

DIREITO, CONTRATO E “JUSTIÇA” – UMA TRÍADE QUE SE PERPETUA

LAW, CONTRACT AND "JUSTICE" - A TRIAD THAT PERPETUATES

Vinicius Mendez Kersten¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Justiça – delineamentos acerca da sua (im)possibilidade consoante Jacques Derrida em “Força de Lei”; 2.1 Desconstrução e limite; 3. Contrato social; 3.1 Insuficiências do contrato social; 4. Vigilância – do panóptico de Bentham ao atual; 5. Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

Resumo: O trabalho constrói uma análise acerca de temas como: possibilidade de justiça, contrato social e força. Assim, mostra-se o contrato social sob o prisma de Locke, Rousseau e Hobbes, principalmente no que se refere as semelhanças acerca de sua instituição. Frente aos traços comuns, mostra-se algumas insuficiências, como a origem e legitimação. Compreende-se a violação perpetrada pela instituições, as estruturas que tentam legitimar o Estado e suas possíveis falhas. O poder com sua característica de força e a força dentro desse espectro de conhecimento e verdade são analisados. Essas questões intrínsecas ao direito, os espaços de visibilidade e vigilância são o alvo, visto que o cidadão está inserido nesse contexto e sofre as consequências de estar dentro de uma sociedade civil, socialmente organizada e instituída hipoteticamente pelo contrato social.

Palavras-chave: poder, violação, contrato social, possibilidade de justiça.

Abstract: This paper builds an analysis of issues such as: possibility of justice, the social contract, the strength. Thus, it is shown the social contract through the view of Locke, Rousseau and Hobbes, especially as regards the similarities about its institution. Face of common aspects, shows some weaknesses, such as the origin and legitimacy. It tries to understand the violation perpetrated by the institutions, structures that attempt to legitimize the state and its possible flaws. The power with its characteristic of power and strength within this spectrum of knowledge and truth are analyzed. These issues are intrinsic to the law, the locals of visibility and vigilance are the target, because the citizen is inserted in this context and suffers the consequences of being in a civil society, socially organized and instituted by an hypothetical social contract.

Keywords: power, violation, social contract, possibility of justice.

¹ Acadêmico do curso de Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Matrícula número: 1273257. E-mail para contato: vmkersten@gmail.com.

1. Introdução

O presente trabalho tem como objetivo analisar alguns aspectos que envolve a questão da possibilidade de justiça inserida no modelo presente de contrato social. Para tanto teve-se como método a revisão bibliográfica em que se teve como base teórica, principalmente, “Força de Lei” de Derrida; a obra de Foucault, mais precisamente em “Vigiar e Punir”, “Microfísica do Poder” e “A verdade e as formas jurídicas”; “Genealogia da moral” de Nietzsche, entre outros autores que serviram como substrato para a presente pesquisa.

Buscou-se, assim, uma análise sobre como está institucionalizado o poder, a compreensão do seu funcionamento, suas supostas origens. Essa empreitada vai no sentido de entender como se processa a violação perpetrada, quais os mecanismos de justificação e sustentação das suas práticas, a possível congruência ou não entre a origem, o discurso e a prática.

Posteriormente passa-se a uma demonstração de como as estruturas de poder seguem presente e de que forma. A tentativa de compreensão das estruturas de poder serve para tentar demonstrar o cerne da problemática sobre a manifestação da força e da violação, que são inerentes ao poder. Não se propõe uma solução, mas sim a compreensão das possíveis falhas que existam, pois é a partir do desvelamento de erros teóricos conceituais que se consegue contribuir para minimizar os erros.

2. Justiça – delineamentos acerca da sua (im)possibilidade consoante Jacques Derrida em “Força de Lei”

O pensamento de Derrida dentro de sua complexidade e na esteira do desconstrucionismo busca realizar uma análise sobre o direito, justiça e a partir de então compreender se o direito promove a justiça ou se a justiça é consequência do direito (de uma forma simples, mas sem ser simplista). Derrida desmascara a pretensão do direito em regular e solucionar tudo. Isso fica evidente ante a constante e contínua inflação legislativa. Legislação em um sentido lato, já que são englobados: leis, regulamentos, portarias. Enfim, todos os instrumentos legais possíveis para normatizar em algum sentido as relações sociais. Com isso, fica clara a ambição do direito, qual seja: ter uma resposta a dar quando provocado. Dessa forma o é, pois o compromisso com a justiça é algo mais nobre do que a mera aplicação de uma lei ao caso que parece a ela ser afeto.

