, Ernildo. *Exercícios de Fenomenologia: limites de um paradigma*, pp. 171-192.

²⁷² SOUZA, Ricardo Timm de. A Dignidade da Pessoa Humana: uma visão contemporânea, p. 8.

²⁷³ Essa referência certamente poderia causar significativa revolta a autores que se denominariam “realistas”. A acusação de “relativismo”, nesse caso, é a mais óbvia. No entanto, ao afirmarmos que a noção de “mundo” é totalmente humana não se está dizendo que o mundo é “qualquer coisa”. O que se está argumentando é que a noção de mundo precede ao empilhado de objetos que estão no seu interior. O mundo se constitui a partir do horizonte humano. Isso não significa que neguemos a existência de uma realidade externa, da externalidade mesma, que existe em si mesma independente do pensamento humano. O que se propõe, exatamente partindo do *desacoplamento* entre pensamento e realidade, é que toda visão de um objeto é perspectiva, coloca-o “entre parênteses”, como dizia Husserl, de sorte que a noção de mundo “objetivo” não pode se confundir com a questão da realidade do mundo. O “objetivo”, por si mesmo, é uma categoria *humana* relacionada ao pensamento. A expressão “mundo objetivo”, por isso, estará irremediavelmente contaminada pelo humano. Como afirma Ernildo Stein, “o mundo natural e humano assim concebido está situado num contexto de conhecimento, de familiaridade e de lidar com que lhe tira o caráter simplesmente objetivo e lhe impõe a marca de algo

irreversível, só podendo, desde que sai do útero materno, estar numa situação de *auto-superação* – numa “reencontrar perpétuo com sua unicidade”²⁷⁴.

Entretanto, essa vocação de unicidade pode ser negada.

Compõe-se então a massa – é o retorno a um mundo primeiro e sem diferenciação, baseado na segurança monolítica: sem intervalos. Seres individuais renunciam à sua origem particular e agrupam-se em massa compacta: a massa é a ideologia concreta e concretizada. Declinam de toda dignidade, delegam-na à autoridade²⁷⁵.

Trata-se, ainda e sempre, de uma *decisão*. Como já se afirmou, o instante, o intervalo em que se constitui o existir humano no mundo não é, em absoluto, *neutro*. Não há álibi que garanta uma integridade da decisão com base ontológica. Está-se de um momento inelutavelmente *ético*, cuja compreensão, a partir da dimensão do Rosto e do assassinato²⁷⁶, Emmanuel Levinas contribuiu para esclarecer.

Nesse instante, também é possível *romper* a Totalidade. A subjetividade *moderna* é constituída de forma solipsista, tal como Descartes e Leibniz, no seu nascedouro, expuseram no *Cogito* e na teoria das mônadas. Essa é a “razão solitária do Ocidente”, matéria-prima sobre a qual se soergueu a razão das massas. Para ela, não existe o Novo, mas sim o *medo mortal dele*²⁷⁷.

A subjetividade, no entanto, se dá sempre no mundo plural. É na diferença, na alteridade que se dá o seu sentido mais pleno e original. É na relação que se constitui o Eu. Essa dimensão de relação entre os diversos mundos humanos é que se forma enquanto ética. Na concretude do tempo, na existência e diante da realidade do Outro é que se rompe a tentação narcisista ou auto-reflexiva da mônada.

Ou seja: estamos diante de um instante que se mostra ao mesmo tempo *existencial* e *ético*. Mas no qual a decisão *reta*, ética, é precisamente aquela que significa o maior

significado, que vem ao nosso encontro enquanto inserido em uma estrutura prévia que podemos pensar como um modo de ser-no-mundo do homem. É assim que a fenomenologia hermenêutica percebe que, quando conhecemos, não lidamos simplesmente com um objeto, mas com algo que acontece em nossa perspectiva, apresentando-se com sentido”. STEIN, Ernildo. *Exercícios de Fenomenologia: limites de um paradigma*, p. 239.

²⁷⁴ SOUZA, Ricardo Timm de. A Dignidade Humana da Pessoa Humana: uma visão contemporânea, p. 13.

²⁷⁵ SOUZA, Ricardo Timm de. A Dignidade Humana da Pessoa Humana: uma visão contemporânea, p. 14.

²⁷⁶ As temáticas foram exploradas nos itens 2 e 3 da Seção 2 Capítulo III.

²⁷⁷ SOUZA, Ricardo Timm de. A Dignidade Humana da Pessoa Humana: uma visão contemporânea, p. 17.

traumatismo. Assumir a presença do Outro *enquanto Outro*, desestruturando a unidade que antes se constituía como Totalidade do “si mesmo”, é, sem dúvida, um momento de extrema dificuldade. E, provavelmente por essa razão, a tentação na Massa ou da Totalidade seja tão forte, a ponto de guiar o intelecto filosófico por mais de dois milênios.

O *risco* do Novo parece insuportável, como Outro que o Novo é. Por essa razão, o conservadorismo é uma opção permanente e plausível, na medida em que fornece solidez e ilude a diacronia do tempo. Nessa solidez distante da realidade crua e traumática, aquilo que aparece enquanto irrepresentável – o Outro – é imediatamente negado, garantindo o “conforto” da unidade na Totalidade. O *preconceito*, enquanto uma representação que nega a alteridade, é o verso da moeda dessa totalização. Ele é aquilo que – negando o Novo, ou o Outro – sobrepõe uma representação irreal para garantir que a unicidade fictícia não seja desmanchada.

O preconceito, segundo Ricardo Timm de Souza, é sempre um preconceito do *tempo*. Os conservadorismos de qualquer espécie, ao pretenderem a todo custo *conservarem* o passado, nada mais fazem do que truncar a raiz da vida: o decorrer do tempo. Sustenta-se, por isso, com base no *medo do novo*²⁷⁸. *Tudo se torna medo*.

A pretensão do Ocidente de *parar* o tempo, de reduzi-lo a um espaço a um foco único e definitivo de sentido, de eternizar o tempo em um presente que aprisiona o futuro, tautológico, um presente que se repete enquanto uma narrativa universalizante, sistêmica e ordenadora, é, precisamente, a reprodução da idéia de *fidelidade*, sem a presença do Outro²⁷⁹.

Esse Outro que chega sem ser convidado e é irreduzível a minha compreensão, Outro “*estranho*”, “*inimigo*”, portador de uma ambivalência que desestabiliza a estrutura, é

²⁷⁸ SOUZA, Ricardo Timm de. *Ainda além do medo: filosofia e antropologia do preconceito*. Porto Alegre: Dacasa, 2002, p. 16.

²⁷⁹ “Não pode existir um futuro *aberto* para a Totalidade, e o futuro que *de nenhuma maneira* esteja presente na dinâmica de sincronização presentificadora da Totalidade não se pode constituir em futuro desta Totalidade, sendo, antes, uma contradição mortal para ela. A *abertura* do futuro não é combinável com o *fechamento* da Totalidade”. SOUZA, Ricardo Timm de. *Sujeito, Ética e História*, p. 119. Como nota Salo de Carvalho, “na tradição jurídico-dogmática, porém, o importante elemento temporal é invariavelmente relegado, transformando-se a análise histórica dos textos legais e seus fundamentos jurídicos, políticos e filosóficos em reconstrução de sistemas com pretensões universalistas e atemporais, configurando aquilo que poderia ser denominado como ‘vontade de sistema’”. CARVALHO, Salo de. *Memória e Esquecimento nas Práticas Punitivas*. Revista de Estudos Ibero-Americanos, Edição Especial, n. 2, 2006, p. 63. E ainda: GAUER, Ruth. Conhecimento e Aceleração (Mito, verdade e tempo). In: *A Qualidade do Tempo*. Org. Ruth Gauer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 03.

reduzido a um perigo, que deve ser exterminado. Como diz Ricardo Timm de Souza, a atitude preconceituosa está para além do medo, se tratando, em última análise, de uma dinâmica da anulação do *humano* em um processo de absorção pela Totalidade²⁸⁰. A imposição da ordem inclusive *projetiva* significa, por isso, que a Totalidade - pretensão de neutralizar a diferença em um processo intelectual que procura a absorver - movimenta-se “tróficamente”, eliminando os resquícios humanos que porventura se interponham em seu caminho.

Transplantemos tais noções para o Direito Penal do Inimigo: Jakobs entende que somente pode ser tratado como “pessoa” aquele que demonstra *personalidade* em conformidade com os ditames do *ordenamento*; aos impuros, que refugam ao esquema totalizante, deixamos as estratégias bélicas e pugnamos pela sua eliminação. A pretensão é de construir uma Totalidade *sem* diferença – apenas ordem. Esse raciocínio é construído a partir de uma “ferramenta”, que exploraremos a seguir.

2. A Razão como Instrumento da Totalidade

O Direito Penal do Inimigo não pode se construir, pelo menos enquanto pretensão teórica, sem uma “ferramenta”. Na medida em que pretende ser uma construção racional, pois regido por fundamentos e desenvolvido de forma argumentativa, precisa apoiar-se em uma racionalidade própria. Uma racionalidade capaz de sustentar esse *pré-conceito* em relação ao Inimigo, em direção à ordem.

O pensamento funcionalista-sistêmico²⁸¹ é o eixo que sustenta a construção de Jakobs. Nele, são os *meios* que estão em jogo. Cezar Roberto Bittencourt anota, com precisão:

²⁸⁰ SOUZA, Ricardo Timm de. *Ainda além do medo: filosofia e antropologia do preconceito*, p. 19.

²⁸¹ O “funcionalismo” não é um termo unívoco na doutrina penal. Inicia-se com a perspectiva dualista de Claus Roxin, criticando o ontologismo da teoria finalista de Hans Welzel para irrigar a dogmática penal com motivações político-criminais, porém ainda acrescido de uma perspectiva de razão prática, fundamentalmente a partir da obra *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*, de 1970. O “monismo” de Jakobs, no entanto, contrapõe a isso um sistema fechado e auto-referente que se orienta unicamente a partir de exigências sistêmicas, sem qualquer preocupação teleológica. Ver: BITENCOURT, Cezar Roberto. Síntese das principais fases da evolução epistemológica do Direito Penal. In: *Sistema Penal e Violência*, p. 90-91; ZANATTA, Airton. Teoria do Funcionalismo Penal: uma breve aproximação por este ‘outro lado’ do Atlântico. In: *Ensaio Penais em Homenagem ao Professor Alberto Rufino dos Santos*, pp. 65-80 e SCHMIDT, Andrei Zenkner. Revisão Crítica das concepções funcionalistas: em busca de um sistema penal teleológico-garantista, no mesmo volume, pp. 107-133. Figueiredo Dias, por exemplo, situa que “as próprias valorações político-criminais não-de penetrar – e o

Jakobs (...), seguindo a Luhmann, concebe o Direito Penal como um *sistema normativo fechado*, auto-referente (autopoietico) e limita a dogmática jurídico-penal à análise *normativo-funcional* do Direito Positivo, com a exclusão de considerações empíricas não normativas de valorações externas ao sistema jurídico-positivo²⁸².

Nota-se, portanto, que se está diante da “ferramenta” que possibilita a oposição entre o Outro e a ordem. O preconceito – que sempre se apóia no medo – representa a perda da base autônoma da racionalidade: torna-se totalmente *instrumental*, subsidia-se ao que é maior que ela, a Totalidade²⁸³. A racionalidade perde seu sentido; destina-se unicamente a fornecer os *meios* para cumprir os fins que a Totalidade lhe impõe. No Direito Penal do Inimigo, a razão é absolutamente *sujeitada* à totalidade: manutenção da ordem funcional²⁸⁴. Uma razão plenamente sujeitada ao medo.

Acompanhemos, *mais uma vez*, em citação longa, ainda que imperativa, do texto de Jakobs, a fim de apresentar seu “argumento”:

Ao que tudo isto segue parecendo muito obscuro, pode-se oferecer um rápido esclarecimento, mediante uma referência aos fatos de 11 de setembro de 2001. O que ainda se subentende a respeito do delinqüente de caráter cotidiano, isto é, não tratá-lo como indivíduo perigoso, mas como pessoa que age erroneamente, já passa a ser difícil, como se acaba de mostrar, no caso do autor por tendência. Isso está imbricado em uma organização – a necessidade da reação frente ao perigo que emana de sua conduta, reiteradamente contrária à norma, passa a um primeiro plano – e finaliza no terrorista, denominação dada a quem rechaça, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico, e por isso persegue a destruição dessa ordem. Entretanto, não se pretende duvidar que também um terrorista que assassina e aborda outras empresas pode ser representado como delinqüente que deve ser punido por qualquer Estado que declare que seus atos são delitos. Os delitos seguem sendo delitos, ainda que se cometam com intenções radicais e em grande escala. Porém, há que ser indagado se a fixação estrita e exclusiva à categoria do delito não impõe ao Estado uma atadura – precisamente, a necessidade de respeitar o autor como pessoa – que, frente a um terrorista, que precisamente não justifica a

estudo da doutrina do crime revela que verdadeiramente penetram – toda a dogmática jurídico-penal, tornando-se penhor da justeza e adequação das soluções dos concretos problemas jurídico-penais. Em particular, muitas questões da doutrina geral do crime só podem receber uma solução definitiva a partir da consequência jurídica e, nesta acepção, ‘a partir do resultado’”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal Português*. Volume II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 40. É essa relação “meio-fim”, mecanismo compartilhado por todos os autores, a que se dirige a crítica.

²⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. Síntese das principais fases da evolução epistemológica do Direito Penal, p. 90.

²⁸³ SOUZA, Ricardo Timm de. *Ainda além do medo: filosofia e antropologia do preconceito*, p. 66.

²⁸⁴ “Ao contrário, no funcionalismo *normativista*, a construção de regras de imputação penal não se sujeita a limites que não os estabelecidos pelos próprios fins do sistema penal, em atenção àquilo que se considere fundamental na constituição social”. SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Revisão Crítica das concepções funcionalistas: em busca de um sistema penal teleológico-garantista*, p. 109.

expectativa de uma conduta geralmente pessoal, simplesmente resulta inadequada²⁸⁵.

O argumento, nota-se, não passa por qualquer *razão*, mas apenas pela ausência de instrumentalidade necessária na situação atual. Não passa, por exemplo, pela manutenção da ordem democrática ou qualquer situação *histórica* que justifique a medida extrema: é a pura e simples manutenção da ordem, que pode ser *qualquer* ordem (inclusive uma injusta), que está em jogo. É o fato de consistir o Direito Penal tradicional uma “atadura” ao Estado que consiste, em última instância, o *nó* do argumento de Jakobs. Ou seja: a representação do Inimigo se sobrepõe de tal forma à respectiva humanidade, em prol da neutralização da diferença, que não há *reflexão*, mas pura e simplesmente *técnica*.

A racionalidade introduzida pela exigência de distinção, nos parâmetros da ordem, entre puro e impuro, sequer remete a um argumento plausível. É a simples manutenção da ordem – e só – que está em jogo. O nó da questão é, apenas, a *funcionalidade*, a *eficácia* do sistema²⁸⁶. Não há uma distinção que pudesse traduzir uma idéia como, por exemplo, a orientação de santidade na mitologia hebraica, com relação à alimentação no Levítico, como nos mostrou Mary Douglas. É a ordem pela ordem, o *funcionamento* técnico do sistema que justifica a cisão do Direito Penal.

É preciso notar, aqui, o papel fundamental que tem o funcionalismo enquanto razão instrumental. A racionalidade, em Jakobs, é aprisionada na mera técnica, que serviria para efetivar o seu projeto de sociedade pura. A constatação de Adorno e Horkheimer enquadra-se perfeitamente à hipótese:

O eu, que aprendeu a ordem e a subordinação com a sujeição do mundo, não demorou a identificar a verdade em geral com o pensamento ordenador, e essa verdade não pode subsistir sem as rígidas diferenciações daquele pensamento ordenador. Juntamente com a magia mimética, ele tornou tabu o conhecimento que atinge efetivamente o objeto²⁸⁷.

²⁸⁵ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, pp. 36-37.

²⁸⁶ Caracterizando o Direito Penal do Inimigo como “eficientismo”: GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. ¿Qué es y que puede ser el “Derecho penal del enemigo”. In: *DPE*, v. 2, p. 24.

²⁸⁷ ADORNO, Theodor & HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento*. Trad. Guido Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p. 28. Do mesmo livro: “Quanto mais complicada e refinada a aparelhagem social, econômica e científica, para cujo manejo o corpo já há muito foi ajustado pelo sistema de produção, tanto mais empobrecidas as vivências do que ele é capaz” (p. 47).

O aparato lógico, com seu poder de abstração, permitiu o avanço da ciência moderna e da tecnologia, mas elas próprias tornaram-se fetiche. Como diz Ricardo Timm de Souza, “de instância crítica da realidade, se converteu em instrumento legitimador de um reflexo da realidade que teria como constitutivo principal a pretensão de se substituir, com vantagem, à realidade mesma”²⁸⁸. O funcionalismo representa essa tendência de reduzir o pensamento a instrumento.

Trata-se de um “pensamento calculador”, na expressão de Martin Heidegger, na medida em que, como *técnica*, “não pensa”. A isso ele opõe a “reflexão meditativa”, que seria realmente o ato de pensar. Na “era atômica”, o pensamento calculador trata a natureza como uma gigantesca “estação de gasolina”, fonte de energia que se há de extrair a partir da técnica. Heidegger propõe, ao contrário, que deixemos, a partir da reflexão meditativa, que “os objetos entrem no mundo”, mas sem torná-los algo absoluto. A essa disposição fundamental – que diz “sim” e “não” à técnica – ele nomeia “serenidade”²⁸⁹.

Ernildo Stein salienta, comentando a visão heideggeriana do pensamento calculador, que para este

mundo é o depósito, o fundo, o estoque que esconde e apresenta possibilidades para a afirmação da vontade mediante a transformação. No modo de desvelamento da “com-posição”, da manufatura, do aparelhamento se vê o único modo de acesso ao ser. Um de seus modos de desvelamento se vela e esquece a todos e assim se esquece a si mesmo em sua origem essencial²⁹⁰.

Heidegger sustenta que a ciência é um modo de objetivação calculadora do ente, uma condição estabelecida pela própria vontade de vontade²⁹¹, através da qual esta garante o domínio da sua essência. Mas, pelo fato de toda objetivação dirigir-se ao ente, permanece

²⁸⁸ SOUZA, Ricardo Timm de. *Razões Plurais: itinerários da racionalidade ética no século XX*, p. 109.

²⁸⁹ HEIDEGGER, Martin. *Serenidad*. Disponível em <www.heideggeriana.com.ar>. Acesso em 17.07.2007. Igualmente criticando o funcionalismo a partir de um viés heideggeriano: D’ÁVILA, Fábio Roberto. O Inimigo no Direito Penal Contemporâneo. Algumas reflexões sobre o contributo crítico de um Direito Penal de base onto-antropológica. In: *Sistema Penal e Violência*. Org. Ruth Gauer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 95-108.

²⁹⁰ STEIN, Ernildo. *Introdução ao Pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, pp. 155-156.

²⁹¹ Aqui evidentemente está a se referir a sua interpretação da obra de Nietzsche, que ele considera o fim da metafísica, quando só há “vontade de poder”. Heidegger considera, contudo, que seria apropriado nomeá-la “vontade de vontade”. Como diz Vattimo, “ao dar-se do ser só como vontade, teorizado por Nietzsche – que é o modo extremo de ocultar-se do ser e que deixa aparecer só o ente – corresponde a uma técnica moderna que dá ao mundo esta forma que hoje se chama ‘organização total’”. VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. Trad. João Gama. Lisboa: Piaget, 1996, p. 98.

nele, já julgando o ser. Todo conhecimento, dessa forma, manifesta um certo saber do ser, mas atesta simultaneamente a incapacidade de, por suas próprias forças, permanecer na lei da verdade deste saber²⁹². O pensamento calculador submete-se a si mesmo à ordem de tudo dominar, sendo incapaz de perceber que o calculável do cálculo já é, antes de suas somas e produtos calculados, um todo cuja unidade pertence ao incalculável e sai das garras do cálculo na sua estranheza²⁹³. Conforme diz Vattimo, “a tecnificação do mundo é a realização efetiva desta ‘idéia’, na medida em que é cada vez mais completamente um produto técnico, o mundo é, no seu próprio ser, produto do homem”²⁹⁴.

O pensamento do funcionalismo sistêmico de Jakobs, portanto, constitui-se apenas enquanto *técnica*, razão instrumental que não se propõe qualquer limite²⁹⁵. Está, por isso, a serviço da Totalidade. E nesses domínios, como pontua Ricardo Timm de Souza, tudo tem chance de existência, todos os crimes contra o semelhante e a natureza são passíveis de relativização e, posteriormente, anuláveis pela sua autojustificativa, por sua “liberdade auto-referente”²⁹⁶.

²⁹² HEIDEGGER, Martin. Posfácio (1948) ao texto *Que é a Metafísica?* In: *Conferências e Escritos Filosóficos*. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 47. “O desvelamento que vige e domina a técnica moderna não é mais um ‘levar-à-frente’, um trazer o ente à luz da presença, mas um ‘desafiar (*Herausfordern*) que estabelece, para a natureza, a exigência de fornecer energia suscetível de ser extraída e armazenada como tal”’. DUARTE, André. Heidegger, a essência da técnica e as fábricas da morte: notas sobre uma questão controversa. In: *Fenomenologia Hoje*. Org: Ricardo Timm de Souza e Nythamar Oliveira. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001, p. 42.

²⁹³ HEIDEGGER, Martin. Posfácio (1948) ao texto *Que é a Metafísica?*, p. 50.

²⁹⁴ VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*, p. 95. Sobre o papel da técnica gerando como resultando a sociedade do risco, ver a análise de D’ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 23-29. Segundo André Duarte, Heidegger teme fundamentalmente não a ameaça de destruição do mundo, mas a impossibilidade, uma vez esgotadas as formas de desvelamento pelo pensamento técnico, de surgimento de novos horizontes de destino, impossibilitando uma nova ‘escuta-meditativa’ ao apelo do ser. É mais um sintoma da superdimensão do conhecimento intelectual na filosofia heideggeriana, que põe em segundo plano a própria humanidade em prol do Pensamento. O autor procura rebater tais argumentos, mas, como teremos oportunidade de abordar no item 2 da Seção 2 do Capítulo 3, continuamos com a convicção de que o diagnóstico de Levinas acerca da obra heideggeriana é acertado. A discussão, no entanto, extrapolaria os limites do presente trabalho. DUARTE, André. Heidegger, a essência da técnica e as fábricas da morte: notas sobre uma questão controversa, pp. 50-65. Sobre o tema, a magistral análise de CAPUTO, John. *Desmitificando Heidegger*, pp. 187-207.

²⁹⁵ Faria Costa também anota tal aspecto: “Por isso, quanto a nós, sublinhemos antecipadamente, ambas as formas [direito natural e sistemismo] são expressões de um pensamento ‘totalizante’ do saber e do julgar teórico-prático, a que acresce, quanto à última, que a aparente neutralidade científica nada mais é do que a expressão da própria ideologia científica”. FÁRIA COSTA, José Francisco de. *O Perigo em Direito Penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 111. E mais adiante, em nota de rodapé: “É, pois, dentro deste espírito, que consideramos o sistema como efabulação, na justa medida em que, ao desprender-se do real, constrói o real sistêmico que julga ser o real verdadeiro. Deste modo o sistema, quando se quer sobrepor, ponto por ponto, ao real, nem sequer ganha a força explicativa que o discurso efabulante traz à compreensão das coisas do quotidiano” (n. 64).

²⁹⁶ SOUZA, Ricardo Timm de. *Ainda além do medo: filosofia e antropologia do preconceito*, p. 52.

3. O Direito Penal do Inimigo enquanto Projeto Totalitário

O Direito Penal do Inimigo é mais uma manifestação da guerra contra a ambivalência, travada pela Modernidade. O Outro que não reduz à minha representação²⁹⁷ – aqui *travestida* sob a forma da “expectativa” – deve ser destruído. A racionalidade é reduzida a um instrumental a serviço do sistema.

A pureza do cidadão é demarcada a partir da ordem funcional: os fiéis ao ordenamento jurídico recebem o tratamento penal tradicional; aqueles que, “contrafaticamente”, se opõem às expectativas sociais de maneira “frequente” recebem o tratamento bélico. A transgressão das linhas da ordem representa a impureza e o perigo. O indivíduo vê-se reduzido do caráter de *pessoa ao perigo* – impessoal e objetivante.

Jakobs, curiosamente, aproxima-se das categorias tratadas por Mary Douglas em “Pureza e Perigo”, mas avança ao tratar o *próprio indivíduo* enquanto *perigo*. Sua personalidade é reduzida a uma correlação com a Totalidade. E mais: não apenas, como vê Bauman, esse projeto significa um reposicionamento para *restaurar* determinada ordem, mediante eliminação ou exílio de elementos a ela estranha. O Direito Penal do Inimigo assume uma dimensão utópica: implica um *rompimento* com a estrutura conhecida para a expulsão das “ervas-daninhas”.

Esse projeto só pode se dar no tempo engessado da Modernidade. Como aponta Bhabha, ao falar do tempo da nação, trata-se de um “tempo sem duração”²⁹⁸. Um tempo homogêneo que pretende reduzir o seu próprio fluxo a um mero desenrolar previsível de um presente que se *projeta* no futuro.

Não há dúvida que o Direito Penal do Inimigo se constrói a partir do *medo*. É com essa irrigação permanente que se alimenta o preconceito, um preconceito que é sobretudo de um tempo *novo*, de algo imprevisto que vem romper com o meu presente. E o eixo desse

²⁹⁷ Ver Capítulo III.

²⁹⁸ BHABHA, Homi K. *O Local da Cultura*. Trad. Myriam Ávila et al. Belo Horizonte, UFMG, 1998, p. 202.

rompimento só pode ser o Outro, aquele que não se reduz às minhas categorias representacionais, aquele que rompe com as “expectativas”.

O indivíduo, assim, é reduzido ao estado de *perigo*, despersonalizado, jogado na condição de inumano. “Em estado de preconceito, não existe mais indivíduo, grupo, multidão e nem mesmo, em sentido estrito, massa: apenas existe o *Medo*, e isto é suficiente para que todas as distinções anteriores desapareçam”²⁹⁹. O *perigo* que integraliza a figura do Inimigo enquanto representação despersonalizada do *medo*³⁰⁰.

A racionalidade em Jakobs é um puro instrumento da Totalidade: reduz-se a tornar mais eficaz a divisão entre puros e impuros, identificando o perigo nos últimos e ultimando com a idéia de guerra, eliminação, destruição, com o intuito de manutenção da ordem funcional. Prevê, ainda, o rompimento com a própria ordem funcional vigente, em prol de outra que seria ainda mais totalitária. O impuro – Inimigo – é excluído, mediante operações de guerra, “azeitando” das engrenagens da máquina produtora de iguais³⁰¹ – fiéis ao Direito³⁰².

²⁹⁹ SOUZA, Ricardo Timm de. *Ainda além do medo: filosofia e antropologia do preconceito*, p. 61.

³⁰⁰ “Por isso, todo o preconceito, desde suas premissas, apresenta uma face de razoabilidade – é razoável desde o seu princípio, e entra em contradição consigo mesmo no momento em que a outra face, face da violência, se mostra de maneira aberta ou velada, consciente ou inconsciente. *Mas esta contradição não é perigosa para o preconceituoso, embora o fosse para uma racionalidade sadia: apenas o objeto do preconceito ‘é’ perigoso*”. SOUZA, Ricardo Timm de. *Ainda além do medo: filosofia e antropologia do preconceito*, p. 63, itálico no original, negrito meu.

³⁰¹ “Sonhando a vida inteira em não ser mais do que lixo, o preconceituoso se realiza quando é transformado efetivamente em lixo para combustão da exploração e violência contra o outro. Essa é sua única festa, a única que se permite; não ser, no fundo, *nada*, é seu sonho mais recôndito, e habitar uma região onde a esperança não possa alcançá-lo é sua concepção de porto seguro. Morto-vivo, capitulou diante do mundo; fugiu da história para não ter de entender nem ao menos sua própria história. A atitude preconceituosa é a negação da inteligência, ou, o que dá no mesmo, a negação da abertura ao outro”. SOUZA, Ricardo Timm de. *Ainda além do medo: filosofia e antropologia do preconceito*, p. 70.

³⁰² O filme “*V de Vingança*” (“V for Vendetta”, EUA/Alemanha, Direção: James McTeigue, 2006) mostra, de certa forma, o papel de ambivalência que, em certos contextos históricos, pode ter o terrorista em relação à ordem funcional vigente e um controle social em nível aberrante. Parece muito claro de que lado estaria a teoria do Direito Penal do Inimigo naquele contexto.

CAPÍTULO III INIMIGO E REPRESENTAÇÃO

SEÇÃO I – O INIMIGO ENQUANTO PROJEÇÃO REPRESENTACIONAL

1. “Ruína” da Representação

O *Direito Penal do Inimigo* depende estrutural e *intimamente*, para sua própria consistência e sistematização, da categoria “Inimigo”³⁰³. É partir dela que ele se conforma. Sem ela, é reduzido a pó. Categoria que se move a partir de uma idéia *representacional* do Outro, à medida que é somente com “segurança cognitiva” que é possível partilhar dos direitos na sociedade. Jakobs afirma, precisamente no capítulo acerca da “Personalidade Real e Periculosidade Fática”:

O mesmo ocorre com a personalidade do autor de um fato delitivo: tampouco esta pode se manter de modo puramente contrafático, sem nenhuma confirmação cognitiva. Pretendendo-se não só introduzir outrem no cálculo como indivíduo, isto é, como ser que avalia em função da satisfação e da insatisfação, mas tomá-lo como pessoa, o que significa que se parte de sua orientação com base no lícito e no ilícito. Então, também esta expectativa normativa deve encontrar-se cimentada, nos aspectos fundamentais, quando maior for o peso que corresponda às normas em questão³⁰⁴.

Não é possível sustentar uma “expectativa” normativa senão com base em uma *representação* que se detém do Outro. A personalidade do autor de um fato delitivo não pode estar em situação na qual não oferece qualquer “garantia cognitiva”. É, portanto, na idéia de *cognição* que se estrutura o “cálculo” que permite medir se a personalidade é suscetível de ser tipificada como “inimiga”.

³⁰³ Como diz Basoco: “El concepto nuclear es el de enemigo: lo irreconciliablemente opuesto”. TERRADILLOS BASOCO, J. M^a. . Una convivencia cómplice. En torno de la construcción teórica del denominado “Derecho penal del enemigo”. In: *DPE*, v. 2, p. 1016.

³⁰⁴ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, p. 34.

O Outro se projeta internamente à mente do aplicador do Direito Penal do Inimigo³⁰⁵, de sorte que, mediante um cálculo cognitivo, deve este analisar se a *representação* que detém daquele é suficiente para asseverar se é capaz de se comportar de modo *não-totalmente* contrário ao ordenamento jurídico. É o elemento da *periculosidade* que irá ser decisivo.

Portanto, o Direito Penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro lado, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade³⁰⁶.

É mediante uma *apreensão* da personalidade de Outrem que se avaliarão as condições para que seja tratado enquanto pessoa. É a partir daí que surgirá a questão propriamente dita da respectiva periculosidade. Na esfera da representação o Outro será apreendido e, mediante um cálculo *cognitivo*, verificadas suas condições para ser tratado enquanto pessoa, usufruindo dos direitos próprios daquele que integra a sociedade. Mediante *cognição*, frise-se, como procedimento legítimo para inferir-se a personalidade de Outrem. É na via cognitiva – própria do *conhecer*, na ordem do teórico – que se situa o elemento-chave para desconstruir a idéia.

Aquém da discussão sobre a viabilidade, no contexto de um Estado de Direito, de um Direito Penal do Autor³⁰⁷, é possível abrir uma fenda e investigar a raiz *onde* se localiza propriamente a pressuposição “fundante”, para que seja possível *pensar* na problemática do Direito Penal do Autor. É nessa escavação que se pretende posicionar a argumentação.

³⁰⁵ Considerando que o Direito Penal do Inimigo não se orienta pelo *due process of law*, sendo fundamentalmente um processo penal de guerra, segundo o próprio Jakobs, utilizou-se, simplesmente, o termo vago de “aplicador”, pois pouco se sabe se será um magistrado. Com a expressão, inclusive, podem estar abrangidos eventuais “peritos” que poderiam ser os responsáveis pela “cognição” da personalidade.

³⁰⁶ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, p. 37. Sobre a periculosidade e seu papel no contexto latino-americano: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas*, pp. 40-44.

³⁰⁷ Sobre o tema, há uma quantidade numerosa de artigos, dos quais destacamos: MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal” do Inimigo? In: *Direito Penal do Inimigo*, pp. 80-81; REGHELIN, Elisangela Melo. Entre terroristas e inimigos... *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 66, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 298-302; AMBOS, Kai. Derecho Penal del Enemigo. In: *DPE*, v. 1, p. 152; MELIÁ, Manuel Cancio. De nuevo: ¿“Derecho Penal” del enemigo? In: *DPE*, v. 1, pp. 373-374; CRESPO, Eduardo Demetrio. El Derecho penal del enemigo *darf nicht sein!* In: *DPE*, v. 1, pp. 493-495; DONINI, Massimo. El Derecho penal frente al “enemigo”. In: *DPE*, v. 1, pp. 652-665; LASCANO, Carlos Julio. La “demonización” del enemigo y la crítica al Derecho penal del enemigo basada en su caracterización como Derecho penal del autor. In: *DPE*, v. 2, pp. 203-232; PASTOR MUÑOZ, Nuria. El hecho: ocasión o fundamento de la intervención penal? Reflexiones sobre el fenómeno de la criminalización del “peligro de peligro”. In: *DPE*, v. 2, pp.423-548.

Tal itinerário começa com a chamada “ruína da representação”, de que falou Emmanuel Levinas ao chamar o testemunho etnológico de Lévy-Bruhl³⁰⁸, cujas idéias sobre a mentalidade primitiva marcaram, indelevelmente, a orientação da filosofia contemporânea. O empirismo intelectualista de Lévy-Bruhl – que se exime de comentar se correto ou equivocado – não seria possível sem uma filosofia do ser, que o embasa. O ser é estruturado como “Natureza e correlativo de um conhecimento, único acesso autêntico à realidade, acesso *a priori* e como que dominando a experiência”. Mas precisamente a existência de uma mentalidade primitiva “questiona a razão legisladora e mais antiga que ele”³⁰⁹.

A utilização do empirismo, método próprio das ciências da natureza, acaba chegando, por meio da investigação de fatos etnográficos, a categorias que “implodem as categorias constitutivas do pensamento”.

Essa explosão das categorias rompe com a *representação* que embasava toda vida psicológica, e com a substância que fundava o ser. (...) Lévy-Bruhl questiona precisamente a pretensa necessidade dessas categorias para a possibilidade da experiência. Descreve uma experiência que despreza a causalidade, a substância, a reciprocidade – como o espaço e o tempo – estas condições de ‘todo objeto possível’³¹⁰.

É aí que começa, propriamente, o que Levinas nomeia de “ruína de representação”. Ele assim define o processo:

Por representação é preciso entender a atitude teórica contemplativa, um saber, quer seja de origem experimental, quer repouse sobre sensações. A sensação precisamente sempre foi tomada por um átomo de representação. O correlativo da representação é um ser posto, sólido, indiferente ao espetáculo que se oferece, dotado de uma natureza e, conseqüentemente, eterno, mesmo que mude, porque a fórmula da sua mudança é imutável; as relações que ligam à representação. Antes de agir, antes de sentir, é preciso *representar-se* o ser sobre o qual vai incidir a ação, ou que suscita o sentimento³¹¹.

Mas a “filosofia de hoje”, dizia Levinas à época, não reconhece mais esse privilégio à representação³¹²⁻³¹³. Exemplifica, inicialmente, com a intuição de duração de Bergson. A

³⁰⁸ As idéias desenvolvidas, extraídas do ensaio “Lévy-Bruhl e a Filosofia Contemporânea”, já haviam sido ventiladas inicialmente em “O Tempo e o Outro” (LEVINAS, Emmanuel. *El Tiempo e el Otro*. Barcelona: Paidós, 1993, p. 81). Há outro ensaio, com nome idêntico, já referido antes, no volume *Descobrimo a Existência em Husserl e Heidegger*.

³⁰⁹ LEVINAS, Emmanuel. Lévy-Bruhl e a Filosofia Contemporânea. In: *Entre Nós*, p. 67.

³¹⁰ LEVINAS, Emmanuel. Lévy-Bruhl e a Filosofia Contemporânea. In: *Entre Nós*, p. 68.

³¹¹ LEVINAS, Emmanuel. Lévy-Bruhl e a Filosofia Contemporânea. In: *Entre Nós*, p. 69.

³¹² Curiosos paralelos, na atualidade, existem com a observação de E. Levinas. Na realidade, é possível verificar, por exemplo, que, dentro de uma tradição mais vinculada ao pragmatismo e à filosofia analítica, Richard Rorty, por influência do pensamento heideggeriano, igualmente rechaça a idéia representacional. Na sua obra

intuição não seria mais um saber sobre a duração, nem mesmo um saber que dura e cuja duração coincidiria com a duração propriamente dita, como que um limite da representação aproximando-se do objeto mesmo. A intuição não é mais representação a título algum: é duração simplesmente; é, ao mesmo tempo, ser e experiência de ser.

Trata-se, em Bergson, de um colocar-se *na própria* coisa, que não está obcecado por encontrar a *arché* do objeto, pela sua razão ontológica, mas pela *coisa mesma*. É uma “metafísica” (no sentido próprio daquele autor) em que não se pretende manter uma figuração de determinada coisa, mas antes *coincidir* com ela. Naquilo que, propriamente, não se reduz aos nossos esquemas intelectuais com os quais organizaríamos uma idéia da realidade. Como nota Ricardo Timm de Souza,

trata-se de uma metafísica que não inicia – como se fosse possível, em algum momento, transformar o pensamento em seu próprio conteúdo – por uma prévia depuração crítica das capacidades intelectuais do pensador, mas que o convida a *coincidir* com algo, com alguma coisa: sem críticas infinitamente complicadas, mas com a diferença entre o olhar de fora, com tudo o que isso significa, e estar dentro de uma determinada realidade³¹⁴.

