

ÉTICA E DIREITO PENAL: CONDIÇÕES PARA RECONCILIAR UMA RELAÇÃO CONTURBADA

ETHICS AND CRIMINAL LAW: CONDITIONS TO RECONCILE A TROUBLED RELATIONSHIP

BRYAN ALVES DEVOS

Doutorando em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG-2016). Bacharel em Direito (FURG-2014).
Lattes: [lattes.cnpq.br/8555511813682235].
ORCID: [orcid.org/0000-0001-7889-441X].
bryandeivos.prof@gmail.com

SALAH HASSAN KHALED JR.

Doutor em Ciências Criminais (PUC-RS, 2011). Professor Associado de Direito Penal, Criminologia, Sistemas Processuais Penais e História das Ideias Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Professor permanente do mestrado em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Presidente do Instituto Brasileiro de Criminologia Cultural.
Lattes: [lattes.cnpq.br/6155872393221444].
ORCID: [orcid.org/0000-0003-4918-1060].
salah.khaledjr@gmail.com

FRANCISCO QUINTANILHA VERAS NETO

Doutor em Direito (UFPR, 2004). Professor Associado da UFSC.
Lattes: [lattes.cnpq.br/0352810627424925].
ORCID: [orcid.org/0000-0002-1620-6017].
quintaveras@gmail.com

Recebido em: 10.05.2021

Aprovado em: 10.02.2022

Última versão dos autores: 17.02.2022

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O texto aborda as relações entre a ética e o saber jurídico-penal a partir de dois modelos teóricos distintos, o utilitarismo reformado de

ABSTRACT: The text deals with the relations between ethics and criminal legal knowledge from two different theoretical models, the reformed

DEVOS, Bryan Alves; KHALED JR., Salah Hassan; VERAS NETO, Francisco Quintanilha.

Ética e direito penal: condições para reconciliar uma relação conturbada.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 190. ano 30. p. 63-92. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.

Luigi Ferrajoli como delineado em "Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal" e o realismo marginal de Eugenio Raúl Zaffaroni, contemplando também de modo incidental a perspectiva ético-social de Hans Welzel. Ao fazê-lo, busca demonstrar que o debate acerca dessa conturbada relação deve ter como pressuposto a existência de múltiplos modelos de eticidade, de modo a tornar claro que as opções axiológicas levadas a cabo pelo ordenamento jurídico-penal não são alheias a esses paradigmas. Ao fim, discute-se a rejeição, por parte do utilitarismo reformado, ao diálogo com modelos alternativos de eticidade é de fato uma opção consistente. Sugere que a leitura realista marginal, conjugada a uma ética da libertação, em linha com a acepção de Enrique Dussel, se mostra uma alternativa viável para mediar as relações entre ética e Direito Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Ética – Direito penal – Utilitarismo reformado – Realismo marginal.

utilitarianism of Luigi Ferrajoli as seen in "Law and Reason: Theory of Criminal Guarantee", and the marginal realism of Raúl Zaffaroni, also incidentally contemplating the social-ethical perspective of Hans Welzel. In doing so, it seeks to demonstrate that the debate about this troubled relationship must presuppose the existence of multiple models of ethics, in order to make clear that the axiological options carried out by the criminal-legal order are not alien to these paradigms. In the end, one discusses whether the reformed utilitarianism's rejection to dialogue with alternative models of ethics is indeed a consistent option. One suggests that the marginal realist reading, coupled with an ethic of liberation, in line with the meaning of Enrique Dussel, is a viable alternative to mediate the relations between ethics and Criminal Law.

KEYWORDS: Ethics – Criminal law – Reformed utilitarianism – Marginal realism.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O utilitarismo reformado ferrajoliano e as relações entre a ética e o Direito Penal. 3. O realismo marginal e as relações entre a ética e o Direito Penal. 4. As relações entre a ética da libertação e o Direito Penal mediadas pelo olhar realista marginal. 5. O realismo marginal e novo pacto ético: dois modos de conceber a intersecção entre a ética e o Direito Penal. 6. Crítica ética ao utilitarismo reformado: insurgência contra o justificacionismo de Ferrajoli. 6.1. A refutação ética da prevenção geral negativa. 6.2. A refutação ética da função de prevenção de violências arbitrárias. 7. A busca de alternativas éticas ao justificacionismo: o exemplo da coerção direta. 8. Considerações finais. 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Entre¹ os incontáveis modelos teóricos que buscam construir as bases de um Direito Penal mínimo, é justo concluirmos que em "*Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*", de Luigi Ferrajoli, encontramos um dos mais relevantes, cuja penetração e influência no Brasil nas últimas décadas é significativa, ainda que

-
1. Autoplágio: Este artigo faz algumas releituras substanciais de temas discutidos na dissertação de mestrado de Bryan Alves Devos, orientada por Salah H. Khaled Jr. Como algumas passagens são semelhantes (mas evidentemente não idênticas e aprimoradas), fazemos a indicação para evitar a ocorrência de autoplágio.

DEVOS, Bryan Alves; KHALED JR., Salah Hassan; VERAS NETO, Francisco Quintanilha.

