

O Evangelho de Luigi Ferrajoli. Capítulo 1: Não haverá lei penal sem necessidade

Por: Marco Aydos

“Que foi que te ensinaram

Que era sofrer?”

Cecília Meireles, Cântico, VIII, 1927

I

Esta interpretação não seguirá o eixo aparente de organização da obra *Direito e Razão*. Justifico rapidamente o motivo antes de prosseguir. Luigi Ferrajoli decompõe o silogismo de justiça para examinar cada pedaço numa teoria e dá a esse procedimento o nome de epistemologia. Depois formula dois tipos ideais que formariam a história imemorial do direito penal, de luta entre o garantismo e o autoritarismo. Para o garantista, Ferrajoli recomenda o método cognitivista, que eliminaria zonas de poder discricionário nas duas premissas do silogismo. Os outros, que permanecerão autoritários, o autor qualifica como decisionistas.

O problema é que Ferrajoli usa as palavras de modo livre, por ‘empréstimos’, como ele mesmo reconhece quando, por exemplo, toma um termo de empréstimo a Max Weber (DR, p.100). O que Ferrajoli esquece de dizer é que o tipo-ideal garantista, que julga por critérios de utilidade e equidade, é *irracional* no modo de compreensão de Max Weber. Mas para Luigi Ferrajoli irracionais são os outros. Resulta disso que a obra construída pode ser algo diferente do que o autor propõe. Do início ao fim, Ferrajoli tem respostas para tudo antes de ter formulado perguntas. Se podemos definir genericamente epistemologia como especulação em torno à pergunta ‘como é que eu sei o que sei?’ temos aqui uma dissonância, porque Ferrajoli tem por objeto de estudo a decisão judicial, e pretende construir um método com respostas à pergunta prática ‘qual é a decisão justa a tomar?’ A pergunta central de *Direito e Razão* não é só cognitiva, logo a resposta pode não ser apenas cognitiva. Isso para não falar que não existe *epistémé* ou ciência no conhecimento de um fato ou evento singular, determinado por infinitude de causas, a não ser para Ferrajoli, mas os estragos disso veremos na teoria da prova.

Quanto ao sinônimo empregado para qualificar o oposto do garantismo, é termo filosófico cunhado por Carl Schmitt. Pretendo aprofundar seu significado num estudo separado, que examine o contexto de origem. Ferrajoli cita de Carl Schmitt apenas o estudo sobre a ditadura, de modo que podemos presumir seu desconhecimento da obra do filósofo que cunhou a expressão que ele usa. A presunção não é despropositada porque só desconhecendo o pensamento de Schmitt o autor consegue propor a novidade de um tipo-ideal de notável semelhança com o que Schmitt chama de decisionista. Mas aqui também, para Ferrajoli, decisionistas são os outros. Adiantando uma das conclusões deste estudo, demonstrarei que Ferrajoli de fato criou um tipo novo, misto de decisionismo e gnosticismo. Justificado o aparente ‘pulo’, que não pretende ser um desvio do conteúdo ‘real’ da obra, retomo a ordem dos temas anunciada na introdução, com discussão do A3 – o terceiro axioma do sistema garantista que diz: *Não haverá lei penal sem necessidade*.

II

Começo com uma pergunta simples. Quem diz o que é necessário? Quem tem legitimidade para dizer que pena é necessária e em que quantidade e qualidade?

Basta formular uma pergunta simples para perceber que o pai de todos os problemas da política retorna: o da soberania. Ferrajoli dispensa a soberania, logo precisa de acesso a uma autoridade que lhe dê legitimação para decidir *por nós* o que é necessário *para nós*. E a autoridade mais formidável que alguém pode ter na época moderna, em que a Religião não oferece fundamento para a ordem política, não pode ser outra senão a Ciência. Não é por outro motivo que de modo recorrente Ferrajoli insiste em que não existem no garantismo escolhas políticas, apenas conclusões científicas. O que evidentemente não é verdade, e basta discutirmos o terceiro axioma para perceber. Mas o edifício teórico é sedutor porque parece ciência.

