

Pereat mundus: o desejo de morte no evangelho de Luigi Ferrajoli

Marco Aurélio Dutra Aydos

Procurador da República em Santa Catarina

RESUMO: Este artigo examina o espírito geral da obra *Direito e razão*, de Luigi Ferrajoli, principal articulação teórica do chamado garantismo penal. Contrariando o prefácio de Norberto Bobbio, apresenta a obra como manifestação contemporânea do espírito do romantismo alemão do final do século 19 e suas “dogmáticas narcisistas” (segundo expressão de Carl Schmitt) e como aquelas é obra feita de colagens de diferentes fontes místicas e gnósticas. A inconsistência lógica de seu alegado fundamento, a presunção de inocência, permite especular que outro fundamento ocupa seu lugar. A soberania do povo, aparentemente suprimida, seria o fundamento verdadeiro, mas reprimido, cujo retorno se faz violento, na figura do Deus duplicado das religiões gnósticas. Sua apoteose aparece na ressurreição da alegoria da redenção de Caim, do Evangelho de Marcião. O garantismo mostra-se, assim, em sua verdade profunda como ideologia irresponsável, que em nome da justiça não se importa que o mundo pereça.

PALAVRAS-CHAVES: Garantismo Penal. Presunção de inocência. Soberania. Justiça.

ENGLISH

TITLE: Pereat mundus: the death wish in the gospel of Luigi Ferrajoli

ABSTRACT: This article examines the general spirit of Luigi Ferrajoli’s work *Law and Reason*, the main theoretical articulation of the so-called “Garantismo Penal” (penal rule of law). Contrary to the preface of Norberto

Bobbio, this article presents the work as a contemporary manifestation of the spirit of German Romanticism from the late 19th century and its “narcissistic dogmatics” (Carl Schmitt’s second expression) and how these are made of collages from different mystical and gnostic sources. The logical inconsistency of its alleged foundation, the presumption of innocence, allows one to speculate that another foundation occupies its place. The people’s sovereignty, apparently suppressed, would be the true but repressed foundation. Its return becomes violent in the figure of the double God of the gnostic religions. His apotheosis appears in the resurrection of the allegory of Cain’s redemption from the Gospel of Marcion. Penal rule of law thus reveals itself in its profound truth as an irresponsible ideology, which in the name of justice does not care if the world perishes.

KEYWORDS: Penal rule of law. Presumption of innocence. Sovereignty. Justice.

I

Os livros têm seus destinos. A sina dos livros fundadores de movimentos é a de serem populares, mas não terem sua periculosidade percebida pelos contemporâneos. É o caso da autobiografia de Hitler. Quando apareceu, os judeus alemães não ligaram para esse livro “longo e patético” escrito por um “psicopata obsessivo”¹. Só depois de se tornarem realidade se viu que “as ideias centrais de Hitler foram desenvolvidas em *Mein Kampf*, publicado em 1925, e ele não se desviou delas por vinte anos”².

O destino de *Direito e razão*, de Luigi Ferrajoli, é parecido, com a diferença de que quase não é lido, talvez por ter 925 páginas na edição brasileira.

¹ Segundo matéria de Raphael Ahren, de 14/02/2016, por ocasião da liberação de *Mein Kampf* na Alemanha, 70 anos depois de sua proibição, em <https://www.timesofisrael.com/why-jews-couldnt-care-less-about-mein-kampf-when-it-first-came-out>, consulta em 8 jun. 2018.

² Gollo Mann, *The history of Germany since 1789*. tradução de Marian Jackson. New York, Washington: Praeger, 1968, p. 437.

Mas o prestígio do autor cresce em proporção inversa, e o movimento ideológico que ele inagurou ainda é popular entre nós. Mesmo quando raramente é lido, sua periculosidade não é percebida. Norberto Bobbio, que prefaciou a primeira edição italiana, de 1989, talvez tenha sido o primeiro leitor vencido pela longa e patética ladainha de Ferrajoli. Porque Bobbio elogiou em Ferrajoli um autor “iluminista em filosofia, liberal em política”³, qualidades que seu autor possui ao contrário. O garantismo de Luigi Ferrajoli é fruto temporão da voga filosófica do romantismo alemão do final do século 19, para o qual o liberalismo político não passava de hipocrisia e conversa mole, *decadência* inglesa. Alguma voz acadêmica de vez em quando comenta que a obra é medíocre, o que é verdade, porque seu autor exorbita em empréstimos ilegítimos de fontes não lidas ou bem mal compreendidas. Mas essa crítica acadêmica é irrelevante e injusta, porque a intuição que embala a construção de Ferrajoli tem algo de genial, se por gênio considerarmos o espírito precursor, que tenta fazer o que ninguém fez. Ferrajoli tentou compreender a decisão criminal através da decomposição de seu silogismo. Para ter sucesso nessa empreitada que ninguém antes tentou, ele precisaria conhecer bem a lógica aristotélica, mais do que sua vulgarização em manuais. Mas Ferrajoli dispensa a única ferramenta útil e abraça indevidamente a lógica moderna da ciência, de Karl Popper, provavelmente por ouvir dizer, porque a teoria de Popper (no original alemão, uma *teoria do conhecimento da ciência natural moderna*) não se aplica à decisão criminal, por não tratar de fatos irrepetíveis, apenas de teorias científicas, que são enunciados *universais*, ou “redes, lançadas para capturar aquilo que denominamos o ‘mundo’: para racionalizá-lo, explicá-lo, dominá-lo”⁴. Fatos criminosos são “ocorrências particulares não suscetíveis de reprodução” e como estas, “carecem de significado para a ciência”. A teoria da falseabilidade aceita como científica uma teoria que

³ Luigi Ferrajoli, *Direito e Razão* – Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 8 [obra adiante referida no corpo do texto pela abreviação do título, DR, seguida do número da página citada].

⁴ Karl Popper, *A lógica da pesquisa científica*. trad. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 61

possa estar sujeita a “hipótese falseadora”. Mas essa ‘hipótese’ é um enunciado universal admitido por *consenso* pela comunidade científica. Em nota de rodapé ao tópico 22, ‘Falseabilidade e falsificação’, Popper exemplifica o uso dessa hipótese. Um enunciado universal dizendo que “todos os corvos são negros” habilita-se como enunciado de uma teoria científica porque em tese é possível falsificá-lo através da descoberta de uma família de corvos brancos. Mas se alguém desconfia da procedência da hipótese falseadora, precisará submetê-la a teste e chegar a uma decisão.