Cada caso é uma situação e devido ao princípio da isonomia as normas devem ser abstratas e gerais, conseqüentemente não regulam casos concretos, mas sim a hipótese de um caso imaginário que pode vir a ocorrer. Além desse ponto, há que se considerar que os enunciados jurídicos trazem uma ambição de verdade, pois de uma forma kelseniana tem-se o clássico enunciado: A deve ser B, caso não seja, deve-se aplicar uma sanção. O *correto, bom, justo* é dito pelo direito. As condutas *elogiosas*, em geral, não são sancionadas, salvo algumas exceções, como as sanções premiais, as quais visam incentivar determinados comportamentos, ao passo que as infrações legais devem ser rigorosamente punidas.

Esse pensamento é muito importante, pois o positivismo segue presente (como regra absoluta) no discurso e práticas jurídicas. Tanto é assim que Norberto Bobbio², um dos grandes cientistas políticos do século XX pregava a completude do ordenamento jurídico, ou seja, a sua perfeição (inexistência de lacunas e vazios normativos). A perfeição de fato não existe, porém com os instrumentos jurídicos existentes pode-se completar o ordenamento. Contudo, essa completude interna sempre será falha e capenga, pois o referencial é o mesmo direito e não ciências auxiliares que muitas vezes melhor entendimento teriam sobre determinado assunto.

Assim, dentro de uma visão do direito como algo construído (positivado) e, portanto, uma violência fundadora, o mesmo é fruto do meio que o instituiu. Dessa forma não está apto a dar respostas efetivas para as mazelas sociais, já que os problemas devem ser enfrentados buscando uma solução concreta e justa e não a perpetuação do problema.

A criminalidade como um dos pontos mais salientes desses problemas também necessita de uma resposta por parte do Estado; resposta essa que o mesmo dá por meio do direito com o nome de justiça, mas não é efetivamente isso que ocorre. A resposta possível do poder estatal consiste em perpetrar a violência, organizá-la, manter um Estado vigilante (panóptico) e repressor como um pseudo-legitimado a impor violência com o fito de evitá-la. Foucault escreve (2010, p. 56): “[...] O direito é, portanto, a forma ritual da guerra.” Talvez o conceito possa parecer um pouco radical, mas na realidade, pelo menos sob a ótica do crime, a afirmação serve. Em outro ponto quando menciona sobre a infração, ou seja, o ato antijurídico, esclarece (2005, p. 66):

[...] A infração não é um dano cometido por um indivíduo contra outro; é uma ofensa ou lesão de um indivíduo à ordem, ao Estado, à lei, à sociedade, à soberania, ao soberano. A infração é uma das grandes invenções do pensamento medieval. Vemos, assim, como o poder estatal vai confiscando

² BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*.

todo o procedimento judiciário, todo o mecanismo de liquidação inter-individual dos litígios da Alta Idade Média

Embora possa ser considerado como uma atitude benéfica e com o intuito de evitar conflitos, não há como vislumbrar essa atitude violadora com outro termo que não violência, seja a punição ou a invenção desta. Preleciona Derrida (2007, p. 73):

Há, primeiramente, a distinção entre duas violências do direito, duas violências relativas ao direito: a violência fundadora, aquela que institui e instaura o direito (*die rechtsetzende Gewalt*) e a violência conservadora, aquela que mantém, confirma, assegura a permanência e a aplicabilidade do direito (*die rechtserhaltende Gewalt*)

Na segunda parte do “Força de lei” emerge o conceito de desconstrucionismo com maior clareza, que seria a “invenção do impossível como a única invenção possível”. Todavia em uma análise conjunta e buscando a aplicação desses conceitos em um ordenamento jurídico chega-se a uma possibilidade que consiste em “tentar” entender o sistema com a realidade inerente ao mesmo, uma vez que o direito como algo construído e positivado pode ser desconstruído e compreendido. Dessa forma, a justiça seria essa desconstrução, pois uma vez em que se destrói o organismo causador do problema original está combatendo-se o cerne da questão, tornando possível a existência de justiça ao realizar-se a desconstrução. Em razão desse pensamento em que a justiça está na desconstrução, à mesma pode ser entendida como algo imaginado, mas não viável, em razão do sistema de contrato social (constituição), que subjaz todo o sistema.