De igual forma, na fenomenologia a intencionalidade do sentimento, na qual este conservava o caráter de *noésis*, se substitui um sentimento *sem* apoio na representação. O caráter apreensor do sentimento não é mais visto que espécie de “ressonância” de um saber sobre uma afetividade trancada em si mesma, ou seja, como espécie de representação do que o sentimento propriamente seria na sua forma enclausurada, mas antes *contato* do ser *mais direto* que a sensação³¹⁵.

fundamental *A Filosofia e o Espelho da Natureza*, Rorty desenha a imagem da filosofia tradicional a partir da idéia de conhecimento, que seria “representar acuradamente o que está fora da mente; assim, compreender a possibilidade e natureza do conhecimento é compreender o modo pelo qual a mente é capaz de construir tais representações” (p. 19). Para Rorty, “Wittgenstein, Heidegger e Dewey mostram-se concordantes em que a noção de conhecimento como representação acurada, tornada possível por processos mentais especiais e inteligível através de uma teoria geral das representações deve ser abandonada” (p. 21). Ele, ao contrário, propõe que “são as imagens mais que as proposições, as metáforas mais que as afirmações que determinam a maior parte das nossas convicções filosóficas. A imagem que mantém cativa a filosofia tradicional é a da mente como um grande espelho, contendo variadas representações – algumas exatas, outras não – e capaz de ser estudado por métodos puros, não-empíricos” (p. 27). RORTY, Richard. *A Filosofia e o Espelho da Natureza*. Trad. Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

³¹³ Márcio Seligmann-Silva traça, a partir da noção de catástrofe, a impossibilidade de representação, próximo a Walter Benjamin. “Com a nova definição da realidade como catástrofe, a representação, vista na sua forma tradicional, passou ela mesma, aos poucos, a ser tratada como impossível; o elemento universal da linguagem é posto em questão tanto quanto a possibilidade de uma intuição imediata da ‘realidade’”. SELIGMANN-SILVA, Márcio. *A História como Trauma*. In: *Catástrofe e Representação*. Org. Arthur Nestrovski e Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Escuta, 2000, p. 75.

³¹⁴ SOUZA, Ricardo Timm de. *Razões Plurais: itinerários da racionalidade ética no século XX*, p. 25.

³¹⁵ LEVINAS, Emmanuel. Lévy-Bruhl e a Filosofia Contemporânea. In: *Entre Nós*, p. 70.

A representação do sentimento, ao contrário de se constituir como descrição do que “realisticamente” ocorreria, seria o inverso: *apenas* formas coaguladas e superficiais daquilo que constitui mais profundamente o real. Esta realidade profunda desdobra seu existir em dimensões que as categorias próprias da idéia representacional seriam insuscetíveis de reproduzir, das quais – em sentido oposto a Kant – nos aproximamos diretamente, sem mediação, porém por modos de existência distintos do teórico³¹⁶. A fenomenologia, diz Levinas de forma direta, “é a destruição da representação”³¹⁷.

É precisamente essa problematização da idéia de representação que deve chamar atenção quando nos deparamos com a suposta “cognição” do Inimigo. Antes, porém, entende-se necessário travar um percurso com as *implicações* da idéia representacional aplicada ao Outro, “etiquetado” enquanto Inimigo, fundamentalmente a partir da “periculosidade”, que funciona como critério nodal na teoria de Jakobs.

Enquanto *modo existencial*, ou seja, não apenas no nível lógico e epistemológico, a distinção entre cidadão e inimigo, mediante a aplicação de um suposto critério de periculosidade, traz conseqüências concretas, que se conjugam com determinadas formas de representação que devem ser analisadas de forma *positiva*, ou seja, pelo que efetivamente constituem, e não apenas pela inconsistência científica ou jurídica. O esforço desconstrutivo deve se dar, portanto, de forma a exhibir, a partir do transbordamento da representação, seu limite e sua relevância, apresentando a ela seu “Outro”.

Assim, é necessário que a investigação – orientada em sentido *desconstrutivo* – proponha um *quem é* o Inimigo, *quem* supostamente detém a “personalidade contrafática”, para somente então, exibindo as circunstâncias *concretas* em que se produz o fenômeno da definição do Inimigo, reposicionar a partir da razão ética, de acordo com o que foi proposto.

Propõe-se, assim, um itinerário que passa inicialmente pela idéia de estigma enquanto situação em que, por excelência, o Outro se submete ao esquema representacional, passando-

³¹⁶ LEVINAS, Emmanuel. Lévy-Bruhl e a Filosofia Contemporânea. In: *Entre Nós*, p. 71.

³¹⁷ “A fenomenologia é a destruição da representação e do objecto teórico. Ela denuncia a contemplação do objecto (que, no entanto, parece ter promovido) como uma abstracção, como uma visão parcial do ser, como um *esquecimento*, poderíamos dizer em termos modernos, *da sua verdade*. Visar o objecto, imaginá-lo, é já esquecer o ser da sua verdade”. LEVINAS, Emmanuel. *Reflexões sobre a ‘técnica’ fenomenológica*. In: *Descobrir a Existência com Husserl e Heidegger*, p. 139.

se por uma densificação criminológica voltada para o Poder Punitivo, especialmente no Brasil. Finalmente, desembocamos na crítica de raiz *ética*, sustentada a partir do *giro* concebido por Emmanuel Levinas em comentário à ontologia fundamental de Martin Heidegger.

2. Estigma

2.1. O que é estigma?

“Estigma” é termo cunhado pelos gregos para se referir a sinais corporais com os quais se procurava evidenciar alguma coisa de extraordinário ou mau sobre o *status* moral daquele que os detinha. Erwin Goffman sinala que, na vida cotidiana, temos pré-concepções que transformamos em expectativas normativas, apresentadas de modo rigoroso. Goffman define o estigma da seguinte forma:

Enquanto o estranho está a nossa frente, podem surgir evidências de que ele tem um atributo que o torna diferente de outros que se encontram numa categoria em que pudesse ser incluído, sendo, até, de uma espécie menos desejável – num caso extremo, uma pessoa completamente má, perigosa ou fraca. Assim, deixamos de considerá-lo criatura comum e total, reduzindo-o a uma pessoa estragada e diminuída. Tal característica é um estigma, especialmente quando seu efeito de descrédito é muito grande – algumas vezes ele é considerado um defeito, uma fraqueza, uma desvantagem – e constitui uma discrepância específica entre a identidade social virtual e a identidade social real³¹⁸.

O estigma, no entanto, não diz respeito a um traço específico profundamente depreciativo, mas a uma *rede de relações* que assim o trata. O conteúdo do estigma deve ser “dessubstancializado”: é a partir das relações sociais que ele se constitui, dependendo do contexto em que ele aparece³¹⁹. Trata-se de uma espécie de constante sociológica em que se verifica que, diante de uma situação em que o indivíduo poderia ser admitido sem maiores dificuldades, há um elemento específico que torna inviável essa aceitação pelas pessoas “normais”. Goffman comenta:

³¹⁸ GOFFMAN, Erwin. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Tradução Márcia Nunes. 4ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988, p. 12.

³¹⁹ GOFFMAN, Erwin. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*, p. 13.

Em todos esses exemplos de estigma, entretanto, inclusive aqueles que os gregos tinham em mente, encontram-se as mesmas características sociológicas: um indivíduo que poderia ter sido facilmente recebido na relação social quotidiana possui um traço que pode-se impor à atenção e afastar aqueles que ele encontra, destruindo a possibilidade de atenção para outros atributos seus. Ele possui um estigma, uma característica diferente da que havíamos previsto³²⁰.

O estigma, assim, caminha junto com a idéia de representação. É um caso em que um traço determinado sobressai sobre os demais e se põe de tal forma determinante que o “normal”, ao se relacionar com o estigmatizado, não o consegue ver senão como essa caricatura. A partir disso, inferioriza-se o estigmatizado, muitas vezes a partir de teorias que justificariam a animosidade.

Construímos uma teoria do estigma, uma ideologia para explicar a sua inferioridade e dar conta do perigo que ela representa, racionalizando algumas vezes uma animosidade baseada em outras diferenças, tais como a de classe social³²¹.

As observações de Goffman podem ser cotejadas com a pesquisa etnográfica realizada por Norbert Elias no município nomeado ficticiamente *Winston Parva*, ao distinguir os “estabelecidos” dos “outsiders”. Trata-se de uma comparação que passa do grau micro para o macro. Do estigma que se reflete numa relação micro-social para a divisão de poder entre o *establishment* e os *outsiders* que coloca em uma posição inferior os últimos. Segundo Elias,

Como indica o estudo de Winston Parva, o grupo estabelecido tende a atribuir ao conjunto do grupo outsider as características ‘ruins’ de sua porção ‘pior’ – de sua minoria anômica. Em contraste, a auto-imagem do grupo estabelecido tende a se modelar em seu setor exemplar, mais ‘nômico’ ou normativo – na minoria dos seus ‘melhores’ membros. Essa distorção *pars pro toto*, em direções opostas, faculta ao grupo estabelecido provar suas afirmações a si mesmo e aos outros; há sempre algum fato para provar que o próprio grupo é ‘bom’ e que o outro é ‘ruim’³²².

Trata-se de uma disposição análoga à do estigma, vez que neste *um traço* específico é particularmente *realçado* em detrimento do todo do indivíduo, enquanto que na organização social a “imagem” do grupo estabelecido é *realçada* naquilo que tem de “normal” e o *outsider* naquilo que tem de “anômico”³²³. A observação de Norbert Elias é particularmente importante

³²⁰ GOFFMAN, Erwin. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*, p. 14.

³²¹ GOFFMAN, Erwin. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*, p. 15.

³²² ELIAS, Norbert. *Os Estabelecidos e os Outsiders*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 23.

³²³ A problemática pode ser densificada a partir da introdução do conceito de gueto, que, como afirma Wacquant, é uma “máquina coletiva de identidade” potente, fixando a divisão entre duas formas bastante distintas. O gueto,

se, assim como já se realçou em relação ao estigma, notarmos que há uma idéia *cognitiva*, de *representação* na expressão “auto-imagem”.

Igualmente, como no processo de estigma, o *outsider* é submetido a uma racionalização teórica que tenta “explicar” o porquê da sua inferioridade. Acompanhe-se a citação de Elias:

...o estigma social que seus membros atribuem ao grupo dos outsiders transforma-se, em sua imaginação, num estigma material – é coisificado. Surge como uma coisa objetiva, implantada nos outsiders pela natureza ou pelos deuses. Dessa maneira, o grupo estigmatizador é eximido de qualquer responsabilidade: não fomos *nós*, implica essa fantasia, que estigmatizamos essas pessoas e sim as forças que criaram o mundo – elas é que colocaram um sinal nelas, para marcá-las como inferiores ou ruins³²⁴.

É possível, assim, correlacionar os casos análogos em que uma *representação* determina uma imagem que se sobrepõe ao verdadeiro eu do representado. No estigma, há um ou mais traços específicos que impedem a aceitação do Outro, sobrepondo-se a todos os demais, enquanto que no grupo *outsider* é a própria divisão de poder que assim os estabelece como tais, sobrepondo o que é “anômico” ao “nômico”. Tais fenômenos, por óbvio, advêm da mesma *raiz* e, por isso, podem ser simultâneos.

H. Becker, citado por Goldenberg, afirma que são os grupos sociais que criam o desvio ao fazer as regras cuja infração o constituem, para rotular os transgressores de marginais e desviantes. Desse ponto de vista, “o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma conseqüência da aplicação por outras pessoas de regras e sanções a um transgressor”³²⁵. Resta confirmada, pois, a assertiva de Goffman, de que o estigma não está na característica *em si mesma*, mas antes no feixe de relações que a constitui enquanto tal.

O estigma, inclusive, às vezes é tão forte que contamina o próprio pesquisador. Em certos casos, segundo Goffman,

primeiramente, aprofundaria o abismo sócio-cultural entre a categoria marginalizada e a população que a circunda, tornando seus moradores “objetiva e subjetivamente” distintos dos demais; em segundo lugar, é um motor de combustão cultural que derrete as divisões dentro do grupo confinado e alimenta o orgulho coletivo ao mesmo tempo em que fortifica o estigma que o assola. WACQUANT, Loïc. Que é Gueto – construindo um conceito sociológico. *Revista de Sociologia e Política*, v. 23, Curitiba, 2004. Disponível em <www.scielo.br>. Acesso em 13.08.2007.

³²⁴ ELIAS, Norbert. *Os Estabelecidos e os Outsiders*, p. 35.

³²⁵ GOLDENBERG, Mirian. *De perto ninguém é normal: estudos sobre corpo, sexualidade, gênero e desvio na cultura brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 20.

a identidade social daqueles com quem o indivíduo está acompanhado pode ser usada como fonte de informação sobre sua própria identidade social, supondo-se que ele é o que os outros são. O caso extremo, talvez, seja a situação em círculos de criminosos: uma pessoa com ordem de prisão pode contaminar legalmente qualquer um que seja visto em sua companhia, expondo-o a prisão como suspeito³²⁶.

A pesquisa de Mirian Goldenberg acerca da “Outra” (amante de homem casado) é emblemática. O estigma da Outra, segunda ela,

presente também no discurso das pesquisadas, que associam seu comportamento a algo errado, imoral, ilegal, autodenominando-se putas, promíscuas ou traidoras, ao mesmo tempo que demonstram o desejo de serem únicas, as oficiais, as verdadeiras, e até de se casarem no civil e no religioso com seus parceiros – faz com a ambigüidade contamine a própria identidade do pesquisador. O estigma do tema escolhido recai também sobre o pesquisador que se interessa por ele³²⁷.

2.2. Estigmas no contexto social contemporâneo

Concedendo à investigação mais concretude, é possível caminhar na direção da definição de *alguns* dos estigmas presentes no cenário contemporâneo. Exemplifica-se, a partir de exemplos coletados por Bacila, algumas das “meta-regras” (condicionamentos na prática dos comportamentos humanos com base na crença em determinados valores) que traduzem estigmas no cenário atual.

Bacila exemplifica, inicialmente, a mulher. Segundo ele, “o estigma da mulher simbolizou em quase todos os tempos que a mulher é um ser inferior, um ser impuro, com cérebro pequeno, pervertida moralmente e sujeita às imundícies que a manchariam para sempre”³²⁸. Atualmente, apesar de ter obtido reconhecimento jurídico de igualdade, permanece na condição de inferioridade social, vítima de preconceitos que podem obstaculizar, por exemplo, o seu acesso a determinadas carreiras profissionais.

³²⁶ GOFFMAN, Erwin. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*, p. 58.

³²⁷ GOLDENBERG, Mirian. *De perto ninguém é normal: estudos sobre corpo, sexualidade, gênero e desvio na cultura brasileira*, p. 18.

³²⁸ BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 117.

A questão alusiva à Outra, referida poucas linhas atrás, é significativa. Construindo sua argumentação a partir de Mary Douglas, Goldenberg mostra que o simples contato com um tema “impuro”, como o adultério, ou com pessoas “em posições intersticiais, anti-sociais, desaprovadas”, já, por si só, pode despertar reações semelhantes àqueles que nascem da sujeira, ambigüidade ou anormalidade³²⁹.

A mulher, embora sempre tenha praticado delitos, dificilmente caía nas malhas do sistema penal, visto que o controle exercido era eminentemente de natureza informal, praticado pelo “chefe da família” ou, quando fugia do lar diante da opressão sofrida, sofria internações em conventos ou instituições oficiais³³⁰. Bacila chega a radicalizar a meta-regra reduzindo-a à seguinte afirmação: “o crime só pode ser cometido, via de regra, por seres humanos; via de regra, a mulher não deve ter cometido tal crime; pois, a mulher não é ser humano; aliás, um princípio inicial para a construção de todo esse raciocínio”³³¹.

Portanto, a mulher desempenha o papel ambivalente de “autor insuspeito” – derivado do deslocamento do controle formal para o controle informal – e, simultaneamente, “vítima aceitável”, pois submetida a uma estrutura de poder onde ainda são dominantes os valores patriarcais. Como afirma Bacila,

na interpretação da lei, vê-se muito menos do que realmente existiu e esta abstinência interpretativa da lei diminui a condição humana da mulher no meio em que vive e faz com que a sociedade adote meta-regras-estigmas na hora da investigação e da aplicação da lei, deixando de criminalizar os autores de inúmeros delitos contra as estigmatizadas, processo este que fortalece ainda mais os estigmas, numa espécie de cooperação implícita entre os não-estigmatizados – homens – para manter a posição estigmatizada da mulher³³².

Esse quadro já havia sido diagnosticado pela crítica à Criminologia Crítica a partir do horizonte feminista³³³, no sentido de que, ao concentrar-se sobre o surgimento do capitalismo

³²⁹ GOLDENBERG, Mirian. *De perto ninguém é normal*, p. 19.

³³⁰ BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*, p. 121. Adrian Howe, citado por Hudson, tem a mesma conclusão: “Howe’s suggestion is also consistent with the widespread finding that the control of women is such as to uphold conventional gender and familial roles, as much as to penalize and control criminality”. HUDSON, Barbara A. Social Control. In: *The Oxford Handbook of Criminology*, p. 464.

³³¹ BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*, p. 124. Saliente-se ainda a existência de uma tendência a impor tratamentos médico e psicológico a mulheres selecionadas pelo Poder Punitivo, em detrimento de considerá-las criminosas comuns. GELSTHORPE, Loraine. Feminism and Criminology. In: *The Oxford Handbook of Criminology*, p. 518.

³³² BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*, p. 125.

³³³ Trata-se, aqui, sinale-se, de uma simplificação da pluralidade de perspectivas feministas. Loraine Gelsthorpe, por exemplo, arrola seis tipos de feminismo (marxista, socialista, liberal, psicanalítico, existencial e pós-moderno). Têm em comum, no entanto, a características de demonstrar a dominação da mulher e a formação de

e os câmbios que comportou, teria descurado da gênese de opressão das mulheres, que não poderia ser reduzida a causas econômicas³³⁴. Segundo as feministas, seria absurdo rechaçar a utilização simbólica do Direito Penal, haja vista que sua *não-utilização* igualmente produziria efeitos simbólicos, na reafirmação dos valores patriarcais. Além disso, a falta de regulação da esfera privada coloca a mulher em posição de inferioridade, abandonada à lei do mais forte, sendo que o Estado, ao renunciar à intervenção, mantém essa relação de poder desigual. A não-intervenção do Estado nessa esfera privada legitimaria a “naturalização” da divisão público-privado, aparentando naturalidade àquilo que não passa de uma construção social³³⁵.

Independentemente dos problemas que as concepções punitivas feministas trazem, que não cabe aqui discutir³³⁶, são sintomáticos em relação à representação diminuída que possui a mulher nesse contexto, caracterizando uma espécie de estigma.

Outro estigma muito visível é o da pobreza. Bacila elenca o que define como fatores objetivos e subjetivos do estigma da pobreza:

O ser humano em condições de pobreza é afetado objetivamente porque a falta de recursos econômicos priva a pessoa de produtos ou serviços de subsistência e de moda. No primeiro caso o ser humano não tem alimentação adequada, domicílio, remédios, assessoria educacional, jurídica, social, psicológica... No segundo caso, a pessoa não tem condições de acompanhar a onda e torna-se um excluído compulsório do sistema.

No aspecto subjetivo, sem dúvida, a pobreza recebe uma valoração negativa. O pobre é tratado de forma inferior nos diversos setores sociais, fato que constringe e

arranjos institucionais masculinos para sustentar essa dominação. Ver: GELSTHORPE, Loraine. Feminism and Criminology. In: *The Oxford Handbook of Criminology*, pp. 512-513.

³³⁴ LARRAURI, Elena. *La Herencia de la Criminología Crítica*. Madrid: Siglo Vienteuno, 2000, p. 194. Nesse caso, fica evidente que o termo é utilizado em referência à Nova Criminologia defendida por Walton, Taylor e Young, que constitui a recepção marxista do interacionismo simbólico, que pouco tratava de problemas de ordem econômica. Conforme TAYLOR, Ian; WALTON, Paul & YOUNG, Jock. *La Nueva Criminología*. Buenos Aires: Amorrortu editores, pp. 284-298.

³³⁵ LARRAURI, Elena. *La Herencia de la Criminología Crítica*, pp. 220-221. Ver: BODELÓN GONZÁLES, Encarna. Género y Sistema Penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal. In: *Sistema Penal y Problemas Sociales*, p. 266 (“Esta perspectiva afirma que cuando un hombre y una mujer se enfrentan al derecho, no se produce una discriminación porque el derecho se aplique de forma desigual a la mujer, sino porque se aplican criterios aparentemente objetivos y neutrales, pero en que realidad responden a un conjunto de valores e intereses masculinos”).

³³⁶ A própria Elena Larrauri apresenta os argumentos contrários às propostas feministas, ao enunciar que: a) pouca proteção simbólica pode advir de um sistema dominado por homens e impregnado de valores patriarcais; b) representaria um “desvio de forças”, à medida que o Direito Penal deveria ser dirigido a solução mais rápidas e eficazes; c) relegitaria o Poder Punitivo, ignorando meios alternativos que oferecem maior autonomia e auto-organização das mulheres; d) vitimização das mulheres, pois estaria a ver suas demandas contempladas com desconfiança e mediante um exame moral; e) efeitos sobre o ofensor, pois não se escaparia da carga seletiva e injusta do Direito Penal simbólico. LARRAURI, Elena. *La Herencia de la Criminología Crítica*, p. 221. Sobre o tema, adere-se integralmente à perspectiva defendida por SINGER, Helena. Direitos Humanos e Volúpia Punitiva. *Revista da USP*, vol. 37, 1998, pp. 10-19.

humilha, ferindo sua dignidade, que é um direito humano reconhecido já no início do século XVIII. Este julgamento (e tratamento) depreciativo reflete-se em todo âmbito social³³⁷.

O pobre é interpretado socialmente como alguém que não teve êxito na vida por não dispor das mesmas capacidades daqueles que pertencem a estratos econômicos superiores. Sua representação é deteriorada em uma visão de decadência e impureza. O *status* de riqueza funciona como meta-regra que condiciona a idéia de “gente de bem”, na expressão de Bacila (ou na vulgarmente conhecida expressão “cidadão de bem”). Com isso, o Poder Punitivo – apesar de ubiqüidade do fenômeno criminal – tende a dirigir-se aos estratos que se encontra nessa posição econômica vulnerável.

A questão se torna particularmente mais complexa na sociedade atual. Numa sociedade que se orienta prioritariamente em direção ao consumo, aqueles que não dispõem da capacidade econômica de se manter no padrão são vistos como “sujeira” que polui o ambiente, “desfuncionalizando-o”. Os “consumidores falhos”, na expressão de Zygmunt Bauman, são tratados enquanto refugio e, de preferência, excluídos mediante encarceramento ou outras estratégias³³⁸. A específica relação com o Poder Punitivo será trabalhada a seguir, nesse momento pretendemos apenas fixar a existência de um estigma na pobreza, que ganha contornos hiperbólicos numa sociedade onde o consumo ganha tamanha relevância.

Trata-se de uma época em que cai bem a metáfora que contrapõe *turistas* e *vagabundos*: o *turista* viaja porque quer, dispõe da façanha de não pertencer ao lugar que está visitando, estando “dentro e fora” simultaneamente, permanentemente “no controle” de uma situação em que sua identidade não se quer fixar. O *vagabundo*, por outro lado, vive a circunstância oposta, *quer* se fixar, mas não vê alternativa senão a de se manter viajando, pois nenhum lugar em que pára é bem-vindo³³⁹.

O pobre é o vagabundo que está a serviço do turista, esperando para poder se fixar em um mundo que o expulsa constantemente. Como um resto, excluído em uma sociedade na qual o “sonho moderno” de assimilação foi deixado de lado, sobre ele é projetada uma representação de impureza e sujeira, constituindo um estigma que o joga em condição de vulnerabilidade social. Antinômico por excelência da idéia de *consumo*, pela óbvia

³³⁷ BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*, p. 134.

³³⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Mal-Estar na Pós-Modernidade*, p. 24.

³³⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Mal-Estar da Pós-Modernidade*, pp. 114-118.

insuficiência de recursos, o pobre tem sua imagem ainda mais estigmatizada num panorama onde esse valor desempenha um papel predominante.

Há ainda um estigma a ser explorado: o da “raça não-predominante”³⁴⁰. A raça é definida como “o conjunto dos indivíduos com determinada combinação de caracteres físicos geneticamente condicionados e transmitidos de geração em geração em condições relativamente estáveis”³⁴¹.

Não se desconhece a inconsistência científica do termo, produto de um discurso “científico” que, de forma *indiscreta*, funcionava como “legitimante da ostensividade do poder”³⁴². Os ecos na América Latina da produção antropológica que sustentou o discurso da raça surgiram a partir de José Ingenieros – com discurso agressivamente racista contra os negros africanos e mestiços sul-americanos – e Nina Rodrigues, no Brasil, no sentido de que os mestiços constituiriam “sub-raça inferiorizada, propensa à vadiagem e ao delito”³⁴³.

Ruth Gauer, em interessante releitura de obras capitais latino-americanas, apoiada sobretudo em Homi K. Bhabha, propõe que a perspectiva científicista pretendeu criar uma dualidade entre a ordem civilizatória e a barbárie autóctone. Porém, a partir de Bergson, lembra a autora que a nossa própria história é um mito, através do qual exprimimos o nosso acordo com nossas formas de ser³⁴⁴. Bhabha chamaria atenção para o fato de que os nossos referentes de significação (raça, povo, nação, gênero) não existem em sentido natural, mas na tensão histórica da sua enunciação. As oposições não têm origem; apenas emergem³⁴⁵. É

³⁴⁰ A expressão é de Bacila. No entanto, é notório que os negros constituem a maioria da população, devendo ler a expressão como “pré-dominante”, hifenizada.

³⁴¹ BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*, p. 145.

³⁴² DIVAN, Gabriel Antinolfi. Discurso Evolucionista nas Origens da Criminologia Latino-Americana: Racismo e Hierarquia Social em José Ingenieros e Nina Rodrigues. *Revista de Estudos Criminais*, v. 22, Porto Alegre: Notadez, abril/junho 2006, p. 168.

³⁴³ DIVAN, Gabriel Antinolfi. Discurso Evolucionista nas Origens da Criminologia Latino-Americana, p. 176. Como afirma Salo de Carvalho, “crendo-se longe das mistificações e mitos da era colonial, o direito ‘ciência’, fortemente influenciado pela criminologia [da escola positiva] e pela medicina legal, montou um projeto social que excluía o negro dos resultados positivos que a sociedade poderia adquirir, pretensão que contrariava o sentido cultural da miscigenação, ou seja, a pluralidade; miscigenação que somente era positiva caso limpasse e jamais criasse”. CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 67. Ver, ainda: SILVA FILHO, José Carlos Moreira. Da ‘invasão’ da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da ‘inferioridade’ latino-americana. *Revista de Estudos Criminais*, v. 07, Porto Alegre: Notadez, 2002, pp. 103-135; GAUER, Ruth Maria Chittó. A Etnopsiquiatria na visão dos intelectuais brasileiros. *Revista de Estudos Criminais*, v. 06, Porto Alegre: Notadez, 2002, pp. 91-104, defendendo que Nina Rodrigues introduziu espécie de “arianismo tropical” (p. 94).

³⁴⁴ GAUER, Ruth Maria Chittó. Interrogando o limite entre historicidade e identidade. In: *A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas*. Org. Ruth Gauer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 231.

³⁴⁵ GAUER, Ruth Maria Chittó. Interrogando o limite entre historicidade e identidade, p. 232.

possível, assim, a formação de *híbridos* culturais, que poderiam contribuir para sobrepor essas dualidades a partir dos “entre-lugares”, “interstícios” que implicariam a desaparecimento das categorias de “centro” e “periferia”³⁴⁶.

De fato, Bhabha pretende solapar o problema da diferença cultural a partir de uma perspectiva que se desvencilhe do etnocentrismo de uma forma radical:

A diferença de outras culturas se distingue do excesso de significação ou da trajetória do desejo. Estas são estratégias teóricas que são necessárias para combater o ‘etnocentrismo’, mas não podem, por si mesmas, sem serem reconstruídas, representar aquela alteridade. Não pode haver um deslizamento inevitável da atividade semiótica para a leitura não problemática de outros sistemas culturais e discursivos. Há nessas leituras uma vontade de poder e conhecimento que, ao deixar de especificar os limites de seu próprio campo de enunciação e eficácia, passa a individualizar a alteridade como a descoberta de suas próprias pressuposições³⁴⁷.

A partir desse pressuposto, Ruth Gauer busca construir novas enunciações, como, por exemplo, na obra clássica de Aluísio Azevedo, *O Cortiço*, na qual, ao contrário da interpretação tradicional, o “amolecimento” de Jerônimo é agora redescrito como um “entre-lugar” inominável, de sobrevivência, que não caracteriza “superioridade cultural” em relação a Rita, mas um “além” que não é nem Um nem Outro, porém define-se, ao mesmo tempo, “como um e outro, nem um e nem outro”³⁴⁸. É nesse momento de articulação cultural que se dá uma fratura na tendência identitária moderna. Um processo de “despurificação” das identidades sociais, negociação entre esses “entre-lugares”³⁴⁹.

Bhabha afirma, no mesmo sentido, que mesmo as lógicas críticas podem cair no mesmo eurocentrismo. Diz o autor:

O que está em jogo quando se chama a teoria crítica de ‘ocidental’? Essa é, obviamente, uma designação de poder institucional e eurocentrismo ideológico. A teoria crítica frequentemente trata de textos no interior de tradições e condições conhecidas de antropologia colonial, seja para universalizar seu sentido dentro de seu próprio discurso acadêmico e cultural, seja para aguçar sua crítica interna do signo logocêntrico ocidental, do sujeito idealista ou mesmo das ilusões e delusões da sociedade civil. Essa é uma manobra familiar do conhecimento teórico, onde, tendo-se aberto o abismo da diferença cultural, um mediador ou metáfora da alteridade deverá conter os efeitos da diferença. Para que seja institucionalmente eficiente como disciplina, deve-se garantir que o conhecimento da diferença

³⁴⁶ GAUER, Ruth Maria Chittó. Interrogando o limite entre historicidade e identidade, p. 233-234.

³⁴⁷ BHABHA, Homi K. *O Local da Cultura*, p. 110.

³⁴⁸ GAUER, Ruth Maria Chittó. Interrogando o limite entre historicidade e identidade, p. 237.

³⁴⁹ GAUER, Ruth Maria Chittó. Interrogando o limite entre historicidade e identidade, p. 238.

cultural exclua o Outro; a diferença e alteridade tornam-se assim a fantasia de um certo espaço cultural ou, de fato, a certeza de uma forma de conhecimento teórico que desconstrua a ‘vantagem’ epistemológica do Ocidente³⁵⁰.

Não se trata, portanto, de revitalizar o conceito de raça, tampouco conceder-lhe conteúdo científico. Apenas reconhece-se que “o fato é que a noção de raça criou modelos de diferenças deturpadas entre as pessoas, fenômeno esse conhecido por racismo”³⁵¹. Mesmo correndo os riscos do fechamento à alteridade, do sufocamento da diferença, pretende-se apenas expor uma projeção representacional que recai sobre o Outro, com base em uma noção *construída* de raça, e gera efeitos *reais*, apesar da respectiva inconsistência teórica.

São fortes, nesse sentido, as observações de Luiz Eduardo Soares, MV Bill e Celso Athaíde acerca do problema racial no Brasil. Segundo eles, conquanto muito se fale da desigualdade social, ainda não é possível mencionar a “cor da desigualdade”. A cor é o “não-dito”, haveria um racismo “diferente”, mais cordial e doce³⁵². Sobre esses muros do indizível, se constrói uma exclusão social sub-reptícia, que se manifesta a partir de um inconsciente materializado, por exemplo, no muro da Rocinha, símbolo de um desejado *apartheid* social³⁵³.

A narrativa “*Dolorosa Realidade da Fantasia: por que as expectativas se realizam?*” é uma descrição primorosa do perverso mecanismo representacional que recai sobre o negro, em um processo de estigmatização. Dona Nilza, personagem da narrativa, seria uma dona-de-casa que pouco sairia à rua, e veria bastante televisão, acompanhando o extraordinário salto da violência desde 1988. Diante da multiplicação de vítimas derivada de uma manutenção da taxa de crimes em longo período temporal e, de outro lado, o grande número de chacinas e violências diversas noticiadas constantemente, a sensação de medo tornou-se inevitável. Foi nesse cenário que Dona Nilza teria saído à rua, para ir ao centro da cidade. Segue a narrativa:

Entrou no elevador do edifício comercial sozinha e apertou o botão. Ia ao 22º andar. Na sobreloja, o elevador pára. Entra um rapaz negro, com aspecto pobre. Corria tudo bem naquela abafada tarde de novembro, salvo pela chatice de ter de sair de casa, tomar metrô, esbarrar em tanta gente para atravessar as ruas e disputar espaço

³⁵⁰ BHABHA, Homi K. *O Local da Cultura*, p. 59.

³⁵¹ BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*, p. 145. Ver: CATHUS, Olivier. O preconceito forte como um leão: representações do negro e da violência na mídia. *Revista FAMECOS*, v. 29, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007, pp. 111-121, especialmente o experimento citado na p. 115; e GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Racismo e Anti-racismo no Brasil. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 43, CEBRAP: São Paulo, 1995, pp. 26-44.

³⁵² SOARES, Luiz Eduardo, MV BILL & ATHAYDE, Celso. *Cabeça de Porco*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p. 87. Ver: DAMATTA, Roberto. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1984, pp. 37-47.

³⁵³ SOARES, Luiz Eduardo, MV BILL & ATHAYDE, Celso. *Cabeça de Porco*, p. 86.

com os carros no trânsito selvagem. Dona Nilza nem pressentia a encrenca em que se metera. Mal o elevador retornou seu impulso para o alto, a pressão na cabeça de dona Nilza começou a subir. Ela, enfim, se deu conta. Pronto, chegara a sua vez. Por que não dera ouvidos aos conselhos das amigas? Por que não fizera consigo mesma o que recomendava aos filhos? Não podia ser poupada? Não merecia uma trégua? Seu problema coronário não lhe valia um salvo-conduto? Por que diabos não ficara em casa naquele dia? O destino estava selado. Que fazer? Numa situação dessas não há nada a fazer. Tudo o que se fizer pode piorar as coisas. Sim, é verdade, é preciso calma, é preciso sobretudo manter a calma. Dona Nilza aprendera a repetir, ensinando aos filhos: calma, mantenha sempre a calma. Se você fica nervoso, aí é tudo que se complica. Nervosa, provavelmente sob o efeito de drogas, a pessoa é capaz de tudo. Então, nada de provocar nervosismo. Melhor agir como se nada estivesse acontecendo.

O jeito como aquele rapaz revirava os bolsos e observava o espaço à sua volta, examinando cada detalhe, olhos vermelhos, dentes cerrados e o peito explodindo de ódio, tudo indicava a iminência do ataque³⁵⁴.

No 19º andar, o rapaz desceu, para alívio de Dona Nilza, e disse “boa tarde”. Posteriormente, ao encontrar suas amigas, Dona Nilza surpreende com a seguinte expressão: “Você nem imagina, não faz a menor idéia do que me aconteceu hoje: quase, q-u-a-s-e fui assaltada”³⁵⁵.

Como afirma Luiz Eduardo Soares, ela “não viu o rapaz com quem compartilhou a mais longa viagem de elevador da sua vida. Olhou para ele e não o viu. Naquele rosto desconhecido encontrou o que procurava, o que estava preparada para encontrar”³⁵⁶. A pessoa real do jovem negro que se colocava diante de seus olhos foi substituída por uma representação deformada do Outro, que se projeta enquanto estigma. O racismo não foi sequer percebido pela personagem: funcionou enquanto mecanismo inconsciente de projeção representacional sobre o negro, esmagado pela representação.

Além dos estigmas referidos, é possível elencar uma série de outros que permeiam o ambiente social (por exemplo: judeus, árabes, deficientes, etc.), o que, contudo, extrapolaria a finalidade aqui proposta. Resta apenas acentuar os efeitos da *representação* do Outro – *sempre* uma representação deformada, porém de forma ainda mais radical no caso do *estigma*. Estigma que, como se abordará a seguir, pode ser decisivo no fenômeno criminal.

³⁵⁴ SOARES, Luiz Eduardo, MV BILL & ATHAYDE, Celso. *Cabeça de Porco*, p. 181.

³⁵⁵ SOARES, Luiz Eduardo, MV BILL & ATHAYDE, Celso. *Cabeça de Porco*, p. 182.

³⁵⁶ SOARES, Luiz Eduardo, MV BILL & ATHAYDE, Celso. *Cabeça de Porco*, p. 182.

3. Poder Punitivo e Vulnerabilidade

3.1. Seletividade e Vulnerabilidade

A partir da virada criminológica empreendida pela Criminologia Crítica³⁵⁷ nos anos setenta do século passado, deslocando-se a perspectiva dos *bad actors* para os *powerful reactors*³⁵⁸, foi possível discernir, retirando-se qualquer conteúdo ontológico do delito e desfocando a questão etiológica, a distinção entre criminalização primária e criminalização secundária.

A perspectiva do *labelling approach*, contestando os fundamentos epistemológicos da criminologia tradicional a partir de uma crítica metodológica, lastreada na defasagem quantitativa e qualitativa entre delinquência potencial e real e no relativismo cultural, retirou o conteúdo “ontológico” do delito³⁵⁹. Com isso, o único traço comum entre os criminosos passou a ser a resposta das agências de controle³⁶⁰. Como afirma Erikson, citado por

³⁵⁷ Adotamos a nomenclatura de Figueiredo Dias e Costa Andrade (*Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra editora, 1992, p. 41 e ss.), no sentido de situar a virada paradigmática empreendida pelo *labelling approach*, etnometodologia e criminologia radical enquanto “Criminologia Crítica”. Identificando Criminologia Crítica e Criminologia Radical (enfoque de Walton, Taylor e Young): FAYET JR., Ney. Considerações sobre a Criminologia Crítica. In: *A Sociedade, a Violência e o Direito Penal*. Org. Ney Fayet Jr. e Simone Corrêa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 187-199. Também adotando a nossa nomenclatura: ROCK, Paul. Sociological Theories of Crime. In: *The Oxford Handbook of Criminology*, p. 250.

³⁵⁸ “Con la expresión ‘cambio de paradigmas’ se describe, por consiguiente, un viraje en el objeto de estudiar al delincuente y las causas de su comportamiento (paradigma etiológico) se estudian los ‘órganos de control social’ que tienen por función controlar y reprimir la desviación (paradigma de la reacción social)”. LARRAURI, Elena. *La Herencia de la Criminología Crítica*, p. 28. Na expressão de Edwin Lemert, citado por Hudson: “Older sociology tended to rest heavily upon the idea that deviance leads to social control. I have come to believe that the reverse idea, i.e., social control leads to deviance, is equally tenable and the potentially richer premise for studying deviance in modern society”. HUDSON, Barbara A. Social Control. In: *The Oxford Handbook of Criminology*, p. 454. Ver, ainda: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica – do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 182-189.

³⁵⁹ Pode-se afirmar que foram as investigações de Sutherland acerca do *white-collar crime* que abriram caminho para o repensar a conduta desviada não mais baseada em disfunções ou inadaptação do indivíduo da *lower class*, mas enquanto um fato ubíquo. Ver: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. 3ª ed. Trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 308-312; BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, pp. 65-67 e 101-104; MANNHEIM, Hermann. *Criminologia Comparada*. II Volume. Tradução Faria Costa e Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d, pp. 721-763.