Se alguém quiser efetuar a prova e for informado de que a família de corvos pereceu, ou que dela jamais se ouviu falar, cabe a essa pessoa aceitar ou rejeitar meu enunciado básico falseador. Em geral, ela terá meios de formar uma opinião, através do exame de testemunhos, documentos, etc., ou seja, apelando para outros fatos reproduzíveis e intersubjetivamente comprováveis⁵.

Ao contrário do que ocorre na justiça, no âmbito da ciência “é de esperar que os vários investigadores se ponham de acordo” acerca da procedência da hipótese falseadora:

Caso, algum dia, não seja mais possível, aos observadores científicos, chegar a um acordo acerca de enunciados básicos, equivaleria isso a uma falha de linguagem como veículo de comunicação universal. Equivaleria a uma nova ‘babel’: a descoberta científica ver-se-ia reduzida ao absurdo. Nessa nova babel, o imponente edifício da ciência logo se transformaria em ruínas⁶.

O equívoco derivado da importação indevida da lógica de Popper está na base do edifício de Ferrajoli, que se poderia considerar um fracasso teórico. Mas um fracasso teórico produzido desde uma intuição genial e que demonstrou ser um sucesso político no plano *ideológico*. É no terreno

⁵ Id. *ibid.* p. 92.

⁶ Id. *ibid.* pp. 111-112.

ideológico que a obra merece ser criticada. Seu autor quis ser fundador de uma ideologia, que desde o subtítulo contém o sufixo ‘ismo’. Os ‘ismos’ não são teorias científicas, são antes instituições do imaginário social produzidas a partir de recepções parciais de filosofias, voltadas para a eficácia da ação política: são *ideologias*. As ideologias podem ser fontes de entusiasmo para grandes feitos, como também para formidáveis destruições. Aproximamo-nos de obras de Filosofia, Arte e Religião através de uma hermenêutica do sagrado, que confia que lá se escrevem verdades, ainda que por linhas tortas. As ideologias exigem comportamento oposto: desconfiamos que as verdades que são ditas em linha reta ocultam verdades que não são ditas, das quais seus autores não são sempre conscientes. Precisamos de alguma chave de compreensão para o trabalho de tradução, que Ricoeur qualifica como hermenêutica de suspeição⁷. Duas chaves mestras foram desenvolvidas no século 19, uma por Marx e outra por Freud, que inverteram a metafísica desconfiando que as verdades não estavam lá no alto, onde se podia chegar subindo por alguma escada purificadora das aparências enganadoras e das ditas partes baixas da alma, mas enterradas em algum lugar não passível de conhecimento direto, que só denuncia sua existência por mensagens distorcidas que aparecem na superfície da alma individual ou social. Mas não parece frutífero tentar descobrir na obra o enigma decifrado por Marx, da ocultação da *luta de classes* e sua transformação em fetiche, na superfície social, como valor da mercadoria. Resta-nos explorar, se e como pudermos, a via proposta por Freud. Nossa hipótese é que a verdade oculta do garantismo estaria na manifestação de algo cuja descoberta aterrorizou Sigmund Freud: que não só os instintos de Vida, eróticos, podem sublimar-se, que também o instinto de Morte se sublima⁸. Interpretaremos a teoria garantista

⁷ Paul Ricoeur, *Freud and philosophy – An essay on interpretation*, Tradução de Denis Savage. New Haven, London: Yale University Press, 1970, p. 32. O filósofo fala de três mestres da suspeição, incluindo Nietzsche, mas o método de escavação deste pode ser considerado ‘desenvolvido’ pela psicanálise de Freud.

⁸ Paul Ricoeur, op. Cit. p. 302. A descoberta de um ‘desejo de morte’ numa teoria precisaria desenvolver a chave de compreensão, o que não se pode sequer começar, nem mesmo telegraficamente, no limite deste ensaio. A referência à inter-

de Ferrajoli, em sua verdade profunda, como sublimação de um desejo de morte reprimido, que retorna distorcido e fantasiado de utopia progressista e democrática.

II

O edifício teórico é sedutor porque parece ciência. Ferrajoli tenta convencer-nos, ou parece convencido, de que apenas deduziu diferentes recomendações práticas e opiniões políticas da matriz da presunção de inocência e de seus dez axiomas filhotes: 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; 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). Mas a presunção de inocência não é um fundamento sólido para esse edifício. A presunção de inocência é apenas um “primeiro acordo no campo do preferível”, segundo paráfrase de Perelman⁹ para a noção aristotélica de tópos, não é um fundamento (alicerce ou chão, *ground*, *Grund*, *árche*, no sentido aristotélico de primeiro termo de uma cadeia lógica de deduções, mas também o elemento governativo, fundacional, princípio a que podemos retornar quando a cidade se desfigura em outra *politéia*). A elevação dessa noção à condição de fundamento opera-se com certa má-consciência. Porque ninguém consegue deduzir desse alegado primeiro termo algo como o A3 (não haverá lei penal sem necessidade). O edifício teórico desaba e se revela pura arbitrariedade assim que perguntarmos: Quem tem legitimidade para dizer que qualidade e quantidade de pena são necessárias? O construtor não consegue deduzir sua resposta do

pretação filosófica de Freud por Ricoeur não supre essa lacuna, mas ao menos indica fonte confiável para tema difícil, que envolve as noções de narcisismo e de sublimação, que Freud empregou de modo consistente, como melodia de fundo, mas não completamente refletido numa teoria.

⁹ Chaim Perelman, *Tratado da argumentação*. A nova retórica. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 95.

fundamento da presunção de inocência. Desconfiamos, então, que uma construção *ideológica* nos empurra outras verdades, de contrabando, sem que seu construtor tenha completa consciência. Para descobrir que verdades são essas, precisamos propor um fundamento verdadeiro, reprimido e oculto na teoria garantista.

Partindo da discussão do A-3, propomos por hipótese que existe um fundamento legítimo do qual poderia ser deduzida uma resposta para a pergunta ‘quem diz o que é necessário?’ A Soberania do Povo pode ser abusada ideologicamente, mas ainda assim é um fundamento legítimo para a política moderna, porque ocupa o lugar vazio das noções de Deus ou da ordem natural das coisas, que nos antigos regimes faziam com que os peões obedecessem a tudo que lhes comandavam reis e rainhas. As ideologias, quando existiam, tinham função marginal nesse processo tradicional de legitimação. Uma vez quebradas essas tradições, elas são essenciais como fontes de legitimação do poder político, e não podem deixar de existir. O que podemos fazer é destruí-las, pelas armas da crítica, se e quando as ideologias se revelam *destrutivas*. Bom começo de crítica será procurar pela noção de soberania na teoria do garantismo.