Talvez a forma de existência da justiça na desconstrução seria a possibilidade da existência de um não-sistema, o que está para além da compreensão contratualista e moderna de Estado. Outra forma bastante mais factível consistiria em visualizar o objeto e o entender a partir da desconstrução, mas mantendo o cenário, todavia pretendendo buscar corrigir a violência e ilegitimidade do poder. Não significa construir um novo direito no lugar do direito positivista tradicional, mas sim a compreensão do sistema como violador e repressor e introduzir elementos legitimadores e democráticos (o que não significa alcançar a justiça, mas buscar uma aproximação dela), porque em existindo poder, aqueles que os detêm sempre utilizarão da força, não por ato volitivo, mas sim porque o poder implica a existência força. Foucault esclarece (2010, p. 13):

[...] Há um combate “pela verdade” [...] por verdade não quero dizer “o conjunto das coisas verdadeiras a descobrir ou a fazer aceitar”, mas o “conjunto das regras segundo as quais se distingue o verdadeiro do falso e se atribui ao verdadeiro efeitos específicos de poder”, entendendo-se também

que não se trata de um combate “em favor” da verdade, mas em torno do estatuto da verdade e do papel econômico-político que ela desempenha. [...]

Esse debate que busca a verdade através de métodos científicos é eminentemente moderno e ultrapassado, tanto que Khaled (2009, p. 97) escreve:

A revolução que o pensamento de Einstein enseja não é outra senão um repensar por completo do saber, que deve se dar em torno de outros pressupostos, deixando de lado as certezas do passado, que na realidade, eram apenas projeções dos sujeitos que antes de isolados dos seus objetos, de fato, os construíram.

Provavelmente a constatação de que esse modelo de verdades absolutas não seja suficiente e possível é um sinal de que a modernidade sólida está cedendo lugar para uma modernidade líquida³, fragmentária ou para alguns pós-modernidade. Mesmo sem mencioná-lo, o mesmo Khaled (2009, p. 100) escreve: “[...] No lugar da *unificação*, portanto, a *fragmentação*; no lugar da *certeza* a *incerteza*; no lugar da *ordem*, o *caos*. Este é o tipo de *deslocamento de sentido* que a ciência e o saber deve experimentar para *romper os limites da modernidade*.” O momento é de alta instabilidade, não que o passado fosse um forte seguro e inabalável. Todavia, ocorre que com o insucesso do conhecimento científico como o detentor da verdade e, portanto, o ideal maior a ser seguido, tem-se um mundo plural e que busca o conhecimento (dentro de sua possibilidade e limite). A particularidade do momento atual consiste em vislumbrar a impossibilidade do conhecimento de formular conceitos estanques e imutáveis. A partir de então a ciência jurídica deve seguir no caminho da busca pelo conhecimento, sem, contudo, pretender ser a verdade incontestada. Assim como esta modernidade instável o conhecimento também o é.

Em um outro momento Khaled escreve (2009, p. 103): “[...] Todavia, não resta dúvida – ou não deveria restar – de que a ciência é apenas conhecimento provisório a respeito de um determinado objeto e não é nem chega perto de ser a verdade. [...]”

Transitoriedade e instabilidade é algo que ao mundo do direito causa medo, já que o mesmo exige uma estabilidade, tipos previamente editados, legalidade, anterioridade. Faz-se necessário, portanto, uma evolução, buscar algo que sirva a essa complexidade, novos contornos adequados as formas existentes e cambiantes desta modernidade líquida, que muda com uma velocidade muito maior que no passado.

Relatividade, velocidade, conhecimento, impossibilidade de verdade, fragmentariedade são características desta modernidade ou pós-modernidade. Além de

³ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*.

características são símbolos que demandam uma compreensão distinta daquela existente ao tempo da modernidade.

2.1 Desconstrução e limite

A desconstrução do direito como forma de se buscar a justiça é interessante, mas como anteriormente registrado é de fato impossível em sua integralidade. Ocorre que a desconstrução pode servir para constatar os problemas e vícios do sistema e, então, tentar conformá-lo de uma forma distinta de maneira que seja menos violador. O certo é que as práticas violadoras sempre existirão e o desconstrucionismo pode servir como maneira de destruir esse cerne violento. Como o que existe é um sistema e o desconstrucionismo seria um não-sistema, tem-se que existir um limite ao poder punitivo dentro do sistema contratual existente. Martins (2010, p. 154) escreve:

[...] Todo o *limite* que se quer compaginável com dignidade é, em primeira instância, questão de pertinência. É-o, pelo menos, o limite em acção nas “sociedades políticas do contraditório”. E é na condição de um tal entendimento, e só nela, que pode dizer-se não haver liberdade, nem cultura, fora do limite. De fora, ficam as sociedades aplainadas e vazias, carentes de limites, onde medra o populismo; e fica toda a tradição autoritária que insiste em afeiçoar a morada do homem ao limite que lhe está previamente destinado.