A aparência científica do sistema vem do fato de o autor tentar convencer-nos, ou estar convencido, de que apenas deduziu todas as recomendações práticas e políticas, as mais variadas e algumas delas chocantes, da matriz do princípio da presunção de inocência e de dez axiomas filhotes, a saber:

A1: não haverá pena sem crime; A2: não haverá crime sem lei; A3: não haverá lei penal sem necessidade; A4: não haverá necessidade sem dano (lesividade?); A5: não haverá dano sem ação; A6: não haverá ação sem culpa; A7: não haverá culpa sem juízo; A8: não haverá juízo sem acusação; A9: não haverá acusação sem prova; A10: não haverá prova sem defesa (DR, p. 91).

Reescrevi-os como mandamentos, porque é o que eles são. Oito desses mandamentos são praticamente incontroversos, algo quase natural. A mistura de dois problemas com oito postulados quase naturais é em si um problema. Deixo em suspenso os problemas sérios do A4, que no garantismo resulta na utopia de um Estado impotente em face dos perigos contemporâneos do terrorismo e do tráfico de drogas, em última instância porque Ferrajoli não gosta de crimes de 'associação' e confunde a *ação de voluntariamente pertencer a uma associação criminosa* (ação que pode com legitimidade ser considerada crime de perigo) com um *tipo de estado ou 'ser'*, de que resultaria o 'direito' de ser traficante, terrorista, etc. Examinando aqui o A3.

É interessante como o autor ocupa enorme parte do livro para 'deduzir' de uma razão superior o que era para ser um axioma. Já se vê que o termo axioma é falacioso e induz à aceitação do argumento como uma dedução matemática. A presunção de inocência é um axioma legítimo, mas dizer que 'não haverá lei penal sem necessidade' não é. Sabemos pelo que ensinou o Mestre que do primeiro e último termos de uma dedução lógica não existe *lógos*, mas outro tipo de razão chamado *nous* (cito como referência um de seus bons leitores, Cornelius Castoriadis, 1987, p. 327).

Ferrajoli reivindica ter descoberto uma chave para um tipo de *nous* de onde deduzirá seu A3. Aqui já temos uma indicação segura de que sua teoria é uma construção metafísica. Não tenho preconceitos com a palavra metafísica, quero apenas conhecer o peixe que nos é vendido.

Eu seria justamente chamado de ingênuo por Ferrajoli por combater seu garantismo com o chamado positivismo jurídico. Subscrevo ao que disse a filósofa, que "felizes são aqueles que conseguem levar os positivistas a sério [...] O estado de arbitrariedade, de ilegalidade, de injustiça, o estado do mal, estas são as esmagadoras realidades com que todas as teorias da justiça devem enfrentar-se" (Heller, 1987, p. 179). O que podemos discutir é se existem alternativas à felicidade positivista sem que precisemos de um sistema metafísico ruim. Não emprego o termo ruim em sentido estético nem lógico, mas moral. É ruim, na minha opinião, um sistema que instrumentaliza os outros como simples meios. Obviamente fica aqui uma lacuna, mas este estudo é apenas uma interpretação do garantismo, não é uma teoria alternativa.

O problema principal de deduzir de qual necessidade nasce legitimamente a pena criminal é que alguém precisa escolher algo. Ferrajoli dispensou a soberania e não tem escolha a não ser deduzir essa necessidade de alguma razão superior à lei penal positiva. Curiosa como possa parecer, a proposta ambiciosa do autor é de ser o iniciador de uma 'segunda Ilustração'. O que ele chama de 'revisão crítica' da Ilustração não é revisão nem crítica, é uma nova construção de um direito natural. Mais curioso é que esse direito natural novo não é deduzido da natureza, mas da própria tradição do direito natural.