Precisaremos enfrentar o livro todo para descobrir que o problema da Soberania não existe. Diz o autor que simplesmente “sucedeu ... na cultura jurídica que ... a soberania popular é assumida como um fato destituído de maiores implicações para os fins do direito público interno” (DR, p. 863).

Ferrajoli declara-se devedor do pensamento de Karl Popper desde o início, em sua peculiar teoria da prova, até o final quando emprega no modo popperiano a palavra holismos. Mas ao contrário do que se passa na teoria garantista da prova, na dispensa da soberania o empréstimo é legítimo. Popper dispensou a soberania como um erro derivado de uma confusão inicial de Platão: quando o filósofo ateniense perguntou “quem deve governar?”, teria partido do começo errado, pois no desenvolvimento não conseguimos evitar o paradoxo da democracia, de que a maioria pode escolher um tirano que ponha a perder a democracia. Para Popper a pergunta certa seria esta: “como se podem organizar as instituições políticas de tal modo que gover-

nantes ruins ou incompetentes não consigam causar maiores estragos?”¹⁰. Popper recomenda uma teoria do controle democrático (do tipo *checks and balances*) que conseguiria evitar o paradoxo da soberania. Mas ela só parece funcionar onde existe a força de uma tradição democrático-liberal. Porque onde a maioria põe a perder, pela democracia, a democracia, “esta experiência triste só irá revelar que não existe método infalível de evitar a tirania?”¹¹ Popper termina por reduzir a teoria política a uma espécie de “engenharia social” de varejo (*piecemeal*), algo inofensivo onde existem tradições que assegurem que “as instituições não serão facilmente destruídas por aqueles que estiverem no poder”¹², mas insuficiente onde essas tradições não existem. Popper varre para baixo do tapete os paradoxos da soberania, da democracia e da liberdade, mas a própria formulação de Popper contém o tema da soberania que ele dispensou, porque a soberania retorna assim que perguntamos ‘a quem’ os governantes ruins poderão causar estragos, e ‘quem decide o que são estragos’. Tal como em sua fonte, em Ferrajoli o dilema da soberania também retorna, com uma diferença essencial. Porque Popper dispensou a soberania em favor de algo bom, uma democracia liberal. Mas Ferrajoli a dispensa em favor de uma utopia potencialmente totalitária. O retorno da soberania em Ferrajoli é um tipo de retorno *violento* do fundamento reprimido.

Combinando livremente os métodos da escola de Pierre Nora de “lugares de memória” e o método de Freud de interpretação da memória coletiva, por analogia com a neurose individual, propomos dois desenhos para visualizar esse enigma, admitindo por hipótese que a Inglaterra sublimou com sucesso a morte do Deus visível e o substituiu pelo Deus invisível da Soberania popular, tradição exportada com sucesso para os Estados Unidos. Mas essa sublimação feliz não aconteceu no Continente. Para demonstrar a diferença, vejamos dois símbolos de memória coletiva.

¹⁰ Karl Popper, *The open society and its enemies*. Vol. I. The Spell of Plato. 2. ed. London: Routledge & Kegan Paul, 1952, p. 121.

¹¹ Id *ibid.* p. 125.

¹² Id *ibid.* p. 124.

The jury of my peers

Ernst Kantorowicz, em seu interessante estudo sobre teologia política medieval, *Os dois corpos do rei*, analisa vários símbolos, desde efígies e moedas até cerimônias fúnebres, para descobrir como a Inglaterra fixou, diferentemente do Continente, uma teoria dos dois corpos do rei (corpo físico-natural e corpo místico-político) e como a influência recíproca da teologia no direito e do direito na teologia contribuiu para que o problema da sucessão real resultasse na ideia de que o *rei morto não morria*, ele vivia no Parlamento. “A partir de fatores históricos dados a todas as nações europeias [...] foi, entretanto, apenas na Inglaterra que se desenvolveu uma teoria política ou legal consistente sobre os ‘dois Corpos do Rei’”. Nesse desenvolvimento, a justiça do rei vivia no parlamento e assim vivia no seio do povo. “Por representação, o Parlamento era o ‘corpo político’ vivo do reino”¹³. Daí resulta *naturalmente* que no direito norte-americano os julgamentos sejam anunciados pelo nome do soberano: *The People versus* Nome do Acusado. Ali o espírito de quem morreu está vivo no júri, o morto não será jamais apenas um ‘ofendido’. Nessa solenidade será *naturalmente sacrílego* chamar o acusado de *vítima*.

O desenvolvimento da teoria dos dois corpos do rei forjou um símbolo de memória presente e vivo na tradição. Ao contrário disso, nossa memória coletiva registra um trauma, e não a sublimação feliz da comunhão de justiça e povo que se renova em toda solenidade de abertura do júri. Não podemos mudar de tradição como quem muda de roupa, mas podemos conhecer nossos traumas para impedir que eles forjem monstros quando deixados livres e soltos. O Continente não desenvolveu uma teoria dos “dois corpos” do rei e assim não sublimou com sucesso a morte de Deus. Aqui o lugar desocupado da soberania popular se fez facilmente usurpável por algum profeta ou líder carismático. Assim nasceram os Césares modernos – Robespierre, Hitler e Stalin.

¹³ Ernst H Kantorowicz, *Os dois corpos do rei*: Um estudo de teologia política medieval. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 268-9.

O pelourinho

O símbolo característico da justiça do rei continental não tem a sonoridade (nem a razão, *lógos*) das palavras: “The people”. É um símbolo físico e mudo.

O pelourinho, um símbolo da justiça e da autoridade real, erguia-se no centro da maior parte das cidades portuguesas do século XVI. [...] Sua localização, no centro da comunidade, ilustrava a crença ibérica de que a administração da justiça era o atributo mais importante do governo. Portugueses e espanhóis dos séculos XVI e XVII achavam que a administração imparcial da lei e o desempenho honesto do dever público asseguravam o bem-estar e o progresso do reino; inversamente, o embaimento da justiça por funcionários avarentos ou grupos e indivíduos poderosos trazia a ruína e provocava a retaliação divina¹⁴.