³⁶⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de & COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia*, p. 346. “Esta [a criminalidade], se diz, não é como um pedaço de ferro, como um objeto físico, senão o resultado de um processo social de interação (definição e seleção): existe somente nos pressupostos normativos e valorativos, sempre circunstanciais, dos membros de uma sociedade”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia*, p. 320.

Figueiredo Dias e Costa Andrade, alguns homens bebem que em excesso são chamados alcoólatras, outros não; alguns homens que se comportam de forma excêntrica são compulsivamente internados em hospitais, outros não. Assim,

a diferença entre os que recebem um rótulo desviante e os que continuam o seu caminho de paz depende quase que exclusivamente do modo como a sociedade separa e cataloga os múltiplos pormenores das condutas a que assiste³⁶¹.

O delito não é mais descrito como um “dado”, senão como “construção social” que requer um ato e uma reação social negativa. O delinquente não é “aquele que delinque”, mas aquele a quem foi atribuída essa “etiqueta”. Não é o ato *em si* mesmo que constitui delito; mas o *significado* que se concede a esse ato. Não é possível catalogar nenhum ato como crime antes da respectiva reação social³⁶².

O dado fundamental trazido pela Criminologia Crítica é a *seletividade* do controle penal, que se exerce precipuamente em relação a indivíduos que correspondem a estereótipos que são costumeiramente associados à imagem de delinquentes³⁶³. Como afirma Garcia-Pablos:

O controle social é altamente discriminatório e seletivo. Enquanto os estudos empíricos demonstram o caráter majoritário e ubíquo do comportamento delitivo, a etiqueta do delinquentes, sem embargo, manifesta-se como um fator negativo que os mecanismos do controle social repartem com o mesmo critério de distribuição dos bens positivos (fama, riqueza, poder, etc.): levando em conta o *status* e o papel das pessoas³⁶⁴.

O sistema punitivo, a partir das respectivas agências de controle, efetua o processo seletivo de criminalização a partir de dois momentos: 1) criminalização primária, que é ato ou efeito de sancionar uma lei penal incriminatória; e 2) criminalização secundária, que é a ação punitiva exercida efetivamente sobre pessoas concretas. Como nota Zaffaroni, a criminalização primária é programa tão intenso que jamais um país conseguiu levar a cabo na integralidade, pois é *inimaginável*. À disparidade entre os conflitos efetivamente ocorridos e aqueles que chegam às agências criminais nomeou-se *cifra oculta*³⁶⁵.

³⁶¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de & COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia*, pp. 346-347.

³⁶² LARRAURI, Elena. *La Herencia de la Criminología Crítica*, p. 30.

³⁶³ LARRAURI, Elena. *La Herencia de la Criminología Crítica*, p. 35.

³⁶⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia*, p. 321.

³⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, pp. 43-44.

As agências punitivas, dessa forma, não têm outra forma de atuar senão por meio da seletividade, que não ocorre apenas com os criminalizados, mas também com os vitimizados. Ante o escasso poder operacional para dar conta dos conflitos existentes, programa que lhe é delegado, as agências devem optar pela inatividade ou pela seleção, seguindo, por isso, a última opção, própria da burocracia e exercida especialmente pelo aparato policial³⁶⁶.

A seleção efetivada a partir da criminalização secundária orienta-se com limitações operacionais qualitativas. Como sinala Zaffaroni, “em alguma medida, toda burocracia acaba por esquecer seus objetivos, substituindo-os pela reiteração ritual”³⁶⁷, de forma que a regra geral desse processo de criminalização acaba orientando-se por dois critérios: 1) fatos grosseiros (obra *tosca* da criminalidade, de mais simples detecção) e 2) de pessoas que causem menos problemas (pelo acesso aos sistemas político³⁶⁸ e econômico ou à *mass media*)³⁶⁹.

Os atos mais grosseiros (criminalidade “tosca”) acabam sendo divulgados como os *únicos delitos* e as pessoas que os cometem como os *únicos criminosos*. A eles, segundo anota Zaffaroni, é correspondido pelos meios de comunicação um estereótipo no imaginário coletivo, sendo possível, pela condição de pessoas desvaloradas, associá-los a uma imagem pública negativa de delinqüente – correspondente a preconceitos de gênero, classe, etnia, etc.³⁷⁰. Assim, por um passo curioso, o grosseiro biologicismo criminal – que imputava causas como, por exemplo, a existência de tatuagens³⁷¹ – acaba ganhando sentido diverso e

³⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, pp., pp. 44-45.

³⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, p. 45.

³⁶⁸ Basta verificar-se, para tanto, que, até julho de 2007, segundo levantamento realizado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), não houve ainda nenhuma condenação de acusado em foro privilegiado perante o Supremo Tribunal Federal, o que significa, em outros termos, uma *invulnerabilidade* do Poder Político ante as agências criminais. A NOTÍCIA. Santa Catarina: Procuradoria Geral da República de Santa Catarina. Diário. Disponível em <http://www.prsc.mpf.gov.br/noticias/consulta_sistema_clipping/mostra_noticia.php?id=808&data=06/07/2007>. Acesso em: 03.08.2007.

³⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, p. 46.

³⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, p. 46. Ainda: BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, pp. 177-178.

³⁷¹ LOMBROSO, César. *O Homem Delinqüente*. Tradução Maristela Tomasini e Oscar Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001, pp. 291-321. O livro, que constitui o marco inicial da Criminologia Positivista, é um precioso inventário dos estereótipos que serviam de guia ao Poder Punitivo (preguiça, zombaria, gíria, canções, etc.). Garland chega a caracterizar a Criminologia como dividida em dois projetos: o “governamental”, de buscar uma eficiente administração do controle penal, e o “Lombrosian project”, que consistiria desenvolver uma ciência etiológica baseada na distinção entre criminosos e não-criminosos. GARLAND, David. *The Development of British Criminology*. In: *The Oxford Handbook of Criminology*, p. 12.

importante: identifica quais são os indivíduos preferencialmente *selecionados* pelo Poder Punitivo³⁷². Se parece óbvio que não há qualidades constitutivas e inatas do indivíduo que lhe *provoquem* o desvio, p. ex., o tamanho do nariz ou a cor da pele, é certo que a pesquisa em torno desses atributos – embora nitidamente inadequada ao que se propõe (etiologia criminal) – pode trazer indicativos dos critérios de seleção exercidos pelo Poder Punitivo. Atira-se no que se vê e acerta-se no que não se vê, como afirma o dito popular.

A seletividade do Poder Punitivo provoca, dessa forma, uma distribuição seletiva em forma de epidemia³⁷³. Pode-se afirmar que atinge apenas aqueles mais vulneráveis às agências criminais, com baixo poder de defesa perante o Poder Punitivo. São selecionados, como diz Zaffaroni, porque:

a) suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais; **b)** sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas e, por conseguinte, de fácil detecção e **c)** porque a etiquetagem suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo, com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo (a profecia que se auto-realiza)³⁷⁴.

O Poder Punitivo funciona como um filtro que seleciona de acordo com o estado de vulnerabilidade do indivíduo, dependendo da correspondência com algum estereótipo. Prossegue o autor:

O poder punitivo criminaliza selecionando: **a)** as pessoas que, em regra, se enquadram nos estereótipos criminais e que, por isso, se tornam vulneráveis, por serem somente capazes de obras ilícitas toscas e por assumi-las desempenhando papéis induzidos pelos valores negativos associados ao estereótipo (*criminalização conforme o estereótipo*); **b)** com muito menos frequência, as pessoas que, sem se enquadrarem no estereótipo, tenham atuado com brutalidade tão singular que se tornaram vulneráveis (autores de homicídios intrafamiliares, de roubos neuróticos, etc.) (*criminalização por comportamento grotesco ou trágico*); **c)** alguém que, de modo muito excepcional, ao encontrar-se em uma posição que o tornara praticamente invulnerável ao poder punitivo, levou a pior parte em uma luta de

³⁷² Na mesma linha de raciocínio: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica – do controle da violência à violência do controle penal*, pp. 222-224.

³⁷³ Aqui se aproxima a noção que Vera Andrade trabalha da seletividade “quantitativa” à seletividade “qualitativa”. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica – do controle da violência à violência do controle penal*, pp. 259-275.

³⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, p. 48. O que não significa, como explicam os autores, estar-se diante de uma “teoria conspiratória”: denunciar o funcionamento desigual do Poder Punitivo não é a mesma coisa que dizer que um aparato de poder beneficia alguns e “pretender por tal razão que estes o organizem e o manejem. Tal erro leva-nos a concluir que, suprimindo os beneficiários, o aparato se desmonta, o que a história demonstra ser absolutamente falso: o poder punitivo continua funcionando do mesmo modo e, às vezes, mais violenta e seletivamente ainda” (pp. 48-49, grifo no original).

poder hegemônico e sofreu por isso uma ruptura na vulnerabilidade (*criminalização devido à falta de cobertura*)³⁷⁵.

O poder punitivo funciona da forma exatamente inversa, portanto, ao que costuma afirmar o discurso jurídico, que coloca em ordem legislador, juiz e dá papel apenas ínfimo à polícia no processo criminalizador. Na prática, a polícia exerce o poder seletivo e o juiz pode reduzi-lo, ao passo que o legislador apenas abre espaço para o exercício da seletividade nos casos individuais³⁷⁶.

3.2. A experiência punitiva na “Tolerância Zero” e no Brasil

Se o *labelling approach* teve indiscutível mérito de relativizar o valor das estatísticas criminais, exibindo a indisfarçável cifra oculta que percorre as sociedades contemporâneas, pela debilidade inerente ao Poder Punitivo, é certo que – na própria perspectiva aberta pelo *labelling* – as estatísticas servem como dados importantes para observarmos como funciona o filtro seletivo. Em outras palavras: sobre quem costuma recair o processo de criminalização secundária nas circunstâncias sociais concretas.

O estudo de Loïc Wacquant sobre o programa de “*Tolerância Zero*”, estratégia implementada em Nova York a partir do Governo Rudolf Giuliani, revela algumas nuances. O programa é baseado em teses formuladas pelo Manhattam Institute, especialmente aquelas enunciadas por Murray e Herrnstein – *The Bell Curve* -, consistente na defesa de que as desigualdades de classe e raciais nos EUA refletem diferenças individuais de caráter cognitivo, e por James Wilson – a famosa “*Broken windows theory*”, sustentando ser indispensável combater os pequenos distúrbios cotidianos para fazer recuar as grandes patologias criminais. Sua idéia-força é, em síntese, de que o caráter “sagrado” dos espaços públicos é indispensável à vida urbana e, por isso, a desordem na qual vivem as classes pobres é terreno natural do delito³⁷⁷.

³⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, p. 49.

³⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, p. 51.

³⁷⁷ WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*, pp. 23-25.

Dessa forma, o objetivo da reorganização do trabalho policial desenvolvido será a perseguição permanente dos pobres nos espaços públicos para diminuir a sensação de insegurança das classes média e alta³⁷⁸. O resultado dessa política é que, como enuncia Wacquant, a brigada especial constituída revistou e deteve mais de 45.000 pessoas sob a mera suspeita do seu vestuário, aparência, comportamento e, sobretudo, cor da pele. Mais de 37.000 dessas detenções foram consideradas gratuitas e, do restante, 8.000 foram consideradas inválidas. O coeficiente final restaria, pois, de uma válida em cada onze detenções. Cerca de 80% dos homens negros e latinos foram submetidos a esse processo³⁷⁹.

Evidentemente, a taxa de detenções não poderia ser equivalente ao total de pessoas revistadas. Porém o que salta aos olhos é o *critério* de seleção que identifica previamente aqueles que são submetidos ao processo. Em três quartos dos casos de queixas dessas patrulhas, as vítimas eram residentes negros e latinos. 80% dos requerimentos de abuso foram registrados nos bairros pobres. A esmagadora maioria dos negros de Nova York considerava a polícia uma força hostil, dos quais 72% consideram uso abusivo da força e 66% identificam a brutalidade comum entre os negros, contra apenas 33 e 24% entre os brancos³⁸⁰. Dessa forma, como afirma Wacquant,

A “tolerância zero” apresenta portanto duas fisionomias diametralmente opostas, segundo se é o alvo (negro) ou o beneficiário (branco), isto é, de acordo com o lado onde se encontra essa barreira de casta que a ascensão do Estado penal americano tem como efeito – ou função – restabelecer e radicalizar³⁸¹.

Não se trata de “demonizar” o programa “Tolerância Zero”, podendo-se reconhecer méritos como, por exemplo, o tratamento com a corrupção policial. Trata-se apenas de constatar que, embora haja ubiqüidade do delito nas diversas classes sociais, apenas as mais vulneráveis sofrem punição diante de um quadro de repressivismo exacerbado. As estratégias altamente punitivas, portanto, representam quase sempre mecanismos que recaem sobre essa parcela da população. Segundo Wacquant, por exemplo, embora os negros representem 13% dos consumidores de drogas (seu peso demográfico nos EUA), correspondem a um terço das pessoas detidas e três quartos das encarceradas por infração a legislação de drogas. A

³⁷⁸ WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*, pp. 26.

³⁷⁹ WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*, pp. 35.

³⁸⁰ WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*, pp. 36-37.

³⁸¹ WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*, pp. 37.

proporção das taxas de encarceramento em geral de 1995 era de 7,5 negros para cada branco³⁸². É inquestionável, pois, a seletividade do controle penal exercido furiosamente.

No Brasil, evidentemente, a situação não é distinta. O problema racial, por exemplo, percorre todo um horizonte em que se convive com o reconhecimento formal de direitos e, simultaneamente, não se garante o mínimo de cidadania. Antonio Sérgio Alfredo Guimarães expressa com precisão:

Em termos materiais, na ausência de discriminações raciais institucionalizadas, esse tipo de racismo se reproduz pelo jogo contraditório entre, por um lado, uma cidadania definida de modo amplo e garantida por direitos formais, mas, por outro lado, largamente ignorados, não cumpridos e estruturalmente limitados pela pobreza e pela violência policial cotidiana³⁸³.

Os cidadãos negros, embora não haja pesquisas empíricas de maior contribuição para a criminalidade, são alvos privilegiados das investigações policiais, sendo percebidos, por meio de processos de estigmatização e preconceito, como potenciais perturbadores da ordem. Por isso, como anota Sérgio Adorno, “se o crime não é privilégio da população negra, a punição parece sê-lo”³⁸⁴. O Brasil ainda convive com sua herança conservadora e autoritária, legado de um passado colonial escravista e patrimonialista³⁸⁵.

Adorno realiza uma pesquisa em torno de informações extraídas de processos penais julgados em São Paulo em primeira instância, durante o ano de 1990, referente a roubos (inclusive latrocínio), tráfico de drogas, estupro e extorsão mediante seqüestro. Conquanto a população, segundo o IBGE, fosse de 72,1% de brancos e 24,6% de negros (pretos e pardos), a proporção de condenações no crime de roubo foi de 54,33%, para negros, e 45,66%, para brancos³⁸⁶. A pesquisa ainda revela tratamento desigual no que tange à confissão no processo judicial, prisão em flagrante e negativa de liberdade provisória³⁸⁷. Os dados também indicam que, enquanto os réus brancos apresentavam na proporção de 60,5% defensores constituídos,

³⁸² WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*, pp. 94-95.

³⁸³ GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Racismo e Anti-Racismo no Brasil*, p. 42.

³⁸⁴ ADORNO, Sérgio. *Discriminação Racial e Justiça Criminal em São Paulo. Novos Estudos CEBRAP* (43). CEBRAP: São Paulo, 1995, p. 47.

³⁸⁵ ADORNO, Sérgio. *Discriminação Racial e Justiça Criminal em São Paulo*, p. 48.

³⁸⁶ ADORNO, Sérgio. *Discriminação Racial e Justiça Criminal em São Paulo*, pp. 51-52.

³⁸⁷ ADORNO, Sérgio. *Discriminação Racial e Justiça Criminal em São Paulo*, pp. 53-55.

os negros detinham apenas 38,1% nessa condição, o que influencia, inclusive, a avaliação da prova testemunhal (cerca de 74,8% dos negros não apresentavam testemunhas)³⁸⁸.

Veja-se ainda a seguinte observação sobre a estatística das condenações:

O mais significativo foi verificar (...) maior proporção de réus negros condenados (68,8%) do que de réus brancos (59,4%), em virtude do cometimento de crime idêntico. A absolvição favorece preferencialmente brancos comparativamente a negros (37,5% e 31,2%, respectivamente). Para se ter uma melhor idéia do que podem essas proporções traduzir, basta lembrar a composição racial da população, indicada páginas atrás. Réus negros condenados estão proporcionalmente muito mais representados do que sua participação na distribuição racial do Município de São Paulo. Não é o mesmo cenário que se desenha quando estão em foco réus brancos (...). Tudo sugere, por conseguinte, uma certa “afinidade eletiva” entre raça e punição³⁸⁹.

Da mesma forma, é nítida a predominância de indivíduos pertencentes a camadas economicamente inferiores da população, mais expostas na sua vulnerabilidade ao controle penal. Basta comparar o percentual de presos por crimes como evasão de divisas ou sonegação fiscal com aqueles presos por roubo ou furto. As estratégias beligerantes de controle penal, mesmo quando dirigidas sob um discurso com pretensões de universalizar a punição (por exemplo, de esquerda punitiva), acabam recaindo na costumeira “clientela” – jovens pobres e, dentre esses, especialmente os negros³⁹⁰.

4. Quem é o Inimigo?

Como se afirmou, não há como pensar um Direito Penal do Inimigo sem o recurso a um conceito representacional do Outro. Sem representação, não há Inimigo.

O estigma³⁹¹ é exemplo da representação *lançada na concretude* da sociedade contemporânea. O estigma é, sobretudo, uma projeção representacional que se lança sobre o

³⁸⁸ ADORNO, Sérgio. Discriminação Racial e Justiça Criminal em São Paulo, pp. 56-57.

³⁸⁹ ADORNO, Sérgio. Discriminação Racial e Justiça Criminal em São Paulo, p. 59. Ver, ainda: ADORNO, Sérgio. Racismo, Criminalidade Violenta e Justiça Penal: réus brancos e negros em perspectiva comparativa. *Estudos Históricos* (18). Rio de Janeiro, 1996.

³⁹⁰ Ver: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica – do controle da violência à violência do controle penal*, pp. 276-282.

³⁹¹ Os conceitos de “estigma” e “estereótipo”, nesse momento, serão usados como similares, pois, no campo da *pragmática* da nossa linguagem, significam o mesmo: a projeção de uma representação negativa sobre uma

Outro, substituindo-o por uma imagem deformada que está na mente do sujeito que o percebe. Há um específico traço, uma “*diferença*” do estigmatizado que se sobrepõe de forma a destruir qualquer contato com aquilo que realmente ele é.

A noção de estigma, que não esgota outras possíveis projeções representacionais que povoam o imaginário social (é possível pensar, por exemplo, em representações *positivas*, próprias de uma sociedade do espetáculo), é particularmente decisiva quando estamos diante do Poder Punitivo. Como se constatou a partir da Criminologia Crítica, o Poder Punitivo não é capaz de dar conta da integralidade dos conflitos que lhe são confiados, operando por meio de uma seleção. Esse processo, como afirmou Zaffaroni, não é aleatório: é preferencialmente sobre aqueles que se situam enquanto “vulneráveis” que o controle penal irá recair. A vulnerabilidade depende, sobretudo, de um estereótipo a ser preenchido.

Com isso, não se pode deixar de concluir *quem* seria o Inimigo no contexto atual: aqueles que preferencialmente caem nas malhas do sistema punitivo e, identificados com um estigma, vêm-se sobrepujados por uma representação que povoa o imaginário social³⁹². O Direito Penal do Inimigo tem como destino, por isso, os *vulneráveis* ao sistema penal³⁹³, que são o alvo preferencial da seletividade do Poder Punitivo³⁹⁴. É nessa engrenagem da representação-estigma-seletividade-vulnerabilidade que pode funcionar a máquina punitiva do Direito Penal do Inimigo³⁹⁵.

peessoa. Assim, embora semanticamente distintos, sendo a noção de estereótipo mais ampla, *nesse ponto* significam o mesmo fenômeno tratado. A definição de estereótipo significa, para Lipman, *pictures in our minds* que precedem o uso da razão e organizam os dados antes de atingirem a inteligência. FIGUEIREDO DIAS & COSTA ANDRADE, *Criminologia*, p. 348. Particularmente na visão do *labelling approach*, é possível verificar que o processo de estigmatização é *posterior* à questão dos estereótipos. Cf. LARRAURI, Elena. *La Herencia de la Criminología Crítica*, pp. 36-37.

³⁹² É muito interessante a observação de Gustavo Eduardo Aboso no sentido de que, conquanto tenham existido atentados terroristas durante a década de 90 (1992/1994), apenas quando o inimigo se torna “inimigo externo” – sem afinidades culturais, étnicas e religiosas – surgem os “reformismos”. ABOSO, Gustavo Eduardo. El llamado “Derecho Penal del Enemigo” y el ocaso de la política criminal racional: el caso argentino. In: *DPE*, t. 1, p. 56.

³⁹³ Massimo Donini nomeia expressamente o Direito Penal do Inimigo de “Direito Penal do estigma”. DONINI, Massimo. El Derecho penal frente al “enemigo”. In: *DPE*, v. 1, p. 616. Ver também: RESTA, Federica. Enemigos y criminales. Las lógicas del control. In: *DPE*, v. 2, pp. 765-780 e GARCÍA PAZ, Isabel Sanchez. Alternativas al Derecho penal del enemigo desde el Derecho penal del ciudadano. In: *DPE*, v. 2, pp. 854-855..

³⁹⁴ AMBOS, Kai. Derecho Penal del Enemigo. In: *DPE*, v. 1, pp. 119-120 e especialmente 127-130. Um paralelo interessante entre a “terceira velocidade” e o “cidadão de terceira classe” encontra-se em CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Sistema de penas y líneas políticocriminales de las últimas reformas del código penal. ¿Tiende el derecho penal hacia un “derecho penal de dos velocidades”? In: *DPE*, v. 1, pp. 384-385.

³⁹⁵ Nem se necessita fazer referência a certas manifestações de Jakobs que explicitam “dificuldades” com o multiculturalismo, como: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *El llamado derecho penal del enemigo. Especial referencia ao derecho penal econômico*. In: *DPE*, v.1, p. 23; AMBOS, Kai. Derecho Penal del Enemigo. In: *DPE*, v. 1, pp. 138-139. Nossa argumentação pretende abranger não apenas Jakobs, mas a lógica da exclusão

Particularmente no Brasil³⁹⁶, é possível que essa engrenagem punitiva, conquanto pudesse vir eventualmente lastreada por um discurso universalista (por exemplo, propor um Direito Penal do Inimigo aos crimes hediondos e aos políticos corruptos³⁹⁷), certamente atuaria *de acordo* com o funcionamento estrutural do sistema penal, operando perante a população estigmatizada que corresponde, sobretudo, a jovens negros de baixa de renda. Catalisado pelo *medo* produzido pelas circunstâncias contemporâneas, como exposto no item 4 da Seção 1 do Capítulo anterior, o Direito Penal do Inimigo atuaria como uma máquina de eliminação da população vulnerável, sobre a qual recaem todas as estratégias punitivas beligerantes³⁹⁸.

Não basta, no entanto, expor, a partir de um inflacionamento da representação, quem desempenharia o papel de Inimigo no contexto contemporâneo. É necessário ir mais longe, investigando mais profundamente aquilo que constitui a representação e abrindo flancos para que surja o Outro silenciado, mais uma vez. Com isso, chama-se à *responsabilidade ética* o Direito Penal do Inimigo perante aquele que ele pretende neutralizar.

normativa do Inimigo, mergulhando no texto, sem tirar a *responsabilidade ética* sobre a escritura, como a seguir argumentaremos.

³⁹⁶ Jakobs admite, no entanto, a incidência do Direito Penal do Inimigo na Colômbia: AMBOS, Kai. Derecho Penal del Enemigo. In: *DPE*, v. 1, p. 147. Distinguindo com precisão a aplicação do Direito Penal do Inimigo na América Latina da Europa, BELLO RENGIFO, Carlos Simón. La razones del Derecho penal. In: *DPE*, v. 1, p. 322.

³⁹⁷ São pertinentes, nesse sentido, as agudas e precisas observações de Ripollés ao identificar que o discurso da “sociedade do risco” e toda neocriminalização expansiva do Direito Penal fundada em avanços tecnológicos vai dando lugar a um processo de substituição por uma criminalização *intensiva*, e não extensiva, concentrando-se na punição de delitos “clássicos”, ainda que por vezes recauchutados com noções como “crime organizado”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: el debate desenfocado. In: *DPE*, pp. 570-575. Também nesse sentido: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho. In: *DPE*, v. 1, p. 830.

³⁹⁸ Trata-se de um processo de tradução da “exclusão fática” para a de “exclusão normativa”, como sinalam bem Meliá e Díez. CANCIO MELIÁ, Manoel & GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Presentación. In: *DPE*, v. 1, p. XVIII.

SEÇÃO II – O OUTRO NÃO-ONTOLÓGICO

1. A Ética como Fundamento Crítico

A falência do pensamento representacional, tido por Jakobs como orientação para a aplicação do Direito Penal do Inimigo – projeção lógica das minhas representações sobre Outrem que lhe concede o caráter de Inimigo – pode ser conjugada com um reposicionamento da racionalidade. A representação deteriorada do Outro, aqui representada no estigma e desenvolvida a partir da referência ao Poder Punitivo, ganha uma dimensão ainda mais densa quando traçamos a “virada ética” desenvolvida por E. Levinas “sobre os ombros” da ontologia de Martin Heidegger.

Essa crítica de Levinas à ontologia fundamental de Heidegger parece servir como argumento suficiente para um deslocamento do foco da “apreensão” e “descrição” da realidade, por G. Jakobs, para um pensamento que se estruture *primacialmente* por categorias éticas, para tão-somente após *pensar* a totalidade dos problemas humanos.

Para tanto, será necessário demonstrar a *primazia* da ética sobre o ato de conhecer. Do contrário, certamente os defensores do Direito Penal do Inimigo poderão argumentar que, conquanto seja deveras lamentável a *despersonalização* do indivíduo definido pelo Poder Punitivo como Inimigo, trata-se de *fato* submetido ao juízo da razão que apenas *descreve* o que ocorre na realidade³⁹⁹. Assim, a crítica ética estaria *apenas* no nível deontológico, não passando de “carta de princípios” sem aplicabilidade no mundo real.

³⁹⁹ Essa discussão é feita exaustivamente ao longo de diversos trabalhos sobre o Direito Penal do Inimigo. No entanto, *todos* os trabalhos pesquisados buscam distinguir os momentos “descritivos” das “assunções axiológicas” de Jakobs, mostrando que, por exemplo, a questão da contaminação ou da necessidade de reconhecimento diz respeito a um juízo do próprio Jakobs. Ver: GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 56, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 92-112. Discutindo o tema de forma mais ampla, no sentido de que uma descrição jurídica sempre passa por um teor de legitimidade, de acordo com a sociedade que visa: BELLO RENGIFO, Carlos Simón. *La razones del Derecho penal*. In: *DPE*, v. 1, pp. 304-324 e também, de forma aprofundada, SCHULZ, Lorenz. Fricciones de una ficción. El Derecho penal de Jakobs para enemigos. In: *DPE*, v. 2., pp. 947-955. Nossa argumentação tem ambições maiores: procura definir, a partir de outra matriz de racionalidade, como é *impossível* a neutralidade de *qualquer forma*, pois mesmo o conhecimento em si mesmo não é neutro.

Apenas se demonstrarmos que o juízo ético *antecede* a construção do Direito Penal do Inimigo, que nele, antes mesmo de se formar enquanto conjunto de conceitos acerca da realidade, já está inserida determinada forma de ver o mundo que diz respeito essencialmente ao domínio ético, é que teremos respaldo para confrontá-lo com outra racionalidade. Do contrário, o argumento será considerado “externo” e, por isso, insuficiente para tocar o *núcleo* do Direito Penal do Inimigo.

É a partir, portanto, da crítica que Levinas faz a Heidegger, em relação à idéia de ontologia fundamental, que se pretende demonstrar a existência de uma *razão (anti-)ética* na obra de Jakobs, primacial em relação ao domínio da razão instrumental que posteriormente lhe permite a formação de construtos intelectuais a gerar uma totalidade sistemática. É a partir de uma (des)razão ética que Jakobs constrói, com solidez intelectual, o Direito Penal do Inimigo.

2. A Crítica de Levinas a Martin Heidegger – o Outro não-ontológico

A ontologia heideggeriana, segundo Levinas, não permanece na “ingenuidade” da ontologia tradicional, ou seja, de uma “alma coeterna às idéias”, razão libertada das contingências temporais. Essa razão – que conduzia a “onto-teologia” – se esquece ou se ignora, permanecendo ingênua diante da realidade. É *na* contingência temporal, exatamente, que se dá a ontologia autêntica – na *faticidade* da existência temporal. Na expressão de Levinas, “a ontologia não se realiza no triunfo do homem sobre sua condição, mas na própria tensão que essa condição se assume”⁴⁰⁰.

A grande contribuição da ontologia fundamental parece ser o seu anti-intelectualismo. Pensar não é mais apenas contemplar, mas engajar-se, estar embarcado no que se pensa – acontecimento dramático do ser-no-mundo. Pensar o ser já é ser. Nossa consciência não esgota nossa relação com a realidade: estamos presentes em *toda espessura* do nosso ser.

⁴⁰⁰ LEVINAS, Emmanuel. A ontologia é fundamental? In: *Entre Nós: ensaios sobre a alteridade*, p. 22.

O fato de a consciência da realidade não coincidir com nossa habitação no mundo – eis o que a filosofia de Heidegger produziu forte impressão no mundo literário⁴⁰¹.

A existência, portanto, “transborda” *necessariamente* os limites das nossas percepções. O mundo, na sua concretude extrema, deve servir de ponto de partida para a nossa concepção sobre ele, provando, com isso, sua *realidade*, e não uma “fabulação” ou um projetar-se nas nossas crenças particularmente alienadas em um espaço pretensamente “vazio” que nos cercaria⁴⁰². Compreender, nas palavras de Ricardo Timm de Souza, significa “levar a existência realmente a sério em todas as dimensões possíveis do real, ou seja, empenhar a inteligência para além dos ‘limites do existir’”⁴⁰³. É, assim, em um cruzamento entre a vontade de lucidez e a concretude que o mundo vai se *dando*.

Mas, apesar de todo anti-intelectualismo que rodeia a ontologia fundamental, logo a filosofia da existência se apaga diante da ontologia. O fato de estar lançado, ligado que estou aos objetos não apenas pelo vínculo intelectual, se interpreta como *compreensão*. Em consequência, “o caráter transitivo do verbo conhecer fica ligado ao verbo existir”. A primeira frase da *Metafísica* de Aristóteles – que “todo homem aspira a um conhecer” – permaneceria verdadeira para uma filosofia que teria “levianamente” sido considerada desdenhosa do intelecto⁴⁰⁴.

A leitura de *Ser e Tempo* não permite discordar de Levinas. Heidegger escreve:

Interpretando o compreender como existencial fundamental, mostra-se que esse fenômeno é concebido como modo fundamental de *ser* da presença. No sentido, porém, de *um* modo possível de conhecimento entre outros, que se distingue, por exemplo, do ‘esclarecer’, o ‘compreender’ deve ser interpretado juntamente com aquele, como um derivativo existencial do compreender primordial, que também constitui o ser do *pre* da presença. (...) Enquanto abertura do em virtude de e da significância, a abertura do compreender diz respeito, de maneira igualmente originária, a todo o ser-no-mundo⁴⁰⁵.

Assim, como afirma Gianni Vattimo, “o existencial (isto é, o modo de ser do *Dasein*) que fornece o fio condutor desta parte da análise é, com efeito, a compreensão (*Verstehen*). O

⁴⁰¹ LEVINAS, Emmanuel. A ontologia é fundamental? In: *Entre Nós: ensaios sobre a alteridade*, p. 24.

⁴⁰² SOUZA, Ricardo Timm de. Ontologia e Fundamentos: sobre ‘A ontologia é fundamental?’. In: *Sentido e Alteridade: dez ensaios sobre o pensamento de Emmanuel Levinas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 72.

⁴⁰³ SOUZA, Ricardo Timm de. Ontologia e Fundamentos: sobre ‘A ontologia é fundamental?’, pp. 72-73.

⁴⁰⁴ LEVINAS, Emmanuel. A ontologia é fundamental? In: *Entre Nós: ensaios sobre a alteridade*, pp. 24-25.

⁴⁰⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*, pp. 202-203.

Dasein está no mundo, antes de mais e fundamentalmente, como *compreensão*, além de também como afetividade”⁴⁰⁶.

E Ricardo Timm de Souza disserta, com precisão:

Assim, temos com Heidegger uma grande síntese do que pode vir a significar a compreensão: a resolução máxima do que mais significativo foi sendo depurado pela exigente tradição da filosofia ocidental; é este o espaço que o ser ocupa no coroamento desta tradição e alvo precípuo e mais digno da investigação filosófica⁴⁰⁷.

Heidegger, é verdade, reconhece o ser-com como existencial elementar do *Dasein*, tendo-o como estrutura prévia a qualquer visão do ser-aí de outrem enquanto *pessoa simplesmente dada*, que chegariam ao encontro enquanto uma soma de entes. Dentro do mundo, o *Dasein* é essencialmente ser-com, ainda que o outro não seja, de fato, percebido ou dado. Mesmo o estar-só do *Dasein* é ser-com⁴⁰⁸. Entretanto, é na compreensão que repousará a relação com o outro, vislumbrada a partir do prisma ontológico-existencial.

Levinas não se opõe à compreensão enquanto tradição que se relaciona com o particular colocando-se além do particular. Mas, diz o filósofo lituano, tem-se o direito de perguntar se a linguagem não está fundada numa relação *anterior à compreensão* e que a constitui enquanto razão⁴⁰⁹.

Na relação com *Outrem*, certamente estamos a tentar compreendê-lo, mas a relação *excede* a compreensão. Outrem não nos afeta como conceito: ele é ente e conta como tal. Mas, antes de prosseguir, seria necessário perguntar se pronunciar ente não seria retornar à revelação do ser e, por isso, estar-se-ia estabelecido ainda no âmbito da compreensão. Reportar-se ao ente, segundo Heidegger, seria deixá-lo ser independente da percepção que o apreende. É mediante essa compreensão que ele se dá como ente e não apenas como mero objeto. O ser-com-outrem (*Miteinandersein*) repousa assim para Heidegger sobre a relação ontológica⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. Tradução João Gama. Lisboa: Piaget, 1996, p. 33.

⁴⁰⁷ SOUZA, Ricardo Timm de. *Ontologia e Fundamentos: sobre 'A ontologia é fundamental?'*, p. 75.

⁴⁰⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*, pp. 177-178.

⁴⁰⁹ LEVINAS, Emmanuel. *A ontologia é fundamental?* In: *Entre Nós: ensaios sobre a alteridade*, p. 25.

⁴¹⁰ LEVINAS, Emmanuel. *A ontologia é fundamental?* In: *Entre Nós: ensaios sobre a alteridade*, p. 26.

Veja-se a seguinte citação de *Ser e Tempo*:

A abertura do co-presença dos outros, pertencente ao ser-com, significa: na compreensão do ser da presença já subsiste uma compreensão dos outros, porque seu ser é ser-com. Como todo compreender, esse compreender não é um conhecer nascido de uma tomada de conhecimento. É um modo de ser originariamente existencial que só então torna possível conhecer e a tomada de conhecimento. Este conhecer-se está fundado no ser-com que compreende originariamente. Ele se move, no início, segundo o modo de ser mais imediato do ser-no-mundo que é com, no conhecer compreensivo do que a presença encontra e do que ela se ocupa na circunvisão do mundo circundante. A partir da ocupação e do que nela se compreende é que se pode entender a ocupação da preocupação. O outro se descobre, assim, antes de tudo, na preocupação das ocupações⁴¹¹.

Pergunta, contudo, Emmanuel Levinas: na nossa relação com o outro, a questão será propriamente *deixá-lo ser*? Ou melhor: aquele a quem se fala é, previamente, compreendido no seu ser? De forma alguma, responde. Outrem não é primeiro objeto de compreensão e, somente após, de interlocução. As duas relações confundem-se. A compreensão de outrem é simultânea à sua invocação⁴¹². Quando estou face-a-face com o Outro, imediatamente estou a o cumprimentar, ainda que não o cumprimente.

Assim, como anota Marcelo Pelizzoli, para Heidegger o antropológico, a subjetividade, torna-se “modalidade do ser”, em um pano de fundo totalizante. O papel que a singularidade do sujeito adquire na “dialética do Ser” – na própria diferença ontológica – englobaria e tornaria inofensivo o acontecimento capital da alteridade. Nas palavras do autor referido, “o aparecer do ente à luz do ser como inteligibilidade, em que então ‘todo homem é ontologia’, põe a ontologia (fundamental) na mesma inspiração da tradição ocidental, onde o universal pensado impera sobre o singular fugidio”⁴¹³.

⁴¹¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*, p. 180.

⁴¹² “A postura mesma do Outro frente ao Mesmo, sua dignidade sumamente sutil e essencialmente intocável, que se dá em forma de *interpelação questionadora* a que se deve *responder* (e não esclarecer ou violentar – neste caso sinônimos), propõe a necessidade inadiável do surgir de um *encontro ético* entre realidades visceralmente diversas”. SOUZA, Ricardo Timm de. *Sujeito, Ética e História*, p. 112.

⁴¹³ PELIZZOLI, Marcelo Luiz. *Levinas: a reconstrução da subjetividade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 45. “Mas, eis que Levinas inverte já a relação entre o ser e a compreensão que parecia ir além do teórico: se a relação teórica com o ser, o pensamento, na ontologia clássica era apenas uma das dimensões da nossa existência, a mais alta e a mais digna, a extensão heideggeriana da compreensão do ser para toda a existência não significa o superamento do intelectualismo, mas a infiltração do teórico, da inteligibilidade, da compreensão, em todas as dimensões da existência concreta do homem. Também as dimensões que não são pensamento interpretam-se como compreensão. A transitividade do verbo ser, que parecia impressionar Levinas, revela agora o significado do seu parentesco com o verbo conhecer. O compreender, isto é, o conhecer, esgotaria o significado da existência; para a filosofia heideggeriana permanece ainda verdadeira e válida a afirmação de Aristóteles que abre a *Metafísica*: ‘Todos os homens aspiram por natureza ao conhecimento’”. KORELC,

Em síntese: “compreender uma pessoa já é falar-lhe”. Ou seja, ter “aceito”, “considerado” ou “recebido” uma pessoa já é, por si só, uma relação *original*, que não se confunde com a compreensão. A linguagem, assim, não é subordinada a uma “consciência” que se tomaria na presença de outrem, mas antes *se constitui* propriamente a partir da sua chegada – trata-se de uma *condição* a isso⁴¹⁴.