Ausência de limite é o grande problema para a compreensão, pois como bem destacado pode migrar rumo a um populismo, bem como em um sentido autoritário. O limite da atividade estatal deve ser buscado a fim de que, principalmente, a atividade punitiva tenha autoridade sem ser violadora. Como escreve Garapon (1998, p. 200): “[...] Antes de ser repressiva ou social, civil ou penal, arbitrária ou tutelar, a justiça é uma instância simbólica que deve proporcionar referências colectivas.” A justiça deve ser o símbolo das garantias e não a perpetração de violações.

3. Contrato social

Os contratualistas Locke, Rousseau e Hobbes, apesar de imaginarem o contrato social com finalidades e justificativas distintas chegam a um ponto comum, a necessidade de sua existência. Não apenas quanto a isso acordam, mas também em relação aos elementos

essenciais para a formação e constituição dele e do Estado, sendo esses requisitos: território, povo e soberania. A distinção dos argumentos que pode parecer um contrasenso nada mais é do que um indício da necessidade da organização social e da instituição do Estado. O pacto social serve como amalgma dos indivíduos organizados socialmente com o Estado, cria uma série de obrigações mútuas, que fazem com que a vida social só seja possível inserida no contrato e dentro do Estado, na medida que a existência deste está ligada ao pacto.

Rousseau, acredita que o homem em estado de natureza é por natureza livre e bom, mas que a associação civil (formação do contrato social) serve para ampliar o espectro de liberdade do homem e não para protegê-lo de seus semelhantes, como acreditava Hobbes, bem como para a realização da vontade geral.

Cifremos todo este paralelo em termos de fácil comparação: o que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito sem limites a tudo que o tenta e pode atingir; ganha a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. Para não vos enganardes nessas comparações, cumpre discernir bem a liberdade natural, que só tem por termos as forças do indivíduo, da liberdade civil, que é limitada pela vontade geral; e a possessão, que é só feito da força, ou o direito do primeiro ocupante, da propriedade, que não pode ser fundada a não ser num título positivo. (2002, p. 35)

Fica bem claro alguns conceitos fundamentais para Rousseau, quais sejam: ampliação da liberdade natural (pelo contrato), respeito a vontade geral (vontade do grupo social como um todo). Entende este contratualista que a liberdade natural se amplia quando passa a ser liberdade civil, pois no estado de natureza os indivíduos possuem diferenças, mas a partir do momento em que a vontade geral é que a todos sejam concedidas as mesmas oportunidades, as diferenças naturais (complexão física – por exemplo) são mitigadas e se possibilitam situações de paridade que apenas são viáveis na sociedade civil. Dialogando com a ideia de vontade geral, ampliação da liberdade individual, Rousseau traça as peculiaridades do homem em estado de natureza no “Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos das Desigualdades entre os Homens”, no qual retrata o homem como um “bom selvagem” no estado de natureza, bem como desigual por essência.

Diferentemente de Rousseau, Locke via a reunião associativa como forma de preservação e garantia da propriedade. “O maior e principal objetivo, portanto, dos homens se reunirem em comunidades, aceitando um governo comum, é a preservação da propriedade. De fato, no estado de natureza faltam muitas condições para tanto” (2005, p.92). Há claramente a concepção de existência de um estado de natureza que deve ser substituído por uma organização social, que faz com que, principalmente, a propriedade seja preservada e protegida, na medida em que Locke era defensor do liberalismo.

Hobbes, por sua vez, vê o contrato social como a única forma de os indivíduos viverem em paz, pois no estado de natureza a guerra é sempre iminente, visto que:

[...] é uma condição de guerra de todos contra todos, sendo neste caso cada um governado pela sua própria razão, e nada havendo de que possa lançar mão que não lhe ajude na preservação da sua vida contra os seus inimigos, segue-se que numa tal condição todo homem tem direito a todas as coisas, até mesmo aos corpos uns dos outros. Portanto, enquanto perdurar este direito natural de cada homem a todas as coisas, não poderá haver para nenhum homem (por mais forte e sábio que seja) a segurança de viver todo o tempo que geralmente a natureza permite aos homens viver. [...] (2003, p. 112)

Dessa forma, a única possibilidade de vida em que não se corra o risco de a própria vida estar constantemente ameaçada pelo seu semelhante consiste na convivência em sociedade, a qual se dá pela transferência de parte dos direitos de cada um em prol do Estado. Ressalta-se aqui que o indivíduo não passa a ser propriedade do Estado, o que poderia ser entendido em função de ceder parte dos seus direitos, pois, assim como no estado de natureza, continua a ter direitos que não podem ser repassados ou transacionados. Explica Hobbes:

[...] Assim como é necessário a todos os homens que buscam a paz renunciar a certos direitos de natureza, quer dizer, perder a liberdade de fazer tudo o que desejam, também é necessário para a vida do homem que alguns desses direitos sejam conservados, como o de governar o próprio corpo, desfrutar o ar, a água, o movimento, os caminhos para ir de um lugar a outro, e todas as outras coisas sem as quais não se pode viver, ou não se pode viver bem. [...] (2003, p. 133)

De maneira rápida, vê-se que a função do contrato é bastante complexa em suas utilidades, mas bem simples quanto a sua necessidade, pelo menos sob o ponto de vista de uma sociedade civilmente organizada. Assim, apesar dos fins do contrato serem necessários, a questão que pulula consiste em como os homens no estado de natureza cederam parte de sua liberdade em prol do todo no intuito de realizar um pacto social. Teixeira (2007, p. 96) elucidando a ideia da necessidade do contrato trazida por Hobbes, escreve:

No cap. XV do *Leviatã*, encontra-se posta a necessidade que seja estabelecida uma sociedade civil como fator indispensável para que os contratos possam ser cumpridos coercitivamente. Porém, ao apelar para a necessidade de um Estado (*commonwealth*) o argumento passa a ser meramente jurídico, ao invés de ser individualista, como deveria ser para que os contratos pudessem ser obrigáveis entre homens no estado de natureza. Deste modo, a filosofia política hobbesiana vale-se de argumentos retóricos – como a ingratidão, a autopreservação, a satisfação das paixões – para justificar a questão da obrigação contratual no estado de natureza, voltando-se em seguida para a sociedade civil organizada.

A utilidade de uma sociedade civil organizada vista com os olhos do presente é fundamental. Não há como se pensar em segurança jurídica sem a presença do Estado, bem como a *pacta sunt servanda* seria uma expressão sem o menor sentido caso não existisse a força do Estado para fazer com que os indivíduos cumpram as suas obrigações, outro exemplo, retornando a Hobbes, a paz social, sem os órgãos de segurança é hoje totalmente inviável, dentre tantos outros exemplos possíveis. Todavia, a instituição da sociedade civil organizada se dá em um momento anterior, o qual não pode ser explicado sem a utilização de falácias, pois não há um momento histórico que venha a justificar e exemplificar a instituição do contrato social. A compreensão disso é fundamental, porque do nada, nada surge e a justificação do Estado civilmente instituído é condição *sine qua non* para a compreensão das mazelas sociais de hoje.

Neste ponto é interessante mencionar algumas considerações trazidas por Nietzsche (2009, p. 48-49):

[...] Durante o mais largo período da história humana, *não* se castigou porque se responsabilizava o delinqüente por seu ato, ou seja, *não* pelo pressuposto de que apenas o culpado devia ser castigado – e sim como ainda hoje os pais castigam seus filhos, por raiva devida a um dano sofrido, raiva que desafoga em quem o causou; mas mantida em certos limites, e modificada pela idéia de que qualquer dano encontra seu *equivalente* e pode ser realmente compensado, mesmo que seja com a *dor* do seu causador. De onde retira sua força esta idéia antiquíssima, profundamente arraigada, agora talvez inerradicável, a idéia de equivalência entre dano e dor? Já revelei: na relação contratual entre *credor* e *devedor*, que é tão velha quanto a existência de “pessoas jurídicas”, e que por sua vez remete às formas básicas de compra, venda, comércio, troca e tráfico.

A lógica desenvolvida é tratar as diversas questões a partir do prisma contratual, por isso ilustra com *compra, venda, comércio, troca e tráfico*. O âmbito das obrigações enseja punição para o inadimplemento contratual.

Importa notar que no âmbito de relações familiares e contratuais privadas essas figuras (credor e devedor) são pertinentes, mas em uma sociedade que é complexa torna-se extremamente complicado referir-se aos pólos da relação dessa maneira.

Tratando-se a questão a partir do descumprimento ser um crime, o inadimplemento contratual a quebra do contrato ou pacto social (em outros termos, inobservância da Constituição), observa-se a incoerência como são tratadas as questões. Fórmulas erradas pretendem solucionar problemas que a ela não são afetos, ou melhor, a ela são afetos em razão da contemplação do desigual (relação do Estado com os cidadãos) como se fosse uma relação contratual igual (entre particulares). Tem-se a mesma compreensão civilista, porém

são dados outros nomes as condutas, o que não as transforma em sua essência, apenas re-
nomeia.