Aqui um parêntese será importante para termos clareza de que o bebê corre risco de ir fora junto com a água suja do banho (mesmo batida, essa metáfora é a que melhor expressa o problema). Ao construir sua legitimidade do nada, a modernidade deixou de lado a tradição escolástico-aristotélica em nome de uma nova *arché* ou fundamento: a liberdade. Esse fundamento novo é o bebê em que Ferrajoli dá banho. Esse bebê corre risco sério.

Para referir um caso paradigmático, retroagindo à primeira grande elaboração teórica da legitimidade do Estado moderno: Hobbes declarou expressamente que não aceitava a autoridade de Aristóteles e recomendaria a pensar a ideia de estado de um ponto de vista novo, por analogia com a física ou a anatomia de um indivíduo, daí que o Estado moderno de Hobbes tenha órgãos como um corpo humano, tenha músculos, fígado, etc., algo estranho ao pensamento antigo, que via o cidadão como alguém completamente integrado à *polis*, jamais um átomo sem pertencimento. Comum a todas as demolições da tradição escolástico-aristotélica é que se estava construindo um fundamento novo, uma *arché*, para a sociedade moderna: o fundamento da liberdade, um fundamento diferente da felicidade que estruturava o sentido da vida, inclusive política, até então. Coerente com seu propósito, Ferrajoli opera cortes incisivos na tradição. Mas não é mais a autoridade de Aristóteles que incomoda ao projeto de uma nova fundação. Incomoda à utopia garantista de Ferrajoli a filosofia moderna de Kant e Hegel. A reconstrução dará lugar à utopia que o autor chama por um 'ismo'. O império do garantismo substituirá o império da Razão, porque os filósofos modernos foram ingênuos e deixaram flancos abertos para a falta de humanidade, o autoritarismo, a irracionalidade, o decisionismo.

Mas a segunda Ilustração proposta por Ferrajoli não procede como Hobbes, construindo um edifício metafísico do nada e deixando *de lado* a autoridade da tradição escolástico-aristotélica. Ferrajoli reconstrói sua metafísica

por colagem de citações da tradição que destrói. E destrói sem dó nem piedade, o que faz da teoria do garantismo uma leitura instigante. Norberto Bobbio tem razão quando diz no prefácio à primeira edição italiana de *Direito e Razão* que “as páginas dedicadas à demolição [...] não são menos incisivas do que aquelas dedicadas à construção do edifício” (DR, p. 12). Ferrajoli declara sem meias palavras que “inobstante a autoridade de Kant e de Hegel” no que diz respeito ao A3 a verdade é que o pensamento deles significa apenas “sobrevivência de antigas crenças mágicas que derivam de uma confusão entre direito e natureza” (DR, p. 237). E a dialética hegeliana é uma “veste teórica a uma tal superstição consentindo de conceber como ‘lógica’ a circunstância de um fato poder negar um outro fato” (DR, p. 238).

Desnecessário dizer que Hegel foi dispensado com muita facilidade, e que a pena criminal para Hegel nunca foi pensada como um fato negando outro fato: o que se anula com a pena como retribuição é a violação em sua universalidade. É evidente que não existe um fato que traga de volta a vida de quem morreu, o que pode existir é reparação. A pena é uma reparação universal, porque a vingança seria outra violação da lei, e um fato não pode apagar outro fato *justamente*, pois repetiria a violação ao infinito. A dispensa de Hegel é pobre, mas isso não faz diferença. Mais interessante é o modo como Ferrajoli dispensou Kant. Coerente com seu método de colagens, Ferrajoli aceita e rejeita Kant, mas aceita só onde ele quer. O resultado disso não é só inconsistência teórica.