Esse símbolo continental da autoridade da justiça permite não apenas que se esqueça do povo, como também que se esqueça da vítima. Permite também que o lugar sagrado da vítima, posto para baixo do tapete, seja tão usurpado quanto é usurpada a soberania do povo. O pelourinho é erguido por ordem do rei, que impõe a (dura) lei. Esse pelourinho aparece cercado pelo povo, que assiste ao espetáculo da justiça real em absoluta anarquia. O povo que deveria ser soberano (em comunhão com seu rei no parlamento) aqui é apenas turba que reclama algo que deveria parecer natural, mas é associado ao mal: vingança (ou castigo, ou retribuição). Vejamos algumas associações possíveis nessa imagem de memória coletiva. O pelourinho pode ser fisicamente associado à cruz. Na ‘cruz da justiça’ parece estar pendurado o réu, acossado pelo povo vingador e pela lei absolutista do rei (o promotor de justiça, na origem, era procurador do rei). Não fica difícil

¹⁴ Stuart B. Schwartz, *Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial – A Suprema Corte da Bahia e seus Juízes: 1609-1751*. Tradução Maria Helena Pires Martins. São Paulo: Perspectiva, 1979, p. 3.

a quem tenha essa imagem gravada no inconsciente querer andar do lado ensolarado da rua, longe do rei, mas aqui isso quer dizer igualmente longe do povo, visto como turba sanguinária e irracional. Então não é incompreensível que uma teoria promova uma ideia supostamente humanitária de que a missão primordial de um juiz justo não é a de alcançar a justiça, mas unicamente a de resgatar o acusado desse cenário de aflições. Esse é o imaginário *inconsciente* da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, autor rico para ser traduzido através de uma hermenêutica de suspeição, porque é um ideólogo sincero que conduz esse imaginário até o paroxismo em que se mostra imoral e irresponsável.

III

A invenção mais notável de Luigi Ferrajoli é sua peculiar fundamentação para a necessidade da pena. Ferrajoli imagina que conseguirá superar alegados erros das filosofias de Kant e Hegel nesse tópico: “inobstante a autoridade de Kant e de Hegel” no que diz respeito ao A3 o pensamento deles significaria apenas “sobrevivência de antigas crenças mágicas que derivam de uma confusão entre direito e natureza” (DR, p. 237).

Para Ferrajoli, a dialética hegeliana seria “veste teórica a uma tal superstição consentindo de conceber como ‘lógica’ a circunstância de um fato poder negar um outro fato” (DR, p. 238). Mas Hegel é dispensado com muita facilidade, pois a pena criminal para Hegel nunca foi pensada como um fato negando outro fato: o que se eleva a um plano de universalidade, na pena criminal enquanto retribuição, é a violação em sua particularidade, que seria a vingança. 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 repetiria a violação ao infinito.

Mais interessante é o modo como Ferrajoli dispensa Kant. Ferrajoli alega que o filósofo teria sido inconsistente consigo mesmo, por confundir direito e moral. Mas talvez ninguém tenha mais consistente e radicalmente separado moralidade e legalidade do que Kant. De diferentes tradições,

ouvem-se críticas a um Kant ímpio e desavergonhado em suas deduções na doutrina do direito, como, por exemplo, do casamento, que seria um contrato para uso recíproco da sexualidade dos contratantes. Kant conhecia Beccaria, a quem dispensou com indignação como um sofista, e viu na natureza da pena como retribuição sua única fundamentação possível, porque qualquer medida para prevenir algo no futuro violaria a Lei Moral (com letra maiúscula) que ele formulou: *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 seria instrumentalizado como meio, e não tratado em sua dignidade humana como um fim em si.

Em favor de Kant e de Hegel, é possível sustentar que a retribuição é pelo menos mais natural, menos artificial do que a mera utilidade. 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 conjectura científica. Por isso também o fundamento retributivo é mais democrático e envolve uma capacidade de ajuizar os fatos que movimenta um tipo de razão cotidiana que pode ser definida como bom-senso, distribuído igualmente a todos. Exigindo *conhecimento* do futuro, a base da prevenção 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?

Ferrajoli alega que deduziu a necessidade da pena da presunção de inocência, mas demonstra aqui ter inventado seu próprio fundamento. Porque Ferrajoli dispensa Kant e o princípio retributivo, mas aplica Kant só quando quer dispensar o utilitarismo da prevenção. Já passou da hora de decretar-se que no direito penal ninguém deveria servir de exemplo para ninguém, apenas ser punido pelo que fez. Mas a validade do que Ferrajoli escreve desaparece, porque depois de concluir que só se pode punir ou em razão do passado ou em relação ao futuro, Ferrajoli insiste no *utilitarismo* da pena. Ferrajoli quer andar do lado ensolarado da rua, onde a justiça é só

Bondade. Seu utilitarismo do bem fundamenta a pena em 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. 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. Mas generalizando como fato certo essa hipótese, o garantismo dispensa o criminoso de pena, porque supostamente estaria ausente seu fundamento de necessidade. A solução não supera filosofia nenhuma, é uma invenção extravagante de Ferrajoli que quando bem lida e compreendida revela-se 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).

Mas ao rejeitar a prevenção, o garantismo não instrumentaliza o criminoso, porque seu utilitarismo do suposto Bem *instrumentaliza a vítima*.

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 mítico 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.

O silêncio sobre crimes contra a vida, em obra tão rica em exemplos, é outro modo de autocensura do autor, porque na utopia (ou pesadelo) garantista, só deverá vigorar a prevenção ferrajoliana, que nas palavras de seu sofisticado inventor significa:

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).

No garantismo, o réu torna-se a vítima resgatada da ‘aflição’ que lhe poderia ser aplicada pelo povo. 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, poderá entender alguma coisa de justiça?

IV

A partir da discussão do fundamento da pena, podemos retomar o equívoco fundamental de Norberto Bobbio. O garantismo não é iluminista em filosofia, nem liberal em política, mas versão contemporânea do ‘romantismo político’ que nasceu no final do século 18 na Alemanha. Mais do que uma escola de filosofia, esse romantismo é uma atitude, que se declarou inicialmente revolucionária, mas que combina todo tipo de mística e noções gnósticas. O clássico nesse tema é *Romantismo político*, obra excelente, ainda

que pouco conhecida, do filósofo Carl Schmitt¹⁵. Hannah Arendt situou historicamente esse romantismo político alemão entre os movimentos espirituais que semearam o totalitarismo e o terror modernos. O movimento retornou à voga na Alemanha por volta da Primeira Guerra Mundial, quando se tornaram moda filosofias da morte¹⁶ e opiniões tão novas e fascinantes, quanto frívolas e irresponsáveis, de literatos que prepararam a “mentalidade geral dos acadêmicos alemães”, que provaram, mais de uma vez, não existir ideologia que deixarão de abraçar de bom grado, contanto que a única realidade – que mesmo um romântico não pode se dar ao luxo de dispensar – esteja em risco: a realidade de suas posições”¹⁷.