No seio da manipulação, o ente é *ultrapassado* no próprio movimento que o apreende, e se reconhece neste “além” necessário à presença ‘junto a’ o próprio itinerário da compreensão. Este ultrapassamento não depende apenas da aparição prévia do ‘mundo’ toda vez que operamos com manipuláveis, como quer Heidegger. Delineia-se ele também na *posse* e no *consumo* do objeto. Nada disso acontece ao se tratar da minha relação com outrem. Ali também, querendo-se, eu compreendo o ser em outrem, além da sua particularidade de ente; a pessoa com a qual estou em relação, chamo-a ser, mas, ao chamá-la *ser*, eu a invoco. Não penso somente que ela é, dirijo-lhe a palavra. Ela é meu *associado* no seio da relação que só devia torná-la presente⁴¹⁵.

Para superar a ontologia, é necessário posicionar Outrem enquanto primeiro dos temas. Dessa forma, a ontologia é superada em direção a um horizonte onde a relação de compreensão com o ser não detém mais primado, antes é superada por outra relação, *original*, cuja matriz é ética. Relação de rosto-a-rosto, na qual o intelecto perde a sua força e a dimensão de *guerra* da razão é abandonada em prol de uma relação de paz.

A compreensão, segundo E. Levinas, ao se reportar ao ente na abertura do ser, confere-lhe significação a partir desse ser. Nessa direção, ela não o invoca: apenas o nomeia. E, dessa maneira, “comete a seu respeito uma violência e uma negação”⁴¹⁶. Ele constantemente transborda da nossa compreensão. Ser contemplado não é sua essência; antes, seu essencial poderia ser definido com a “condição de separado” em relação ao meu poder compreensivo, a incapacidade de subsumi-lo por inteiro⁴¹⁷, nem mesmo o assassinando⁴¹⁸.

Martina. *O Problema do Ser na obra de Emmanuel Levinas*. 371f. Tese (Doutorado em Filosofia)- Faculdade de Filosofia. Pontifícia Universidade Católica do RS. Porto Alegre, 2006, p. 154.

⁴¹⁴ LEVINAS, Emmanuel. A ontologia é fundamental? In: *Entre Nós: ensaios sobre a alteridade*, p. 27.

⁴¹⁵ LEVINAS, Emmanuel. A ontologia é fundamental? In: *Entre Nós: ensaios sobre a alteridade*, p. 28.

⁴¹⁶ LEVINAS, Emmanuel. A ontologia é fundamental? In: *Entre Nós: ensaios sobre a alteridade*, p. 31.

⁴¹⁷ SOUZA, Ricardo Timm de. Ontologia e Fundamentos: sobre ‘A ontologia é fundamental?’, pp. 76-77.

⁴¹⁸ SOUZA, Ricardo Timm de. O Delfírio da Solidão: o assassinato e o fracasso original. In: *Sentido e Alteridade*, p. 41.

No encontro com o Outro, existe algo que não se deixa reduzir a qualquer dimensão do pensamento, ainda que tal pensamento seja mais “qualificado”. Como diz Ricardo Timm de Souza,

Algo há, da realidade, que nenhum modelo de consciência, ou de uso, posse, manutenção ou objetivação consegue esgotar: este ‘algo’ é exatamente o que sobra além da mera percepção do ser do outro, ou seja, a ‘invocação’ do outro *como outro* separado de mim que se dá pela linguagem que o outro invoca a uma res-posta⁴¹⁹.

Nas bordas da relação compreensiva, que se pretendeu hegemônica a partir do acoplamento entre ser e pensar iniciado com Parmênides, e foi hipertrofiada com uma projeção do pensar como todo existencial do ser na compreensão heideggeriana, existe um limite sempre fugidivo: a exterioridade do Outro que se apresenta e, imediatamente após o contato face-a-face, revela uma grave separação, na qual outrem jamais se deixa reduzir aos esquemas representacionais que guiam as convicções no mundo. Como afirmou Martina Korelc, a extensão heideggeriana da compreensão do ser para toda a existência não significou a superação do intelectualismo, mas a infiltração do teórico, da inteligibilidade, da compreensão, em todas as dimensões da existência concreta do homem⁴²⁰.

Quando o Outro se apresenta no seu Rosto, na sua concretude extrema, estamos diante da ambiência em que é impossível se refugiar na neutralidade: no face-a-face, já estamos diante da *saudação*, ocorrida ou não, sem a possibilidade de encontrar abrigo numa racionalidade intelectual. O pensamento não será mais neutro e auto-referente, ele só ganha sentido quanto referido a outrem, e portanto já carrega em si mesmo essa responsabilidade. Ao exprimir-se, não pode exprimir tudo, porque não é tudo. “Está instaurado um universo com, ao menos, dois *diferentes*”⁴²¹.

Esse vínculo que não reduz a esquemas teóricos Levinas nomeia *religião*, conferindo um sentido não-teológico ao termo. Religião que significa, em outros termos, a relação de invocação do Eu ao Outro que não se delinea mediante representações que surgem no interior de cada um – nem mesmo por meio de uma abertura constitutiva que antecederia mesmo a percepção do outro como “simplesmente dado” – mas como vínculo *original*, que se dá no Rosto do Outro, ou seja, na sua concretude máxima. É o que afirma Ricardo Timm de Souza:

⁴¹⁹ SOUZA, Ricardo Timm de. *Ontologia e Fundamentos: sobre ‘A ontologia é fundamental?’*, p. 78.

⁴²⁰ Como na nota 413.

⁴²¹ SOUZA, Ricardo Timm de. *Ontologia e Fundamentos: sobre ‘A ontologia é fundamental?’*, p. 80.

Religião é, neste contexto, portanto, relação, ligação em sentido forte de dois antes não unidos por algum tipo de lógica ou mística prévia *nem* por algum tipo de estrutura conceitual que, para efeitos práticos, exercesse exatamente esse papel de indiferenciação original a partir do qual dois existentes como que passam a ‘comungar’ a realidade – mas é instauração pura e simples de um *encontro* a que nenhuma ‘reprodução’ pode ser anterior e que caracteriza exatamente o *novo* na face da terra. O encontro é um acontecimento que se dá *no tempo*, e não desde o patamar de uma eternidade indiferenciada que suportasse esse ‘acidente’ no mundo das ‘essências reais’ atemporais⁴²².

Há uma fissura no saber teórico que estrutura o modelo de “guerra” do *logos*. A partir da dimensão da alteridade, coloca-se no encontro face-a-face com outrem a primazia do saber, tecido a partir dessa situação originária que configura, por si só, uma relação inesgotável nos limites da racionalidade tradicional. A compreensão heideggeriana – apesar de ter aberto um grande flanco com a introdução da *finitude* e de se travar *aqui embaixo*, na temporalidade e na existência – ainda se mantém numa ordem intelectual que não dá conta da relação direta, sem contornos, com o Outro. “Eis o tema”, afirma Ricardo Timm de Souza, “que envia para uma reconsideração a priori da própria noção de racionalidade, reconsideração tornada necessária pela traumática irrupção de *outro sentido* no campo de visibilidade do sentido autônomo do Mesmo”⁴²³.

3. O Assassinato do Outro

A partir das considerações aqui colocadas, a pergunta que restaria seria se o Direito Penal do Inimigo estaria apenas *errado*, em desconformidade com os fatos dados, apenas “*equivocado*”? Seria o equívoco de Jakobs apenas de ordem metodológica ou epistemológica, baseando-se em uma ontologia fora dos quadrantes temporais, fora do “mundo”, *metafísica*, para uma relação que *sequer* se dá no âmbito ontológico nos termos propostos por Heidegger, que já, em si mesma, supera a ausência de concretude daquele esquema?

A partir da assunção da primazia da ética, é preciso posicionar o Direito Penal do Inimigo enquanto uma estratégia *positiva*, ou seja, uma posição *assumida* – e não, portanto,

⁴²² SOUZA, Ricardo Timm de. *Ontologia e Fundamentos: sobre ‘A ontologia é fundamental?’*, pp. 80-81.

⁴²³ SOUZA, Ricardo Timm de. *Ontologia e Fundamentos: sobre ‘A ontologia é fundamental?’*, p. 82.

sob o *álibi* da neutralidade⁴²⁴ – em termos éticos. Longe de constituir um mero equívoco epistemológico, a utilização do critério representacional para caracterizar o Inimigo significa, em outros termos, a *tomada de posição* na dimensão ética. Não há *álibi* que resguarde o Direito Penal do Inimigo da sua responsabilidade: na concretude da existência, do encontro face-a-face que não pode ser substituído por esquemas intelectuais. É *assumida* determinada posição⁴²⁵, que *posteriormente* guia as demais construções. É nesse “nascidouro” que pretendemos finalizar a argumentação, já reposicionando – a partir da demonstração da inconsistência epistemológica da representação e dos efeitos reais que ocorrem a partir da sua admissão em relação a outrem, especialmente em se tratando de estratégias punitivas – a posição assumida enquanto *assassinato* do Outro.

A construção do Direito Penal do Inimigo, assim, não representa apenas um “erro” epistemológico que adviria da “confiança” em uma filosofia da representação que se exauriu. Uma representação que, retomando os temas desenvolvidos, pode gerar uma exacerbação de certos aspectos de determinado indivíduo de modo a caracterizar o estigma, recaindo sobre aqueles cuja alteridade é mais traumática de suportar, e que portanto gera efeitos concretos na realidade. “Periculosidade” enquanto critério que, na realidade, sufoca determinada parcela de indivíduos sobre os quais recai toda energia de um controle penal que, por natureza, é débil. Periculosidade enquanto representação do Outro no interior da minha mente, que funciona como mera caricatura que organiza minhas concepções sobre ele e – na proposta de G. Jakobs – pode mesmo desempenhar um papel no Estado, no *compartilhamento* de direitos fundamentais.

Mas antes mesmo da localização do problema enquanto um inconstitucional Direito Penal do Autor, que ofende várias garantias constitucionais, entre as quais, fundamentalmente, a dignidade da pessoa humana, *aquém* de toda discussão em torno da validade e normatividade dos direitos – estendidos a todos e insuscetíveis de restrições que atinjam seus próprios núcleos – está a questão *ética*, enquanto dimensão primeira que *estrutura* todas as demais categorias. É na simplicidade do face-a-face, do Rosto do Outro que se apresenta enquanto Outro perante meu eu seguro de si – trófico e auto-suficiente –, é na

⁴²⁴ Isso não significa desembocar em um argumento *ad hominem* contra Jakobs, mas de negar qualquer espécie de “transparência” que lhe tornaria um simples “mensageiro”, como pretende. LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor: Ensaio sobre a Ordem Dogmática*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983, p. 85.

⁴²⁵ Em sentido contrário ao que pretende Jakobs em JAKOBS, Günther. ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: *DPE*, v. 2, p. 95.

concretude do *trauma* que essa alteridade provoca que se situa a fissura que inviabiliza e desestrutura a relação de guerra construída por Jakobs.

O Encontro com o Outro, por isso, é inevitável, mas não significa que será “bem resolvido”. Na realidade, ao romper com a totalidade de sentido própria do intelecto, que se fecha em si mesmo mediante esquematismos diversos, o Outro se apresenta de modo *incisivamente traumático*⁴²⁶. Esse Encontro é, propriamente, uma “abertura” para o não-conhecido, uma “disponibilidade” que me coloca em situação de insegurança⁴²⁷.

Do Outro não surge qualquer promessa de conciliação, mas a constatação de que a totalidade das minhas representações não é capaz de lhe fazer justiça⁴²⁸. O Outro vem *outramente*, sem se submeter a esquemas intelectuais ou à projeção representacional. E, por esse caráter de *exterioridade*, suscita o trauma. É desse momento que se começa a pensar a alteridade, a partir de um referencial *ético*, que exige uma não-violência que reconhece a *separação*.

Mas esse Encontro, embora *inadiável* e *inevitável*, não necessariamente se resolve em paz. A projeção representacional, o estigma, já é, por si só, circunstância que está a indicar isso. Um encontro em que, como na situação relatada por Luiz Eduardo Soares, o indivíduo “não vê” o Outro, é uma forma generalizada de enfrentar o trauma. É a partir da noção de *assassinato* que se pretende *posicionar*, seguindo a trama própria da racionalidade ética, a redução do Outro ao caráter de Inimigo, desencadeando o belicismo da teoria de Jakobs⁴²⁹.

⁴²⁶ SOUZA, Ricardo Timm de. A Racionalidade Ética como Fundamento de uma Sociedade Viável: reflexos sobre suas condições de possibilidade desde a crítica filosófica do fenômeno da ‘corrupção’. In: *A Qualidade do Tempo*, p. 123; SOUZA, Ricardo Timm de. *Razões Plurais: Itinerários da Racionalidade Ética no Século XX*, p. 169.

⁴²⁷ SOUZA, Ricardo Timm de. A Racionalidade Ética como Fundamento de uma Sociedade Viável: reflexos sobre suas condições de possibilidade desde a crítica filosófica do fenômeno da ‘corrupção’, p. 124.

⁴²⁸ SOUZA, Ricardo Timm de. A Racionalidade Ética como Fundamento de uma Sociedade Viável: reflexos sobre suas condições de possibilidade desde a crítica filosófica do fenômeno da ‘corrupção’, p. 124.

⁴²⁹ “A não-integralidade do Outro desafia qualquer vontade de integração. A simples resposta totalizante à *questão da Alteridade* somente poderia significar a aniquilação dessa questão *in toto* e a permanência da tautologia, através do assassinato do Outro”. SOUZA, Ricardo Timm de. *Sujeito, Ética e História*, p. 114.

Segundo diz Luis Carlos Susin, “o assassinato é a contradição no auge da violência. Nele a violência vai até o absurdo e inverte-se em impotência. Nele se chocam e se ‘provam’ o poder ontológico e o poder ético”⁴³⁰. Analisemos a estrutura dessa violência/impotência.

No assassinato, o “fato puro” jamais se reduz à descrição do ocorrido. Algo escapa. A fenomenologia e a hermenêutica são “dolorosamente” levadas até seus limites. Há, como diz Ricardo Timm de Souza, uma concentração excessiva no acontecido, *excesso e peso* que o discurso não acompanha⁴³¹. Assim, o fato permanece “nu”, concentrado em si mesmo, sendo que nenhum *logos* é capaz de inundar de sentido ou mesmo esvaziá-lo, suavizando-o, em sua verdade que se dá no tempo⁴³².

Mas o assassinato clama sua condição de fenômeno *excepcional*: trata-se de uma retenção da *roda do tempo*; o instante do assassinato, contudo, é demasiado *curto*, as descrições sempre chegarão tarde. Há um intervalo entre *logos* e o fato⁴³³. A vítima, no assassinato, é um sem-voz e, por isso, sem-logos, embora seja nela que o resultado se consubstancia. A luta em busca da alteridade do Outro, por isso, é eminentemente *muda*⁴³⁴.

O assassinato pressupõe *pluralidade*, só pode se dar entre no mínimo dois. E pressupõe seres *vivos*; portanto *humanos*. Nele, o adversário foi *vencido*, está em condição desigual, as suas resistências ontológicas já foram derrubadas. Trata-se, por isso, de um momento *ético* – de uma *verdade* de um diferente para igual –, a condição é *assimétrica*⁴³⁵. Como aponta Susin, “o assassino quer, através do golpe, não tanto destruir as linhas do rosto ou parar os músculos, mas destruir o outro ‘como outro’ – essência da violência – infringir sua alteridade”⁴³⁶.

A alteridade, no entanto, impede que o crime transforme a vítima em *nada*⁴³⁷. Ela é irreduzível à ordem ontológica, para o Mesmo, que pretende a anular. O Outro permanece

⁴³⁰ SUSIN, Luis Carlos. *O Homem Messiânico: uma introdução ao pensamento de Emmanuel Levinas*. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, 1984, p. 133.

⁴³¹ SOUZA, Ricardo Timm de. O Delírio da Solidão: o assassinato e o fracasso original, p. 25.

⁴³² SOUZA, Ricardo Timm de. O Delírio da Solidão: o assassinato e o fracasso original, p. 26.

⁴³³ SOUZA, Ricardo Timm de. O Delírio da Solidão: o assassinato e o fracasso original, p. 26.

⁴³⁴ SOUZA, Ricardo Timm de. O Delírio da Solidão: o assassinato e o fracasso original, p. 27.

⁴³⁵ SOUZA, Ricardo Timm de. O Delírio da Solidão: o assassinato e o fracasso original, pp. 28-29.

⁴³⁶ SUSIN, Luis Carlos. *O Homem Messiânico: uma introdução ao pensamento de Emmanuel Levinas*, p. 135.

⁴³⁷ “Por isso o ‘prazer’ do assassino é matar o outro diante do outro mesmo: quer o outro como **objeto** e como **sujeito que veja a humilhação da própria reificação**, quer a contradição do outro morto e vivo. Seria então

Outro, mesmo que quem o observa tenha poder sobre a sua vida e morte⁴³⁸. O Rosto recusa-se à posse; desafia o poder do poder⁴³⁹. Assim, o assassinato encontra um dado *não-neutralizável*; a oferta de paz e relação pode ser negada, mas não pode ser violentamente apagada⁴⁴⁰. É totalmente assimétrica.

O assassino, assim, é aquele que, embora consume ontologicamente seu ato, esbarra em um “poder sem poder”: opõe-se a ele uma força maior, que é o Infinito da alteridade, *expressão* original. É esse o momento que mostra o *limite* do assassinato – a epifania do Rosto “mede” a impossibilidade do assassinato. A guerra, por isso, supõe a paz – “a presença prévia não-alérgica de Outrem; não assinala o primeiro acontecimento do Encontro”⁴⁴¹. Não pode haver guerra sem o prévio encontro face-a-face, no qual existe a oferta da paz⁴⁴². Por isso, “não há conceito neutro, pois todos advêm da situação não-neutra pré-original que se estabelece quando dois diferentes se encontram e podem – ou não – vir a estabelecer um ‘discurso decorrente’ daí, intersubjetivo”⁴⁴³.

O Direito Penal do Inimigo, ao pretender se confirmar enquanto construção neutra da representação social, não pode fugir à epifania do Rosto. Não existe pensamento sem alguém que o enuncie, que não pode suscitar alibi de neutralidade para provocar o *assassinato* de Outrem. Na concretude do face-a-face, o Direito Penal do Inimigo, enquanto estratégia beligerante que tenta subsumir a exterioridade do Outro a uma representação, representa a assunção de uma posição ética, uma *negativa* da oferta de paz⁴⁴⁴ que o Rosto provoca

necessário **matá-lo vivo**”. SUSIN, Luis Carlos. *O Homem Messiânico: uma introdução ao pensamento de Emmanuel Levinas*, p. 135, grifo no original.

⁴³⁸ SOUZA, Ricardo Timm de. O Delírio da Solidão: o assassinato e o fracasso original, p. 30; LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito*, p. 212.

⁴³⁹ “Mas no momento exato em que se está por cumprir o decreto do assassino, quando cessam os traços sensíveis do olhar e a sua ‘vivacidade’, quando a objetivação está por chegar à sua plenitude, a vítima se retira deixando o assassino solitário com sua vitória e sua consciência, sem outro que veja sua vitória. O outro revela, assim, na sua retirada, a infinitude do seu poder ético subtraindo-se ao poder ontológico do assassino, mostrando assim sua fraqueza e a impotência deste, paralisando-o na insatisfação: é impossível que o outro veja sua objetivação. Há então uma inversão: o poder do assassino é daí em diante impotente para ir mais longe e tomar o outro que se retirou para além da morte, resguardado no mistério da transcendentalidade mesma que o assassino queria esmagar”. SUSIN, Luis Carlos. *O Homem Messiânico: uma introdução ao pensamento de Emmanuel Levinas*, p. 136.

⁴⁴⁰ SOUZA, Ricardo Timm de. O Delírio da Solidão: o assassinato e o fracasso original, p. 31.

⁴⁴¹ SOUZA, Ricardo Timm de. O Delírio da Solidão: o assassinato e o fracasso original, pp. 33-35..

⁴⁴² “A primeira palavra do Outro não é uma palavra de guerra, é ética: ‘Eu não sou (como) tu’. O sentido desta palavra é: ‘Não me matarás’. Esta é a *tradução* da palavra original do Infinito em uma linguagem compreensível e imediata ao Mesmo provocado”. SOUZA, Ricardo Timm de. *Sujeito, Ética e História*, p. 115.

⁴⁴³ SOUZA, Ricardo Timm de. O Delírio da Solidão: o assassinato e o fracasso original, p. 37.

⁴⁴⁴ “La epifanía del rostro es ética. La lucha con la que este rostro puede amenazar *presupone* la transcendencia de la expresión. El rostro amenaza de lucha como una eventualidad, sin que esta amenaza agote la epifanía del

originalmente. É um “poder sem poder”, porque sempre existirá um *resto* não apreendido, que se nega a reduzir mesmo ao ato de maior violência: a própria alteridade. Algo sempre escapa à representação:

El Otro que puede decirme soberanamente *no*, se ofrece a la punta de la espada o a la bala del revólver y toda la dureza inamovible de su “para sí”, con este *no* intransigente que o pone, se borra por el hecho de que la espada o la bala ha tocado los ventrículos y las aurículas del corazón. En el contexto del mundo es casi nada. Pero me puede oponer lucha, es decir, oponer a la fuerza que lo golpea no una fuerza de resistencia, sino la *imprevisibilidad* misma de su reacción. Así me o pone no una fuerza mayor – una energía evaluable y que se presenta a la conciencia como si fuese parte de un todo – sino la trascendencia misma de su ser con relación a este todo; no un superlativo de poder, sino precisamente lo infinito de la trascendencia⁴⁴⁵.

No face-a-face da concretude do Outro, o confronto com o “Inimigo” de Jakobs não poderia redundar em uma simples representação de um demônio⁴⁴⁶. Para etiquetar o Outro com um estigma, é preciso primeiro recusar a relação *ética* que se oferece de antemão, fechando-se na própria interioridade como uma mônada solipsista. Como sinala Ricardo Timm de Souza,

O ‘não’, possibilidade real de uma ação humana, nega, quando de seu exercício, a humanidade dessa ação e reduz, no fundo, o humano à sua caricatura, ou seja, a uma mônada sem relação com o outro: uma impossibilidade radical que indica, quando desdobrada no tempo, uma atitude intrinsecamente suicida. A negação do encontro ético é a forma mais trágica de abdicação do homem⁴⁴⁷.

A guerra e a violência, portanto, mostram-se permanentemente como recusas da paz original gravada no Rosto de Outrem.

O homem sem olhar é o absurdo de um homem sem humanidade. A tragédia maior da violência, da guerra e do assassinato, consiste, porém, no fato de que só são possíveis onde houve primeiro efetivamente o reconhecimento do outro, de sua transcendência, mas onde o discurso face-a-face foi substituído por um ataque pelos flancos através de intermediários. Paradoxalmente, Lévinas nos leva assim à conclusão do acerto da afirmação de Heráclito sobre a guerra como revelação do

infinito, sin que formule la primera palabra. La guerra supone la paz, la presencia previa e no-alérgica del Otro; no marca el primer hecho del encuentro. LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito*, p. 213.

⁴⁴⁵ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito*, p. 212.

⁴⁴⁶ “En efecto, la identificación de un infractor como enemigo por parte del ordenamiento penal, por mucho que pueda parecer a primera vista una calificación como ‘otro’, no es, en realidad, una identificación como fuente de peligro, no supone declararlo un fenómeno natural a neutralizarr, sino, por el contrario, es un reconocimiento de competencia normativa del agente, mediante la atribución de perversidad, mediante su demonización, y ¿qué otra cosa es Lucifer que un ángel caído?”. MELIÁ, Manuel Cancio. De nuevo: ¿”Derecho Penal” del enemigo? In: *DPE*, v. 1, p. 363. Prosseguindo a metáfora, o Direito Penal tem como função principal o “exorcismo”. MOCCIA, Sergio. Seguridad y Sistema Penal. In: *DPE*, v. 2, p. 305.

⁴⁴⁷ SOUZA, Ricardo Timm de. O Delírio da Solidão: o assassinato e o fracasso original, p. 38.

ser, mas onde há uma verdade **ultrapassando a ontologia**: a guerra é possível onde há o encontro de uma alteridade, de uma transcendência, mas que na violência se retira: ‘O humano só se oferece se não a uma relação que não é um poder’. O vitorioso faz triunfar a solidão e a paz dos cemitérios, a guerra revela o ser mas vela o outro, o humano⁴⁴⁸.

Admitir, portanto, a existência de um Direito Penal do Inimigo – e, por consequência, todas as mais “suaves” versões de Direito Penal do Autor – significa, em outros termos, “assassinar” o Outro por uma representação que se tem dele, acreditando que o intelecto possa dar conta sua infinitude. Quando estou diante do Outro – e nenhum Direito existe que não esteja referido ao Outro – *já estou* em uma situação ética, de interpelação, não posso me evadir dessa relação, sob um alibi de pretensa neutralidade científica. Essa relação é inescapável. Admitir a preponderância de uma representação sobre a própria alteridade do Outro é decididamente tomar uma posição ética, recusar um Encontro original no qual se dá a oferta de paz. Estar diante do Outro é recebê-lo na sua integral diferença, sem reduzi-lo a um esquema mental que funcionaria a serviço de uma Totalidade. Ironicamente, como nos mostra Levinas, a alteridade do Outro – aquilo que o Direito Penal do Inimigo pretende efetivamente *matar* – evade-se na morte e resiste. Ao Outro resta, diante da impotência ontológica, a imprevisibilidade da alteridade ética. E de relatos de indivíduos esmagados por representações – cuja exterioridade posteriormente nos foi contada – estamos repletos.

⁴⁴⁸ SUSIN, Luis Carlos. *O Homem Messiânico: uma introdução ao pensamento de Emmanuel Levinas*, p. 138.

CAPÍTULO IV

PERSISTÊNCIA NO SER, TRANSCENDÊNCIA E HOSPITALIDADE

SEÇÃO I – PERSISTÊNCIA NO SER E INDIVIDUALISMO

1. Inimigo e a Ordem da Imanência

Procuramos, ao longo dos dois últimos capítulos, traçar um itinerário pelos elementos que estruturam a arquitetura do Direito Penal do Inimigo: 1) a *ordem*, enquanto Totalidade que pretende homogeneizar, a partir do medo, neutralizando as diferenças sob a justificativa de eliminar “ervas-daninhas” do jardim funcional; e 2) a *representação*, que significa a substituição da unicidade do Outro por uma imagem própria da mente de um sujeito que pretende subsumir sua integralidade, consumando-se na metáfora do “assassinato” descrita por Emmanuel Levinas. A esses dois elementos, que figuram como suportes argumentativos pressupostos a todo desencadeamento discursivo do Direito Penal do Inimigo, poder-se-ia acrescentar ainda mais um: a *persistência no ser*.

Jakobs, ao explicar da necessidade de serem efetivadas investigações acerca do tema do Inimigo, inicialmente afirma que a norma deve garantir certa segurança cognitiva ao indivíduo. Servindo da divisão entre “ser” e “dever ser”, própria do pensamento kantiano, o penalista alemão inicialmente diz que, “no plano teórico”, não haveria, em tese, problemas acerca da desconfirmação da norma jurídica. Contudo, “no plano prático”, as pessoas estariam preocupadas com o próprio corpo, de forma a justificar medidas mais drásticas.

Vejamos a passagem:

No plano teórico, pode-se afastar essa confirmação do normativo pelo fático, aduzindo que o que não deve ser, não deve ser, então provavelmente vá ser. Porém, as pessoas não só querem ter direito, mas também preservar seu próprio corpo, isto é, sobreviver enquanto indivíduos necessitados, e a confiança no que não deve ser só, supõe uma orientação com a qual é possível sobreviver quando não é contraditória com tanta intensidade pelo conhecimento do que será⁴⁴⁹.

⁴⁴⁹ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*, p. 34.

A formulação de Günther Jakobs pressupõe, portanto, que não é apenas o Direito que estaria em jogo, mas também “a preservação do próprio corpo”. O que orienta essa idéia é a “conservação” do eu. No contexto da sociedade funcional, que é demarcada normativamente, dentre outras formas, pela afirmação da pena, não está apenas em jogo uma orientação simbólica que, consoante vimos no Capítulo I, consistiria no próprio “mundo objetivo”. Há, ainda, um interesse *prático* subterrâneo que residiria na “manutenção do próprio corpo” do indivíduo, cuja contrapartida seria a neutralização do Inimigo⁴⁵⁰.

Nesse sentido, deve-se recordar que, na construção do Direito Penal do Inimigo, é pressuposta uma função da pena que *não significa nada*, simplesmente *pretende ser efetiva*, na medida em que neutraliza o delinqüente. Ela pretende se dirigir, sob esse ângulo, ao “indivíduo perigoso”. Trata-se da prevenção especial negativa assumida a pretexto de manutenção da própria integridade física dos “cidadãos”. É nesse espaço que se constrói a necessidade de reconhecimento do Direito Penal do Inimigo⁴⁵¹.

Poder-se-á questionar a suposta obviedade da proposição de Jakobs? Poderá existir algo para além da ordem da “proteção ao próprio corpo”? Será possível imaginar uma ordem que não constitua por exigências de conservação? Não será a observação de Günther Jakobs de tal forma correspondente à realidade que se imponha por si mesma, sem necessidade de justificativas ulteriores?

Vê-se que o tema é complexo. Esse último pilar do edifício conceitual que constitui o Direito Penal do Inimigo é, talvez, o de mais intrincada dificuldade desconstrutiva. De que forma é possível questionar a “persistência no ser”? Podemos perguntar ainda, com Levinas:

É a aventura do ser, como ser-aí – como Da-sein – pertença inalienável a si mesma, ser *em próprio* – *Eigentlichkeit*, autenticidade que nada altera – nem apoio, nem ajuda, nem influência – conquistadora, mas desprezando o intercâmbio em que uma vontade espera o consentimento do estranho – virilidade de um livre poder-ser, como vontade de raça e espada? Ou, ao contrário, ser, este verbo, não significaria, no *ser-aí*, não-indiferença, obsessão pelo *outro*, busca e votos de paz?⁴⁵²

⁴⁵⁰ Esse elemento, ainda embrionário nesse texto, foi posteriormente desenvolvido como “dor penal”. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Normatividad del ciudadano versus facticidade del enemigo. In: *DPE*, v. 1, pp. 987-988 e 994-998.

⁴⁵¹ A problemática foi desenvolvida com maior clareza em JAKOBS, Günther. ¿Terroristas como personas en Derecho? In: *DPE*, v. 2, pp. 80-86.

⁴⁵² LEVINAS, Emmanuel. “Morrer por...” In: *Entre Nós*, p. 250.

O itinerário proposto passa, na primeira camada desconstrutiva, por uma exposição da ordem da “imanência”, na qual, a partir das noções filosófico-culturais de indivíduo, esboça-se uma compreensão da “mônada” moderna, com amparo em Louis Dumont e Alain Renaut. Esse traçado é seguido por uma exposição acerca indivíduo contemporâneo – nas suas peculiaridades, com base na visão sociológica de Zygmunt Bauman e psicanalítica de Joel Birman. A argumentação irá desembocar, no âmbito criminológico, na noção de “neutralização”. Após, na segunda camada desconstrutiva, procuramos desvelar a transcendência em nível ético que nos traz a obra de Emmanuel Levinas, concretizada, em nível jurídico-político, pela noção hiperbólica de hospitalidade de Jacques Derrida.

2. A Ordem da Imanência

2.1. Individualismo

O filósofo francês Alain Renaut pretende localizar o surgimento do individualismo moderno a partir de Gottfried Leibniz. Renaut almeja contrapor ao “anti-humanismo” contemporâneo, próprio dos pensadores com inspiração em Nietzsche e Heidegger (como Lyotard, Derrida, Deleuze, Foucault e outros), uma “nova” história da filosofia, na qual a história da filosofia moderna (pós-cartesiana) é cindida entre uma história do “sujeito”, na qual a idéia de “autonomia” desempenharia papel fundamental, e uma história do “indivíduo”, cuja idéia-força principal seria a de “independência”. Nessa nova leitura da filosofia moderna, Leibniz e Kant desempenhariam papéis fundamentais: o primeiro, com a monadologia, teria dado suporte ontológico ao individualismo contemporâneo; o segundo, com o criticismo, seria o pensador que nos conduziria a uma teoria do sujeito capaz de dar conta dos impasses surgidos após as “feridas” produzidas pela psicanálise e pelo estruturalismo, fornecendo base para se pensar a intersubjetividade⁴⁵³.

⁴⁵³ Embora estejamos de acordo com Renaut acerca da possibilidade de múltiplas “redescrições” da história da filosofia, de acordo com um *sentido* visado, e igualmente concordemos com a nítida relação da monadologia com o individualismo, não se corrobora a *sua* redescrção na qual pretende “salvar” o sujeito da “autonomia” kantiana. A tese de Renaut exigiria longa reflexão, porém podemos pressentir suas dificuldades ao buscar enquadrar filósofos como Nietzsche, pela escassez argumentativa (tão rica em se tratando de Leibniz), no vago

Leibniz teria procedido, primeiramente, a uma “espiritualização” do real. Como crítico de Descartes, não aceitou o dualismo entre *res cogitans* e *res extensae*, baseado na impossibilidade de ação do espírito sobre a matéria ou vice-versa, dada a incomensurabilidade de substâncias distintas⁴⁵⁴. Dessa forma, com apoio em Malebranche e Espinosa, afirmará que tudo é regulado por Deus, não passando o corpo de um grau inferior da realidade do espírito, e adotará um monismo no qual a matéria é reduzida ao espírito⁴⁵⁵.

Da espiritualização da realidade surgirá o segundo ponto fundamental e que marca a monadologia: “cada ser é indivíduo por essência”. Na medida em que o espírito existe individualmente, o ser espiritual não é senão a diferença entre os espíritos, formando-se, com isso, a idéia de fragmentação dos espíritos, que irá ser o mote principal para pensarmos *mônadas*, únicas por essências, inteira e intrinsecamente distintas umas das outras. As mônadas tornam-se espécies de “átomos metafísicos”, que são a própria propriedade do real⁴⁵⁶. A demonstração de Leibniz em relação ao seu argumento é relativamente simples: se não existissem mônadas qualitativamente distintas, não se poderia cogitar a hipótese de alteração nos compostos, pois a combinação de elementos idênticos não seria capaz de obter produtos qualitativamente diferenciados⁴⁵⁷.

A partir disso, Renaut reconstitui a teoria de Leibniz como “analítica da individualidade”, especialmente pelo que consta no § 7 da Monadologia: “as mônadas não têm janelas”. É nesse momento que entra a tese central segunda a qual as mônadas não têm relação com a exterioridade, não podendo ser modificadas a partir do seu exterior. Leibniz defende a tese com os seguintes argumentos: 1) não se concebe qualquer movimento interno à mônada, visto que isso seria inviável em um contexto de uma unidade simples; 2) sendo o espírito uma mônada, não é possível que nada venha do seu exterior, mas deve se produzir a

dos “individualistas”, quando visivelmente Nietzsche se contrapõe ao individualismo (sobre o tema, remete-se a ANSELL-PEARSON, Keith. *Nietzsche como Pensador Político*. Trad. Mauro Gama e Claudia Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, pp. 98-112). Essa tentativa acaba forçada em demasia, vez que Renaut busca separar de forma absoluta “autonomia” de “independência”, quando – pode-se suspeitar – Nietzsche tenha sido um filósofo que procura radicalizar a *autonomia*, porém não em sentido contrário a uma *independência*. Ou seja, o problema é tratar como antinômicos termos que estão em íntima correlação.

⁴⁵⁴ RENAUT, Alain. *A Era do Indivíduo: contributo para uma história da subjetividade*. Tradução Maria João Reis. Lisboa: Piaget, 1989, p. 110.

⁴⁵⁵ RENAUT, Alain. *A Era do Indivíduo: contributo para uma história da subjetividade*, pp. 111-112.

⁴⁵⁶ RENAUT, Alain. *A Era do Indivíduo: contributo para uma história da subjetividade*, p. 115.

⁴⁵⁷ RENAUT, Alain. *A Era do Indivíduo: contributo para uma história da subjetividade*, p. 116. Do contrário, a ontologia de Parmênides seria inultrapassável (p. 118).

partir de si própria. A única forma de não destruir a simplicidade da mônada é concebendo-a segundo um modelo de consciência no qual ela própria produz a multiplicidade das suas representações sem ficar dividida por essa multiplicidade. Ou seja, concebê-la como *sujeito*⁴⁵⁸.

Alain Renaut argumenta que, ao sustentar essa tese, Leibniz está eliminando qualquer possibilidade de introdução de uma ordem no real por imposição humana, haja vista a independência ontológica. Por isso, o fundamento do real é encontrado na única causalidade concebível no sistema monadológico: a causalidade vertical de Deus, que preestabelece harmonia entre as espontaneidades das mônadas. Não se teria, com isso, a idéia de autonomia kantiana, mas a simples “execução, por parte de cada mônada, da lei constitutiva do seu ser, da *auto-realização de sua própria determinação* e não de *autodeterminação*”⁴⁵⁹.

Renaut faz ainda uma interessante correlação com as teorias do mercado próprias do liberalismo, advertindo, em primeiro lugar, que não se trata de colocar uma relação de causalidade entre a tese de Leibniz e as teorias do mercado, mas de sublinhar o quanto são estruturalmente aparentadas. O autor refere à *Fábula das Abelhas*, de Mandeville, escrita no mesmo ano da *Monadologia* (1714), considerada como a primeira aproximação das teorias econômicas do liberalismo clássico. Na fábula, abelhas partiam de um estado de abundância, esbanjamento e vícios, no qual o “luxo faustoso” ocupava milhões de pobres e a inveja e o amor-próprio favoreciam o florescimento da indústria e das artes, para, em seguida, após uma “nostalgia da virtude”, passar a um estágio em que cada um tinha desejos apenas moderados, vendo desaparecer a felicidade e a prosperidade. Nas palavras de Mandeville, “o vício é tão necessário num Estado florescente como a fome é necessária para nos obrigar a comer”⁴⁶⁰.

Para Renaut, tanto em Leibniz quanto em Mandeville é possível identificar que o indivíduo afirma sua natureza em detrimento de qualquer limitação *horizontal* que deveria impor a si próprio por consideração aos outros na coexistência. Para isso, lastreiam-se em uma harmonia *vertical* ou *imane*nte, na qual, escapando a qualquer concepção humana, programa as opções individuais de forma que contribuem para o “serviço da comunidade”⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ RENAUT, Alain. *A Era do Indivíduo: contributo para uma história da subjetividade*, pp. 119-123.