A razão cotidiana percebe como evidência que alguém precisará decidir o que é necessário. E nessa indagação certamente chegará ao complemento nominal que a palavra pede: algo é necessário, mas *para quem?* Depois de demolir a tradição moderna, Ferrajoli reconstrói seu sistema garantista com o seguinte critério: é necessária apenas a medida de pena que possa apaziguar os ânimos do povo e *resgatar* o criminoso da possibilidade de *sofrer* uma pena arbitrária por meios difusos. A teoria da necessidade da pena, embora vestida de axioma não é um axioma. É uma teoria absenteísta, negativa, da pena. Para construí-la o autor precisou de algum engenho.

III

Abrindo livros de direito e filosofia, Ferrajoli identifica duas possibilidades de fundamentação da pena: a retributiva e a utilitária (na realidade existem três, se somarmos às duas o princípio reformista). A pena como retribuição olha para o passado, e procura uma medida de proporcionalidade para o castigo pela gravidade do crime; a pena como utilidade olha para o futuro, e dispensa, necessariamente, o elemento de medida chamado proporcionalidade, para castigar segundo a necessidade de prevenção de crimes futuros pelo mesmo ou outros agentes (exemplaridade).

Passemos ao largo da interpretação pobre de Hegel por Ferrajoli.

Mais interessante é a ambígua aceitação de Kant.

Ferrajoli dispensa Kant alegando que o filósofo teria sido inconsistente consigo mesmo, por confundir direito e moral. O que é uma tolice. Talvez ninguém tenha mais consistente e radicalmente separado moralidade e legalidade do que Kant. De diferentes tradições, ouvem-se críticas de um Kant ímpio e desavergonhado em suas deduções na doutrina do direito, como, por exemplo, do casamento que seria um contrato para o uso recíproco da sexualidade dos contratantes. Sem pressupor o abismo entre legalidade e moralidade, uma tradição neokantiana como a de Kelsen seria impensável. Esse abismo, aliás, é a principal e justa objeção de Hegel a Kant, pois inviabiliza algo que hoje falamos como coisa natural, a necessidade de dar um ‘cimento ético’ às instituições políticas. Desnecessário demonstrar que Ferrajoli tenta provar seu argumento com citação descontextualizada de Kant. A citação utilizada por Ferrajoli (DR, rodapé 72, p.275) não autoriza a conclusão a que ele chega, pois em comentário casuístico, Kant está mais uma vez rejeitando o utilitarismo, ao exemplificar que submeter dois homicidas à pena de trabalhos forçados seria tratar mais gravemente o homem justo que preza sua própria liberdade, e menos gravemente um homem mau, que não preza sua própria liberdade. Kant não está confundindo direito com moral para punir a “maldade interna” como supõe seu revisor-crítico.

Mas é formidável que Ferrajoli pelo menos compreendeu a essência da Lei Moral de Kant (embora lhe dê o nome de “objeção kantiana”). Kant conhecia Beccaria, a quem dispensou com indignação como um sofista, e viu na natureza da pena como retribuição a única fundamentação possível porque qualquer medida para prevenir algo no futuro violaria a Lei Moral (com letra maiúscula) que ele, Immanuel Kant, formulou (*formulou, e não inventou*, porque a filosofia moral não inventa nada): não se deve instrumentalizar os outros, não se deve tratar os outros como simples meio. Ao receber uma pena para prevenir crimes futuros, próprios ou alheios, o criminoso é instrumentalizado como meio, não é tratado em sua dignidade humana como um fim em si.

Mas Ferrajoli segue escrevendo do ponto de vista do humanitarismo de Beccaria, que dá origem a uma tradição, profundamente arraigada entre os juristas, que vê na pena apenas um fundamento utilitário, um investimento

social que deve ser legitimado em sua estrutura de custos-benefícios. Não é este o lugar para demonstrar que o princípio retributivo é o único princípio justo para a pena, e não vejo necessidade de dizer mais do que já foi dito em discussão completa e sintética do tema por Agnes Heller (Heller, 1987, p. 156/169), que examina criticamente, mas com sobriedade, os três fundamentos possíveis da pena: retribuição, prevenção e reforma. Argumentando em favor do princípio retributivo, como único que pode reivindicar ser um princípio de justiça, porque é o único que pode aplicar a pena com proporcionalidade, nem por isso a autora adota absolutismos dogmáticos, pois não podemos deixar de misturá-lo com os outros dois, que é o modo como normalmente opera o pensamento estritamente jurídico no interesse dos cidadãos (Heller, 1987, p. 169).