Estabelecida a sua genealogia, podemos começar a interpretar a ideologia garantista em sua essência, como ladainha “longa” e “patética”, que ocupa o lugar das religiões. O fundamento reprimido da Soberania do Povo retorna no garantismo como o Deus duplicado das religiões gnósticas. A partir do clássico de Hans Jonas¹⁸, podemos compreender a essência dessas religiões como resposta existencial à experiência do terror cósmico decorrente de um choque cultural representado pelo avanço do helenismo rumo ao Oriente. O trauma *político* é a conquista do Oriente por Alexandre (334-323 a.C.). Antes de Alexandre, a cultura grega clássica era cultura de uma *pólis* integrada. A luta de Sócrates e Platão para substituírem a tradição religiosa, substrato sagrado da ordem harmoniosa da *pólis*, pela *epistème*, foi uma resposta ao desafio proposto pelo movimento dos sofistas, conhecido como ilustração grega (séc 5 a.C.), que quebrou a tradição, relativizando o caráter sagrado das normas, desmascarando-as como meras convenções até o limite de um realismo bruto, que identificava a justiça ao poder, na proposição do sofista

¹⁵ Carl Schmitt, *Political romanticism*. Tradução de Guy Oakes. Cambridge, London, MIT Press, 1986. 71.

¹⁶ Hannah Arendt, *The origins of totalitarianism*. San Diego, New York, London: Harcourt Brace & Company, p. 173.

¹⁷ Id *ibid.* p. 168.

¹⁸ Hans Jonas, *The gnostic religion: The message of the alien God and the beginnings of Christianity*. 3ª ed. Boston: Beacon Press, 2001 [adiante referido pela abreviação GR, seguida da página citada].

Trasímaco, retratado em diálogo com Sócrates na *República*. O paradoxo da luta de Sócrates e Platão é que o recurso à razão em substituição à religião traz consigo o germe de destruição daquela tradição: o ingresso na *pólis* do homem privado. Junte-se à ilustração sofista o desenvolvimento de uma civilização urbana e chegaremos à fase do helenismo como cultura secular cosmopolita. Nesse período (300 a.C.–séc. 1 d.C.) o espírito grego foi representado pelas grandes escolas. A Academia já se encontrava em franca decadência, entregue a epígonos sem relevância, desde que Aristóteles, após a morte de Platão (348/7 a.C.) foi rechaçado em favor de um sobrinho de Platão, Espeusipo, na sua direção¹⁹.

Do ponto de vista das novas gerações, praticamente nada havia a construir depois de Platão e Aristóteles: restava viver a filosofia, experiência existencial que explica o surgimento das escolas de Epicuro e dos estoicos. Mas a teoria grega dominante nesse primeiro helenismo ainda tinha um forte apelo de ‘pertencimento’, não mais nos limites da *pólis*, mas do mundo. Concebia-se o cosmos agora como “a verdadeira e grande *pólis* de todos”.

O terceiro período do helenismo é caracterizado pelo retorno à religião. Não uma volta à tradição grega original, que já se quebrara tanto pela ilustração sofística como pela expansão dos limites da *pólis*. Esse retorno à religião se produzirá sob influência de forças espirituais contrárias ao espírito grego e modificará o sentido que o indivíduo dava ao seu ‘estar no mundo’, a concepção que tinha do ‘cosmos’.

A expansão de Alexandre para o Oriente leva consigo a ideia de que ser cidadão grego já não será privilégio do bom nascimento. Ser grego será algo que pode ser adquirido por assimilação, exigirá aprender a língua, apropriar a herança cultural grega. Mas é evidente que um processo de aculturação como esse não será inocente. A helenização do Oriente foi um processo que se fez sob compromissos e reciprocidade. O resultado mais importante do *trauma* da sujeição política é que as religiões orientais, perdendo a função política de estruturação de suas sociedades, como que pairam no ar, isto é,

¹⁹ Werner Jaeger. *Aristóteles: Bases para la historia de su desarrollo intelectual*. Tradução de José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1946, pp. 132, 357.

tornam-se *apenas* religiões, no sentido moderno da palavra. Pairando no ar, elas simultaneamente se abstraem dos modos de vida tradicionais, mas se fortalecem como religiões, e sentirão necessidade de se construírem como *teologias*.

Possivelmente a melhor analogia para compreender esse encontro das religiões orientais com o *lógos* grego será a do desenvolvimento de uma neurose individual, de trauma-latência-retorno do reprimido.

Inicialmente poderosas, as forças espirituais do Oriente – o monoteísmo judaico, a astrologia babilônica e o dualismo iraniano – calaram-se numa espécie de latência. O *lógos* grego encontrou um pensamento oriental não-conceitual, rígido, ainda exposto sob forma de mitos e ritos. Mas a imposição do *lógos* grego esteve longe de ser apenas uma ditadura de força. Desde que esse *lógos* continha em germe a universalidade ele foi também libertador. O Oriente não foi apenas ‘matéria morta’ para a ‘forma grega’. Lentamente os ‘instrumentos’ proporcionados pelo *lógos* grego libertam os modos tradicionais de pensamento, que vão encontrando uma forma lógica de expressão, para renascerem numa espécie de contra-ataque oriental. Resultam desse movimento teologias que nascem da experiência de indivíduos que não pertencem mais à polis e não acreditam que pertencem a um mundo concebido como “a grande *pólis* de todos”, pois a sujeição política ao grego, em última instância estrangeiro, não permite a concepção de um ‘*cosmos-políteis*’ (cidadão do mundo). É esse caldo de cultura que produz o gnosticismo.

O indivíduo gnóstico percebe-se como alguém que foi *jogado no mundo* e não encontra razão de ser porque não pertence a nada: seu sentimento é de terror cósmico. *Geworfenheit*, a principal característica do *Dasein* de Heidegger, é um termo que deriva dessa experiência gnóstica (GR, p. 335). O mundo no qual o indivíduo foi jogado não é mais um cosmos bem ordenado, é ao contrário um cosmos opressor, que não tem sentido nem razão, cuja ordem é pautada pela ‘ignorância’. Nesse cosmos opressor o indivíduo precisa de salvação. As religiões gnósticas podem ser definidas pelo critério comum de serem religiões *dualistas, transcendentas e de salvação*. O caminho

da salvação chama-se *Gnosis*, em oposição à ignorância que regula a ordem cósmica do mundo opressor.

Os gnósticos foram calados à força e marginalizados. E impropérios contra suas heresias partem de duas tradições: da cultura grega e da nascente tradição católica, que logo tratou de excomungá-los, pois seriam arrogantes, irresponsáveis, inventivos, dissolutos, ímpios, hereges, covardes! Esses gnósticos precisariam ser instruídos sobre as belezas do cosmos, se é que em sua arrogância admitem tal coisa! (Plotino, em GR, p. 253). “Não passa um dia sem que um deles invente algo novo!” registra uma fonte da Patrística (Irenaeus, em GR, p. 42).