3.1 Insuficiências do contrato social

Interessante notar que contrato em sua acepção correta implica na existência de autonomia da vontade, ou seja, na possibilidade de aceitar os termos e sujeitar-se ao ônus e bônus deste. Todavia, em sendo algo de forma estritamente unilateral e de adesão obrigatória não se pode falar em contrato. Outro ponto é que não se pode aceitar o contrato como algo firmado pelos antepassados e repassado aos seus descendentes, pois uma obrigação tem apenas o condão de obrigar os contratantes jamais obrigando terceiros. Pode ocorrer que terceiros sejam afetados pelo contrato, mas jamais coobrigados.

Em razão desses aspectos jurídicos que importam a questão não há como aceitar o contrato social, o qual não se configura em uma *abdicação de liberdade* por parte dos indivíduos em prol do Estado, mas sim em uma estrutura fraudulenta que tenta transformar uma relação privada em algo público. Transformar disposições eminentemente obrigacionais em uma norma cogente e com o condão de obrigar a todos, independentemente de suas convicções é antes de mais nada uma impropriedade técnica e também uma violência sem igual. O pacto é uma força que obriga e nas palavras de Nietzsche (2009, p. 32-33): “[...] Exigir da força que *não* se expresse como força, que *não* seja um querer-dominar, um querer-vencer, um querer-subjugar, uma sede de inimigos, resistências e triunfos, é tão absurdo quanto exigir da fraqueza que se expresse como força. [...]”

Não se pode sequer advogar no sentido de que a palavra contrato empregada na expressão “contrato social” não queira literalmente referir-se a contrato, pois as palavras não existem soltas, mas sim com sua carga axiológica. Impossível, portanto, tentar transmutar o sentido da palavra contrato a fim de tentar encobrir algo que não tem como o ser.

Ocorre que esse momento singular de constituição do pacto social não existiu, tem-se teorias teórico hipotéticas acerca do advento do contrato. Melhor transcrever trecho de Montaigne citado por Derrida (2007, p. 22):

[...] as mulheres usam dentes de marfim onde os naturais lhe faltam e, em vez de sua verdadeira tez, forjam outra de alguma maneira estranha... embelezam-se com uma beleza falsa e emprestada: assim faz a ciência (e até mesmo nosso direito tem, ao que dizem, ficções legítimas sobre as quais ele funda a verdade de sua justiça).

Uma ficção por mais perfeita que ela seja e se ajuste aos fins pretendidos nunca se tornará uma realidade. A questão está relacionada com a essência e não com a aparência. Dentro dessa lógica tem-se o seguinte: invenção do pacto (violência fundadora), rompimento do pacto (violência contra a invenção), exclusão do indivíduo (violência perpetuadora). Em suma não existe momento em que a violência não esteja sendo exercida, tanto internamente, bem como externamente.

Alguns questionamentos trazido por Nietzsche dão muito a pensar, pois não são perguntas com respostas, mas sim indagações que tem uma profundidade real da complexidade humana e de suas relações sociais. Um ponto é a questão do que é bom e o que é ruim. Escreve o filósofo (2009, p.16-17):

[...] Para mim é claro, antes de tudo, que essa teoria busca e estabelece a fonte do conhecimento “bom” *não* provém daqueles aos quais se fez o “bem” Foram bons mesmo, isto é, os nobres, poderosos, superiores em posição e pensamento, que sentiram e estabeleceram a si e a seus atos como bons, ou seja, de primeira ordem, em oposição a tudo que era baixo, de pensamento vulgar e plebeu.

Dentro dessa perspectiva traz o filósofo argumento de autoridade, que consiste em ser bom aquilo que está relacionado com a classe dominante.

Essa relação não é pertinente somente para alguma região geográfica específica, mas sim para todas, já que as relações sociais existem em toda e qualquer forma de organização social. Conseqüentemente, condutas criminosas, em regra, somente serão praticadas pelas classes sociais inferiores, aquelas que não são o modelo de bondade.

Isto é muito pertinente, pois diante de uma legislação penal, somente determinadas condutas são punidas, em razão da fragmentariedade, como explica Prado (2007, p. 143):

Nesses termos, a intervenção da lei penal só poderá ocorrer quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade –como *ultima ratio legis* –, ficando reduzida a um *mínimo* imprescindível. E, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia.

Fica claro que as condutas não são más em si mesmas, todavia devido a valoração social que recebem e para o bom convívio social elas são definidas como crimes. Assim, ocorre que o criminoso em si não existe, mas sim é uma invenção que varia de acordo com os interesses sociais quanto a tipificação de condutas penalmente sancionáveis. Dessa forma as condutas são catalogadas como favoráveis ou desfavoráveis a sociedade, o que consiste em dizer que as condutas são conforme o entendimento da classe dominante ou contrário a ele.

Exemplo claro é retratado por Nietzsche (2009, p. 32-33) trata a relação existente entre a ovelha e as aves de rapina.