⁴⁵⁹ RENAUT, Alain. *O Indivíduo: reflexão acerca da filosofia do sujeito*. 2ª ed. Tradução Elena Gaidano. Rio de Janeiro: DIFEL, 2004, pp. 79-80.

⁴⁶⁰ RENAUT, Alain. *A Era do Indivíduo: contributo para uma história da subjetividade*, pp. 131-133.

⁴⁶¹ RENAUT, Alain. *A Era do Indivíduo: contributo para uma história da subjetividade*, p. 134.

Da mesma forma, a “mão invisível” da Adam Smith retomará, a sua maneira, o mesmo princípio de integração nos valores da racionalidade⁴⁶².

Já Louis Dumont retrata, sob o prisma antropológico, outra descrição do surgimento da cultura individualista, contraponto o *holismo* (valorização do todo social ou político) e o *individualismo* (valorização do indivíduo humano elementar). O indivíduo que interessa a Dumont é o “ser *moral*, independente, autônomo e, assim (essencialmente), não social, tal como se encontra, sobretudo, em nossa ideologia moderna do homem e da sociedade”⁴⁶³.

Dumont contrapõe a noção medieval de *universitas*, isto é, corpo social como um todo do qual os indivíduos nada mais são que partes, própria do tomismo e dos modelos tradicionais de sociedades, ao nominalismo de Guilherme de Occam (sic), escolástico franciscano do século XIV. Occam não concebe mais uma a idéia de “substâncias segundas” – os “universais” – afirmando que todo ser é único e individual. Dessa forma, torna-se “arauto” do espírito moderno⁴⁶⁴. Com isso, deixa de existir uma “ordem ideal” das coisas da qual se possa deduzir uma lei natural; existe apenas a *lei positiva*. A lei torna-se expressão do “poder” ou da “vontade” do legislador. Dumont assinala:

Falar de nominalismo, por uma parte, de positivismo e subjetivismo jurídicos, por outra, é muito simplesmente assinalar o nascimento do Indivíduo na filosofia e no direito. Quando nada mais existe de ontologicamente real além do ser particular, quando a noção de “direito” se prende, não a uma ordem natural e social mas ao ser humano particular, esse ser humano particular torna-se um indivíduo no sentido moderno do termo⁴⁶⁵.

Após o prenúncio de Occam, serão os teóricos do direito natural moderno que irão desempenhar um papel fundamental histórico. Segundo Dumont, para os antigos o homem é um ser social, a natureza é a ordem, podendo-se deduzir, com isso, uma conformidade da ordem social à ordem natural. Para os modernos, por outro lado, sob influência do cristianismo e dos estoicos, o direito natural não trata de seres sociais, mas de indivíduos, ou

⁴⁶² RENAUT, Alain. *A Era do Indivíduo: contributo para uma história da subjetividade*, p. 135. Será Nietzsche, segundo Renaut, que irá eliminar essa dimensão de verticalidade e, com isso, desatar o último nó que prendia a mônada. No entanto, é possível compreender a iniciativa de Nietzsche como espécie de *fusão* entre os ideais de independência, como quer Renaut, e autonomia, *contra* Renaut. É exatamente nesse ponto que se revela o problema suscitado na nota anterior.

⁴⁶³ DUMONT, Louis. *O Individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985, p. 75.

⁴⁶⁴ DUMONT, Louis. *O Individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*, pp. 75-77.

⁴⁶⁵ DUMONT, Louis. *O Individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*, p. 79.

seja, homens feitos à imagem de Deus enquanto depositários da razão⁴⁶⁶. A “comunidade” medieval hierarquizada atomiza-se: é substituído por Estados individuais e, no interior destes, por homens individuais⁴⁶⁷.

Todo o problema do direito natural será encontrar a sociedade ou o Estado ideal a partir do isolamento do indivíduo “natural”. Para isso, o instrumento adequado é o contrato. A “sociedade” aqui presente contém apenas a idéia de “associação”, não mais o sentido de *universitas*, como o local em que o homem nasce e ao qual pertence, que semeia o material do qual suas idéias são feitas⁴⁶⁸.

Após traçar o percurso dessas idéias de Hobbes, Rousseau e Locke (não percorrido sem alguns “acidentes”, como o “holismo” da vontade geral de Rousseau), Louis Dumont considera que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, marca o “triunfo do indivíduo”. Dumont refere os dois primeiros artigos da Declaração como prova:

Art. 1.º Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais somente podem fundar-se na utilidade comum.

Art. 2.º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão⁴⁶⁹.

Chama atenção, ainda, a explicação de Dumont para a “doença totalitária”. Seguindo a linha de considerar o nazismo como “doença”, mas uma doença do nosso mundo, e não apenas responsabilidade de alguns fanáticos⁴⁷⁰, Dumont vê no totalitarismo uma espécie de construção de uma subordinação ao primado da sociedade como totalidade em um contexto no qual o individualismo está profundamente enraizado. A violência do movimento mergulha nessa contradição, que se espelharia nos seus próprios líderes⁴⁷¹.

Assim, Dumont identifica os dois traços, holista e individualista, no *Mein Kampf* de Adolf Hitler. De um lado, o *Volk*, correspondente à idéia de “povo”, e a “comunidade”, que soa oposta a “sociedade dos indivíduos”. Por isso, na Alemanha nazista utilizava-se a

⁴⁶⁶ DUMONT, Louis. *O Individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*, p. 87.

⁴⁶⁷ DUMONT, Louis. *O Individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*, p. 88.

⁴⁶⁸ DUMONT, Louis. *O Individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*, p. 90.

⁴⁶⁹ Ver ainda: GAUER, Ruth Maria Chittó. *A Modernidade Portuguesa e a Reforma Pombalina de 1772*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, pp. 34-42.

⁴⁷⁰ DUMONT, Louis. *O Individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*, p. 143.

⁴⁷¹ DUMONT, Louis. *O Individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*, p. 151.

expressão *Volksgemeinschaft*, “comunidade do povo”. O *Volk* deve estar em relação com a raça ariana e em contraposição ao judeu, embora o povo não seja unitário. A partir da expressão *völkisch* - equiparada ao nacional-socialista – é que faria esse acoplamento entre povo e raça. Assim, o componente holista é composto de forma diferente, com uma raça oposta à outra, um antagonismo racista. É esse o traço de dissociação (equiparável à questão da “classe” marxista) que introduz o problema do individualismo. Dentre outros traços holistas do nazismo, pode-se ainda observar a idéia de que o “homem é um ser social”, espécie de apologia da figura do patriota pequeno-burguês que se engaja na mobilização e, como ariano, está disposto à guerra. O judeu, por outro lado, é tido como egoísta e individualista. Também a hierarquia é retomada, de certa forma, a partir da idéia de fidelidade e em certa conotação aristocrática⁴⁷².

Mas o nazismo também seria permeado pelo individualismo, especialmente pela idéia de guerra de “todos contra todos”. É o princípio de “a luta mais brutal”, espécie de darwinismo social em que os sujeitos reais são os indivíduos biológicos, é o local onde se freia o impulso holista e destrói-se a “comunidade”, reduzindo-a, finalmente, à raça. A isso se combinaria um igualitarismo moderado, expresso numa “hostilidade à realeza”. Esses fatores – uma vez cotejados – gerariam a imagem de que a dominação se assenta por si mesma, sem outra afirmação que não seja a própria “natureza”, constituindo-se como destruição dos fins humanos por um individualismo igualitário. Assim, foi a idéia de “luta de todos contra todos” o germen problemático da matriz individualista nos pseudo-holismos dos totalitarismos⁴⁷³.

2.2. Do atomismo ao narcisismo do indivíduo contemporâneo

2.2.1. Mônadas Diferentes: o turista e o vagabundo no espaço social

O processo de globalização contemporâneo, como percebe com clareza Zygmunt Bauman, tem como parte integrante uma progressiva tendência à exclusão e segregação. Há uma progressiva ruptura entre “elites extraterritoriais cada vez mais globais”, de um lado, e o

⁴⁷² DUMONT, Louis. *O Individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*, pp. 156-164.

⁴⁷³ DUMONT, Louis. *O Individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*, pp. 165-175.

restante da população “cada vez mais localizada”, de outro⁴⁷⁴. Há uma nova dimensão dos problemas sociais que opõe o “turista” e o “vagabundo”. As novas tecnologias, que definem um espaço virtual, não têm produzido uma homogeneização da condição humana, mas sim uma nova polarização.

As elites tendem a isolar-se na localidade, despojada do seu significado social pela emergência do ciberespaço para onde se deslocou, e vê-se reduzida a simplesmente um espaço “físico”. Essa condição de isolamento – que é bem espelhada pela “não-vizinhança”, imunidade face a interferências locais e segurança dos *playgrounds* e condomínios fechados – mostra que a desterritorialização do poder anda de mãos dadas com uma estruturação cada vez mais estrita dos territórios⁴⁷⁵. Os “espaços proibidos” (espaço “espinhoso”, como o repleto de grades e muros, ou “nervoso”, cheio de câmeras e monitoramento) têm como propósito transformar a extraterritorialidade de uma elite supralocal no isolamento material e corpóreo em relação à localidade. É o toque final da desintegração das formas de vida baseadas na comunhão. Como diz Bauman,

Num desenvolvimento complementar, esses espaços urbanos onde os ocupantes de diversas áreas residenciais podiam se encontrar face a face, travar batalhas ocasionais, abordar e desafiar uns aos outros, conversar, discutir, debater ou concordar, levantando seus problemas particulares ao nível de questões públicas e tornando as questões públicas assuntos de interesse privado – essas ágoras “públicas/privadas” de que fala Castoriadis – estão rapidamente diminuindo em número e tamanho. Os poucos que restam tendem a ser cada vez mais seletivos – aumentando o poder das forças desintegradoras, em vez de reparar os danos causados por elas⁴⁷⁶.

Assim, há uma cisão social que divide o espaço urbano em dois, tornando-se espécie de “campo de batalha” de uma guerra espacial, que muitas vezes eclode em espetáculos de escaramuças com a polícia, motins internos, etc. As elites optaram pelo isolamento e pagam o respectivo preço, vendo o resto da população afastado e forçado a pagar peso preço cultural, psicológico e político no seu novo isolamento⁴⁷⁷. Na forma de “vagabundos” que não podem se fixar em lugar algum, constantemente expulsos (por exemplo, os imigrantes) ou de pobres que são discriminados quando ingressam em algum espaço proibido (por exemplo, shopping

⁴⁷⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 9.

⁴⁷⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*, p. 27.

⁴⁷⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*, p. 28.

⁴⁷⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*, p. 29.

centers), vê-se que esse pólo assimétrico da relação social acaba sofrendo um isolamento forçado, incapaz de expressar-se em meios públicos devido à eliminação das “ágoras”⁴⁷⁸.

A extraterritorialidade da elite tem como contrapeso, por isso, a territorialidade do resto das pessoas, que se parece cada vez mais com a prisão – mais humilhante ainda se comparada à liberdade de movimento dos outros. Os locais de encontro que serviam para a definição de regras horizontais são constantemente suprimidos pelo decreto de cima, que vem de um espaço virtual que procura não se identificar e “não deixa endereço”⁴⁷⁹.

Assim, o que se tem no espaço social é o projeto de implementação – como salientávamos no item 3 da Seção 1 do Capítulo II (portanto, integrante da “engenharia social moderna”) – de um espaço higienicamente puro, livre de surpresa, ambivalência e conflito. Essas experiências, como nota Bauman, redundaram na desintegração dos laços humanos, na experiência da solidão e do abandono, que acabam desencadeando uma constante suspeita em relação aos outros, intolerância à diferença, ressentimento com estranhos, preocupação histórica e paranóica com a “lei e ordem”⁴⁸⁰. Citando Nan Elin, Bauman afirma:

Nos nossos tempos pós-modernos, “o fator medo certamente aumentou, como indicam o aumento dos carros fechados, das portas de casa e dos sistemas de segurança, a popularidade das comunidades ‘fechadas’ e ‘seguras’ em todas as faixas de idade e de renda e a crescente vigilância dos espaços públicos, para não falar nas intermináveis reportagens sobre perigo que aparecem nos veículos de comunicação de massa”⁴⁸¹.

A própria dificuldade de *fixação* da identidade na “pós-modernidade” contribui para que o problema se agrave. Enquanto é característica do indivíduo contemporâneo buscar um

⁴⁷⁸ A ausência de um espaço público/privado traduz em manifestações difusas em torno de um inimigo comum, como no caso dos protestos contra o pedófilo Sidney Cooke, que Bauman descreve como “por feliz coincidência, Cooke foi colocado num lugar que as preocupações privadas e as questões públicas se encontram; mais precisamente, seu caso é um cadinho alquímico no qual o amor pelos próprios filhos – experiência diária, rotineira, embora privada – pode ser miraculosamente transubstanciado num espetáculo público de solidariedade”. BAUMAN, Zygmunt. *Em Busca da Política*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 19. Assim, pode-se relativizar as teses de Michel Maffesoli, por exemplo, sobre o *declínio* do individualismo, pois estaríamos diante de “nebulosas afetuais” formadas por uma aproximação estética, um estar-junto “em pontilhado” típico da cultura de massas e contraposto ao individualismo (MAFFESOLI, Michel. *O Tempo das Tribos: O Declínio do Individualismo nas Sociedades de Massa*. Trad.: Maria de Lourdes Menezes. RJ: Forense Universitária, 2000, p. 101). Ressalte-se, entretanto, que o próprio Maffesoli admite que “há *histeria* no ar. Ora, o útero tinha sido diminuído, ou mesmo estigmatizado, em todo caso relegada à esfera da vida privada. E a *histeria* volta à praça pública”. MAFFESOLI, Michel. *A Violência Totalitária*. Trad. Nathanael Caixeiro. Porto Alegre: Sulina, 2001, p. 24.

⁴⁷⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*, p. 33.

⁴⁸⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*, pp. 54-55.

⁴⁸¹ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*, p. 55.

espaço livre de interferências no qual ele é encorajado pelos meios de comunicação cultural a forjar uma identidade, ter “uma vida”, surge mais uma desvantagem para os “vagabundos” (contrapostos aos “turistas”) que não controlam suficientemente sua trajetória de vida, dificultando o movimento⁴⁸².

Apoiando nos textos de Sartre e Mary Douglas sobre a viscosidade, Bauman distingue a situação de mergulhar em uma piscina de água, na qual possivelmente terei uma experiência agradável (se sei nadar...), pois poderei, em seguida, secar-me e manter intacta minha forma. No entanto, se mergulho em um barril de resina ou mel, a substância gruda em mim, passando-me a sensação de que fui invadido por um elemento novo e estrangeiro, perdendo a liberdade. A liberdade, assim, constitui-se em uma relação de poder, na qual posso agir de acordo com a minha vontade, mesmo que tenha de submeter outras pessoas às minhas escolhas, restringindo suas opções. Resulta daí, seguindo Bauman, “que a ‘viscosidade’ (aderência, teimosia, elasticidade, capacidade de se comprometer, de transformar a posse em ser possuído, o domínio em experiência) de outra substância (e esta inclui, mais do que qualquer outra coisa, outra *pessoa*) é uma função das minhas próprias habilidades e recursos”⁴⁸³.

Assim, o estranho – aquele que representa *alteridade* no cenário contemporâneo dos indivíduos-mônadas preocupados em fixar suas identidades – é odioso e temido como se fosse viscoso. É como descreve Max Frisch, citado por Bauman no seu ensaio *Foreignization I*: “há deles demais, exatamente – não nos locais de construção e não nas fábricas e não no estábulo e não na cozinha, mas depois do expediente. Sobretudo no domingo, subitamente há deles demais”⁴⁸⁴. Quanto menos as pessoas controlam suas próprias identidades, com maior agudeza é sentida a estranheza e maior a sensação de viscosidade, com a conseqüente resposta de uma tentativa de desprendimento⁴⁸⁵.

Ao “turista” esse estranho muitas vezes não significará viscosidade, mas apenas pessoas às quais se paga por um serviço e pelo direito de terminar o serviço quando já não lhe trouxer prazer. Os estranhos não comprometem sua liberdade. Por vezes, podem até ser “interrupção do tédio”. Quando chegam, com tumulto e clamor, vêm de outro lugar, áreas da cidade em

⁴⁸² BAUMAN, Zygmunt. *Mal-Estar na Pós-Modernidade*, p. 38.

⁴⁸³ BAUMAN, Zygmunt. *Mal-Estar na Pós-Modernidade*, pp. 39-40, grifo no original.

⁴⁸⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Mal-Estar na Pós-Modernidade*, p. 40.

⁴⁸⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Mal-Estar na Pós-Modernidade*, p. 41.

que o turista não visita, habitadas por pessoas incapazes de escolher com quem se encontram e por quanto tempo. Pessoas sem poder, “experimentando o mundo como armadilha, não como um parque de diversões; encarceradas num território de que não há nenhuma saída para elas, mas em que outras podem entrar e sair à vontade”⁴⁸⁶. Reagem, assim, de maneira selvagem, furiosa, alucinada e aturdida, como se reage à viscosidade, reflexo da absoluta falta de poder⁴⁸⁷. Presas no território viscoso em que são *confinadas*.

2.2.2. Da Solidão ao Narcisismo

As observações do cenário social contemporâneo trazidas por Bauman podem ser somadas às do psicanalista Joel Birman, que analisa, sob o prisma freudiano, a nova configuração da subjetividade nos nossos dias. Birman contrapõe a subjetividade construída nos primórdios da Modernidade, portadora de conteúdo nitidamente voltado para a auto-reflexão e a interioridade, com a atual, que assume posição estetizante, na qual o olhar do outro desempenha posição estratégica na sua economia psíquica. Essa relação, entretanto, tem o caráter “especular”, ou seja, desempenha um papel que estabelece um falso contato do indivíduo com o seu exterior, na medida em que este só existe para alimentar seu narcisismo⁴⁸⁸.

Birman identifica no pouco valor concedido à solidariedade um correlato de ausência de relações fundamentadas na alteridade, que pressuporiam o reconhecimento da diferença e singularidade do outro. Ao contrário, na cultura narcisista contemporânea o que se verifica é a impossibilidade de poder admirar o outro em sua diferença radical, à medida que não consegue descentrar de si mesma.

Dessa forma, o sujeito vive permanentemente em um registro especular, em que o que lhe interessa é o engrandecimento grotesco da própria imagem. O outro lhe serve apenas como instrumento para o incremento da auto-imagem, podendo ser eliminado como um dejetivo quando não mais servir para essa função abjeta⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Mal-Estar na Pós-Modernidade*, p. 41.

⁴⁸⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Mal-Estar na Pós-Modernidade*, p. 42.

⁴⁸⁸ BIRMAN, Joel. *Mal-Estar na Atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000, p. 23.

⁴⁸⁹ BIRMAN, Joel. *Mal-Estar na Atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 25.

Não existindo mais formas de relação intersubjetiva lastreadas no reconhecimento da diferença, resta apenas a ocorrência de pequenos pactos das subjetividades em torno da extração do gozo do corpo do outro, custe o que custar. É nesse cenário que explode a violência, pois

saquear o outro, naquilo que este tem de essencial e inalienável, se transforma quase no credo nosso de cada dia. A eliminação do outro, e este resiste e faz obstáculo ao gozo do sujeito, nos dias atuais se impõe como uma banalidade⁴⁹⁰.

O sujeito contemporâneo constitui-se, por conseguinte, como espécie de narciso *kitsch*, a partir de uma cultura da imagem que funciona como correlato da estetização do eu. No caso do comportamento sexual, por exemplo, vigoram diversas formas de predação do corpo do outro, formando com a sua manipulação espécie de “técnica de existência para a individualidade, maneira privilegiada de exaltação de si mesmo”. Dessa forma, para o sujeito não importa mais os afetos, mas apenas a predação e gozo pelos quais se enaltece e glorifica⁴⁹¹.

Comparando a existência cotidiana com o “fora de si” da psicose, Birman nota se está diante de uma nova forma de alienação, na qual o sujeito é efetivamente fora-de-si, exterioridade, mas, ao contrário do que ocorria com os psicóticos, não é excluído, e sim socialmente integrado e investido – uma subjetividade fora-de-si *white collar*⁴⁹².

O problema é particularmente marcante tomando-se em consideração as formações culturais brasileiras. Traçando um itinerário que pressupõe o conceito próprio da psicanálise de “castração” (registro da alteridade inscrito no psiquismo e capaz de romper o pólo narcísico), Birman problematiza a construção lacaniana que pressupõe uma passagem pelo simbólico, afirmando que, como no Brasil “a lei é letra morta”⁴⁹³, completamente dissociada das práticas sociais e de justiça, é viável pensar-se, a partir desse exemplo, em uma constituição distinta da subjetividade⁴⁹⁴. Há um intervalo entre o registro simbólico da lei e o funcionamento normativo da justiça, refletido na “beleza formal” da Constituição incapaz de produzir qualquer modificação no contexto social. Os valores da justiça estão marcados pela

⁴⁹⁰ BIRMAN, Joel. *Mal-Estar na Atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 25.

⁴⁹¹ BIRMAN, Joel. *Mal-Estar na Atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 167.

⁴⁹² BIRMAN, Joel. *Mal-Estar na Atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, pp. 170-171.

⁴⁹³ Ver: DAMATTA, Roberto. *O que faz o Brasil, Brasil?*, pp. 95-105.

⁴⁹⁴ BIRMAN, Joel. *Mal-Estar na Atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, pp. 279-280.

tradição patrimonialista e escravista do país⁴⁹⁵. Assim, admitindo uma correlação entre a economia das pulsões no psiquismo e a economia política que regula o espaço social, temos como consequência as formas autoritárias e violentas de poder, nas quais se pode saquear o Estado e considerar privados bens de uso público e coletivo, conduzindo-se as subjetividades para o pólo narcísico. Coloca-se “entre parênteses” a alteridade⁴⁹⁶.

Tem-se, assim, um quadro em que no nível das elites e das classes médias, a “perversão do sujeito” transforma-se em estetização da existência, refletindo a cultura do narcisismo contemporânea. Segundo Birman, “a única coisa que interessa às individualidades é circunscrever rigidamente o território medíocre da sua existência à custa do gozo predatório sobre o corpo do outro, a quem tratam como anônimos e sem resto”⁴⁹⁷. Por outro lado, nas classes populares,

com a impossibilidade de essas individualidades terem respeitados seus direitos básicos como cidadãos e serem reconhecidas como tal, assiste-se à crescente utilização da *violência* como forma básica de tornar possível a sobrevivência diante da violência instituída pelos dispositivos de poder e formas de ação das elites. É preciso interpretar positivamente esta violência e não a psicologizar e tratar ingenuamente como algo moralmente inferior. A violência é a única forma de esses grupos sociais poderem afrontar a arrogância, a impunidade e o saqueamento corsário do Estado realizado pelas elites políticas, industriais e financeiras do país, que estão muito mal acostumadas a serem protegidas pelo Estado à custa da predação daqueles grupos⁴⁹⁸.

As consequências da combinação entre uma tradição hierárquica e autoritária, de um lado, e o individualismo narcisista contemporâneo, de outro, não poderiam deixar de ser nefastas.

⁴⁹⁵ Conferir a comparação da cerimônia de assunção do Presidente no Brasil e nos EUA: enquanto lá temos uma *inauguration*, que representa nova temporalidade, aqui temos *posse*, celebrando uma pessoa e reafirmando o poder centralizado. DAMATTA, Roberto. O Ritual de Posse. In: *Explorações: ensaios de sociologia interpretativa*. Rio de Janeiro: Rocco, 1996, p. 22. Também: VELHO, Gilberto. Felicidade à brasileira. In: *Mudança, Crise e Violência: política e cultura no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, pp. 189-195.

⁴⁹⁶ BIRMAN, Joel. *Mal-Estar na Atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, pp. 279-283.

⁴⁹⁷ BIRMAN, Joel. *Mal-Estar na Atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 284. Ver: COSTA, Jurandir Freire. A inocente face do terror. In: *Razões Públicas, Emoções Privadas*. Rio de Janeiro: Rocco, 1999, pp. 90-92.

⁴⁹⁸ BIRMAN, Joel. *Mal-Estar na Atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*, p. 285.

2.3. Neutralizar o Outro.

Os reflexos do individualismo contemporâneo no âmbito criminológico são nítidos. Como sinalávamos no item 4 da Seção 1 do Capítulo 2, com base nas investigações de Jock Young e David Garland, passou-se de uma sociedade que nutria o “sonho moderno” da inclusão para a pura e simples exclusão (“bulímica”). A consequência mais gritante desse fenômeno é a redução da pena à sua função de “prevenção especial negativa”, “neutralização” ou “inocuidade”.

Massimo Pavarini percebe em investigação acerca dos processos de recaracterização surgidos nos últimos anos na Itália que há dois discursos presentes na leitura do cárcere: o primeiro, em crise, é elitista e de caráter predominantemente progressista; o segundo, em crescimento, é populista e se aproxima da retórica “da gente e fala diretamente às pessoas nas palavras dos políticos e meios de comunicação de massa”. Para Pavarini, por mais que essa penologia “do baixo” declare querer fugir de todo compromisso com justificações ideológicas, pretendendo ser tecnocrática, acaba desembocando em concepções pré-modernas de penas⁴⁹⁹.

Com base nas taxas de encarceramento dos últimos anos da Itália e nos ciclos médios que costumam acompanhar processos de descaracterização e recaracterização, assim como a “homogeneização das taxas de repressão” na Europa, Pavarini prevê que a tendência à inflação carcerária continuará a médio prazo, não se podendo afirmar por quanto tempo⁵⁰⁰. Essas taxas estariam ligadas ao vocabulário que trata sobre o tema, dependendo do contexto social em que estão imersas: quanto mais o vocabulário da repressão social adquire prevalência, maior a tendência à “produtividade” do sistema repressivo⁵⁰¹.

Pavarini nota que o cárcere, na sua história de dois séculos, foi prevalentemente objeto de uma retórica elitista, no qual a sua legitimidade vinha ancorada em razões de prevenção geral ou especial, tendo, por isso, se vinculado precipuamente a movimentos minoritários (freqüentemente encampados por profissionais com propósitos progressistas). Essa leitura, no

⁴⁹⁹ PAVARINI, Massimo. Processos de Recaracterização e “Novas” Teorias Justificativas da Pena. In: *Ensaio Criminológicos*. Org. Ana Paula Zomer. Trad. Lauren Stefanini. São Paulo: IBCCRIM, 2002, p. 128.

⁵⁰⁰ PAVARINI, Massimo. Processos de Recaracterização e “Novas” Teorias Justificativas da Pena, pp. 138-139.

⁵⁰¹ PAVARINI, Massimo. Processos de Recaracterização e “Novas” Teorias Justificativas da Pena, p. 141.

entanto, atualmente encontra-se em crise, fundamentalmente a partir do “lamento diante de uma pena que de fato não é como deveria ser”. A perspectiva, por isso, redundou em espécie de “pessimismo penológico”, agravado pela ausência de alternativas para abolição da pena de prisão⁵⁰².

Mas eclode, ao mesmo tempo, um segundo discurso, hoje em forte crescimento, que não mostra qualquer embaraço ao cárcere. Esse segundo discurso, caracterizado como “penologia de baixo”, não busca falar cientificamente. O cárcere, segundo seus defensores, pode “funcionar”, produzindo menos criminalidade e reincidência. Certamente, como anota Pavarini, a execução da pena não produz ressocialização de criminosos, tampouco intimidação, mas especialmente efeito de *neutralização seletiva*. Essa neutralização surge no âmbito de uma cultura tecnocrata e administrativa na penalidade: interpreta que a justiça penal persegue apenas o objetivo da eficiência. Trata-se de uma racionalidade fundamentalmente preocupada com objetivos sistêmicos⁵⁰³, como anota o criminólogo italiano:

... a gestão administrativa das penas fala uma outra língua: não mais aquela de punir os indivíduos, mas de gerir grupos sociais em razão do risco criminal; não mais aquela correccionalista, mas aquela burocrática de como otimizar os recursos escassos, nos quais a eficácia da ação punitiva não é mais em razão dos *telos* externos do sistema (educar e intimidar), mas em razão das exigências intrasistêmicas (neutralizar e reduzir os riscos)⁵⁰⁴.

A criminologia atuarial, por isso, não se preocupa mais em superar ou reduzir a criminalidade, mas especialmente em “gerir riscos” com base em valorações atuariais. O caso dos “criminosos de carreira”, nesse sentido, é emblemático (ainda mais que se vincula com a idéia de “Inimigo”): a partir de “linhas-guias”, como por exemplo o fato de já ter cometido outros delitos, ter estado no cárcere quando era menor de idade, uso de heroína, ou ausência de trabalho nos últimos dois anos, pretende-se definir os *high-rate offenders*, cuja resposta virá em consonância com a respectiva periculosidade. Tudo foi ao final simplificado, em algumas legislações norte-americanas, para a regra de beisebol que define: *three strikes and you're out*, ou seja, cárcere por toda vida ou penas detentivas não inferiores a trinta anos para

⁵⁰² PAVARINI, Massimo. Processos de Recarcerização e “Novas” Teorias Justificativas da Pena, pp. 143-145.

⁵⁰³ PAVARINI, Massimo. Processos de Recarcerização e “Novas” Teorias Justificativas da Pena, pp. 146-147. Os temas desenvolvidos nos itens do Capítulo III retornam, em uma espiral compreensiva, aqui: exigência de ordem, solidão monádica, explosão do medo e racionalidade puramente instrumental.

⁵⁰⁴ PAVARINI, Massimo. Processos de Recarcerização e “Novas” Teorias Justificativas da Pena, p. 148. Também considerando a neutralização como característica da penalidade contemporânea: RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Historia y Legitimación del Castigo*, p. 122.

reincidência agravada ou práticas de crimes não especialmente graves (v.g., tráfico de drogas leves ou roubos)⁵⁰⁵.

A prisão ocupa assim, segundo Garland, espécie de “reserva, zona de quarentena”, na qual se segregam indivíduos perigosos em nome da segurança pública. Garland chega a comparar as prisões nos Estados Unidos ao *gulag* soviético: uma série de campos de trabalho e prisões disseminadas por um vasto país que albergava milhões de pessoas, muitas das quais pertencentes a classes e grupos raciais que se mostraram problemáticos politicamente⁵⁰⁶. Assim,

Al igual que las sanciones premodernas de deportación o destierro, las prisiones funcionan ahora como una forma de exilio y el uso que se hace de ellas no está tan definido por el ideal de rehabilitación como por un ideal al que Rutherford llama de “la eliminación”⁵⁰⁷.

Interessa sublinhar o seguinte aspecto: como observa Pavarini, prestando-se atenção à estatística da penalidade do passado, pode-se perceber que a observância dessas regras de neutralização geraria uma taxa de insucesso de pelo menos 50%. Metade de quem seria definido perigoso não teria reincidido uma vez descontada a pena, enquanto metade que não seria assim definido teria cometido novos delitos. Assim,

... se se quer elevar as possibilidades de neutralizar os sujeitos que efetivamente continuarão a delinquir, é necessário pagar o preço que comporta em incapacitar também aqueles que *a posteriori* perigosos não resultariam (os denominados “falsos positivos”)⁵⁰⁸.

Pavarini identifica aí um traço “pré-moderno” na aplicação da punição. O que Foucault⁵⁰⁹ caracteriza como elementos da pena pré-moderna – virtudes deseconômicas como magnificência, ostentação e dissipação – parece retornar sob a superfície de um discurso de racionalidade burocrática, voltada para a eficiência e baseada no cálculo. Na atual “democracia da opinião”, realça-se nos sujeitos suas emoções mais elementares: medo e rancor. Com o aumento das taxas de delito e o alastramento da experiência vitimológica, as

⁵⁰⁵ PAVARINI, Massimo. Processos de Recarcerização e “Novas” Teorias Justificativas da Pena, pp. 151-152. Sobre criminologia atuarial: GARLAND, David. *La Cultura del Control*, pp. 297-303.

⁵⁰⁶ GARLAND, David. *La Cultura del Control*, p. 291.

⁵⁰⁷ GARLAND, David. *La Cultura del Control*, p. 292.

⁵⁰⁸ PAVARINI, Massimo. Processos de Recarcerização e “Novas” Teorias Justificativas da Pena, p. 154.

⁵⁰⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, pp. 09-18.

propostas de “lei e ordem” e “tolerância zero” funcionam como reproposição de velhas receitas para novos problemas⁵¹⁰.

Essa tendência pode ser ainda agravada por um discurso em que o merecimento da pena é deixado em segundo plano em prol de estratégias que não põem mais limites à imposição da pena. É nesse ponto que Pavarini refere Jakobs e sua teoria da prevenção geral positiva:

Consegue que se puna não para retribuir um mal com um outro mal equivalente, nem mesmo para dissuadir os potenciais violadores a não delinquir; se pune porque através da pena se exercita a função primária que é aquela de consolidar a fidelidade seja nos conflitos do direito, seja nos conflitos da organização social por parte da maioria.

A justificação do direito de punir retorna assim à sua primitiva origem, àquela fase que precedeu a ruptura imposta pela modernidade, isto é, a uma penalidade liberada nos seus conteúdos e nas suas formas de cada vínculo racional. Uma espécie de regresso, então, a uma “penologia fundamentalista”⁵¹¹.

Note-se que, nesse ponto, Pavarini ainda está referindo o “primeiro” Jakobs, que estaria a tratar especialmente o “Direito Penal do cidadão”. Essa função de “confiança”, que *ainda* era um elemento *externo* a restringir a aplicação da pena (mesmo que mais compatível com o suplício pré-moderno, na medida em que não vinculava a pena a uma exigência de proporcionalidade com o delito cometido), irá finalmente *desaparecer*, para dar origem a duas visões da pena, conforme se abordou no item 1.1 da Seção 1 do Capítulo I⁵¹²: reafirmação, independente de qualquer efeito externo, da identidade normativa da configuração social e neutralização pura e simples, independente de significados, do criminoso.

⁵¹⁰ PAVARINI, Massimo. Processos de Recarcerização e “Novas” Teorias Justificativas da Pena, pp. 156-158. A introdução do Regime Disciplinar Diferenciado representa o acolhimento da ideologia da neutralização no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Ver: CARVALHO, Salo de & WUNDERLICH, Alexandre Lima. O Suplício de Tântalo: a Lei 10.792/03 e a consolidação da política criminal do terror. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, v. 12, n. 134, São Paulo, 2004, p. 06.

⁵¹¹ PAVARINI, Massimo. Processos de Recarcerização e “Novas” Teorias Justificativas da Pena, pp. 159-160.

⁵¹² Ver, ainda: PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLES, Carlos & CANCIO MELIÁ, Manoel. *Um Novo Sistema do Direito Penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. Org. e Trad. André Callegari e Nereu Giacomolli. Barueri: Manole, 2003, pp. 05-06. Como nota Neumann, não há limites imanentes ao Direito Penal preventivo, que deve ser informado por limites externos; no Direito Penal do Inimigo, esses limites, dada a natureza do destinatário, inexistem. NEUMANN, Ulfried. Derecho penal del enemigo. In: *DPE*, v. 2, p. 402.

2.4. O Inimigo no contexto individualista contemporâneo

A plena indiferença ao “falso positivo” pressupõe as condições sociais em que o individualismo alcança o seu ponto máximo: por não me refletir no espelho narcísico, o Outro me é totalmente indiferente, pouco importando sua neutralização arbitrária. A própria idéia de “neutralização” não possui qualquer consistência jurídica⁵¹³: é apenas a *manutenção dos corpos*, em um processo de *autoconservação*, que subsiste. O Outro envolvido é mais do que nunca um *Inimigo*, que se interpõe na trajetória linear da performance narcisista e deve ser isolado, quiçá destruído, para não abalar a segurança do seu fechamento.

Independente da verdadeira “origem” do “individualismo”, se remonta a Ockham e passa pelo direito natural, como quer Dumont, ou se é próprio da Monadologia de Leibniz, como quer Renaut, ambas construções configuram um ambiente intelectual em que o Mesmo se fecha para o Outro, porém um Mesmo específico, próprio da Modernidade: o sujeito moderno. Como já abordamos no Capítulo III, há uma tendência, detectada por filósofos como Emmanuel Levinas e Theodor Adorno, de redução da diferença à identidade, consistindo o impulso filosófico original essa tendência à conceituação⁵¹⁴. No horizonte moderno, esse movimento de identificação será deslocado do “cosmos” grego ou da teologia medieval para o sujeito, tornando-o uma espécie de centro da realidade. Por isso, a leitura de Martin Heidegger da Modernidade permanece válida, quando afirma que o Ser foi pensado como sujeito⁵¹⁵.

Como uma mônada, o sujeito moderno fechou-se ao mundo, recusando de forma radical toda e qualquer abertura ao Outro que se apresenta como *exterioridade*. Uma ordem de

⁵¹³ ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA & Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, pp. 127-128; ASUA BATARRITA, Adela. El discurso del enemigo y su infiltración en el derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas” y conductas periféricas. In: *DPE*, v. 1, pp. 241-242.

⁵¹⁴ SOUZA, Ricardo Timm de. Da Neutralização da Diferença à Dignidade da Alteridade: estações de uma história multicentenária. In: *Sentido e Alteridade*, pp. 189-208.

⁵¹⁵ Pelo que fica claro que discordamos, nesse ponto, de Alain Renaut (*Era do Indivíduo*, pp. 27-64). Ver: SOUZA, Ricardo Timm de. *Husserl e Heidegger: Motivações e Arqueologias*. In: *O Tempo e a Máquina do Tempo: estudos sobre filosofia e pós-modernidade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998, pp. 66-80; VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*, pp. 89-101; HEIDEGGER, Martin. *Que é Metafísica?* In: *Conferências e Escritos Filosóficos*, pp. 55-63. Aderir à “história” contada por Heidegger, no entanto, não significa que estejamos aderindo a todas as ponderações posteriores, como fizemos questão de salientar na nota ... do Capítulo III.

imanência estabeleceu-se, sem que nada pudesse se opor a esse sujeito auto-intitulado senhor da natureza. O passo filosófico que começa em René Descartes transformou-se em fenômeno *cultural*, gerando o individualismo contemporâneo.

De um sujeito capaz de subsumir a realidade e servir de pedra angular epistemológica da racionalidade moderna, o passo ao indivíduo narcisista contemporâneo não chega a ser surpreendente. Se, à época de Leibniz, era ainda possível acreditar na fábula de Mandeville ou na mão indivisível de Adam Smith, os passos que levaram a mônada a fechar-se radicalmente sobre si mesma, ignorando tudo ao seu redor, não tardaram a chegar. Da crença de que havia uma organização “vertical” a garantir aos homens a organização desde que cada um cuidasse de si, passa-se à indiferença absoluta ao que ocorre externamente à “bolha” na qual se esconde o indivíduo contemporâneo. Sua preocupação é unicamente em satisfazer sua performance, manter o fluxo de vida seguro e incapaz de *balançar* diante do traumatismo do Outro. O que ocorre ao Outro é totalmente indiferente.