O que une essas duas tradições em violento combate?

Se do lado dos gregos, o a-cosmismo gnóstico é visto com certo desprezo como ‘curiosidade’ e arrogância, o combate da Igreja não é tão compreensível, pois afinal o Cristianismo também tem sua própria tendência a-cósmica, pois o Reino de Deus não é deste mundo. Incomodará contudo à nascente Igreja o dualismo gnóstico. Harnack, clássico estudioso de Marcião, propôs a tese de que o Catolicismo se construiu em oposição a Marcião²⁰. Para combater o gnosticismo a Igreja se concentrará na doutrina bíblica da Criação, incompatível com o dualismo gnóstico, pois Deus criou *todas as coisas e disse ‘isso é bom’*. O apóstolo Paulo insistia em que Deus é *bom e justo*. É evidente que justificar o mal fica mais difícil para a teologia da Igreja, que precisará de esforços teóricos e alguma dialética mais elaborada do que a simplificada fórmula dualista de separar radicalmente as fontes do bem e as origens do mal.

O Deus gnóstico da salvação é um deus estrangeiro que não participa da criação, logo não é responsável. Mas o a-cosmismo gnóstico não significa negação de que exista um cosmos, uma ordem, ele é antes manifestação de repugnância pela ordem desse cosmos. O cosmos belo e racional dos gregos é substituído pela *heimarméne*, um destino cósmico opressivo: “a

²⁰ Hans Blumenberg, *The legitimacy of the modern age*. Tradução de Robert Walla-
ce. Cambridge, MA; London: MIT Press, 1983, p. 131.

vastidão, o poder, e a perfeição do cosmos não evocam mais contemplação e imitação, mas revolta e aversão” (GR, p. 253).

Misturando elementos gregos com religiões orientais, os gnósticos produzirão sistemas de pensamento construídos de “empréstimos” e “alegorias” (o que hoje fazemos pela colagem de citações) que não guardam compromisso com a tradição original. Os sistemas gnósticos dão vazão a um tipo de revolta existencial contra a falta de pertencimento. Todos eles têm em comum a rebeldia. Seus argumentos mítico-filosóficos dão forma a essa rebeldia pelo choque, inversão de sinais e valores. Como essa resposta provém de terror cósmico pela falta de pertencimento do indivíduo, os sistemas serão obras idiossincráticas de cada gnóstico (por isso são recriminados como ‘inventivos’). Os sistemas gnósticos, de modo consistente, pregam ‘autonomia absoluta da moralidade individual’ e ‘soberania do espírito’. Mas ainda que sejam criações idiossincráticas, os gnósticos possuem os seguintes traços comuns: (1) Dualismo radical governa as relações de Deus com o mundo. A divindade é absolutamente de outro mundo, alheia e estrangeira a este mundo. (2) A salvação individual consiste no “conhecimento” (*gnosis*) dessa divindade estrangeira. (3) *A-cosmismo*, ou seja, absoluta irresponsabilidade em relação ao cosmos, pois ele foi criado por poderes “subalternos”. O cosmos é uma “vasta prisão, governada tiranicamente”. (4) Apesar de ser “a-cósmica”, toda religião gnóstica reconhece que existe no mundo uma ordem, mas uma ordem inferior, porque governada pela Justiça, não pela Caridade. É uma ordem vingativa. (5) Essa visão do cosmos é eminentemente prática e acarreta dois tipos de atitude no mundo: ascética ou libertina. A Lei do mundo inferior não obriga um gnóstico: “no geral a moralidade gnóstica é marcada pela hostilidade em relação ao mundo e desprezo por todos os vínculos mundanos”, de modo que um gnóstico pode tudo, não está obrigado a nada, ou por outro lado tenta manter-se o mais possível distante de “contaminação” pelo nosso cosmos (da Lei, da Justiça, etc.).

O estudo do gnosticismo é fascinante porque em geral suas narrativas são fantásticas alternativas à doutrina bíblica da Criação, com os

elementos alegóricos mais impressionantes e inesperados. Platão também recorreu a alegorias e mitos, mas o uso gnóstico da alegoria é peculiar. Em Platão é um apelo à autoridade do mito, que dava caráter sagrado à tradição, quando o argumento racional já não se mostra suficiente. Platão não consegue provar apenas com razões, por exemplo, que entre sofrer o mal ou praticá-lo a pessoa decente escolherá sofrê-lo, porque ninguém consegue provar essa fórmula apenas racionalmente. O gnóstico usa a alegoria como prova de uma verdade mais profunda encontrada através de um procedimento do tipo do desmascaramento. Faz parte desse método a reversão de papéis entre bem e mal, sublime e abjeto, piedoso e ímpio, o bendito e o amaldiçoado. “A entonação rebelde desse tipo de alegoria não pode ser desconsiderada, até porque ela é um dos sinais que marcará a posição revolucionária do gnosticismo na cultura clássica tardia” (GR, p. 93).

Os evangelhos gnósticos são criados para uso esotérico, limitado aos iniciados de sua comunidade, ou para fins exotéricos, como religiões de massas. Dentre os que fundaram religiões, o gnóstico mais interessante foi Marcião, a quem nos dedicaremos mais detidamente, porque é o sistema de teologia que ressuscita no garantismo penal de Luigi Ferrajoli.

Marcião (em grego *Markíon*) pregou na Ásia Menor, na região de Sinob, província de Pontus, e nasceu perto do fim do 1º século d.C. ou a.D.²¹ Identificando-se em parte com o apóstolo Paulo, Marcião divergiu de Paulo por rejeitar a ideia de o mesmo Deus ser bom e justo, em favor do dualismo oriental. Ainda que contrariamente aos gnósticos Marcião reserve a salvação à fé e não ao conhecimento (*gnosis*), o que levou o clássico estudioso de Marcião, Harnack, a não considerá-lo gnóstico, na essência sua teologia é um evangelho dualista, transcendente e de salvação. Ele busca resolver o problema de ‘que fazer com o Antigo Testamento’ e elabora o primeiro cânone do Cristianismo em livro chamado “Antíteses” (como a maior parte dos escritos gnósticos, perdido, do qual se tem notícia por citações na literatura patristica).

²¹ Kurt Rudolph, *Gnosis: The nature and history of Gnosticism*. Translation by Robert McLachlan Wilson. New York: Harper & Row, 1987, p. 313.