Mais relevante em nosso contexto é compreender que tipo de oposição está em jogo entre, de um lado Kant e Hegel, e de outro, Beccaria. A filósofa cita o caso do humanitarismo de Beccaria como um exemplo típico da 'dialética da Ilustração'. Beccaria avança em alguns aspectos no sentido humanitário, mesmo que use os piores argumentos possíveis. Ao opor-se à pena capital, Beccaria concebe que o Corpo é uma espécie de "propriedade inalienável de cada ser humano", uma escolha teórica consistente com o espírito do capitalismo. (Apenas de passagem, aqui temos mais um passo inconsistente de Ferrajoli, que esbanja um tipo contemporâneo de anticapitalismo romântico em sua utopia garantista.)

Para Beccaria, a liberdade seria apenas um *acidente* da essência chamada Corpo. Ele sobrepõe ao valor máximo da Liberdade, fundamento da sociedade moderna, o valor da Vida. Kant e Hegel, ao contrário de Beccaria, elevam, no exato espírito da modernidade, o valor da Liberdade acima do valor da Vida. Nessa concepção não o Corpo, mas a Pessoa (ou Personalidade) *livre é inviolável*. Para fechar o parêntese, Heller não adota a defesa da pena capital como decorrência obrigatória do princípio retributivo, embora diga que Kant e Hegel não podem ser considerados cruéis ou desumanos por isso. O caso é que para rejeitar a pena capital não precisamos adotar o princípio da Vida em detrimento da Liberdade (e nem devemos, pois esse passo é bem mais problemático do que parece, é uma troca de *arché* ou fundamento a que dificilmente a modernidade pode sobreviver. Com essa troca, e a ressurgência do valor máximo da Felicidade, um tipo completamente novo de arranjo social, carente de liberdade, pode aparecer no horizonte.) Podemos conceber, admitindo, no espírito de Kant e Hegel, tanto o princípio da retribuição como o valor máximo da Liberdade, que daí não decorre *necessariamente* a exigência de pena capital para o homicídio doloso. Isso porque toda justiça é aproximativa, e em caso de erro a responsabilidade pela pena se estenderia a todos os cidadãos (Heller, 1987, p. 162). E os cidadãos em sua soberania podem, querendo, adotar a fórmula platônica da bondade: não é bom sofrer, mas se precisamos optar entre sofrer o mal ou cometer o mal, é preferível sofrê-lo a cometê-lo. Adiciono ao argumento da filósofa, na minha opinião incontestável, que podemos abrir mão da pena capital sem abrir mão da proporcionalidade, na exigência de restrição de liberdade do homicida doloso pelo *tempo de uma vida*.

A retribuição me parece natural; qualquer tipo de prevenção, artificial. A prevenção utilitária será sempre arbitrária, um tipo de ciência que não por acaso termina abrindo mão da pena para entregá-la a outra ciência, a medicina. A retribuição opera para o passado e o passado é certo, não é uma hipótese ou conjectura científica. Por isso também o fundamento retributivo é mais democrático. Envolverá uma capacidade de ajuizar os fatos que movimenta um tipo de razão cotidiana que pode ser definida como bom-senso, distribuído igualmente a todos. A prevenção exige conhecimento do futuro, sua base é aristocrática, pois apenas alguns possuem tal ciência. O utilitarismo como único guia de um sistema de penas deixa necessariamente um déficit de justiça nos crimes contra a vida. Por que prevenir alguém, por exemplo, que matou pai e mãe pela herança se não poderá matar pai e mãe duas vezes?