Bauman refere que

para alguns moradores da cidade moderna, seguros em suas casas à prova de ladrões em bairros bem arborizados, em escritórios fortificados no mundo dos negócios fortemente policiados, e nos carros cobertos de engenhocas de segurança para levá-los das casas para os escritórios e de volta, o “estranho” é tão agradável quanto a praia da rebentação, e absolutamente não é viscoso⁵¹⁶.

Não é, no entanto, esse “estranho” que chega a interrompe o “dia feliz” do turista ao empunhar uma arma e colocá-lo no porta-malas do seu veículo, efetivando um “seqüestro relâmpago”? Não é essa alteridade “irruptiva” que chega, como descreve Levinas, de forma “traumática”? Não se torna ela “viscosa” – *forçosamente* viscosa – interrompendo a trajetória linear e ilusória da mônada fechada e indiferente ao seu exterior? De que forma um ato de extrema violência – verdadeiramente insuportável – não reflete um silenciamento absoluto e a incapacidade de emitir uma palavra capaz de romper com a ordem que aprisiona⁵¹⁷?

⁵¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*, p. 41.

⁵¹⁷ Traçamos interpretação nesse sentido em: NETO, Moisés & BINATO JR, Otávio. Revisitando o conceito de sociedade e a hermenêutica da violência a partir dos ataques do Primeiro Comando da Capital em São Paulo. In: *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, v. 5 n.1. Pelotas: Editora da UCPEL, jan-dez de 2006. pp. 193-198.

In-diferença. As relações sociais foram corrompidas a ponto do esfacelamento integral. O falso dilema “indivíduo versus sociedade”⁵¹⁸ é prova de que a crença na mônada solipsista pôde encontrar um acolhimento cultural solidificado e consolidado nos últimos séculos. A tendência ao Mesmo – que se mostra como constante filosófica ao longo dos tempos – transforma-se em tendência ao “Eu” (como manifestação do Mesmo), e irrelevância absoluta do Outro. Fecham-se os espaços públicos de negociação e reivindicação e passa-se a comprar segurança⁵¹⁹.

Quando a penologia torna-se uma estratégia de pura e simples inocuização do Outro, quando a sociedade se torna bulímica e aquele que se coloca enquanto alteridade – ou seja, enquanto desestruturação, traumatismo, rompimento do bloco monolítico da ordem – se torna Inimigo, o Direito Penal torna-se simples estratégia de engenharia social, sem qualquer preocupação com a justiça ou outros fins. Seu objetivo é pura e simplesmente a manutenção da ordem para que as mônadas sigam sua trajetória narcisista. Tudo aquilo que irrompe de forma subversiva e exige uma atitude de abertura incondicional deve ser tratado como resto, excluído e de preferência eliminado⁵²⁰.

É assim que o Direito Penal do Inimigo – *contra Jakobs*⁵²¹ – se mostra como uma faceta do individualismo contemporâneo. O Direito Penal passa a ser não ter mais objetivo senão realizar uma espécie de eliminação do estranho interposto no caminho suave que as mônadas – “preocupadas com o próprio corpo”, para usar a expressão de Jakobs – almejam percorrer. O mundo transforma-se em jardim funcional no qual o que se passa ao Outro não interessa

⁵¹⁸ O problema foi dissolvido por diversas vias. Ver: ELIAS, Norbert. *A Sociedade dos Indivíduos*, pp. 80-101; CAAR, E.H. *Que é história?* 6ª ed. Trad. Lúcia Alverga. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, pp. 31-49.

⁵¹⁹ RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Historia y Legitimación del Castigo*, p. 125; GARLAND, David. *La Cultura del Control*, pp. 56-58

⁵²⁰ Relacionando Direito Penal do Inimigo e inocuização: CORNACCHIA, Luigi. *La Moderna Hostis Iudicatio – entre norma y estado de excepción*. In: *DPE*, v. 1, p. 438; Díez RIPOLLÉS, José Luis. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: el debate desenfocado*. In: *DPE*, pp. 576-577; DONINI, Massimo. *El Derecho penal frente al “enemigo”*. In: *DPE*, v. 1, p. 638; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho*. In: *DPE*, v.1, pp. 807-808 e 822-839; LASCANO, Carlos Julio. *La “demonización” del enemigo y la crítica al Derecho penal del enemigo basada en su caracterización como Derecho penal del autor*. In: *DPE*, v. 2, pp. 225-228; SCHEERER, Sebastian; BÖHM, Maria Laura & VÍQUEZ, Karolina. *Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho penal del enemigo*. In: *DPE*, v. 2, pp. 928-930. Vale referir conclusão de Ripollés idêntica à nossa argumentação: “La ideología de la distribución de riesgos entre individuo y sociedad es, a mi juicio, un discurso que se sirve de una terminología tecnocrática para ocultar su insolidaridad social que le inspira” (p. 577). Recorde-se que, para Dumont, o germe da “doença totalitária” era exatamente a idéia de darwinismo social do “cada um por si”, como exploramos linhas atrás.

⁵²¹ Reconheça-se, nesse sentido, que Jakobs pretende suplantiar a existência do indivíduo atomizado e trazer o contexto social. No entanto, faz parte do sentido da *desconstrução* efetivamente borrar essas fronteiras textuais, o “dentro” e o “fora” do texto. O “fora” do individualismo passa a ser “dentro” de um texto que pretende exumá-lo.

mais, mantém-se apenas o foco na própria performance pessoal – tentando atravessar a existência sem a experiência traumática da alteridade. A preocupação já não é mais com a justiça da pena, como ocorria com a idéia retributiva (embora se possa contestar a procedência da tese): é a pura e simples “neutralização” que está em jogo, e só. *Quem* é neutralizado é Outro, perante o qual, como não se está no espelho narcísico, só resta a indiferença.

SEÇÃO 2 - RUMO À TRANSCENDÊNCIA: ROMPENDO A IMANÊNCIA EM DIREÇÃO AO OUTRO

1. Reconhecendo a Transcendência: Levinas e a Alteridade

1.1. Relação Metafísica. Ética e Discurso.

“A verdadeira vida está ausente”, mas estamos no mundo. Segundo Levinas, a metafísica “surge e se mantém” nessa escusa. O desejo metafísico, assim, é o desejo do “totalmente outro”, que não corresponde ao mundo de que posso me nutrir, do país que habito, da paisagem que contemplo, mas daquilo que é absolutamente outro, que não retorna a mim, que não posso absorver⁵²². Está além da possibilidade de satisfação, é uma relação cuja positividade consiste, precisamente, na respectiva separação. Não posso pensar esse Outro desejado previamente – nesse caso, não estaria diante da alteridade absoluta – mas apenas se embarco na “aventura”, como se fosse em direção à morte⁵²³.

O movimento metafísico, por isso, é transcendente e a transcendência mostra-se como desejo e inadequação. A distância na qual essa transcendência se expressa é sua *maneira de ser* exterior; sua característica formal e seu conteúdo é, precisamente, ser outro. O metafísico e o Outro, por isso, “não se totalizam”, estão absolutamente separados. Para não se totalizar, esse Outro não é oposto ao Um. Isso pressuporia uma correlação em que ele seria absorvido novamente pela totalidade, que comporia um esquema de oposição no qual estaria integrado. A alteridade só permanece radicalmente alteridade se sua essência é permanecer no “ponto de partida”, servir de “entrada” na relação, sem estar em correlação com o Mesmo⁵²⁴.

⁵²² LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, p. 57.

⁵²³ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, p. 58. Há muitas semelhanças, por isso, em relação à “aventura da desconstrução” ou do traçado da “diferença”, de que fala Jacques Derrida. Ver: DERRIDA, Jacques. Freud e a Cena da Escritura. In: *A Escritura e a Diferença*, p. 187. Semelhanças que se manifestam ao longo de toda obra desses dois filósofos. Ver: CRITCHLEY, Simon. *The Ethics of deconstruction*, pp. 09-13. A noção de “intervalo” de Ricardo Timm de Souza também pode ser cotejada: SOUZA, Ricardo Timm de. *Ainda além do medo: filosofia e antropologia do preconceito*, pp. 25-29.

⁵²⁴ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, pp. 59-60.

A alteridade não é uma alteridade em relação a um “Eu” com uma identidade que se fixa, pois esse “Eu” se reencontra consigo mesmo, como ocorre na fenomenologia de Hegel. A identidade, que constitui o “Eu”, não é uma relação de simples igualdade “Eu sou Eu”. Para compreendê-la, é necessário sair da explicação formal ($A=A$) e partir para o mundo concreto, no qual esse Eu está em relação com o mundo. A modalidade desse Eu com o mundo consiste em “morar”, “habitar”. O lugar, o ambiente, oferece meios. Pertence-me. Tudo está ali de antemão a meu dispor; é passível de apreensão, apropriação, está em relação comigo. Essa habitação consiste na modalidade do “Mesmo” – estou “em casa”⁵²⁵.

Assim, a identificação do Mesmo não é um esquema vazio, formal, abstrato, que nada significa. Não é a simples tautologia do $A=A$, nem simples oposição dialética ao Outro, que formaria uma totalidade a abranger ambos os pólos. A pretensão metafísica, com isso, seria desmentida. É no concreto do *egoísmo*⁵²⁶ que se manifesta o Mesmo, não podendo seus dados concretos – economia, trabalho, família, etc. – serem isolados, a pretexto de meros acidentes, pois constituem seu mundo. O Outro, por sua vez, é aquilo que não está em nenhum lugar. O Outro não é uma alteridade oposta ao Mesmo, mas o que precisamente tem como seu conteúdo a alteridade⁵²⁷.

A relação do Mesmo ao Outro Levinas denomina *linguagem*. Na linguagem, o Outro não precisa se reduzir ao Mesmo, essa relação do Mesmo ao Outro, metafísica, funciona como discurso em que o Mesmo, resumido na sua ipseidade de “Eu” – ente particular e autóctone – “sai de si”. Essa relação não se produz no âmbito do “ser” – no qual teria de se transformar em “totalidade” – mas no face-a-face, irredutível a atividade sintética do entendimento. Ou seja, para que a alteridade se constitua ela não pode se refletir em “pensamento” – produz-se, ao contrário, exatamente onde *falta* esse pensamento. Essa ligação, que constitui a linguagem e o discurso, é chamada por Levinas de “religião”⁵²⁸. Em lugar de o Outro figurar como objeto, o pensamento consistiria nesse caso em *falar*⁵²⁹.

⁵²⁵ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, pp. 60-61.

⁵²⁶ O egoísmo, no entanto, não tem sentido de defeito moral ou social, mas de tensão natural do ser sobre si mesmo. PIVATTO, Pergentino. Responsabilidade e Culpa em Emmanuel Levinas. In: *Fenomenologia Hoje*, p. 307.

⁵²⁷ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, p. 62.

⁵²⁸ Como já havíamos anotado com base no ensaio – antecedente a *Totalidad e Infinito* – “É a ontologia fundamental?”, que nos serviu de suporte para contestar as noções representacionais do Outro no item....

⁵²⁹ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, pp. 63-64.

A transcendência não é pura “negatividade”. Pensar em negativo já é estar integrado na totalidade, permanecendo na condição de Mesmo. A idéia do infinito e do perfeito – que o meu intelecto, embora possa conceber, não alcança – não se reduz à negação do finito e do perfeito. Designa, ao contrário, uma relação com o infinitamente distante, sem que essa distância destrua a relação e sem que essa relação constitua uma confusão com o Mesmo⁵³⁰.

Levinas irá formular novamente então sua crítica à ontologia fundamental de Martin Heidegger: a “metafísica” antecede a ontologia. A relação metafísica até então fora pensada como relação *teórica*, na qual o saber sobre o ser conhecido mantém a alteridade deste. Mas a teoria, embora conserve esse traçado de alteridade na medida em que o Outro se mantém Outro, é ainda inteligência, e por isso *precisa* privar o Outro dessa alteridade, ainda que introduzindo um terceiro termo: o conceito. Ele viria “amortecer” o choque entre o Mesmo e o Outro. O individual que existe passa então a fazer parte do pensamento generalizante⁵³¹. A teoria, como inteligência dos seres, merece o nome de ontologia. A ontologia é o que retorna o Outro ao Mesmo, promove a liberdade que é a identificação do Mesmo. A teoria renuncia ao Desejo metafísico, à “maravilha da exterioridade”, da qual vive esse Desejo⁵³². Mas, assim como a crítica precede ao dogmatismo, a metafísica precede a ontologia⁵³³.

O questionamento do Mesmo não se dá no âmbito da espontaneidade egoísta desse Mesmo. Ele se efetua pelo Outro. A esse questionamento da minha espontaneidade se dá o nome de ética. A filosofia ocidental tem sido uma ontologia: redução do Outro ao Mesmo, por mediação de um termo neutro que assegura inteligência ao ser. A razão é uma manifestação de liberdade, neutralizando o Outro e englobando-o, colocando-o como tema e objeto. A filosofia apresenta-se como egologia: o estrangeiro e exterior manifestam-se a partir de intermediário (o conceito); a verdade socrática apresenta-se como suficiência essencial do Mesmo. A ontologia de Heidegger, particularmente, ao abordar o ente a partir do ser, mantém uma relação impessoal com esse ente e, com isso, subordina a ética à ontologia – ou a justiça

⁵³⁰ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, p. 65.

⁵³¹ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, p. 66.

⁵³² Este trecho está a revelar um profundo diálogo e quiçá provocação direta ao pensamento heideggeriano, na medida em que a “destruição da metafísica” empreendida por Heidegger é reinterpretada e Levinas faz questão de se contrapor integralmente ao filósofo germânico, utilizando o termo “metafísico” para espelhar uma dimensão não percebida naquele processo de destruição, que, na nossa leitura, visava à eliminação da transcendência em sentido teológico (onto-teológico), não no proposto por Levinas. A supressão da ética no pensamento de Heidegger e sua experiência com o nazismo devem ter marcado profundamente Levinas, a ponto de adotar metáforas que se contrapõem diretamente aos ensinamentos de *Ser e Tempo*.

⁵³³ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, pp. 66-67.

à liberdade⁵³⁴. A ontologia como filosofia primeira, por isso, “é uma filosofia da potência”, em que se suprime e possui o Outro⁵³⁵.

Levinas propõe, em sentido oposto à tradição, que os conflitos entre o Mesmo e o Outro não se resolvam, em teoria, pela redução do Outro ao Mesmo, ou, concretamente, por meio de um Estado de poder anônimo, no qual o Eu volta a encontrar a guerra na opressão tirânica que sofre da totalidade. A ética, ao contrário, propõe que o Mesmo tenha em conta a irredutibilidade do Outro, formando uma relação “não-alérgica” com a alteridade. A relação ética, enquanto filosofia primeira, opõe-se à identificação entre liberdade e poder, mas não está contra a verdade, vai em direção à exterioridade absoluta do Outro e leva a cabo a intenção mesma de caminhar até à verdade⁵³⁶.

La relación con un ser infinitamente distante – es decir, que desborda su idea – es tal que su autoridad de ente es ya *invocada* en toda pregunta que pudiéramos plantearnos sobre la significación de su ser. No se interroga sobre él, se lo interroga. Siempre nos da la cara⁵³⁷.

Essa relação do Mesmo com o Outro é intuída por René Descartes a partir da sua idéia de infinito, na qual o “eu penso” mantém com o infinito, que não pode de modo algum conter e do qual está separado, uma relação chamada de “idéia do infinito”. O *ideatum* escapa à idéia, é a respectiva distância entre ambos que precisamente constitui a idéia de infinito. O infinito é o próprio ser transcendente enquanto transcendente, enquanto totalmente outro, está completamente separado da sua idéia e, por isso, representa a exterioridade⁵³⁸.

Dessa forma, o Outro se apresenta como Outro a mim, superando minha “idéia do Outro”. Quando isso ocorre, está-se diante do Rosto. Levinas afirma:

El rostro del Otro destruye en todo momento y desborda la imagen plástica que él me deja, la idea a mi medida y a la medida de su *ideatum*; la idea adecuada. (...) El rostro, contra la ontología contemporánea, aporta una noción de verdad que no es el desvelamiento de un Neutro impersonal, sino una *expresión*: el ente perfora todas las envolturas y generalidades del ser, para exponer su “forma”, la totalidad de su “contenido”, para suprimir a fin de cuentas la distinción de forma y contenido (lo

⁵³⁴ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, pp. 68-69.

⁵³⁵ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, p. 70.

⁵³⁶ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, p. 71.

⁵³⁷ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, p. 71.

⁵³⁸ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, pp. 72-73. A idéia é exhaustivamente desenvolvida em: LEVINAS, Emmanuel. Deus e a Filosofia. In: *De Deus que vem à idéia*. Trad. Marcelo Fabri et al. Petrópolis: Vozes, 2002, pp. 85-114.

que no se obtiene por cualquier modificación del conocimiento que tematiza, sino precisamente por la modificación de la “tematización” en discurso)⁵³⁹.

Abordar o Outro no discurso, assim, é receber sua expressão para além do pensamento, *recebê-lo* mais além da capacidade do Eu, ou, simplesmente, ter a idéia do infinito. A relação com o Outro no discurso, que é uma relação não-alérgica, configura-se como ética, na qual o discurso recebido torna-se “ensinamento”. Ensinamento que não se converte em maiêutica, mas vem do exterior e traz mais do que eu consigo conter. Na sua transitividade não-violenta produz-se, precisamente, a epifania do Rosto⁵⁴⁰.

1.2. O Ateísmo e Vontade: a interioridade como condição da ética

O psiquismo do Eu constitui, sem dúvida, um acontecimento no ser. Mas o seu papel não consiste em apenas *refletir* o ser. Ele é, já em si mesmo, modalidade desse ser, resistência à totalidade. O psiquismo abre-se a partir do impulso de resistência que opõe um ser à sua totalização, que é a separação radical. O Cogito – a partir da idéia de infinito – é “testemunha” dessa separação. Essa relação é “mais antiga” que o ser; o ser não é *ainda*, embora não seja nada, senão que “mantém distância de si mesmo”. A causa do ser, nesse caso, é *pensada* como se fosse seu efeito. A “idéia de infinito” antecede o pensamento, esse “antes” *aparece* e é simplesmente recebido⁵⁴¹.

Levinas vê nessa estrutura um intervalo entre o ser-que-pensa e a totalidade. Ele somente se coloca integralmente na totalidade no momento da sua morte. A vida deixa-lhe constantemente uma reserva, um “aprazamento” que é precisamente a constituição da interioridade⁵⁴². A totalização só se leva a cabo na história dos historiadores, ou seja, a dos sobreviventes. Repousa sobre a convicção de que a ordem cronológica representa a “trama do ser”, análoga à natureza. O tempo da história é ainda ontológico; abstrai as existências particulares, que se perdem. Nesse tempo, a interioridade é um “não-ser” onde tudo é possível, uma espécie de “tudo é possível” da loucura. A interioridade apresenta-se, assim,

⁵³⁹ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, pp. 74-75.

⁵⁴⁰ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, p. 75.

⁵⁴¹ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, pp. 77-78.

⁵⁴² Mais uma vez aqui está-se diante da semelhança com a “diferença” de Derrida que protegeria a vida no seu “diferir” temporal. Conforme item... do Capítulo II.

como uma forma de um nascimento e morte que não extraem sua significação da história. Instaura uma ordem diversa da totalidade e do tempo histórico, uma ordem na qual tudo está “pendente”, tudo segue sendo possível. O nascimento de um ser separado pode parecer absurdo do ponto de vista histórico, mas esses paradoxos são superados pelo psiquismo⁵⁴³.

Por la memoria, me fundo fuera del tiempo, retroactivamente: asumo hoy día lo que, en el pasado absoluto del origen, no tenía sujeto para ser recibido y que, desde entonces, pasada como una fatalidad. Por la memoria, asumo y replanteo. La memoria realiza la imposibilidad: la memoria, con posterioridad, asume la pasividad del pasado y su dominio. La memoria como inversión del tiempo histórico es la esencial de la interioridad⁵⁴⁴.

É essa posição de “interioridade” que me permite sair do ponto da pura passividade. O tempo da vida não é o tempo da história. Tempos que não correm paralelamente: o tempo próprio transcorre em uma dimensão própria, tem um sentido e significa triunfo sobre a morte a partir da descendência, que abre novas possibilidades. A interioridade está ligada com o Eu, a separação só é radical se cada um tem seu tempo – ou sua *interioridade* – e se esse tempo não é absorvido no tempo universal. É essa descontinuidade que interrompe o tempo histórico e não pode ser sacrificada. Esse “secreto” interrompe a continuidade e permite o pluralismo da sociedade. Torna, por isso, impossível pensar-se em uma “totalidade humana”⁵⁴⁵.

Esse entre-tempo, intervalo entre o ser e o nada, Levinas chama de “tempo morto”. É a interrupção com a duração do tempo histórico e totalizado. A separação da existência particular dessa totalidade da história é chamada de “ateísmo”. É a crença na “existência sem participação” naquela transcendência demiúrgica⁵⁴⁶, ou seja, uma espécie de “vida fora de Deus”. Esse é o terreno do “egoísmo”, segundo Levinas. A “vontade”, nessa leitura, é a manifestação de um ser que precede sua causa, sendo o psiquismo a sua respectiva possibilidade. O psiquismo é o local do gozo, do egoísmo – aporta um princípio de

⁵⁴³ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, pp. 78-79.

⁵⁴⁴ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, p. 79. Essa passagem indica um profundo bergsonismo de Levinas, ao situar a memória como conteúdo da própria consciência enquanto “interioridade”.

⁵⁴⁵ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, pp. 80-81. Aqui, visivelmente, o objeto da crítica é Hegel e seu sistema que absorve o sujeito na história.

⁵⁴⁶ É precisamente nesse momento que se situam, na nossa interpretação, filosofias como as de Friedrich Nietzsche e Gilles Deleuze, especialmente, no caso do último, na idéia spinoziana de um “plano de imanência”. Essas propostas filosóficas anti-transcendentes representam manifestações desse “ateísmo”. Ver: DELEUZE, Gilles & GUATTARI, Félix. *O que é filosofia?* Trad. Bento Prado Jr. e Alberto Muñoz. Rio de Janeiro: Editora 34, 1992, pp. 51-79.

individuação. A pluralidade requerida para o discurso *necessita*, está sujeita, à interioridade da qual está dotado cada envolvido, constituindo-se a partir da sensibilidade⁵⁴⁷.

A independência atéia do ser separado faz possível a idéia de infinito. Esta não anula a separação, que se mantém como transcendência. O Mesmo só pode se reunir com o Outro nas contingências e riscos da busca da verdade, em vez de repousar na segurança dele próprio. Sem separação, não há verdade, só haveria o ser. No contato da verdade, o Mesmo relaciona-se com o Outro apenas tangencialmente, sem coincidir com ele, chegando a uma totalidade. A verdade, por isso, pressupõe um ser autônomo na separação. Porque a separação se produz como psiquismo, a relação com o Outro se dá como Desejo, de forma que a teoria mesma pressupõe e precisa da exterioridade. Pressupõe, portanto, a idéia de infinito. *Revelando-se* o infinito, o que se suscita como conhecimento não é ele próprio (infinito), pois não pode ser “objeto”, mas o desejável, o que suscita o Desejo, que é abordável por um pensamento no qual se pensa mais que o pensado. “Infinito” significa, por isso, mais que um “horizonte sem vista”, mas uma desproporção que se mostra como Rosto⁵⁴⁸.

A situação da linguagem é a de mostrar esse ser separado e autônomo, satisfeito na sua ipseidade, que busca o Outro sem estar na carência da necessidade. A este ateu (cujo ateísmo é sem carência, necessidade) sobrepassa o Desejo que vem da presença do Outro. O ateu existe em um sentido eminente: sobre o ser, está feliz. Está *sobre*, por gozar (felicidade) e desejar (verdade e justiça). É nesse momento que pode “bater seu próprio recorde”, ao suspender seu movimento espontâneo de existir e dar outro sentido à sua apologia, preocupando-se com outro ser. A imortalidade não se torna seu primeiro objetivo: é o movimento do Desejo, preocupação com o Outro, estrangeiro, que se revela como justiça⁵⁴⁹.

Afirmar essa relação de verdade que sustenta a relação do Mesmo ao Outro não é se opor ao intelectualismo, mas assegurar sua aspiração fundamental, o respeito ao ser que ilumina o intelecto. A originalidade dessa relação – segundo Levinas – consiste na “autonomia do ser separado”. O conhecedor não faz o conhecido ser integrado, mantém a condição separada. A relação implica uma dimensão de interioridade inolvidável⁵⁵⁰. A experiência absoluta, por isso, não é o desvelamento, no qual se tomaria um tema para

⁵⁴⁷ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, pp. 82-83.

⁵⁴⁸ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, pp. 84-85.

⁵⁴⁹ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, pp. 86-87.

⁵⁵⁰ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, p. 87.

interpretação e teria uma posição absoluta dominando o objeto. A experiência absoluta é *revelação*: coincidência do expressado com aquilo que expressa, manifestação por isso mesmo privilegiada do Outro, de um Rosto para além da forma. A forma trai frequentemente na medida em que se petrifica em plástica. O Rosto é a expressão mesma, presença viva. A vida dessa expressão é desfazer a forma em que o ente se manifesta, dissimulando-se. O Rosto fala. Sua manifestação já é discurso⁵⁵¹.

Esse desfazimento de si mesmo para apresentar-se como Outro é a estrutura do sentido. O sentido não é “essência ideal”. É dito e ensinado pela presença viva. Não se reduz a impressão sensível ou intelectual – pensamentos do Mesmo –, é acontecimento irreduzível à evidência. É presença mais direta que a manifestação visível, domina aquele que a recebe⁵⁵².

El invocador no es alguien a quien comprendo: *no está en categorías*. Es alguien a quien hablo. Sólo tiene una referencia de sí, no tiene *quididad*. Pero la estructura formal de la interpelación debe ser desarrollada. El objeto del conocimiento es siempre ya hecho y dejado atrás. El interpelado es convocado a hablar, su palabra consiste en “auxiliar” a su palabra, en estar *presente*⁵⁵³.

1.3. Liberdade Questionada – a emergência da justiça

Remeter-se ao absoluto ateu é receber o absoluto purificado da violência do sagrado. A idéia de infinito é o projeto de uma humanidade sem mitos. A revelação é discurso. Para receber essa revelação, é necessário estar aberto a esse papel de interlocutor, de ser separado. Esse ateísmo condiciona uma relação com um verdadeiro Deus, distinta de objetivação ou da participação. Escutar a “palavra divina”, aqui, significa estar disposto a estar em relação com uma idéia de transborda de mim – não pode ser conhecida ou tematizada, sob pena da substância deixar de ser “a si mesma”⁵⁵⁴.

A dimensão do “divino”, por isso, abre-se enquanto Rosto humano. Uma relação transcendente (que, no entanto, é livre de todo domínio do transcendente) é uma relação social. Esse ateísmo do metafísico representa, em outros termos, uma relação com a

⁵⁵¹ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, p. 89.

⁵⁵² LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, p. 89.

⁵⁵³ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, p. 92, grifo no original

⁵⁵⁴ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, pp. 100-101.

Metafísica que não é teológica, não é uma tematização, mas um comportamento ético. O face-a-face é a sua manifestação mais direta, na qual Deus é acessível na justiça. A ética é, assim, “ótica espiritual”. A metafísica desenvolve-se ali onde se dá a relação social: na nossa relação com os homens. Não pode haver acontecimento com Deus separado dos acontecimentos com os homens. O Outro não é mediador de Deus: é por seu Rosto que se ocorre a altura que Deus revela. A metafísica se dá aqui embaixo, não deixando sua significação ser sacada da ética⁵⁵⁵.

A totalidade não pode se constituir não pela insuficiência do Eu, mas porque o Infinito não se deixa integrar, o Infinito do Outro⁵⁵⁶. A religião é a estrutura dessa relação. A conjunção entre o Mesmo e o Outro é o recebimento *de frente e de cara* do Outro em relação a mim. O Outro deve fazer-me frente⁵⁵⁷.

O Desejo da exterioridade move-se não no conhecimento objetivo, senão como Discurso, que se apresentou como justiça, retidão do recebimento ao Rosto. Conhecer é justificar, fazendo intervir, por analogia à ordem moral, a noção de justiça. É a justiça que obstaculiza nossa espontaneidade. O bloqueio dessa “espontaneidade” é o respeito ao objeto, vindo de um saber que questiona a si próprio (estrutura crítica que é origem de todo saber). É o fracasso da minha espontaneidade que desperta a razão e a teoria, a dor é mãe da sabedoria. A teoria política pretende encontrar nessa espontaneidade o fundamento da justiça, à medida que ela própria exige, para seu exercício, as exigências de ordem e limitação, compatibilizando liberdades⁵⁵⁸.

Essa tese, no entanto, é criticável. A consciência da indignidade moral, segundo Levinas, precede à verdade, a compatibilização do todo e não supõe a sublimação do Eu no universal. A consciência da indignidade não é uma “verdade”, uma consideração “do fato”; não é sequer *minha consciência da moralidade*. Ela é subordinação ao Outro, ao infinito, ao exterior. A liberdade que tem vergonha de si própria funda a verdade (e assim a verdade não se funda na verdade). O Outro não é inicialmente fato, não é obstáculo. O recebimento do Outro questiona minha liberdade, leva a cabo a vergonha de uma liberdade que descobre a si própria assassina no seu exercício. O discurso e o Desejo em que o Outro se apresenta como interlocutor como aquele que *não posso matar* faz irromper a consciência da vergonha. Por

⁵⁵⁵ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, pp. 101-102.

⁵⁵⁶ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, p. 103.

⁵⁵⁷ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, p. 104.

⁵⁵⁸ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, p. 105.

isso, não é adequada uma idéia teórica de outro eu, sua existência justificada é fato primeiro, como a idéia de perfeição do Infinito⁵⁵⁹.

Contra-pondo-se a Jean-Paul Sartre, Levinas afirma, então, que a existência não está condenada à liberdade, mas *investida* como liberdade. Filosofar é remontar aquém da liberdade, descobrir a investidura que libera a liberdade do arbitrário. A filosofia é a crítica, o poder questionar-se, penetrar mais aquém da própria condição⁵⁶⁰. O problema do conhecimento objetivo pressupõe que a liberdade só pode se fundar em si mesma, a partir de uma determinação do Outro no Mesmo, situação que espelha o movimento da representação e da evidência. Identificar o problema do fundamento do conhecimento a partir do conhecimento é dar por suposto o arbitrário da liberdade que se pretender fundamentar. O saber cuja essência é crítica é aquele que não pode se reduzir ao movimento objetivo, mas conduzir ao Outro. Receber o Outro é questionar minha liberdade⁵⁶¹.

A filosofia, portanto, passa a ser uma forma de questionamento do fundamento da liberdade, no qual o recebimento do Outro aparece como consciência da minha injustiça. Receber o Outro como Outro significa, em outros termos, inverter o movimento da tematização, que não remete a um conhecer, mas a “submeter-se a uma exigência” – a uma moralidade. O Outro é metafísica, transcendência que rompe com o imperialismo do Mesmo; é o fim dos meus poderes⁵⁶².

O Eu pode, sem dúvida, aderir a uma totalidade. Como acontece no pensamento de Hegel, a liberdade remete a uma ordem universal. A tradição filosófica do Ocidente, quando não é afirmação da supremacia do Mesmo, remete a uma ordem universal. Há uma substituição das pessoas por idéias, do interlocutor pelo tema, da interpelação da exterioridade à interioridade da relação lógica. Os entes remetem ao Neutro. Falar, no entanto, no sentido que já foi exposto, numa relação de discurso que rompe e começa, é separar-se dessa tradição que busca em si o fundamento de si mesma, fora do influxo heterônomo. A essência da razão

⁵⁵⁹ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, p. 106. Esse parágrafo explicita bem a cadeia argumentativa que destrói a Lei Moral kantiana e é suficiente para perceber-se que a dimensão de heteronomia do pensamento de Levinas vai muito além da postura de Kant, ao contrário do que propõe Alain Renaut. *A Era do Indivíduo*, pp. 233-239.

⁵⁶⁰ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, p. 107.

⁵⁶¹ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, p. 108.

⁵⁶² LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, p. 109.

não consiste, dessa forma, em assegurar ao homem fundamento e poderes, e sim em questioná-lo e convidá-lo à justiça⁵⁶³.

El sentido de todo nuestro discurso consiste en afirmar no que el otro escapa siempre al saber, sino que no tiene ningún sentido hablar aquí de conocimiento o ignorancia, porque la justicia, la transcendencia por excelencia y la condición del saber no es de ninguna manera, como se pretende, una *noesis* correlativa de un *noema*⁵⁶⁴.

Nada do que toca o pensamento pode transbordá-lo. Tudo é assumido livremente. Nada, exceto o juízo que julga a própria liberdade do pensamento. A presença do “Mestre” que ensina com sua palavra – que vem do exterior e está aquém da tematização – não se oferece a um saber objetivo; está, em sua presença, em sociedade comigo. A consciência moral é aquilo que permite o questionamento da liberdade, a partir da associação com o Outro. Minha liberdade não é mais a última palavra; não estou solitário no mundo. Com a consciência moral, tenho uma experiência sem qualquer *a priori*: uma experiência sem conceito. A experiência conceitual, que está em todas as outras modalidades de experiência, resulta da minha liberdade. A consciência moral e o desejo não são formas entre outras de consciência, mas aquilo que é sua condição⁵⁶⁵.

A “separação” metafísica, que até então fora considerada como uma espécie de “diminuição” da capacidade humana – expressada na idéia de finitude – pode agora deixar de ser interpretada como degradação. A ontologia da existência humana considera a finitude um *pathos*. A separação, no entanto, é precisamente o que constitui o pensamento. Não é aquilo que se percebe a partir dele; é a estrutura mesma do pensamento e da interioridade, de uma relação de independência⁵⁶⁶.

A idéia de infinito atinge meu poder, ultrapassando-o, porém não quantitativamente, antes o questionando. Não vem de um fundo *a priori*, mas é a experiência por excelência. O sentido do Rosto não pode ser compreendido ou englobado, visto ou tocado. A sensação visual ou tátil já envolve no Eu a alteridade do objeto que chega a ser conteúdo. A relação com o Outro não se comporta em termos de contemplação, introduz uma dimensão de transcendência totalmente diferente do “egoísmo” do gozo. Na linguagem, não se está no

⁵⁶³ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, p. 110-111.

⁵⁶⁴ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, p. 112.

⁵⁶⁵ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, pp. 122-123.

⁵⁶⁶ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, pp. 125-126.

mundo da lógica formal, que não concebe a diferença absoluta. Os dois interlocutores são absolutos na relação. A linguagem é o que define o poder de romper com a história. Quando estou diante do Outro, caso o tematize, ele imediatamente evade-se. A estrutura da linguagem, por isso, anuncia a inviolabilidade ética do Outro. A “idéia de infinito” processa-se de forma semelhante ao argumento ontológico de Deus: o mais está contido no menos. Somente essa idéia mantém a exterioridade do Outro⁵⁶⁷.

A partir do reconhecimento da “exterioridade”, é possível complementar a análise do capítulo anterior sobre o “assassinato” a partir do seu sentido *positivo*. Ao lado da impossibilidade ética de matar o Outro, que se ausenta quando consumado o assassinato, o “não matarás” inscrito no Rosto apresenta-se como nudez e miséria, instaurando-se na proximidade do Encontro. Essa expressão não é o neutro de uma imagem; é uma solicitude que me toca desde sua miséria e grandeza. Há um Desejo que se confunde na “Altura” e “Humildade” do Outro. O ser que se expressa me *chama* desde sua miséria e sua nudez, desde sua fome, sem que possa fazer ouvidos surdos ao seu chamado. O Outro não limita, senão promove, a minha liberdade, suscitando minha bondade⁵⁶⁸.

El orden de la responsabilidad en el que la gravedad del ser ineluctable congela todo réi, es también el orden en el que la libertad es ineluctablemente invocada, de suerte que el peso irremisible del ser hace surgir mi libertad. Lo ineluctable no tiene ya la inhumanidad de lo fatal, sino la severa seriedad de la bondad⁵⁶⁹.

Assim, diante da “fome” do Outro, a responsabilidade é irrecusável. O Rosto abre o discurso original, no qual a primeira palavra é uma obrigação que nenhuma “interioridade” pode pretender evitar. À base do desvelamento do ser – da ontologia – antecede uma relação com ente que se expressa – a ética⁵⁷⁰. A liberdade arbitrária e culpável converte-se em responsabilidade, numa relação face-a-face que não se confunde, a um só tempo, com uma relação de conhecimento, pois para buscar a verdade a epifania do Rosto é pressuposta, nem com uma “mística”, pois o drama está restrito aos respectivos interlocutores, sem que participem de qualquer rito ou liturgia que começasse fora deles próprios⁵⁷¹.

⁵⁶⁷ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, pp. 207-209.

⁵⁶⁸ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, p. 213.

⁵⁶⁹ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, p. 213.

⁵⁷⁰ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, p. 213.

⁵⁷¹ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, pp. 215-216.

1.4. O Infinito e a transcendência como metáforas de um vocabulário ético

Levinas está escrevendo, a partir da metáfora do metafísico, não uma espécie de retorno ao “mundo das idéias” de Platão após a destruição de Nietzsche e Heidegger, este último certamente interlocutor privilegiado (ao lado de Hegel) em *Totalidade e Infinito*, mas uma forma de pensar-se, a partir dessa metáfora, na relação ética, na qual o Outro não se deixa representar pelos meus conceitos⁵⁷². É uma espécie de transposição de conceitos religiosos e metafísicos para o domínio da ética, onde o vocabulário da ontologia não se encaixa porque o Outro excede constantemente conceitos e não se está apenas em uma relação de natureza intelectual. É assim que lemos também a metáfora do “infinito”, enquanto uma exigência fenomenológica de um sentido que exceda à própria idéia do pensado, já que a minha relação com o Outro não *pode* ser puramente intelectual. É somente a partir de um rompimento hiperbólico com a própria rigidez do pensamento que a filosofia pode expressar essas relações *inexprimíveis* (do Dito ao Dizer).

Nossa leitura, por isso, não supõe uma espécie de recuperação da religião⁵⁷³ ou do metafísico⁵⁷⁴ a partir de Levinas, mas vê nas palavras do filósofo a tentativa de construção de um novo vocabulário que dê conta de relações éticas no qual o Outro não é absorvido e permanece Outro, sem que isso signifique, além disso, indiferença⁵⁷⁵. A ordem ética é uma ordem de *interpelação*, na qual as partes estão em uma relação implicada, em que não basta o “conhecimento”, está-se já lançado na responsabilidade. Esse vocabulário pretende superar, a um só tempo, as aporias que constituem a discussão da ética em termos de razão teórica, fechando a complexidade do Outro em esquemas conceituais, de um lado, e o lançamento da ética no terreno *deontológico*, por outro. A ética é, em Levinas, antes de tudo *uma realidade*, que se constitui a partir do Rosto/Olhar do Outro, exigindo-me atitude, não-indiferença⁵⁷⁶. As metáforas da “altura” do Outro, de Deus no seu Rosto ou do mandamento do “não matarás”

⁵⁷² Por exemplo, distinguindo transcendência religiosa e filosófica: LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad y Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, pp. 72, 161, 216.