Para Marcião, o Antigo Testamento era a Revelação do Deus da criação que se pronuncia como Lei. O Deus que se revelou em Cristo é um deus estrangeiro que é todo *Bondade*. Esse deus é estrangeiro porque ele não tem responsabilidade nenhuma na criação, e o cosmos que se regula pela justiça não é sua obra. Daí porque a bondade moral do indivíduo neste mundo (no cosmos) é totalmente irrelevante para sua salvação, que será obra do Deus estrangeiro e como tal um ato de pura graça (GR, p. 143).

A ética mundana do marcionitismo é ao mesmo tempo libertina e ascética. Por um lado, por dedicar-se à sua salvação através da fé no deus estrangeiro, o marcionita não tem responsabilidade nenhuma por este mundo e não deve obediência a suas leis. Ele precisa, aliás, manter-se o mais distante possível, não se contaminando pelo cosmos, de modo que suas relações com este mundo devem ser reduzidas ao mínimo.

Marcião crê que seguir as leis do deus menor da criação equivale a “promover a causa do criador”, mas como ele não é o salvador, um marcionita deve abster-se de tudo que foi criado, para melhor vexar o deus da criação (GR, p. 144). O ascetismo de Marcião é diferente do que será praticado mais tarde nos mosteiros cristãos, porque não busca a santificação da existência humana, ele é “essencialmente negativo em sua concepção, é fruto da revolta gnóstica contra o cosmos” (GR, p. 145).

De tudo que há de chocante e perigoso no garantismo de Ferrajoli, sua característica essencial – a inversão de culpa que passa a recair na pessoa da vítima, em nome da redenção do réu, examinada na discussão do ‘A3’ – é idêntica à inversão praticada pelos revolucionários gnósticos. Foi formulada no Evangelho de Marcião como alegoria da redenção de Caim.

A redenção de Caim

Vale transcrever duas passagens um pouco longas, que apresentam a alegoria de Caim (em Kurt Rudolph, porque é mais detalhada) e sua interpretação por Hans Jonas. Rudolph escreve sobre o Evangelho de Marcião:

O ponto essencial da sua teologia é a antítese absoluta entre o Deus da lei e o Deus da salvação. O primeiro é o Deus do Antigo Testamento, que criou o mundo, e que o governa com o máximo rigor da lei, que é baseada na retaliação; ele é “justo” mas não conhece perdão nem bondade. Ele é por isso imperfeito e desprezível, e o mesmo é verdadeiro a respeito de sua criação. Em contraste com ele surge o deus que é “bom” e “estranho” e permanece desconhecido, residindo em seu próprio céu muito acima do deus menor da criação. Sua essência é feita de bondade perfeita e de perdão; em outros aspectos ele não pode ser definido nem de modo aproximado, porque nossa limitação humana é incapaz disso. Mas é em face desse pano de fundo que a limitação e a imperfeição do Deus da criação se manifestam mais claramente. Marcião viu na descrição desses contrastes uma de suas principais preocupações, e tentou descrevê-los a partir da Bíblia num de seus tratados chamado ‘Antíteses’, em que aparece o contraste das revelações, completamente distintas em sua orientação, do Novo Testamento em relação ao Velho Testamento. Apenas aquela do Novo Testamento é a revelação do ‘Deus estrangeiro’: que enviou seu filho Jesus, para salvar os homens do mundo de desesperança e miséria. O corpo que Jesus possuiu era apenas um ‘fantasma’ (sem o qual seu ingresso no mundo perverso teria sido impossível), mas nesse corpo Jesus sofreu a morte na cruz que o Deus da criação ordenou para Ele sem O conhecer. Antes de retornar ao Pai, Jesus desceu até o Hades, para realizar lá, também, seu trabalho de salvação. É formidável observar que aqueles que foram redimidos por Ele pertencem aos que foram condenados no Velho Testamento, como Caim, os Sodomitas, os Egípcios, e todos os Gentios, ao passo que os ‘justos’ da história judaica da salvação ficaram no Hades [ref. Irenaeus, Adv. Haer. 127,3]. O trabalho de Cristo é compreendido por Marcião [...] primordialmente como ‘redenção’, como o resgate de uma dívida, em contraste com o código criminal que é obra de justiça do criador²².

²² Kurt Rudolph, op. cit. p. 315.

Sobre a alegoria da redenção de Caim em Marcião, Hans Jonas escreve:

Essa opção pelo ‘outro’ lado, pelos tradicionalmente infames, é um método herético muito mais sério do que apenas tomar sentimentalmente o partido dos excluídos [Jonas usa a expressão *underdog*, MA], como também não é mera indulgência ou liberdade especulativa. É óbvio que a alegoria, normalmente respeitável como modo de harmonização [de um argumento racional, MA], é aqui usada como estandarte de bravatas do inconformismo. Talvez não devêssemos falar nesse caso de alegoria, mas de um tipo de polêmica, ou seja, não de uma exegese do texto original, mas de sua recriação tendenciosa. É certo que os gnósticos nesses casos quase nunca *reivindicaram* apresentar o sentido correto do original, se por ‘correto’ se compreende o sentido *intencionado* pelo seu autor – porque viam esse autor, direta ou indiretamente, como seu maior adversário, [esse autor era ninguém menos que] o obscuro deus da criação. Sua reivindicação implícita foi sempre a de que esse autor cego tinha embutido, sem saber, algo de verdade na sua versão *parcial* das coisas, e que essa verdade poderia ser retirada de lá pondo o sentido intencionado pelo autor de cabeça para baixo. A figura de Caim, que deu origem à denominação de uma seita (a dos Cainitas, como se vê em Iren. I, 31.2) é apenas o exemplo mais proeminente do modo de operar desse método (GR, p.95).

Impressiona que a alegoria mais agressiva do gnosticismo, a redenção de Caim, possa voltar em nosso tempo pós-ilustrado e pós-metafísico. Por recorrer a essa alegoria como seu pilar estrutural, a obra *Direito e Razão* pode ser interpretada como o *Evangelho de Luigi Ferrajoli*, uma teologia política que compartilha o a-cosmismo dos gnósticos e oferece aos recebedores de sua doutrina um compêndio de opiniões que se ajustam à estrutura dualista dos sistemas gnósticos. Tal como seu antepassado, o Evangelho de Marcião, o garantismo é um manual propício a práticas ascéticas ou libertinas, dissolutas e cínicas.

Os garantistas ascéticos viverão isolados das ‘maldades’ de nosso mundo, pelo qual não são responsáveis. Ou serão libertinos para os quais a irresponsabilidade da teoria cai como uma luva para legitimação de seus poderes. Nosso mundo e nossas leis são para eles uma ordem perversa. As vítimas dos criminosos fariam parte dessa ordem perversa, da qual o garantista feliz se exclui.