Trazendo o argumento para a casuística, acredito que nosso Código Penal de 1940, monumental na formulação dos tipos e ordenação lógica, sofreu a má influência científica da prevenção e padece ainda desse déficit que faz com que o assassino confesso de alguém possa passear em frente à casa dos filhos da vítima livre e em paz com a justiça tendo puxado dois anos de cadeia (6 anos de pena mínima, dos quais é exigido cumprir 1/3, se for primário, para o livramento condicional). Podemos interpretar como legítima resistência da soberania, contra a tirania da ciência, a campanha popular que obteve do legislador um precário conserto nesse estado de coisas, consistente na exigência de 2/3 de pena para o livramento condicional nos crimes contra a vida qualificados por torpeza, crueldade ou futilidade, que passaram a ser considerados hediondos. Mas isso se deu apenas em 1994 e durou pouco, pois o Supremo Tribunal revogou tudo em 2006 no caso paradigmático do habeas corpus de Oseas de Campos (HC 82.957/SP). Recentemente descobrimos o motivo. É que "o Supremo Tribunal é garantista", como declarou um de seus ministros (Correio Braziliense, 03/03/2011), em resposta à crítica pelo déficit de justiça criminal no país. Carl Schmitt, que conhecia muito bem a alma dos juristas, tem razão quando reconhece o caráter "surpreendentemente dialético" da ideia de humanidade, que faz com que se encontre frequentemente na história o paradoxo de argumentos humanitários brutalmente desumanos (Schmitt, 2003, p. 103). O Supremo Tribunal Federal, por razões semelhantes às de Ferrajoli, também considera a soberania um fato destituído de implicações práticas no direito interno. E hoje precisamos de 'decisão médica' para manter presa, por periculosidade, a moça que matou pai e mãe em troca da herança. Num sistema de justiça minimamente

proporcional ela perderia a liberdade pelo tempo de uma vida, os 30 anos a que teria direito por escolha e merecimento próprios, independentemente de quantas outras pessoas ainda possa matar. De resto, pela experiência que tenho no conselho penitenciário, nunca vi um laudo médico de prognóstico da potencial reincidência que fosse científico ou médico, quase todos terminam falando um jargão meio-jurídico/meio-médico. Voltando ao ponto de partida: talvez apenas a soberania popular deva escolher que critério de necessidade quer usar e em que medida deverão ser misturados os três fundamentos. Fechado o parêntese, necessário, voltemos à dedução operada pelo garantismo.

IV

Ferrajoli deduziu um critério garantista de modo logicamente inconsistente, e em se tratando de justiça a inconsistência normalmente oculta um resultado injusto. Ferrajoli dispensa Kant e o princípio retributivo, mas aplica Kant (do modo como ele chama, a “objeção kantiana”) para dispensar o utilitarismo da prevenção, porque punir alguém para a prevenção de crimes futuros é uma instrumentalização da dignidade humana do criminoso. Subscrevo à indignação de Ferrajoli com o princípio da prevenção, que deve ser rejeitado antes e depois da aplicação da pena. Mas toda a validade do que Ferrajoli escreve desaparece porque ele acolheu o princípio da retribuição como único compatível com a Lei Moral kantiana só onde ele quis. Depois de concluir que só se pode punir ou em razão do passado ou em relação ao futuro, Ferrajoli insiste no utilitarismo da pena para o futuro. Mas ao rejeitar a prevenção ele precisa literalmente inventar o seu próprio utilitarismo. Aqui cai como uma luva uma contribuição dogmática e a-histórica na história das ideias, que vem de Karl Popper e chega a Ferrajoli via Norberto Bobbio, ele mesmo um entusiasta de Popper, como registrou em sua autobiografia (Bobbio, 1988, p. 87).