Mas voltemos atrás: o problema da *outra* origem do “bom”, do bom como concebido pelo homem do ressentimento, exige sua conclusão. – Que as ovelhas tenham rancor as grandes aves de rapina não surpreende: mas não é motivo para censurar as aves de rapina o fato de pegarem as ovelhinhas. E se as ovelhas dizem entre si: “essas aves de rapina são más; e quem for o menos possível ave de rapina, e sim o seu oposto, ovelha – este não deveria ser bom?”, não há o que objetar a esse modo de erigir um ideal, exceto talvez que as aves de rapina assistirão a isso com ar zombeteiro, e dirão para si mesmas: “*nós* nada temos contra essas boas ovelhas, pelo contrário, *nós* as amamos: nada mais delicioso que uma tenra ovelhinha”. – Exigir da força que *não* se expresse como força, que *não* seja um querer-dominar, um querer-vencer, um querer-subjugar, uma sede de inimigos, resistências e triunfos, é tão absurdo quanto exigir da fraqueza que se expresse como força.

É uma obviedade as ovelhas não gostarem das aves de rapina, uma vez que furam os olhos dos cordeiros recém nascido e alimentam-se de sua tenra carne. Entretanto, isso não significa que a ave de rapina é má e a ovelha é boa. Ocorre que nessa situação um tem a necessidade de alimentar-se do outro.

Pertinente é que a ovelha tenha repulsa a essas aves, uma vez que a existência delas implica em ameaça para a sua. Medo nessa relação é uma consequência natural, mas dizer que a ave é má e a ovelha é boa é descabido. Transpondo essa relação do mundo animal irracional para o racional tem-se o seguinte: a moral judaico-cristã que impõe o standard de culpa não pode ter relacionamento com o tratamento jurídico das mazelas sociais, pois não pretende-se uma análise em termos de culpa e, caso a mesma esteja presente sempre estará presente o bom e o mau, a salvação e o pecado. Vale dizer que uma fábula como a que ilustra a questão mostrando que a ave de rapina faz mal ao cordeiro não tem cabimento, pois é uma situação natural em que não há a presença de consciência, mas sim instinto de sobrevivência. Portanto, a mesma não pode ser transposta para o convívio humano com a pretensão de mostrar o que é bom e o que não é; o aspecto de bom e mau não serve para ilustrar as relações humanas. O melhor, apesar de falho, é o contrato social que desvela as opções políticas

4. Vigilância – do panóptico de Bentham ao atual

O sistema dito jurídico com matriz contratualista existe com o escopo único de legitimar o poder. Qualquer visão que busque uma novo ângulo de análise sobre o objeto

apenas estará mudando a imagem, mas não modificando a essência. Exemplo claro é o panóptico de Bentham, muito bem retratado por Foucault no célebre *Vigiar e Punir* (2007, p. 167):

[...] Por isso Bentham colocou o princípio de que o poder deveria ser visível e inverificável. Visível: sem cessar o detento terá diante dos olhos a silhueta da torre central de onde é espiado. Inverificável: o detento nunca deve saber se está sendo observado; mas deve ter certeza de que sempre pode sê-lo. Para tornar indecifrável a presença ou a ausência do vigia, para que os prisioneiros, de suas celas, não pudessem nem perceber uma sombra ou enxergar uma contraluz, previu Bentham, não só persianas nas janelas da sala central da vigia, mas, por dentro, separações que a cortam em ângulo reto e, para passar de um quarto a outro, não portas, mas biombos: pois a menor batida, uma luz entrevista, uma claridade numa abertura trairiam a presença do guardião. O Panóptico é uma máquina de dissociar o par ver-se visto: no anel periférico, se é totalmente visto, sem nunca ver; na torre central, vê-se tudo, sem nunca ser visto.

O que se tem nessa figura é uma “invenção” pela arquitetura de uma forma de construção em que é possível a visualização de muitos por uma só pessoa. É a possibilidade do poder invisível. Ver e não ser visto, um único homem pode controlar centenas de outros devido ao simples fato de estar em um lugar que propicia isso. Uma “máquina” construída e consolidada para vigiar e violar.

Incrível é que essa forma de controle está em muitos lugares e tudo controla. Possibilidade de ser utilizado em infinitas situações, como: escolas, presídios, escritórios. Isso assombra, pois em um momento tem-se uma escola, mas quando o modelo é basicamente o mesmo tem-se a prisão presente na escola, bem como em todos esses lugares, os quais se valem do mesmo sistema de vigilância empregado no cárcere. Cabe consignar que isso implica na restrição da liberdade, uma vez que o indivíduo torna-se a parte frágil nessa estrutura, porque o mesmo sistema que protege também viola. Volta-se a questão da violência fundadora e a reprodutora, não existe uma que seja boa e a outra má. Todas são violências e, por isso, são más por essência. O mesmo ocorre aqui, não existe um sistema bom e mau ao mesmo tempo, porque na medida em que ele viola não serve para fins benéficos.