O Evangelho de Ferrajoli é fundador de escola, e não dispensa o sufixo forte do ‘ismo’. O Outro do garantismo é seu Inimigo. Mais que autoritário, é diabolizado: poderoso e malandro. Matrios, seríamos todos regulados pela presunção de má-fé, e o juiz garantista deveria permanecer em estado de alerta, pois todos nós aprontamos a toda hora armadilhas para que ele *inocentemente pratique injustiças*.

V

Perigoso para as nossas liberdades é o destino dos livros não lidos que fundam ideologias. Porque seu poder de convencimento diminui quando são lidos. Defensores que procuram na obra alguma citação para suas razões, por algum mecanismo de autocensura se constroem de citar *Direito e razão*. Para quem conseguir ler tudo, não será difícil saber por quê. Difícil é escolher qual opinião entre as diferentes alegorias da construção de Ferrajoli seria sua apoteose. Além da perversão do A-3, são candidatas as seguintes opiniões: (1) Sua revolta contra a fixação de penas mínimas na lei penal, porque penas mínimas “humilham o juiz” (DR, p. 158). (2) Sua utopia de um processo penal sem prisão preventiva, fundada na *paridade de armas*, porque “o imputado deve comparecer livre perante seus juizes, não só porque lhe seja assegurada a dignidade de cidadão presumido inocente, mas também – e diria acima de tudo – por necessidade processual: para que ele esteja em pé de igualdade com a acusação; para que, depois do interrogatório e antes da audiência definitiva, possa organizar eficazmente sua defesa; para que a acusação não esteja em condições de trapacear no jogo, construindo acusações e deteriorando provas pelas suas costas.” (DR, p. 515). A quem ouse perguntar pela possibilidade de

ser o imputado o agente dessa trapaça, Ferrajoli responde apenas que: “nenhum valor ou princípio é satisfeito sem custos. E esse é um custo que o sistema penal, se quiser salvaguardar sua razão de ser, deve estar disposto a pagar” (DR, p. 515). Por fim, a cereja do bolo, o empréstimo abusado de instituto peculiar ao júri. Através da recusa imotivada de algum jurado o acusado ajuda a formar o conselho de sentença, que adquire mais legitimidade como julgamento de seus pares. Essa recusa peremptória evidentemente não se aplica a juízes de carreira. Exceto para o garantismo de Luigi Ferrajoli, para quem tal recusa “por parte do imputado deve ser ... o mais livre possível. O juiz [...] se não deve gozar do consenso da maioria, tem no entanto de desfrutar da confiança dos sujeitos individuais e concretos por ele julgados, de modo que essas pessoas não só não tenham, mas inclusive não temam, ter um juiz inimigo ou, seja como for, não imparcial” (DR, p. 536).

Mas que réu iria recusar o Deus da Caridade garantista, para o qual a vítima se confunde com a ordem perversa da lei e da justiça, associadas ao Deus menor e trapaceiro da Criação?

Na origem de todo romantismo político, observa o filósofo Carl Schmitt, estão “dogmáticas narcisistas” de autores “sem experiência da vida, que tentam forjar um mundo a partir dos axiomas de sua geometria política”²³. Da fórmula ‘*fiat justitia pereat mundus*’, o garantismo de Ferrajoli, como retorno violento do reprimido Evangelho de Marcião, atualiza apenas a parte final. *Pereat mundus* é seu mandamento oculto.

Talvez valha a pena percorrer a ladainha “longa” e “patética” de Ferrajoli. Porque a gente pode sair dessa experiência reconfortado em encontrar no espírito das Filosofias dignas desse nome, e das Religiões, o verdadeiro fundamento (chão sagrado, *ground*, *Grund e árche*) da pena. Aprendemos com as leituras talmúdicas de Lévinas, por exemplo, que os estudiosos das Escrituras nos ensinam “que não se pode obrigar os homens que exigem a justiça do talião ao perdão”. Essa é efetivamente uma “visão sombria da condição humana” mas é a visão “da própria justiça”.

²³ Carl Schmitt, op. Cit. p. 28.

Não chegaremos a honrar direitos humanos sem reconhecimento da “grandeza daquele que se chama o Antigo Testamento” [que] “consiste em permanecer sensível ao sangue derramado, em não poder recusar essa justiça a quem clama vingança, em experimentar o horror pelo perdão dado por procuração, quando somente a vítima tem o direito de perdoar”²⁴.

Quando o povo, carente de justiça, ocupa as ruas em vingança, não nos deve impressionar sua alegada incompreensão dos direitos humanos, porque essa barbárie vem sendo cozida e recozida no caldeirão de frivolidades de intelectuais que não assumem responsabilidade pelo mundo. E que por isso não chegarão jamais a perceber o quanto são corresponsáveis pela barbárie que condenam.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. *The origins of totalitarianism*. San Diego, New York, London: Harcourt Brace & Company.

BLUMENBERG, Hans. *The legitimacy of the modern age*. Tradução de Robert Wallace. Cambridge, MA; London: MIT Press, 1983.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JAEGER, Werner. *Aristóteles: Bases para la historia de su desarrollo intelectual*. Tradução de José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1946

²⁴ Emmanuel Lévinas, *Quatro leituras talmúdicas*. Tradução de Fábio e Eva Landa. São Paulo: Perspectiva, 2003, pp. 61 e 56.

JONAS, Hans. *The gnostic religion: The message of the alien God and the beginnings of Christianity*. 3. ed. Boston: Beacon Press, 2001.

KANTOROWICZ, Ernest H. *Os dois corpos do rei: Um estudo de teologia política medieval*. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LÉVINAS, Emmanuel. *Quatro leituras talmúdicas*. Tradução de Fábio e Eva Landa. São Paulo: Perspectiva, 2003.

MANN, Gollo. *The history of Germany since 1789*. Tradução de Marian Jackson. New York, Washington: Praeger, 1968.

PAUL, Ricoeur. *Freud and philosophy – An essay on interpretation*, Tradução de Denis Savage. New Haven, London: Yale University Press, 1970.

PERELMAN, Chain. *Tratado da argumentação. A nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. trad. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007.

POPPER, Karl. *The open society and its enemies*. Vol. I. The Spell of Plato. 2. ed. London: Routledge & Kegan Paul, 1952.

RUDOLPH, Kurt. *Gnosis: The nature and history of Gnosticism*. Translation by Robert McLachlan Wilson. New York: Harper & Row, 1987.

SCHMITT, Carl. *Political romanticism*. Tradução de Guy Oakes. Cambridge, London, MIT Press, 1986.

SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial – A Suprema Corte da Bahia e seus Juízes: 1609-1751*. Tradução Maria Helena Pires Martins. São Paulo: Perspectiva, 1979.