Norberto Bobbio atualiza em suas lições de filosofia política, notadamente na sua teoria das formas de governo, a divisão popperiana entre amigos e inimigos, não já da sociedade aberta, mas do povo. Existiriam filosofias e teorias elaboradas para o povo e outras para o príncipe (Bobbio, 1985, p. 51). Ferrajoli usa essa dogmática de empréstimo para criar o que poderia ser chamado de utilitarismo do Bem em oposição ao utilitarismo do Mal.

Ferrajoli quer andar do lado ensolarado da rua, onde a justiça é só bondade. Seu utilitarismo do bem fundamenta a pena (sua existência e quantidade) na necessidade de salvar a pele do criminoso de outras formas, não judiciais, de retribuição.

A inconsistência lógica revela-se injustiça. Pois uma família íntegra e que espera justiça das autoridades, resignando-se a não cometer a injustiça inerente a qualquer tipo de vingança, ao perder um filho se veria, segundo os termos da formulação de Ferrajoli, jogada junto com a poeira da soberania para baixo do tapete. Nesse caso se poderia provar, até cientificamente, que não haveria retribuição popular difusa sobre o corpo do acusado. E nessa hipótese o garantismo dispensa o criminoso de pena, porque ausente seu fundamento de necessidade. A solução, extraída de peculiar invenção, e não apenas interpretação da tradição da filosofia, soa imoral.

Num resquício de autocensura Ferrajoli tenta convencer-nos, ou a si próprio, de que esse utilitarismo do bem não é incompatível com a Lei Moral de Kant. Vale a pena ler o argumento: “Nesta perspectiva a pena ‘mínima necessária’ de que falavam os iluministas – compreendido ‘pena’ no sentido genérico de reação aflitiva a uma ofensa – não é apenas um meio, constituindo, ela própria, um fim, qual seja, aquele da minimização da reação violenta ao delito” (DR, p.309).

E como os leitores foram-se acostumando a esquecer a soberania, alguns de nós seremos induzidos a concordar que esse princípio de Ferrajoli é compatível com a ‘objeção kantiana’ de que não se deve tratar os outros como simples meios. E de fato ao rejeitar a prevenção o garantismo não instrumentaliza o criminoso... Mas seu utilitarismo do suposto Bem *instrumentaliza a vítima*.

Apenas se compreendemos como Ferrajoli trabalha com o Mito e não com a Razão podemos entender sua sofisticada teoria. O microcosmo de Ferrajoli é o espaço limitado da sala de audiências. O povo não entra nesse espaço, e no crime contra a vida não pode mesmo comparecer pois está morto e só poderia aparecer representado. Mas representação é algo que está ligado ao fenômeno da invisibilidade, algo que só pode ser visto com o olho da alma. Para o sensualismo mitológico vigora o provérbio de sabedoria popular: ‘Quem não é visto não é lembrado’. Que o A3 de Ferrajoli possa traduzir-se nesse provérbio é significativo.

Numa obra de quase mil páginas, é eloquente o silêncio de Ferrajoli sobre os crimes contra a vida. Eles fazem rápida presença onde não é preciso discutir o A3, na teoria da prova, e reaparecem apenas no (pre)conceito garantista de que a deslegitimação da norma de proibição penal pode ocorrer pela falta de proteção do bem por

norma extrapenal. Por exemplo, para Ferrajoli se os Estados Unidos reformassem sua política de propriedade de armas só então teriam legitimidade para punir o homicídio (DR, p. 434-5). O silêncio dos crimes contra a vida em obra tão rica em exemplos é outro modo de autocensura do autor, que estende sua descoberta para todos os tipos de crime, pois na utopia (que me parece um pesadelo) garantista, só deverá vigorar a prevenção ferrajoliana, que nas palavras de seu sofisticado inventor é

“prevenção, mais do que dos delitos, de um outro tipo de mal, antitético ao delito, que normalmente é negligenciado tanto pelas doutrinas justificacionistas como pelas abolicionistas. Este outro mal é a maior reação – informal, selvagem, espontânea, arbitrária, punitiva mas não penal – que na ausência das penas poderia advir da parte do ofendido ou de forças sociais ou institucionais solidárias a ela. É o impedimento deste *mal, do qual seria vítima o réu* [...] que representa, eu acredito, o segundo e fundamental objetivo justificante do direito penal.” (DR, p. 309, itálico acrescentado).