⁵⁷³ Levinas, aliás, opunha-se ao pensamento do “sagrado” e do “mito”. Ver: LEVINAS, Emmanuel. *Lévy-Bruhl e a Filosofia Contemporânea*. In: Entre Nós, *passim*; FABRI, Marcelo. Levinas e a busca do autêntico. In: *Fenomenologia Hoje*, p. 76.

⁵⁷⁴ Como, por exemplo, pensa, a nosso ver de forma equivocada, RORTY, Richard. *Respuesta a Simon Critchley*. In: *Desconstrucción y Pragmatismo*, p. 88.

⁵⁷⁵ Ver: LEVINAS, Emmanuel. Ideologia e Idealismo. In: *De Deus que vem à idéia*, pp. 26-32.

⁵⁷⁶ A não-indiferença, segundo nossa visão, sintetiza a idéia central da ética da alteridade. Ver: SOUZA, Ricardo Timm de. A racionalidade ética como fundamento de uma Sociedade Viável: reflexões sobre suas condições de possibilidade desde a crítica filosófica do fenômeno da “corrupção”. In: *A Qualidade do Tempo*, pp. 121-122.

expressam essa relação de não-indiferença – relação de responsabilidade que implica o reconhecimento da singularidade (unicidade, alteridade, exterioridade) e a *assunção* dessa responsabilidade, traço este último que distingue Levinas da maioria dos pensadores “pós-modernos”⁵⁷⁷.

A “altura” com que Levinas por vezes descreve o Outro parece ser inalcançável. No entanto, serve como fundamento hiperbólico de uma postura que almeja se aproximar mais e mais da justiça, ainda que essa justiça, pela sua extrema concretude, seja praticamente impossível de alcançar. São as palavras de John Caputo:

Somos aterrorizados, chocados e até mesmo escandalizados pela sublimidade, pelo excesso, do que Levinas exige, que é obviamente demais. Quem poderá tolerar tais palavras tão duras? O que Levinas pede não é possível. Porém, tal não serve de desculpa, pois as coisas mais interessantes são freqüentemente impossíveis e aprender a pensar o impossível é um exercício salutar, uma forma de dar vida à filosofia, deixando o possível para as outras disciplinas. É talvez um pouco louco, exorbitante, fora dos eixos, faz parte de uma economia irracional de excesso, do gasto de si próprio sem exigir contrapartidas. Chega mesmo a ser violento – em relação a si próprio: somos mantidos prisioneiros, permitimo-nos a nós próprios sofrer privações e humilhações contra as quais nos insurgiríamos caso acontecessem ao Outro⁵⁷⁸.

Assim, Levinas passa a não ser interpretado nos próprios parâmetros por ele reivindicados, em termos metafísicos. Embora sua argumentação sobre, por exemplo, a primazia da justiça sobre a verdade seja deveras admirável, congruente e razoável, seu “acerto”, do ponto de vista cognoscitivo, é secundário, na medida em que estamos diante de uma dimensão que não pressupõe a integridade e falseabilidade do conhecimento, mas sim no domínio da ética⁵⁷⁹ – ordem da interpelação que ocorre no face-a-face humano. Mais uma vez citamos Caputo:

⁵⁷⁷ Aderindo à distinção de John Caputo entre o “pós-modernismo de obrigação”, de Derrida, Levinas e Lyotard, e o “pós-modernismo de desculpabilização e extravazamento”, de Deleuze, Guattari e Baudrillard. Ver: CAPUTO, John. *Desmitificando Heidegger*, p. 260. Isso não significa, entretanto, simplesmente rechaçar o segundo, de feição mais próxima a Nietzsche, mas admiti-lo enquanto necessidade para constituição da “interioridade”, nas palavras de Levinas. Essas filosofias, no entanto, não dão conta da “exterioridade”.

⁵⁷⁸ CAPUTO, John. *Desmitificando Heidegger*, p. 280. A máxima constantemente repetida por Levinas, retirada dos *Irmãos Karamazov* de Dostoiévski expressa bem essa dificuldade: “minha idéia central é a que eu chamava de ‘assimetria da intersubjetividade’: a situação excepcional do Eu. Sempre lembro, a este propósito, Dostoiévski; um dos seus personagens diz: ‘somos todos culpados de tudo e de todos, e eu mais que todos os outros’”. Ou ainda: “Se fôssemos dois no mundo, não haveria problema: é outrem que passa a frente de mim”. LEVINAS, Emmanuel. *Filosofia, Justiça e Amor*. In: *Entre Nós*, pp. 145 e 147 (respectivamente).

⁵⁷⁹ Por exemplo, LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito*, p. 217. A linguagem em Levinas tem, portanto, uma finalidade mais *expressionista* do que, propriamente, uma correlação exata com aquilo que, em termos epistemológicos, constituiria o pensamento. Sua finalidade é expressar esse “transbordamento” que se dá no terreno da ética, quando a não-indiferença é o critério reitor. Ver: SOUZA, Ricardo Timm de. *Sujeito, Ética e História*, pp. 60, 98-100, 134-143; idem, Para além da tirania do tempo maciço – sobre “Diacronia e

Diria que o que encontramos em Levinas é uma hipérbole profética. Se for tomada a sério, dentro dos cânones da discursividade filosófica, não poderá ser acreditado ou defendido e, em alguns pontos estratégicos, cai na metafísica neoplatônica e na teologia negativa mais clássicas. Assim sendo, é um erro encarar Levinas dentro dos seus próprios parâmetros, dos parâmetros por ele reivindicados – metafisicamente -, porquanto Levinas ficaria vulnerável a toda a crítica que rodeia a metafísica, uma metafísica do Bem e não da verdade, uma ética metafísica, não uma deontologia, mas, ainda assim, uma metafísica. (...) Não acreditamos nas histórias dos profetas, constituindo uma degradação e uma distorção do discurso mítico-profético tratá-las como se fossem um registro de acontecimentos testemunhados, avaliá-las em termos de verdade encarada como *adequatio*. Devemos sim aprender de forma diferente com suas histórias impossíveis, que por norma se relacionam com a justiça – que, tal como tenho vindo a afirmar, é im/possível. Tais histórias fazem parte do mito da justiça⁵⁸⁰.

Cumpre, então, examinarmos a repercussão dessas categorias que excedem o terreno conceitual típico da filosofia ocidental, em direção a uma transcendência que – expressa na idéia de infinito – não pode ser tratada pela “inteligência” humana⁵⁸¹, mas de modo fundamentalmente ético, sem reduzir o Outro ao Mesmo, questionando a liberdade a partir da exigência de justiça. É a noção de hospitalidade, que irá ser desenvolvida por Jacques Derrida no âmbito da filosofia política a partir de Levinas, que irá surgir.

Representação”. In: *Sentido e Alteridade*, pp. 135-138; PELIZZOLI, Marcelo. Da fenomenologia à “metafenomenologia” e “meta-ontologia” – aportes para uma crítica a Husserl e Heidegger desde Levinas. In: *Fenomenologia Hoje*, pp. 279-286; PELIZZOLI, Marcelo. *Levinas: a reconstrução da subjetividade*, pp. 12-17.

⁵⁸⁰ CAPUTO, John. *Desmitificando Heidegger*, p. 280. Para entender a passagem, é preciso saber que o esforço de Caputo é desfazer o “mito do ser”, que seria a origem das confluências entre Heidegger e o nazismo (ou à idéia da pureza grego-alemã), para contrapô-lo ao “mito da justiça”, que teria sido desenvolvido por Jacques Derrida e Emmanuel Levinas. À idéia de “mito” poderíamos ligar nossa defesa da existência de “formas de racionalidade”.

⁵⁸¹ O lançamento da ética fora do terreno deontológico para se constituir em exigência real se dá a partir da faticidade, que é o elo que liga a filosofia de Levinas à de Heidegger, como se depreende do ensaio “É a ontologia fundamental?”. In: *Entre Nós*, pp. 21-33. O pensamento da faticidade é o que permite a Levinas conferir um estatuto de realidade à ética, que se dá no mundo concreto, no “aqui embaixo”. No entanto, como nota John Caputo, a faticidade em Heidegger desconhece que a desconstrução das categorias da *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles, e do Novo Testamento, enquanto metafísicas para se tornarem “factuais”, não levaria ao mesmo resultado. A *Sorge* heideggeriana não tem espaço para a carne (*Kardia*), como vulnerabilidade, corpo em necessidade, sofrimento. Ver: CAPUTO, John. *Desmitificando Heidegger*, pp. 93-112. É precisamente esse sentido de *kardia* que a faticidade de Levinas irá recuperar.

2. A Hospitalidade

2.1. O “Adeus” e a Hospitalidade

O tema da hospitalidade tem tratamento especial na obra de Jacques Derrida a partir do falecimento de Emmanuel Levinas (1995), quando, em discurso fúnebre, reflete exatamente sobre o “Adeus”, vertido em “a-Deus” para dar conta do problema da relação com o tratamento ao Outro⁵⁸², a quem se deve uma “curvatura heteronômica”, expressa na figura do acolhimento. É, talvez, a assunção de uma responsabilidade que lhe foi confiada pelo próprio Levinas, numa simbólica concretização do “Morrer por...”⁵⁸³.

Derrida inicia abordando a concepção do ensinamento de Levinas, que rompe com a tradição filosófica a imaginar o “parto”. A maiêutica nada me ensina, ela revela-me apenas o que já sou capaz. Esse ponto irá revelar, na argumentação, certa “política de hospitalidade”, na qual o hospedeiro é “senhor do hóspede”. O ensinamento, para Levinas, é, ao contrário, um receber para além da minha capacidade⁵⁸⁴. Levinas propõe pensar a “abertura” em geral a partir da hospitalidade, e não o contrário. De que forma o pensamento de Levinas, seguindo-se a tradição kantiana desde *À Paz Perpétua*, pode fundar um direito ou uma política? Essa é a questão que Derrida propõe.

Totalidade e Infinito, diz o filósofo franco-argelino, é “um imenso tratado sobre a hospitalidade”. A hospitalidade torna-se “o próprio nome daquilo que acolhe”. O Rosto dá o acolhimento, e o Rosto deveria ser o tema da fala do próprio Derrida. Mas, como ele, nos próprios termos de Levinas, nega-se à tematização, é precisamente isso que tem em comum com a hospitalidade⁵⁸⁵. Aliás, Derrida chama atenção para um aspecto que a leitura de *Totalidade e Infinito* não permite deixar observar: o uso constante da paráfrase interna, a partir de metonímias com o mesmo significado (intencionalidade, atenção à palavra,

⁵⁸² Como já havíamos colocado, em Levinas o Outro tem a “Altura” de Deus, em um sentido não-teológico. O temática do Adeus, por isso, só poderia ir até o “a-Deus” – ao Outro. “Submissão à ordem que ordena ao homem – ao eu responder pelo outro – o que é, talvez, o nome severo do amor”. LEVINAS, Emmanuel. *Diacronia e Representação*. In: *Entre Nós*, p. 224.

⁵⁸³ “A prioridade do outro sobre o eu, pelo qual o ser-aí humano é eleito e único, é precisamente sua resposta à nudez do rosto e à sua mortalidade”. LEVINAS, Emmanuel. “Morrer por...”. In: *Entre Nós*, p. 262.

⁵⁸⁴ DERRIDA, Jacques. *Adeus a Emmanuel Levinas*. Trad. Fábio Landa. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 36.

⁵⁸⁵ DERRIDA, Jacques. *Adeus a Emmanuel Levinas*, p. 39.

acolhimento do rosto, hospitalidade) de *sim* ao Outro⁵⁸⁶. Se a hospitalidade não aparece muito, o *acolhimento* é permanentemente referido⁵⁸⁷.

Esse conceito opera em todo lugar para exprimir o primeiro gesto em direção ao Outro. Está imediatamente referido ao Rosto, pois sem acolhimento não há Rosto. Essas duas palavras seriam quase transcendentais, palavras quase-primitivas, que vêm antes mesmo de ética, metafísica ou filosofia primeira. O acolhimento é o “receber”: a receptividade do receber quando o faz para além da própria capacidade do Eu. Essa desproporção dissimétrica marcará mais adiante a lei da hospitalidade. A razão, no texto de Levinas, seria interpretada como *essa própria* receptividade hospitaleira. A razão é, ela própria, um *receber*⁵⁸⁸.

Mesmo o recolhimento em si no pensamento de Levinas já supõe um acolhimento na habitação. Derrida salienta um intrincado paradoxo na cronologia e na lógica: “é o acolhimento por vir que torna possível o recolhimento do em-si”. O acolhimento supõe o intimidade do em-si e, com isso, a alteridade feminina. Antes do recolhimento e do colher precisa-se ter acolhido⁵⁸⁹. Note-se que, para Levinas, a interioridade é, inicialmente, gozo⁵⁹⁰, a primeira relação que mantenho com o mundo é de “alimento”⁵⁹¹. Esse gozo com as coisas se dá no “elementar”, no rio que me banho, na terra, na cidade. Esse “elementar” não se deixa possuir nem tem forma, tem só a face com que nos deparamos, como a ponta do vento ou a superfície do mar. Esse elementar vem a nós sem origem em um ser, nos oferece à familiaridade como se estivéssemos nas entranhas do ser, tem um formato “mítico”⁵⁹².

A habitação, para Levinas, não é apenas mais um “utensílio” entre outros. Ela é o começo, condição da atividade humana. A casa *constitui* o mundo objetivo, que será atravessado pela consciência. O recolhimento em uma morada supõe-se como existência econômica na interioridade do sujeito⁵⁹³. O recolhimento é uma suspensão das reações imediatas que suscita o mundo, em vista de uma maior atenção a si mesmo. A intimidade e a familiaridade produzem-se como doçura que se expande sobre as coisas. Pressupõem uma

⁵⁸⁶ Palavras como discurso, palavra, ensinamento, oração, religião, linguagem parecem conter essa semelhança.

⁵⁸⁷ DERRIDA, Jacques. *Adeus a Emmanuel Levinas*, p. 42.

⁵⁸⁸ DERRIDA, Jacques. *Adeus a Emmanuel Levinas*, p. 43.

⁵⁸⁹ DERRIDA, Jacques. *Adeus a Emmanuel Levinas*, pp. 45-46.

⁵⁹⁰ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito*, p. 129.

⁵⁹¹ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito*, p. 147.

⁵⁹² LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito*, pp. 150-151 e 160-161.

⁵⁹³ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito*, pp. 169-171. Ver: PELIZZOLI, Marcelo Luiz. *Levinas: a reconstrução da subjetividade*, pp. 86-90.

intimidade com alguém. A interioridade do recolhimento, por isso, é um recolhimento em um mundo “já humano”, pressupondo um *recebimento*. O Outro que recebe é a Mulher⁵⁹⁴, uma presença discretamente ausente, condição do recolhimento à interioridade da Casa e da habitação. Este Outro é não o “senhor” do Rosto, mas o “tu” da intimidade, com o qual se traça uma linguagem silenciosa, entendimento sem palavras, expressão no segredo. É uma relação pré-ética, pré-originária, a partir da qual o “existir significa morar”⁵⁹⁵. A função da habitação é romper a insegurança da existência no mundo elementar, abrir um local onde o “Eu” se recolhe. É a casa que fundamenta o trabalho, espécie de interioridade que vai ao mundo para possuí-lo, lutar contra a insegurança do porvir⁵⁹⁶. O aspecto que parece fundamental a Derrida é o fato de que o hospedeiro é hóspede da sua própria casa. A habitação, com isso, torna-se “terra de asilo”, na qual o *host* é simultaneamente *guest*. O que acolhe é sobretudo acolhido em si. Há um “desapossamento originário”, situação que faz Derrida lembrar Rosenzweig⁵⁹⁷.

Levinas chama de “metafísica” a separação que se abre à idéia de infinito. Essa metafísica é uma experiência de hospitalidade. A partir da utilização de “palavra velha”, Levinas abre um novo sentido no qual um ato de força é justamente uma declaração de paz. A “essência” do que se abre para além do ser é a hospitalidade. É a partir dessa abertura que Levinas põe a ética como filosofia primeira⁵⁹⁸. A razão torna-se ato sem atividade, experiência sensível e racional de receber, gesto de acolhimento, boas-vindas ao outro como estrangeiro. Ao “fechar a porta”, a tematização, a guerra, a alergia e a inospitalidade já implicam a hospitalidade pré-originária, um declaração de paz original. Nesse ponto Derrida observa a divergência com Kant: enquanto para este a paz porá fim à hostilidade natural, Levinas escreve a negatividade segunda sob um pano de fundo de paz, fundada numa hospitalidade que não pertence ao plano político⁵⁹⁹.

⁵⁹⁴ Vamos deixar em suspenso a discussão que suscita essa afirmativa de Levinas, capaz de provocar simultaneamente, como diz Derrida, um “feminismo” ou um “androcentrismo” hiperbólico. A diferença sexual que percorre a política poderia ser abordada também a partir da Mulher que recebe na “política da hospitalidade” em relação ao “falocentrismo” que Derrida identifica nas “políticas de amizade”. DERRIDA, Jacques. *Adeus a Emmanuel Lévinas*, pp. 60-61 e DERRIDA, Jacques. *The Politics of friendship*. Trad. George Collins. London: Verso, 2005.

⁵⁹⁵ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito*, pp. 172-173.

⁵⁹⁶ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito*, p. 175.

⁵⁹⁷ DERRIDA, Jacques. *Adeus a Emmanuel Lévinas*, p. 58.

⁵⁹⁸ DERRIDA, Jacques. *Adeus a Emmanuel Lévinas*, pp. 64-65.

⁵⁹⁹ DERRIDA, Jacques. *Adeus a Emmanuel Lévinas*, p. 66.

A subordinação de receber o totalmente Outro como Altíssimo é o que funda, em Levinas, a própria subjetividade. A subjetividade torna-se a própria hospitalidade, separação sem negação nem exclusão. O sujeito separa-se sem reduzir a uma negação do que se separa. Justamente, pode acolhê-lo. O sujeito passa a ser hóspede. E, de hóspede, a refém do Outro. Situação de refém que espelha a condição de responsabilidade pelo Outro, que não é acidente mas a sua essência. Ele nada fez e, no entanto, sempre esteve em causa. A ipseidade torna-se, na sua passividade e sem *arché* de identidade, refém. É aqui que Derrida circunscreve a reconstrução do sujeito enquanto substituição procedida por Levinas. O hóspede é refém enquanto sujeito colocado em questão, emigrado, exilado, estrangeiro, hóspede sempre⁶⁰⁰.

A “eleição” que representa a unicidade do sujeito é exatamente a responsabilidade pelo Outro. Ela pertence a um passado mais antigo, um tempo que ultrapassa a representação amnésica, precede toda relação dialógica entre hóspede e hospedeiro. Sua “irrupção traumatizante”, diz Derrida, perturba aquilo que chamamos calmamente hospitalidade, e mesmo as leis da hospitalidade⁶⁰¹. É essa eleição que irá levar Levinas, preocupado com o cenário político e com os hóspedes expulsos e presos em campos de concentração, a admitir uma implicação política de hospitalidade hiperbólica:

Que um povo, enquanto povo, “*aceite aqueles que vêm instalar-se em seu seio, por mais estranhos que sejam*”, eis a aposta de um engajamento popular e público, uma *res publica* política que não se reduz a uma “*tolerância*”, a menos que esta tolerância não exija de si-mesma a afirmação de um “amor” sem medida. Lévinas precisa, imediatamente, que esse dever de hospitalidade não é apenas essencial a um “*pensamento judaico*” das relações entre Israel e as nações. Ele abre o acesso à humanidade do humano em geral. Terrível lógica de eleição e exemplaridade entre a atribuição de uma responsabilidade singular e a universalidade humana, hoje se diria até *humanitária*, uma vez que ela tentaria ao menos, através de tantas dificuldades e equívocos, apresentar-se, por exemplo, como organização não-governamental para além dos Estados-Nações e suas políticas⁶⁰².

Embora reconheça que a idéia de um Estado ético possa parecer utópica ou pré-matura, Levinas sinala que ela marca a abertura propriamente dita do político para seu futuro, numa direção de “messianismo”⁶⁰³. A paz é um elemento que integra e excede o político, “para-além-no”, como a interiorização política da transcendência ética ou messiânica. Para isso, seria necessário deixar não o “político”, mas o “puramente político”, sem traço de ética.

⁶⁰⁰ DERRIDA, Jacques. *Adeus a Emmanuel Lévinas*, pp. 72-73.

⁶⁰¹ DERRIDA, Jacques. *Adeus a Emmanuel Lévinas*, pp. 82-83.

⁶⁰² DERRIDA, Jacques. *Adeus a Emmanuel Lévinas*, p. 93. Comparar com DERRIDA, Jacques. *Mal de Arquivo*, pp. 99-101.

⁶⁰³ DERRIDA, Jacques. *Adeus a Emmanuel Lévinas*, p. 94.

Espera-se a invenção de uma paz que não seja nem “puramente política”, nem “apolítica”⁶⁰⁴. Derrida finaliza argumentando que se precisa encontrar afinar uma diferença entre a utopia contratualista do direito cosmopolita de Kant e o messianismo de Levinas, a fim de encontrar solução para os “sem papéis” que percorrem o mundo – em Israel, Ruanda, África, Europa, Ásia e todas as Igrejas de São Bernardo - reivindicando um direito internacional verdadeiramente humanitário que suplante o interesse dos Estados-Nações⁶⁰⁵.

2.2. A Hospitalidade: para além da ordem da crueldade

A hospitalidade está diretamente ligada à questão do estrangeiro. Antes de dizer a questão do estrangeiro, afirma Derrida, talvez se devesse precisar: questão *do* estrangeiro. Tal como Levinas, que focaliza a linguagem a partir do *dizer*, e não do *dito*, Derrida coloca o estrangeiro não apenas como *aquele que* coloca a questão, ou *aquele a quem* se endereça a pergunta, mas também aquele que, ao colocar a primeira questão, *me questiona*⁶⁰⁶. O estrangeiro é aquele que contesta o “Pai Parmênides”, na sua afirmação do “ser que é e o não ser que não é”. Sacudindo o dogmatismo ameaçador do *logos*, o estrangeiro nos convida ao parricídio. Eis o desafio que ele propõe. É nesse local que a questão do estrangeiro se articula com a questão do ser⁶⁰⁷. A questão *do* estrangeiro, por isso, é a questão que contesta o *logos*, onde ele parece ser mais evidente, até mesmo aos cegos⁶⁰⁸.

O estrangeiro (*ksénos*) é tratado na Grécia Antiga não como o total bárbaro, o outro absoluto, o selvagem totalmente heterogêneo, mas enquanto *estrangeiro como tal*, que continua estrangeiro, e aos seus: família e descendentes⁶⁰⁹. Essa forma de hospitalidade pressupõe uma casa, uma linhagem, uma família, um grupo familiar ou étnico recebendo outro grupo familiar ou étnico. Essa hospitalidade *condicional*, *pactuada*, é o que se quer

⁶⁰⁴ DERRIDA, Jacques. *Adeus a Emmanuel Lévinas*, pp. 102-103.

⁶⁰⁵ DERRIDA, Jacques. *Adeus a Emmanuel Lévinas*, p. 119.

⁶⁰⁶ DERRIDA, Jacques. *Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar Da Hospitalidade*. São Paulo: Escuta, 2003, p. 05.

⁶⁰⁷ DERRIDA, Jacques. *Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar Da Hospitalidade*, pp. 08-09.

⁶⁰⁸ DERRIDA, Jacques. *Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar Da Hospitalidade*, p. 11.

⁶⁰⁹ DERRIDA, Jacques. *Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar Da Hospitalidade*, p. 21.

romper⁶¹⁰. Essa lei é uma perversão e um paradoxo. O Outro absoluto é o que pode não ter nome e nome de família.

A reflexão sobre a *hospitalidade absoluta*, aquela que impõe que abra minha casa a um Outro absoluto, anônimo, que eu lhe *deixe vir*, sem reciprocidade, a hospitalidade que rompe com a hospitalidade de direito, começa pela pergunta do nome. “A hospitalidade consiste em interrogar quem chega?”, pergunta Derrida⁶¹¹. Ou a “hospitalidade se *torna, se dá* ao outro antes que ele se identifique, antes mesmo que ele seja (posto ou suposto como tal) sujeito, sujeito de direito e sujeito nominável por seu nome de família, etc.”.

A lei da hospitalidade condicional trava um conluio entre hospitalidade e o poder. Para receber, *hospedar*, quero ser, em primeiro lugar, *senhor* em casa. E, nesse caso, recebo quem desejo. O estrangeiro é definido como indesejável, virtualmente *inimigo*; quem quer que “pisoteie meu *chez-moi*, minha ipseidade, minha soberania de hospedeiro”⁶¹². Assim, no sentido clássico, não existe hospitalidade sem senhorio, soberania de si para consigo, mas, como não há hospitalidade sem finitude, “a soberania só pode ser exercida filtrando-se, escolhendo-se, portanto excluindo e praticando-se violência. A injustiça, uma certa injustiça, e mesmo um certo perjúrio logo começam a partir do limiar do direito à hospitalidade”⁶¹³. A inscrição da hospitalidade no direito pode ser, por isso, perversa e paradoxal.

É essa hospitalidade *condicional*, perversível e paradoxal, que se rompe ao entrarmos na hospitalidade *incondicional*. Hospitalidade *condicional* que, acrescido certo paternalismo

⁶¹⁰ É aqui, precisamente, que pode ser identificada a diferença da “política da hospitalidade” com as “políticas de amizade”. Pode-se pensar em Habermas, por exemplo, que propõe uma ampliação da esfera pública e abertura dos canais de comunicação para uma situação ideal de fala em que esses ‘Outros’ igualmente fariam parte de uma cultura política de “patriotismo constitucional” (ver: HABERMAS, Jürgen. Inserção – inclusão ou confinamento? In: *A Inclusão do Outro*. Trad. George Sperber et al. São Paulo: Loyola, 2004, pp. 153-182) ou na “utopia liberal” de Richard Rorty, na qual as “janelas” próprias da cultura estão abertas para ampliar o espectro do “nós” cada vez mais. Ambas propostas (poderíamos pensar ainda em Rawls, Höffe, etc.) pensam a partir de um “Nós”. Mas, como diz Levinas, “lo absolutamente Otro, es el Otro. No se enumera conmigo. La colectividad em la que digo ‘tu’ o ‘nosotros’ nos es un plural de ‘yo’. Yo, tú, no son aquí individuos de un concepto común. Ni la posesión, ni la unidad del número, ni la unidad del concepto, me incorporan al Otro. Ausencia de patria común que hace del Otro un extranjero; el extranjero que perturba el ‘en nuestra casa’”. LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito*, p. 63.

⁶¹¹ DERRIDA, Jacques. *Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar Da Hospitalidade*, p. 25.

⁶¹² DERRIDA, Jacques. *Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar Da Hospitalidade*, p. 49.

⁶¹³ DERRIDA, Jacques. *Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar Da Hospitalidade*, p. 49.

cristão (ou melhor: católico), um aspecto de *caridade*, poderíamos simplesmente nomear *tolerância*, o eixo fundante das nossas relações com o Outro⁶¹⁴. Ela é, no entanto, o *oposto*:

A tolerância está sempre do lado da ‘razão dos mais fortes’, onde o ‘poder está certo’; é uma marca suplementar de soberania, a boa face da soberania, que fala ao outro sobre a posição elevada do poder, estou deixando que você exista, vocês não é inaceitável, estou lhe deixando um lugar em meu lar, mas não se esqueça de que está é o meu lar...⁶¹⁵.

A lei da hospitalidade é *hiperbólica*: ela já se inscreve na ordem do impossível, exige um rompimento com todas as leis da hospitalidade, ou seja, as condições e deveres que se impõe ao hóspede para acolhida⁶¹⁶. É, a rigor, um *acolher incondicional*, um “dizer sim” ao que chega, “quer se trate ou não de estrangeiro, de um imigrado, de um convidado ou de um visitante inesperado, quer o que chega seja ou não cidadão de um outro país, um ser humano, animal ou divino, um vivo ou um morto, masculino ou feminino”⁶¹⁷.

Essa Lei das leis, *hospitalidade incondicional*, é um “apelo que manda sem comandar”. É uma lei sem *força* (*Gewalt*), que não exige ou dever ou uma dívida, sem imperativo. Se eu pratico a hospitalidade *por dever*, essa hospitalidade de quitação não é mais uma hospitalidade absoluta a um visitante “inopinado”⁶¹⁸. É essa a restrição que Derrida põe em relação aos direitos humanos enquanto fenômeno puramente *histórico*: os direitos humanos, na medida em que são cumpridos por *dever*, enquanto pagamento de uma *dívida*, não se oferecem à responsabilidade. É o dever além do dever que pode ser considerado responsabilidade, um dever que atravessa o direito, que não esgota a justiça⁶¹⁹.

A hospitalidade pura e incondicional, a hospitalidade *em si*, abre-se ou está aberta previamente para alguém que não é esperado nem convidado, para quem quer que chegue como um visitante absolutamente estrangeiro, como um recém-chegado, não-identificável e imprevisível, em suma, totalmente outro. A visita poderia na verdade ser muito perigosa, e não devemos ignorar esse fato; mas será que uma hospitalidade sem risco, uma hospitalidade apoiada em certas garantias, protegida por um sistema imune contra o totalmente outro, seria uma hospitalidade verdadeira? Embora, em última análise, seja verdade que suspender ou suprimir a

⁶¹⁴ DERRIDA, Jacques. Auto-imunidade: suicídios reais e simbólicos: um diálogo com Jacques Derrida. In: *Filosofia em Tempos de Terror*. BORRADORI, Giovanna. RJ: Jorge Zahar, 2004, p. 137.

⁶¹⁵ DERRIDA, Jacques. Auto-imunidade: suicídios reais e simbólicos, p. 138. O contraponto de Habermas pode ser lido no mesmo volume, *Fundamentalismo e Terror: um diálogo com Jürgen Habermas*, pp. 53-54.

⁶¹⁶ DERRIDA, Jacques. *Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar Da Hospitalidade*, p. 69.

⁶¹⁷ DERRIDA, Jacques. *Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar Da Hospitalidade*, p. 69.

⁶¹⁸ DERRIDA, Jacques. *Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar Da Hospitalidade*, p. 75.

⁶¹⁹ DERRIDA, Jacques. *Auto-imunidade: suicídios reais e simbólicos*, pp. 142-143.

imunidade que me protege do outro possa estar muito próximo de uma ameaça de vida⁶²⁰.

A hospitalidade, por isso, é o que articula o Encontro enquanto uma “disponibilidade”, uma abertura do Eu para uma posição em que pode ser colocado radicalmente em questão, “porque desde o Outro não provém nenhuma promessa de conciliação, mas a constatação traumática do fato de que a totalidade de minhas concepções é incapaz de fazer-lhe justiça”⁶²¹. É precisamente nesse traumatismo arriscado, nesse pensar *desde* o Encontro, que se dá um assumir da insegurança que evita *a priori* a degeneração em injustiça.

2.3. Uma metáfora para um espaço político de justiça ao Outro

A hospitalidade é a metáfora utilizada por Derrida para sinalizar toda a forma de *acolhimento incondicional* do Outro, ou seja, para explicitar a situação ética que exige o recebimento do Outro enquanto Outro⁶²². É uma forma de irresignação contra todas as políticas que colocam condições ou simplesmente excluem aqueles que se colocam como estrangeiros. Uma forma de defesa da pluralidade irrestrita, inscrita enquanto uma ordem do impossível que norteia nosso possível.

Não se trata de negar a “ordem da crueldade”⁶²³ em que vivemos, contrapondo-a a uma utopia inalcançável. Como diz Levinas,

No se trata de dudar de esta miseria humana – de este imperio que las cosas y los malvados ejercen sobre el hombre – de esta animalidad. Pero ser hombre es saber que es así. La libertad consiste en saber que la libertad está en peligro. Pero saber o

⁶²⁰ DERRIDA, Jacques. *Auto-imunidade: suicídios reais e simbólicos*, p. 138.

⁶²¹ SOUZA, Ricardo Timm de. *A Racionalidade Ética como Fundamento de uma Sociedade Viável*, p. 124.

⁶²² Nythamar de Oliveira comenta sobre a expressão ‘tout autre est tout autre’: “Para além da aparente tautologia e de todos os possíveis trocadilhos e jogos de palavras (*puns, jeux de mots*), podemos reafirmar, com Derrida, a radical alteridade de cada outro como se tratasse de uma divindade, do Outro Absoluto, o *totaliter aliter* (o Todo-Outro, *das Ganz Andere, le Tout-Autre, the Wholly Other*) em cada um de nós, seres humanos, em cada etnia, grupo social e identidade cultural: o Outro é sagrado.” OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. ‘Tout autre est tout autre’: Direitos Humanos e Perspectivismo Semântico-transcendental. *VERITAS*, v. 51, n. 2, 2006, p. 107.

⁶²³ A expressão é de Jacques Derrida, em discussão que se assemelha à de Levinas, sinalando como possibilidade de transcender a “ordem da crueldade” que a psicanálise nos ensina existir a “ordem do impossível”, expressa nos seus trabalhos sobre o dom, perdão e hospitalidade. DERRIDA, Jacques. *Estados-da-alma da psicanálise - O impossível para além da soberana crueldade*. São Paulo: Escuta, 2001, *passim*.

ser consciente, es tener tiempo para evitar e prevenir el momento de la inhumanidad. Este aplazamiento perpetuo de la hora de la traición – ínfima diferencia entre el hombre y el no-hombre – supone el desinterés de la bondad, el deseo de lo absolutamente Otro o la nobleza, la dimensión de la metafísica⁶²⁴.

É nesse “intervalo” em que vivemos que podemos romper com a imanência e começar a aceitar a transcendência do Outro. Isso significa dar conta do problema infinito da justiça, que é uma exigência hiperbólica de consideração à alteridade, inexistente sem uma hospitalidade que não se restringe à tolerância. A idéia de “hospitalidade” não é casual, dado que os grandes problemas europeus da atualidade residem nas políticas de imigração, dada a relativa estabilidade social atingida após o Estado de bem-estar. No Brasil e na América Latina em geral, o “vagabundo” não é o estrangeiro “jurídico”, aquele que não se enquadra nos preceitos que conferem a nacionalidade de brasileiro, mas os estrangeiros à margem do próprio país: os excluídos, em geral⁶²⁵.

Dentro do contexto de incapacidade de abertura à transcendência por uma elite narcisista que não sai da própria “interioridade”, vivendo em bolhas ilusórias absolutamente indiferentes ao contexto exterior, é o grito⁶²⁶ por essa *hospitalidade* no seu próprio país que eclode. O Direito Penal do Inimigo é a antítese simétrica da política de hospitalidade, no qual o Outro, ao invés de ser recebido como Outro, é precisamente *excluído* por isso. É a proposta de institucionalização de um Estado não apenas com a pretensão – tão robustecida pelos discursos iluministas – da neutralidade ética (essa é uma ambivalência que o discurso de secularização carrega⁶²⁷), mas de um Estado antiético.

Eliminar a diferença – ainda que uma diferença *hostil* – sob pretexto de manutenção da funcionalidade do sistema é a síntese da pretensão de Totalidade que, como Levinas percebe, jamais se instaura. No momento em que está colocada a interioridade, está-se diante de um momento de *decisão* em que é possível romper a Totalidade, subvertendo a ordem para reconhecer e acolher a transcendência. Diante da uma diferença *hostil*, é antes imprescindível *aceitá-la* na sua diferença para, somente então, resolver o problema terrível da justiça.

⁶²⁴ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito*, p. 59.

⁶²⁵ DUSSEL, Enrique. *Filosofia da Libertação: crítica à ideologia de exclusão*. Trad. Georges Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995, p. 22.

⁶²⁶ DUSSEL, Enrique. *Filosofia da Libertação: crítica à ideologia de exclusão*, p. 19.

⁶²⁷ Sobre secularização: CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*, pp. 22-39; FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, pp. 175-180.

Pensar a hospitalidade como política no Brasil significa *ouvir* – e não somente *falar sobre* – a marginalidade que produz traumas intensos, irrupções insuportáveis e violentas de alteridade em mônadas que se recusam a abrir ao Outro. Irrupções proporcionais à indiferença absoluta com que são tratadas. A hospitalidade, enquanto metáfora para uma política de não-indiferença, significa reconhecer o *direito à visitaçāo*, ou seja, o direito a que aqueles que são atingidos pelo Poder Punitivo – muitas vezes com “personalidade contrafática” ou outras ficções que se invente para dar conta da sua inadequação – usufruam dos mesmos direitos e garantias daqueles que são os supostos “donos da casa”. Donos que, se entenderem as palavras de Levinas, irão perceber que toda casa é “terra de asilo”, todo hospedeiro é um estrangeiro na sua própria casa, todo senhorio é uma liberdade arbitrária.

CONCLUSÃO

“É também em um sentido restrito semelhante que o homem quer somente a verdade: deseja as conseqüências da verdade que são agradáveis e conservam a vida: diante do conhecimento puro sem conseqüências ele é indiferente, diante das verdades talvez perniciosas e destrutivas ele tem disposição até mesmo hostil”.
(Nietzsche)⁶²⁸.

O Direito Penal é o ramo do ordenamento jurídico que, diante da figura do criminoso, se depara com espécie de *estrangeiro* (o *outsider*, anormal, estranho, ambivalente, nômade, vagabundo, etc.). O estrangeiro é o limite da ordem jurídica – a ordem da “fraternidade”, da “amizade” – ordem da cidadania. Os conceitos desenvolvidos e desconstruídos – ordem, representação, persistência no ser – são constitutivos do ordenamento jurídico. O estrangeiro, com isso, é aquele que põe em constante questão o Direito.

De que forma o Direito Penal, por isso, não será *sempre* Direito Penal do Inimigo? Articulada uma espiral compreensiva, a pergunta que suscita Giorgio Agamben no início do trabalho, a partir do estado de exceção e do *homo sacer* é exatamente de que forma o Direito Penal formal não transborda, necessariamente, para um Direito Penal do Inimigo. No intervalo entre a lei instituída e a ~~lei~~ do caso concreto, aparece a figura do *homo sacer* – vida nua, exposta na integralidade do seu corpo à biopolítica estatal – e, com isso, estamos, na prática, diante da figura do Inimigo. Pode o Direito Penal, então, *não* ser do Inimigo?

Apenas se desvelada a ingenuidade jurídica – de acreditar, piamente, no positivismo kelseniano⁶²⁹ (mesmo que reformulado em discursos constitucionalistas) – e percebido o *intervalo* que separa lei e força de lei, é possível dar o passo inicial: combater o estado de exceção na excepcionalidade do concreto. É preciso descer dos mundos metafísicos do Direito, repletos de pressupostos “óbvios” que nada têm de neutros, e percorrer o itinerário da

⁶²⁸ NIETZSCHE, Friedrich. Sobre a verdade e mentira no sentido extra-moral. In: *Obras Incompletas*. Trad. Rubens Torres Filho. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 55.