Enfim, essa estrutura arquitetônica de poder ganha novos contornos, mas continua com a mesma aplicabilidade no século XXI. Têm-se câmeras de segurança em todo e qualquer lugar, seja ele espaço público ou privado, controle via satélite, servidores de Internet que guardam milhões de arquivos, escutas ativadas automaticamente. Esses recursos tecnológicos que parecem dar funcionalidade ao cotidiano são muito mais do que isso. Além desse recurso útil aos indivíduos, os mesmos proporcionam uma maior vigilância por parte

daqueles que controlam o sistema. Vale dizer com uma analogia à metade do século XX (em que os Estados industrializados tinham a possibilidade de transformação de suas indústrias civis em bélicas), hoje aqueles que são extremamente informatizados estão nessa possibilidade de controle. Da mesma forma que o aparato tecnológico pode servir para facilitar a vida dos indivíduos, o mesmo também serve para o controle e vigilância.

Criou-se um panóptico global, em que os olhos que tudo vem e acessam (indivíduos inseridos na informatização global) não enxergam os satélites que tudo gravam e vigiam. Continua-se com os mesmos problemas, mas que passam a vestir novas roupas. A questão central da força e violência que institui e comanda segue presente, seja por parte do Estado, bem como pelos mecanismos que ele autoriza, como o aparato tecnológico que serve para informar, mas também espionar. A busca da legitimação por meio da compreensão do poder violador segue sendo um desafio e uma constante, pois a questão do meio termo já preconizada por Aristóteles está ainda em voga. Há que se ter sempre presente que o mesmo remédio que cura, em doses exageradas ou diminutas pode matar. Essa é a tona sobre o poder que silenciosamente paira sobre tudo e todos.

5. Considerações finais

Em um estudo que é a preliminar sobre assuntos que são muito densos qualquer conclusão será precipitada. Assim, resta salientar que o ideal de justiça desenvolvido por Derrida talvez seja a síntese do que se pretende compreender. Então, parafraseando o filósofo, a justiça parece ser a invenção do impossível como a única invenção possível. Consequentemente, todas as instituições que circundam a realização da justiça também deveriam ser reinventadas de forma impossível como única forma possível de não ser violadoras.

Do panóptico de Bentham ao atual todas essas estruturas tem significado que alberga uma série de práticas e como sabido carregam uma história que não se apaga pela simples mutação das palavras. Contrato segue sendo um contrato, qualquer definição posterior será uma definição do contrato, uma característica do mesmo. Consequentemente, a mudança será sem mudar, porque o sentido pretendido é aproveitar o que existe e por meio de uma “mágica” axiológica expurgar todas as indevidas características presentes a partir de uma nova invenção que nada é senão a reprise do antigo com novas cores e os mesmos valores.

Apesar de não existir uma solução nem mesmo uma verdade, já que a superação de um modelo por outro em certa medida também traz em parte noção de violência, pois significa a força de algo novo que vem subjugar o anterior, submetê-lo a suas verdades. Criar algo como solução já está errado, pois a solução em si não existe, talvez a minimização de danos, o que não significa que se deve desistir. Sobre essa capacidade humana que crê em algo e sempre tentar acreditar que o melhor estar por vir pertinente é encerrar com as palavras do filósofo alemão Nietzsche (2009, p. 140): “[...] E, para repetir a conclusão o que afirmei no início: o homem preferirá ainda *querer o nada a nada querer...*”.

6. Referências Bibliográficas

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Traduzido por: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora da UNB, 1999.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Traduzido por: Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e suas formas jurídicas*. Traduzido por: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2005.

_____. *Microfísica do poder*. Traduzido por: Roberto Machado. São Paulo: Graal, 2010.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Traduzido por: Raquel Ramallete. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas – justiça e democracia*. Traduzido por: Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Traduzido por: João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KALED JÚNIOR, Salah H.. *Ambição de verdade no processo penal – desconstrução hermenêutica do mito da verdade real*. Salvador: JusPodvim, 2009.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Traduzido por: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito – The brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhem. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Traduzido por: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º ao 120*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. Traduzido por: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a origem e fundamento da desigualdade entre os homens*. Traduzido por: Lourdes Santos Macedo. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Estado de Nações: Hobbes e as relações internacionais no século XXI*. Porto Alegre: Fabris, 2007.