O réu é a vítima resgatada da ‘aflição’ que lhe poderia ser aplicada pelo povo. Realmente é preciso demolir a tradição moderna para chegar a uma teoria que recomenda algo tão pouco ilustrado. A segunda Ilustração capitaneada por Ferrajoli não é uma revisão crítica de ingenuidades da metafísica que criou do nada um fundamento de liberdade para a sociedade moderna, é uma vigorosa revolta contra a liberdade de todos, que é fundamento (*arché*) da modernidade. O *nous* de Ferrajoli manifesta, além de grosseira distorção da fórmula kantiana da não-instrumentalização dos outros, resistência a uma das máximas da Ilustração, a do ‘pensamento alargado’, a tentativa de abarcar com o pensamento o ponto de vista de todos. Ferrajoli trabalha com o mito, destrói e reconstrói seus fundamentos para o direito de punir com a visão da retina, não com o olho da alma. A retina de Ferrajoli não enxerga além do limite de sua sala de audiências e se compadece do sofrimento do réu, mas não vê que existe uma diferença entre sofrimento justificado e sofrimento injustamente sofrido. Quem não enxerga diferença tão elementar pode entender alguma coisa de justiça?

Que foi que te ensinaram, Luigi Ferrajoli, que era sofrer?

V

Concluindo este capítulo de nossa jornada, aqui limitada ao discurso da teoria política, penso que minha crítica conseguiu elucidar algo relevante: que alguém a quem chamamos “O Povo” levou uma bela rasteira do garantismo. Cabe muita gente debaixo do tapete de Ferrajoli: todo mundo que morreu, todo mundo que foi estuprado, que teve sua liberdade – e hoje com a violência de drogas novas, rapidamente também a vida – sequestrada pelo tráfico de entorpecentes, e muitos mais.

Uma teoria que nos passa uma rasteira dizendo que defende a democracia, que sua elaboração sofisticada foi feita *ex parte populi*, talvez seja uma roupa nova para abuso antigo chamado demagogia sofisticada. A razão que é remédio contra o auto-engano precisa ser muito realista, mesmo que receba o título de ‘cruel’ ou ‘desumana’, algo que, aliás, tem venerável tradição no pensamento político. Começamos a ver como pode ser cruel uma dogmática vestida de humanismo. Carl Schmitt disse com precisão que Maquiavel nunca foi maquiavélico no sentido que a palavra derivada de seu nome adquiriu na história, pois “se tivesse sido maquiavélico, em vez de *O príncipe* teria antes escrito um livro composto de sentenças comoventes” (Schmitt, 1992, p.92). Eu vou ser duro com Ferrajoli, porque ele é duro com a gente: em paráfrase, eu completaria que um autor pós-moderno, maquiavélico no sentido corrente do termo, escreveria um livro como *Direito e Razão*.

Referências

Bobbio, Norberto 1985: *A teoria das formas de governo*. Tradução Sergio Barth. 4ª ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília.

_____. 1988: *Diário de um século. Autobiografia*. Organização de Alberto Pappuzzi. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus.

Castoriadis, Cornelius 1987: *The imaginary institution of society*. tr. Kathleen Blamey. Cambridge: MIT Press.

Ferrajoli, Luigi 2010: *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavoras e Luis Flávio Gomes. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Heller, Agnes 1987: *Beyond Justice*. New York, Basil Blackwell.

Schmitt, Carl. 1992: *O conceito do político*. Tradução de Alvaro Valis. Petrópolis: Vozes.

_____. 2003: *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europaeum*. Translated by G. L. Ulmen. New York: Telos Press Ltd.