⁶²⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4ª ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Machado, 1979, especialmente pp. 17-18. Basta que ver no importante livro de Gimbernat Ordeig sobre o conceito e método da ciência penal não consta uma única linha para tratar o problema da inter ou transdisciplinaridade. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Conceito e Método da Ciência Penal*. Trad. José Luiz Pagliuca. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, *passim*.

“verdade acre” de que nos fala Nietzsche: a verdade que não corresponde aos códigos jurídicos, mas ao estado de exceção que estamos inseridos. Borrando, a partir da desconstrução, o dentro e o fora do texto jurídico. É percorrendo essa direção que estaremos transformando o Direito Penal *do Inimigo* – que se vive no dia-a-dia – em um Direito Penal *da justiça*, que só se verifica diante da unicidade do Outro que está ali envolvido.

O giro transdisciplinar que se tentou imprimir no trabalho teve essa função de *contaminação* – contaminar o Direito Penal do Inimigo, a formulação asséptica, lógica e linear de Günther Jakobs – com a complexidade e a concretude que escapam de esquemas lógico-abstratos pretendentes a esgotar, mediante artifícios sistêmicos e conceituais, a vida pulsante que é irredutível à racionalidade. O paradoxal, segundo nos ensinam Emmanuel Levinas e Jacques Derrida, é que é também *racionalidade* – mas de outra ordem – aquela postura que *reconhece* esse vácuo entre conceito e realidade, admitindo a “infinitude” do Outro perante meus esquemas intelectuais.

Estamos inundados, no Direito, pelo positivismo que pretende resumir a totalidade dos fatos aos códigos jurídicos. Só pensamos com a razão técnica. Não existe uma racionalidade ética percorrendo o Direito, preconceito ressaltado na idéia de “mínimo ético” que nasce em Kant. A ética no seu sentido “fundante-existencial”, enquanto dimensão que garante a própria possibilidade de o falante emitir um discurso (técnico), enquanto pertencente a um mundo de cuidado, foi simplesmente ignorada por seres que vivem em um mundo à parte⁶³⁰:

Ora, uma mera observação histórica nos leva a perceber com muita facilidade que o primeiro modelo [de ética] – analítico-prescritivo – tem preponderado de forma muito acentuada em relação ao segundo modelo – fundante-existencial -, nas mais diversas áreas de pensamento. Tal preponderância não seria tão grave, não ocasionasse ela um desequilíbrio muito marcante dos termos da questão. E tal desequilíbrio é especialmente grave em locais, momentos e situações nos quais da presença da reflexão fundante-existencial é absolutamente necessária⁶³¹.

Derrida, em “Força de Lei”, nos coloca a justiça como o limite da desconstrução; e a desconstrução como *a própria* justiça. Isso significa que, ao tentarmos desconstruir conceitos como representação, ordem e persistência no ser, deseja-se a *direção* da justiça, buscando realizá-la no âmbito da extrema concretude, no limiar biopolítico onde atua o estado de

⁶³⁰ Não é por coincidência que um famoso autor criou a idéia – metafísica – de um “mundo jurídico”.

⁶³¹ SOUZA, Ricardo Timm de. Ética e Realidade. Sobre a ética de libertação e a libertação da ética: o repensar dos termos essenciais da dignidade humano-ecológica. In: *Ética: crise e perspectivas*. Org. Pervertino Pivatto. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 69.

exceção. Exibindo constantemente o “fora” que o Direito quer expulsar, mas permanece “dentro”, estamos diante de uma contaminação que não se dissipa, demonstrando aos juristas sua ilusão metafísica (consciente ou não), espelhada no sonho de pureza. Estamos, no espaço jurídico, diante de um *Glas* que contém o paradoxo de duas impossibilidades: de um lado, o universal falha por não poder abraçar o individual, que sempre foge; de outro, o singular é “impossível”, porque é somente em virtude de existir uma linguagem, uma rede de universais, que é possível alcançá-lo, proferir seu nome. Está-se, assim, diante de duas impossibilidades, duas colunas impossíveis de erigir, pertencendo ao mesmo (não) sistema⁶³². É a consciência disso que deve nos impulsionar. Como diz Caputo,

A *Glas* percorre o terreno entre o universal falhado e o singular inacessível, movimenta-se sobre o abismo que se abre entre o universal impossível e o singular que se esconde. Move-se no espaço de duas impossibilidades, sendo essa dupla impossibilidade que constitui a sua condição de possibilidade. O referido abismo é igualmente o intervalo entre lei e justiça. O discurso acerca da justiça é isomórfico (iso-amórfico) do discurso acerca da singularidade e do nome próprio. Negoceiam nas mesmas impossibilidades, na mesma amorfia; sonham os mesmos sonhos, estão despertos para as mesmas realidades, traficam com os mesmos mitos⁶³³.

A finalidade do trabalho não foi, por isso, apenas desconstruir o discurso de Günther Jakobs, como já sinalávamos no Capítulo I. Ao examinar o seu texto, estávamos a dissecar o *limite* do Direito Penal do Inimigo – enquanto *fenômeno* social *presente* da aplicação concreta da lei, da biopolítica do Inimigo – a partir da proposição do seu reconhecimento *jurídico*, que potencializa essa aplicação. Caso mereça algum reconhecimento a formulação de Jakobs, portanto, não é – e nisso discordamos de Zaffaroni⁶³⁴ – propor uma alternativa “estática” de redução do Poder Punitivo, mas sim de escavar e trazer à luz o *fundo* de todas as pressuposições que servem de suporte para o Direito Penal do Inimigo do dia-a-dia⁶³⁵.

É claro que o Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs é mais perigoso do que o Direito Penal do Inimigo do dia-a-dia, pois atua ostensivamente, pretendendo-se racional e instituindo uma cisão na cidadania. O último, ao contrário, atua de forma velada, sempre podendo ser desconstruído e denunciado, pois não tem pretensão de legitimidade. Atua *no*

⁶³² CAPUTO, John. *Desmitificando Heidegger*, pp. 283-284.

⁶³³ CAPUTO, John. *Desmitificando Heidegger*, pp. 284-285.

⁶³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo em Direito Penal*, pp. 155-167.

⁶³⁵ Aqui se trata, portanto, de abrir uma nova perspectiva de leitura da tese de Jakobs, não apenas focada na crítica do Direito Penal do Inimigo enquanto conjunto normativo, mas enquanto pressuposto de fundo que orienta a biopolítica do inimigo. Com isso, crê-se superar o fortíssimo argumento da “caixa de pandora”. Ver: ORCE, Guillermo. Derecho penal del enemigo. Influencia de una idea negativamente cargada em la solución de casos límite. In: *DPE*, v. 2, p. 416.

interior e contra o ordenamento jurídico, mas não encontra objeções à altura apenas com argumentos técnico-jurídicos, que não conseguem o “tocar”⁶³⁶. Necessita, para sua efetiva confrontação, de uma argumentação que desça até o mundo *real*, penetrando no concreto para, a partir disso, confrontá-lo com a Constituição e as exigências da justiça.

O equívoco dos juristas que pretendem dar suporte jurídico ao Direito Penal do Inimigo, sustentando que é melhor regulamentá-lo, é que ignoram, com base em falsa premissa, que *o Direito não controla o estado de exceção; ao contrário, é o estado de exceção que controla o Direito*. Transformar o Direito Penal do Inimigo em um fenômeno jurídico significa, em outros termos, abrir uma fresta no ordenamento jurídico que irá contaminar todo o resto, em sentido inverso à “purificação” que Jakobs propôs. Eles têm uma imagem equivocada do Direito Penal, que funciona como um dique que tenta conter o poderoso Estado de Polícia, sempre tendente a avançar e esmagar o Estado de Direito.

A formulação de Günther Jakobs é extraordinariamente perigosa na medida em que dá legitimação jurídica (quicá constitucional, na visão de Jakobs) a situações que denotam uma recaída ao totalitarismo, instituindo como fundamentos da sociedade (sua *configuração*, segundo Jakobs, mais uma vez) noções que significam a pretensão de estabelecer uma homogeneidade social incapaz de suportar a irrupção da alteridade, assumindo uma condição de *projeto* de engenharia social. Em síntese: é a construção de um Estado em que a ética morreu.

Contra isso, a hospitalidade parece ser o parâmetro – mais agudo que a tolerância – com o qual o estrangeiro é recebido *na sua alteridade*, excedendo permanentemente os limites da ordem jurídica e requerendo, a partir do seu Rosto/Olhar que interpela, a justiça. É esse parâmetro do impossível que delimita o possível, jogando o Direito Penal numa constante aporia em que suas bases são permanentemente exigentes de desconstrução e reconstrução, de circunavegação nos limites do concreto, da sua verdade acre e mal-cheirosa, para que possa

⁶³⁶ Essa é a razão, a nosso ver, do “fracasso” da penetração do discurso garantista, apesar da lógica, coerência e aparente irrefutabilidade, formulado em termos positivistas e não exigindo do jurista nada mais que a aplicação da lei (Constituição). No entanto, permanece sendo um discurso de “resistência” de uma minoria, e não doutrina acatada por grande parte dos operadores do Direito (BIZZOTO, Alexandre & RODRIGUES, Andreia de Britto. *Processo Penal Garantista: visão constitucional e novas tendências*. 2ª ed. Goiânia: AB, 2003, p. 6). É que esse discurso não toca o *fundo* do problema. Como diz Zaffaroni, “por mucho que se atavie como jurídica, la reacción inusitada es política, porque *la cuestión que plantea es – y siempre fue – de esa naturaleza*”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La legitimación del control penal de los “extraños”. In: *DPE*, v. 2, p. 1118. Diríamos apenas que, antes mesmo de ser política, a questão é ética.

ser cada vez mais *humano*, e com isso atender ao disposto no art. 1º, inciso III, da Constituição da República. Não, portanto, a partir de um mero joguete de palavras, em que a dignidade da pessoa humana se torna um atributo de determinadas *pessoas* humanas, mas no qual o termo “humana” soe como exigência primeira, que joga o Direito numa situação de permanente transbordamento de si mesmo em direção à justiça.

BIBLIOGRAFIA

Formatado: Espanhol
(Espanha-moderno)

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel Abanto. El llamado derecho penal del enemigo. Especial referencia ao derecho penal econômico. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 1. Org. Cancio Meliá e Gómes-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

ABOSO, Gustavo Eduardo. El llamado “Derecho Penal del Enemigo” y el ocaso de la política criminal racional: el caso argentino. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 1. Org. Cancio Meliá e Gómes-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

Formatado: Espanhol
(Espanha-moderno)

ADORNO, Sérgio. Discriminação Racial e Justiça Criminal em São Paulo. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 43, CEBRAP: São Paulo, 1995.

_____. Exclusão sócio-econômica e violência urbana. *Sociologias*, n. 8, Porto Alegre: jul/dez 2002. Disponível em <www.scielo.br>. Acesso em 19.07.2007.

_____. Racismo, Criminalidade Violenta e Justiça Penal: réus brancos e negros em perspectiva comparativa. *Estudos Históricas*, v. 18, Rio de Janeiro, 1996.

ADORNO, Theodor & HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento*. Trad. Guido Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

AGAMBEN, G. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

_____. *Bodies without words: against the biopolitical tattoo*. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/print.php?id=371>>. Acesso em 08.06.2007.

_____. *Estado de Exceção*. Trad. Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALLER, Germán. El Derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 1. Org. Cancio Meliá e Gómes-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

AMBOS, Kai. Derecho Penal del Enemigo. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 1. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica – do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
 ANSELL-PEARSON, Keith. *Nietzsche como Pensador Político*. Trad. Mauro Gama e Claudia Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

APONTE, Alejandro. Derecho Penal de enemigo vs. derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 51, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ASUA BATARRITA, Adela. El discurso del enemigo y su infiltración en el derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas” y conductas periféricas. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 1. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Criminalidade e Justiça Penal na América Latina. *Sociologias*. Porto Alegre, ano 7, n.º 3, jan/jun 2005.

_____. *Informalização da Justiça e Controle Social*. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

_____. Visões da Sociedade Punitiva: elementos para uma sociologia do controle penal. In: *Sistema Penal e Violência*. Org.: Ruth Gauer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARATA, Francesc. Los *mass media* y el pensamiento criminológico. In: *Sistema Penal y Problemas Sociales*. Org: Roberto Bergalli. Valencia: Tirant lo blanch, 2003.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BASTIDA FREIXEDO, Xacobe. Los bárbaros em el umbral. fundamentos filosóficos del derecho penal del inimigo. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 1. Org. Cancio Meliá e Gómes-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. *Em Busca da Política*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

_____. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. *Modernidade e Ambivalência*. Tradução Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Tradução Mauro Gama *et alii*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BELLO RENGIFO, Carlos Simón. La razones del Derecho penal. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 1. Org. Cancio Meliá e Gómes-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

BENNINGTON, Geoffrey. *Jacques Derrida por Geoffrey Bennington e Jacques Derrida*. Trad. Anamaria Skinner. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

BHABHA, Homi K. *O Local da Cultura*. Trad. Myriam Ávila et al. Belo Horizonte, UFMG, 1998.

BIRMAN, Joel. *Mal-Estar na Atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Síntese das principais fases da evolução epistemológica do Direito Penal. In: *Sistema Penal e Violência*. Org.: Ruth Gauer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BIZZOTO, Alexandre & RODRIGUES, Andreia de Britto. *Processo Penal Garantista: visão constitucional e novas tendências*. 2ª ed. Goiânia: AB, 2003.

BODELÓN GONZÁLES, Encarna. Género y Sistema Penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal. In: *Sistema Penal y Problemas Sociales*. Org: BERGALLI, Roberto. Valencia: Tirant lo blanch, 2003.

BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 62, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BUSATTO, Paulo César. Quem é o inimigo, quem é você? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 66, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAAR, E.H. *Que é história?* 6ª ed. Trad. Lúcia Alverga. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

CALLEGARI, André Luiz & DUTRA, Fernanda Arruda. Derecho penal del enemigo y Derechos fundamentales. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 1. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

CANCIO MELIÁ, Manoel. “Direito Penal” do Inimigo? In: *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. JAKOBS, Günther & MELIÁ, Manuel Cancio. Tradução: André Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. De nuevo: ¿”Derecho Penal” del enemigo? In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 1. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

_____. O estado atual da política criminal e a ciência do Direito penal. In: *Direito Penal e Funcionalismo*. Org.: André Luis Callegari e Nereu Giacomolli. Trad. André Callegari et alii. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. & GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Presentación. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 1. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Justiça Constitucional e Justiça Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 55, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAPUTO, John. *Desmitificando Heidegger*. Tradução Leonor Aguiar. Lisboa: Piaget, 1993.

CARVALHO, Salo de. A Ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). In: *A Qualidade do Tempo*. Org: Ruth M. C. Gauer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. A Política de Guerra às Drogas na América Latina entre o Direito Penal do Inimigo e o Estado de Exceção Permanente. In: *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. Org: SCHMIDT, Andrei Zenkner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Memória e Esquecimento nas Práticas Punitivas*. Revista de Estudos Ibero-Americanos, Edição Especial, n. 2, 2006.

_____. *Pena e Garantias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____ & WUNDERLICH, Alexandre Lima. O Suplício de Tântalo: a Lei 10.792/03 e a consolidação da política criminal do terror. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, v. 12, n. 134, São Paulo, 2004, p. 06.

CATHUS, Olivier. O preconceito forte como um leão: representações do negro e da violência na mídia. *Revista FAMECOS*, n. 29, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

CLEINMAN, Betch. Mídia, Crime e Responsabilidade. *Revista de Estudos Criminais*, n. 01, Porto Alegre: Notadez, 2001.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Sistema de penas y líneas políticocriminales de las últimas reformas del código penal. ¿Tiende el derecho penal hacia un “derecho penal de dos velocidades”? In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 1. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

CORNACCHIA, Luigi. La Moderna Hostis Iudicatio – entre norma y estado de excepción. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. v. 1. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

CORRÊA, Diego Ayres. Os meios de comunicação de massa e sua influência no desenvolvimento da histeria punitiva e na ampliação da repressão penal. *Revista de Estudos Criminais*, n. 03,. Porto Alegre: Notadez, 2001.

COSTA, Alexandre Araújo. *Direito, Desconstrução e Justiça: notas sobre o texto Força de Lei, de Jacques Derrida*. VIRTU (01). Salvador: 2007, p. 06. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf/rv01_alexandrecoستا.pdf>. Acesso em 13.07.2007.

COSTA, Jurandir Freire. A inocente face do terror. In: *Razões Públicas, Emoções Privadas*. Rio de Janeiro: Rocco, 1999.

CRESPO, Eduardo Demetrio. El Derecho penal del enemigo *darf nicht sein!* In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 1. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

CRITCHLEY, Simon. ¿Ironista privado o liberal público? In: *Desconstrucción y Pragmatismo*. Org. Chantal Mouffe. Buenos Aires: Paidós, 1998.

_____. *The Ethics of Deconstruction: Derrida and Levinas*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1999.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. O Inimigo no Direito Penal Contemporâneo. Algumas reflexões sobre o contributo crítico de um Direito Penal de base onto-antropológica. In: *Sistema Penal e Violência*. Org. Ruth Gauer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

DAMATTA, Roberto. *O que faz o brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1984.

_____. O Ritual de Posse. In: *Explorações: ensaios de sociologia interpretativa*. Rio de Janeiro: Rocco, 1996.

DELEUZE, Gilles. Post-Scriptum sobre as Sociedades de Controle. In: *Conversações*. RJ: Editora 34, 1992.

_____ & GUATTARI, Félix. *O que é filosofia?* Trad. Bento Prado Jr. e Alberto Muñoz. Rio de Janeiro: Editora 34, 1992.

DENKOWSKI, Charles. La protección estatal en los conflictos asimétricos: ¿Continúa el derecho policial de los *länder* alemanes, tras el 11 de septiembre, con el derecho penal político antiliberal? In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 1. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

DERRIDA, Jacques. *A Escritura e a Diferença*. Trad. Maria Beatriz da Silva. São Paulo: Perspectiva, 1995.

_____. *Gramatologia*. Trad. Miriam Chnaiderman e Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2004.

_____. *A Farmácia de Platão*. 3ª ed. Trad. Rogério Costa. São Paulo: Iluminuras, 2005.

_____. *Adeus a Emmanuel Levinas*. Trad. Fábio Landa. São Paulo: Perspectiva, 2004.

_____. *Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar Da Hospitalidade*. São Paulo: Escuta, 2003.

_____. *Auto-imunidade: suicídios reais e simbólicos: um diálogo com Jacques Derrida*. In: *Filosofia em Tempos de Terror*. BORRADORI, Giovanna. RJ: Jorge Zahar, 2004.

_____. Da Violência e da Beleza – Diálogo entre Jacques Derrida e Gianni Vattimo. *Alceu: Revista de Comunicação, Cultura e Política*, v. 7, n. 13, jul./dez. 2006.

_____. *Força de Lei*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *La Diferencia / [Différance]*. Disponível em: <<http://www.philosophia.cl>>. Acesso em: 15.06.2006.

_____. *The Politics of friendship*. Trad. George Collins. London: Verso, 2005.

_____. *Estados-da-alma da psicanálise: o impossível para além da soberana crueldade*. São Paulo: Escuta, 2001

_____ & ROUDINESCO, Elisabeth. *De que amanhã... Diálogo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: el debate desenfocado. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 1. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. Discurso Evolucionista nas Origens da Criminologia Latino-Americana: Racismo e Hierarquia Social em José Ingenieros e Nina Rodrigues. *Revista de Estudos Criminais*, v. 22, Porto Alegre: Notadez, abril/junho 2006.

DONINI, Massimo. El Derecho penal frente al “enemigo”. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 1. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

DOUGLAS, Mary. *Pureza e Perigo*. Tradução Sônia Silva. Lisboa: Edições 70, 1991.

DUARTE, André. Heidegger, a essência da técnica e as fábricas da morte: notas sobre uma questão controversa. In: *Fenomenologia Hoje*. Org: Ricardo Timm de Souza e Nythamar Oliveira. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da sociedade moderna*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

DUSSEL, Enrique. *Filosofia da Libertação: crítica à ideologia de exclusão*. Trad. Georges Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995.

ELIAS, Norbert. *A Sociedade dos Indivíduos*. Trad. Vera Ribeiro. RJ: Jorge Zahar, 1994.

_____. *Os Estabelecidos e os Outsiders*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

FABRI, Marcelo. Levinas e a busca do autêntico. In: *Fenomenologia Hoje*. Org.: Ricardo Timm de Souza e Nythamar Fernandes de Oliveira. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

FARIA COSTA, José Francisco de. *O Perigo em Direito Penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

FAYET JR., Ney. Considerações sobre a Criminologia Crítica. In: *A Sociedade, a Violência e o Direito Penal*. Org. Ney Fayet Jr. e Simone Corrêa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 1. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de & COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra editora, 1992.

_____. *Direito Penal Português*. Volume II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 20ª ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1999.

_____. *Microfísica do Poder*. 22ª ed. Org. e trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

_____. *Nietzsche, Marx & Freud: Theatrum Philosophicum*. São Paulo: Princípio, 1997

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. 3ª ed. Trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARCÍA PAZ, Isabel Sanchez. Alternativas al Derecho penal del enemigo desde el Derecho penal del ciudadano. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Vol. 2. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

GARLAND, David. *La Cultura del Control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.

_____. The Development of British Criminology. In: *The Oxford Handbook of Criminology*. 2ª ed. Edited by Mike Maguire *et al.* Oxford: Oxford University Press, 1997.

GAUER, Ruth Maria Chittó. *A Modernidade Portuguesa e a Reforma Pombalina de 1772*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

_____. A Etnopsiquiatria na visão dos intelectuais brasileiros. *Revista de Estudos Criminais*, v. 06, Porto Alegre: Notadez, 2002.

_____. Interrogando o limite entre historicidade e identidade. In: *A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas*. Org. Ruth Gauer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Conhecimento e Aceleração (Mito, verdade e tempo). In: *A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas*. Org. Ruth Gauer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Da Diferença Perigosa ao Perigo da Igualdade: reflexões em torno do paradoxo moderno. *CIVITAS*. Porto Alegre, v. 05, n.º 02, jul-dez.2005.

GELSTHORPE, Loraine. Feminism and Criminology. In: *The Oxford Handbook of Criminology*. 2ª ed. Edited by Mike Maguire *et al.* Oxford: Oxford University Press, 1997.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Conceito e Método da Ciência Penal*. Trad. José Luiz Pagliuca. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOFFMAN, Erwin. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Tradução Márcia Nunes. 4ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

GOLDENBERG, Mirian. *De perto ninguém é normal: estudos sobre corpo, sexualidade, gênero e desvio na cultura brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

GRACIA MARTÍN, Luis. Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “derecho penal del enemigo”. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 1. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 56, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. ¿Qué es y que puede ser el “Derecho penal del enemigo”. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Racismo e Anti-racismo no Brasil. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 43, CEBRAP: São Paulo, 1995.

HABERMAS, Jürgen. Inserção – inclusão ou confinamento? In: *A Inclusão do Outro*. Trad. George Sperber *et al.* São Paulo: Loyola, 2004.

HALL, Stuart. *A Identidade Cultural na Pós-Modernidade*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Louro. 10ª ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. Maria Schuback, Petrópolis: Vozes, 2006.

_____. *Conferências e Escritos Filosóficos*. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

_____. *Serenidad*. Disponível em <www.heideggeriana.com.ar>. Acesso em 17.07.2007.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad.: João Paulo Monteiro e Maria Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HUDSON, Barbara A. Social Control. In: *The Oxford Handbook of Criminology*. 2ª ed. Edited by Mike Maguire *et al.* Oxford: Oxford University Press, 1997.

JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. JAKOBS, Günther & MELIÁ, Manuel Cancio. Tradução: André Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. O que protege o Direito Penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: *Direito Penal e Funcionalismo*. Org.: André Luis Callegari e Nereu Giacomolli. Trad. André Callegari *et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Sociedade, Norma e Pessoa*. trad. Marco Antônio R. Lopes. Barueri: Manole, 2003.

_____. ¿Terroristas como personas en Derecho? In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

_____. ¿Derecho penal del enemigo? Um estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Normatividad del ciudadano versus facticidade del enemigo. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

KALECK, Wolfgang. Sin llegar al fondo: la discusión sobre el derecho penal del enemigo. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v.1. Org. Cancio Meliá e Gómes-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

KANT, Immanuel. *La Paz Perpetua*. Buenos Aires: Editorial TOR, s/d.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4ª ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Machado, 1979.

KORELC, Martina. *O Problema do Ser na obra de Emmanuel Levinas*. 371f. Tese (Doutorado em Filosofia)- Faculdade de Filosofia. Pontifícia Universidade Católica do RS. Porto Alegre, 2006.

LARRAURI, Elena. *La Herencia de la Criminología Crítica*. Madrid: Siglo Vienteuno, 2000.

LASCANO, Carlos Julio. La “demonización” del enemigo y la crítica al Derecho penal del enemigo basada en su caracterización como Derecho penal del autor. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. Org. Cancio Meliá e Gómes-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

LEACH, Edmund. *As Idéias de Lévi-Strauss*. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1970.

LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor: Ensaio sobre a Ordem Dogmática*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983.

LEVINAS, Emmanuel. *Entre Nós: ensaios sobre a alteridade*. Trad. Perventino Pivatto et al. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. *De Deus que vem à idéia*. Trad. Marcelo Fabri et al. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. *Descobrimo a Existência com Husserl e Heidegger*. Trad. Fernanda Oliveira. Lisboa: Piaget, 1997.

_____. *El Tiempo e el Otro*. Trad. Félix Duque. Barcelona: Paidós, 1993.

_____. *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*. Salamanca: Sígueme, 1977.

LÉVI-STRAUSS, Claude. Introdução à Obra de Marcel Mauss. In: MAUSS, Marcel. *Ensaio sobre a Dádiva*. Trad. António Marques. Lisboa: Edições 70, 2001.

_____. *O Pensamento Selvagem*. 5ª ed. Trad. Tânia Pellegrini. Campinas: Papyrus, 1989.

LOMBROSO, César. *O Homem Delinqüente*. Trad. Maristela Tomasini e Oscar Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

LOPES Jr., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (fundamentos de instrumentalidade garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LUHMANN, Niklas. O Conceito de Sociedade. In: *Niklas Luhmann. A Nova Teoria dos Sistemas*. Org. Clarissa Neves e Eva Samios. Trad.: Eva Samios. Porto Alegre: Editora da Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à Obra de Günther Jakobs. In: *Direito Penal e Funcionalismo*. Org.: André Luis Callegari e Nereu Giacomolli. Trad. André Callegari *et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LYOTARD, Jean-François. Se pudermos pensar em corpo. In: *O Inumano: Considerações sobre o Tempo*. Lisboa: Estampa, 1989.

_____. *La condicion postmoderna*. Trad. Mariano Rato. Buenos Aires: REI, 1995.

MAFFESOLI, Michel. *A Contemplação do Mundo*. Tradução Francisco Settineri. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 1995.

_____. *A Violência Totalitária*. Trad. Nathanael Caixeiro. Porto Alegre: Sulina, 2001.

_____. *O Tempo das Tribos: O Declínio do Individualismo nas Sociedades de Massa*. Trad.: Maria de Lourdes Menezes. RJ: Forense Universitária, 2000.

MANNHEIM, Hermann. *Criminologia Comparada*. II Volume. Trad. Faria Costa e Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d.

MARQUES, Braulio. A Mídia como Filtro Social. In: *Ensaio Penais em Homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Org.: Ney Fayet Jr. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

MILOVIC, Miroslav. Utopia da Diferença. *Alceu: Revista de Comunicação, Cultura e Política*, v. 7, n. 13, jul./dez. 2006.

MOCCIA, Sergio. Seguridad y Sistema Penal. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

MORIN, Edgar. *A Cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. 3ª ed. Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

_____. *Os sete saberes necessários a uma educação do futuro*. São Paulo: Cortez/Brasília: UNESCO, 2001.

MÜSSIG, Bernd. Derecho penal del enemigo: concepto y fatídico presagio. Algunas tesis. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

NEDER, Gisele & CERQUEIRA FILHO, Gisálio. Da “ordem pública” à “segurança pública”: aspectos ideológicos das estratégias de controle social no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, v. 20, Porto Alegre: Notadez, 2005.

NETO, Moisés & BINATO JR, Otávio. Revisitando o conceito de sociedade e a hermenêutica da violência a partir dos ataques do Primeiro Comando da Capital em São Paulo. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias* (05). Pelotas: Editora da UCPEL, 2006.

NEUMANN, Ulfried. Derecho penal del enemigo. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

NIETZSCHE, Friedrich. Sobre a verdade e mentira no sentido extra-moral. In: *Obras Incompletas*. Trad. Rubens Torres Filho. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

_____. *Humano, Demasiado Humano*. São Paulo: Rideel, 2005.

OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. ‘Tout autre est aout autre’: Direitos Humanos e Perspectivismo Semântico-transcendental. *VERITAS*, v. 51, n. 2, 2006.

_____. *Desconstruindo a Libertação*. Disponível em: <http://www.geocities.com/nythamar/PM1.html>. Acesso em: 28.06.07.

_____. Hegel, Heidegger, Derrida – Desconstruindo a Mitologia Branca. In: *Fenomenologia Hoje II*. Org. Ricardo Timm de Souza e Nythamar Fernandes de Oliveira. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

_____. *Tractatus ethico-politicus: genealogia do ethos moderno*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

ORCE, Guillermo. Derecho penal del enemigo. Influencia de una idea negativamente cargada em la solución de casos límite. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

PASCAL, Blaise. Pensées. In: *Ouvres Completes*. Paris: Gallimard, 1954.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. El hecho: ocasión o fundamento de la intervención penal? Reflexiones sobre el fenómeno de la criminalización del “peligro de peligro”. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

PASTOR, Daniel R. El Derecho penal del enemigo em el espejo del poder punitivo internacional. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Vol. 2. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

PAVARINI, Massimo. Processos de Recarcerização e “Novas” Teorias Justificativas da Pena. In: *Ensaio Criminológicos*. Org. Ana Paula Zomer. Trad. Lauren Stefanini. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PAZ, Octávio. *Claude Lévi-Strauss e o Novo Festim de Esopo*. São Paulo: Perspectiva, 1977.

PELIZZOLI, Marcelo Luiz. Da fenomenologia à “metafenomenologia” e “meta-ontologia” – aportes para uma crítica a Husserl e Heidegger desde Levinas. In: *Fenomenologia Hoje*. Org.: Ricardo Timm de Souza e Nythamar Fernandes de Oliveira. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

_____. *Levinas: a reconstrução da subjetividade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, GONZÁLES, Carlos Suárez & MELIÁ, Manoel Cancio. *Um Novo Sistema do Direito Penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. Org. e Trad. André Callegari e Nereu Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Derecho penal del enemigo. ¿Escarnio o prevención de peligros? In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. Org. Cancio Meliá e Gómes-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La contrucción del “enemigo” yu la reconfiguración de la “persona”. Aspectos del proceso de formación de una estructura social. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. Org. Cancio Meliá e Gómes-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

PIVATTO, Pergentino. Responsabilidade e Culpa em Emmanuel Levinas. In: *Fenomenologia Hoje*. Org.: Ricardo Timm de Souza e Nythamar Fernandes de Oliveira. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

POLAINA NAVARRETE, Miguel & POLAINO-ORTIS, Miguel. Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. Org. Cancio Meliá e Gómes-Jara Díez.. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

PONTIN, Fabrício. *Biopolítica, Eugenia e Ética: uma análise dos limites da intervenção genética em Jonas, Habermas, Foucault e Agamben*. 2006. 111f. Dissertação (Mestrado de Mestrado)- Faculdade de Filosofia. Pontifícia Universidade Católica do RS. Porto Alegre, 2007.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana em el Derecho penal del enemigo. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. Org. Cancio Meliá e Gómes-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

REGHELIN, Elisangela Melo. Entre terroristas e inimigos... *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 66, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RENAUT, Alain. *A Era do Indivíduo: contributo para uma história da subjetividade*. Tradução Maria João Reis. Lisboa: Piaget, 1989.

_____. *O Indivíduo: reflexão acerca da filosofia do sujeito*. 2ª ed. Tradução Elena Gaidano. Rio de Janeiro: DIFEL, 2004.

RESTA, Federica. Enemigos y criminales. Las lógicas del control. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. Org. Cancio Meliá e Gómes-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

RIOS, André Rangel. Diferença. In: *Em torno de Jacques Derrida*. Org.: Evando Nascimento e Paula Glenadel. Rio de Janeiro: 7letras, 2000.

RIVERA-BERAS, Iñaki. Historia y Legitimación del Castigo ¿Hacia dónde vamos? In: *Sistema Penal y Problemas Sociales*. Org: Roberto Bergalli. Tirant lo blanch: Valencia, 2003.

ROCK, Paul. Sociological Theories of Crime. In: *The Oxford Handbook of Criminology*. 2ª ed. Edited by Mike Maguire *et al.* Oxford: Oxford University Press, 1997.

RORTY, Richard. *A Filosofia e o Espelho da Natureza*. Trad. Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

_____. *Objetivismo, Relativismo e Verdade*. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2001.

_____. *Ensaio sobre Heidegger e Outros*. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1999.

_____. *Pragmatismo e Política*. Trad. Paulo Ghiraldelli Jr. São Paulo: Martins, 2005.

_____. Respuesta a Simon Critchley. In: *Desconstrucción y Pragmatismo*. Org. Chantal Mouffe. Buenos Aires: Paidós, 1998.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Direito Infracional: Garantismo, Psicanálise e Movimento Anti-terror*. Florianópolis: Habitus, 2005.

SARTRE, Jean-Paul. *A Náusea*. Trad. Rita Braga. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, s/d.

SCHEERER, Sebastian; BÖHM, Maria Laura & VÍQUEZ, Karolina. Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho penal del enemigo. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Revisão Crítica das concepções funcionalistas: em busca de um sistema penal teleológico-garantista. In: *Ensaio Penais em Homenagem ao Professor Alberto Rufino de Souza*. Org.: Ney Fayet Jr. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insoportables tendencias erosivas e la realidad de la administración de justicia penal y de su isoportable desatención teórica. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

SELIGMANN-SILVA, Márcio. A História como Trauma. In: *Catástrofe e Representação*. Org. Arthur Nestrovski e Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Escuta, 2000.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira. Da ‘invasão’ da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da ‘inferioridade’ latino-americana. *Revista de Estudos Criminais*, v. 07, Porto Alegre: Notadez, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SINGER, Helena. Direitos Humanos e Volúpia Punitiva. *Revista da USP*, vol. 37, 1998.

SOARES, Luiz Eduardo, MV BILL & ATHAYDE, Celso. *Cabeça de Porco*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

SOUZA, Ricardo Timm de. A Dignidade Humana da Pessoa Humana: uma visão contemporânea. *Filosofazer*. Passo Fundo. Ano XIV, n. 27, 2005-II.

_____. Três teses sobre a violência. *CIVITAS*. Porto Alegre. Ano I, v. 02, dez-2001.

_____. A Racionalidade Ética como Fundamento de uma Sociedade Variável: reflexos sobre suas condições de possibilidade desde a crítica filosófica do fenômeno da ‘corrupção’. In: *A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas*. Org. Ruth Gauer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Ainda além do medo: filosofia e antropologia do preconceito*. Porto Alegre: Dacasa, 2002.

_____. Ética e Realidade. Sobre a ética de libertação e a libertação da ética: o repensar dos termos essenciais da dignidade humano-ecológica. In: *Ética: crise e perspectivas*. Org. Perventino Pivatto. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

_____. *Existência em Decisão: uma introdução ao pensamento de Franz Rosenzweig*. São Paulo: Perspectiva, 1999.

_____. Fenomenologia e Metafenomenologia: substituição e sentido – sobre o tema da “substituição” no pensamento ético de Levinas. In: *Fenomenologia Hoje*. Org.: Ricardo Timm de Souza e Nythamar Fernandes de Oliveira. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

_____. Husserl e Heidegger: Motivações e Arqueologias. In: *O Tempo e a Máquina do Tempo: estudos sobre filosofia e pós-modernidade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.

_____. Hegel e o Infinito – alguns aspectos da questão. *Veritas*, v. 50, n. 2, julho/2005.

_____. Por uma Estética Antropológica desde a Ética da Alteridade: do ‘estado de exceção’ da violência sem memória ao ‘estado de exceção’ da excepcionalidade do concreto. *Veritas*, vol. 51, n.º 2, junho/2006.

_____. *Razões Plurais: itinerários da racionalidade ética no século XX*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

_____. *Sentido e Alteridade: dez ensaios sobre o pensamento de Emmanuel Levinas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

_____. *Sujeito, Ética e História: Levinas, o traumatismo infinito e a crítica da filosofia ocidental*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

_____. *Totalidade e Desagregação: sobre as fronteiras do pensamento e suas alternativas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

_____. *Sobre a Construção do Sentido: o pensar e o agir entre a vida e a filosofia*. São Paulo: Perspectiva, 2004.

_____. *The Thinking of Levinas and the Political Philosophy: Global state of exception and ethical challenges*. Trad. Fabrício Pontin. Inédito.

STEIN, Ernildo. *Exercícios de Fenomenologia: limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004.

_____. *Introdução ao Pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

SUSIN, Luis Carlos. *O Homem Messiânico: uma introdução ao pensamento de Emmanuel Levinas*. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, 1984.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul & YOUNG, Jock. *La Nueva Criminologia*. Buenos Aires: Amorrortu editores.

TERRADILLOS BASOCO, J. M^a. . Una convivencia cómplice. En torno de la construcción teórica del denominado “Derecho penal del enemigo”. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. Org. Cancio Meliá e Gómes-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

VASCONCELOS, José Antonio. O que é desconstrução? *Revista de Filosofia*, Curitiba, v. 15, n. 17, p. 76, julho/dezembro 2003.

VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. Trad. João Gama. Lisboa: Piaget, 1996.

VELHO, Gilberto. Felicidade à brasileira. In: *Mudança, Crise e Violência: política e cultura no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. *Que é Gueto – construindo um conceito sociológico*. *Revista de Sociologia e Política*, n. 23, Curitiba, 2004. Disponível em: <www.scielo.br>. Acesso em 13.08.2007.

YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas*. Tradução Vânia Pedrosa e Amir Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. La legitimación del control penal de los “extraños”. In: *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 1. Org. Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

_____. *O Inimigo em Direito Penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZANATTA, Aírton. Teoria do Funcionalismo Penal: uma breve aproximação por este ‘outro lado’ do Atlântico. In: *Ensaio Penais em Homenagem ao Professor Alberto Rufino de Souza*. Org.: Ney Fayet Jr. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.