Ética e direito penal: condições para reconciliar uma relação conturbada.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 190. ano 30. p. 63-92. São Paulo: Ed. RT, mai/jun. 2022.

não isenta de controvérsias (DEVOS; KHALED JR., 2019). As reflexões constantes no estudo em questão inspiraram um engajado movimento de teóricos e operadores do direito comprometidos com a contenção do poder punitivo e a racionalização máxima do sistema penal. No entanto, tal modelo não é – e não poderia ser – isento de lacunas e controvérsias. Pontuemos, de início, apenas uma delas, que nos permite contrastar uma teoria construída em um contexto europeu muito diferente do latino-americano com reflexões que expressam a agonia diante do arbítrio punitivo que prospera na margem. Pensando no modelo de minimalismo penal de Ferrajoli, Eugenio Raúl Zaffaroni exprime uma questão relevante que é trabalhada em alguns de seus escritos: se para Ferrajoli não há dúvida de que um Direito Penal fundamentado em pressupostos éticos deixa de ser cognitivo, assumindo distância de seu Sistema Garantista (SG) – em razão de um suposto déficit de separação entre direito e moral, tão cara ao pensamento desse autor, já que o juízo ético acerca do delito e do imputado poderia tender ao reforço do poder punitivo –, é menos verdadeiro que os próprios atores jurídico-penais necessitam pautar sua ação redutora do poder de punir conforme pressupostos éticos? Nesse caso, prossegue Zaffaroni, não teríamos que encarar o desafio de reconciliar a ética com o Direito Penal? (ZAFFARONI, 2008, p. 405).

Neste ensaio buscaremos esboçar um modelo de fundamentação propriamente ética para o Direito Penal guiado pelo paradigma realista marginal. Inicialmente, é preciso destacar que a ética que discutiremos é antes de tudo uma ética da vida, conforme a acepção de Enrique Dussel, e por definição ela deve se contrapor a um sistema que tem na morte o seu traço distintivo, o que imediatamente nos afasta de uma perspectiva como a de Hans Welzel, que atribuía ao Direito Penal, por meio de uma suposta função ético-social, competências que ele não só não é capaz de desempenhar, como são dramaticamente contrariadas pela realidade efetiva das práticas punitivas. Dussel é escolhido como referencial ético para a problematização aqui proposta devido ao fato de ser um pensador latino-americano, como o é o próprio Zaffaroni. Alguém que escreve, de modo semelhante, com uma consciência aguçada e ancorada na realidade periférica e que conhece os problemas que lhe são pertinentes. Desde o nosso olhar, o controle penal latino-americano assemelha-se a uma fábrica que produz submissão e morte e contra isso o Direito Penal – enquanto discurso dos juristas – deve projetar um agir ético, ainda que normativamente fundamentado e comprometido com o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, objetivo para o qual a contenção do poder punitivo é algo essencial.

Em um primeiro momento, cuidaremos de esboçar as relações entre ética e direito penal a partir do modelo de minimalismo penal de Luigi Ferrajoli (o seu

utilitarismo reformado) e, logo após, de Raúl Zaffaroni (o chamado *realismo jurídico-penal marginal*), momento no qual discutiremos, ainda que brevemente, a função ético-social proposta por Welzel. Em seguida, buscaremos explorar as possibilidades de revisão da narrativa jurídico-penal a partir da ética da libertação de Enrique Dussel, expondo seus possíveis eixos de conexão com o modelo realista marginal, a fim de, logo em seguida, demonstrar a melhor adequação dessa relação em comparação ao antigo modelo de eticidade que contaminou o discurso penal, chegando a dotar a pena de uma função ético-pedagógica. Por fim, tentaremos desatar alguns pontos nodais que constituem alicerces do modelo ferrajoliano – tais como o apelo à Lei de Hume e a sua tese de justificação da pena – a partir dos postulados teóricos trabalhados nas seções anteriores.

2. O UTILITARISMO REFORMADO FERRAJOLIANO E AS RELAÇÕES ENTRE A ÉTICA E O DIREITO PENAL

É lugar comum identificar o nascimento do Direito Penal moderno com a crítica dos reformadores europeus que, a partir do século XVIII, cuidaram de expor as contradições de um sistema penal fundado sob a égide do absolutismo. É igualmente notório que, hegemonicamente, a crítica aos sistemas penais daquele tempo buscou erigir uma nova plataforma filosófica de valoração das práticas punitivas e das próprias ideias penais. Tal plataforma foi dada pelo *utilitarismo*, um segmento da filosofia moral que valora os diversos sistemas – no caso, o sistema jurídico-penal – a partir de um princípio basilar: a busca da maior felicidade possível aos sujeitos envolvidos. No âmbito jurídico-penal, esse postulado foi desenvolvido especialmente pelo Marquês de Beccaria (2008) e por Jeremy Bentham (1974), dois dos representantes do Iluminismo europeu que levaram a cabo um esforço de racionalização sem precedentes das práticas punitivas, sistematizando uma série de ideias desenvolvidas por pensadores que os precederam e estabelecendo as bases do que viria a ser o Direito Penal moderno.

No entanto, o desenvolvimento do utilitarismo no interior da narrativa jurídico-penal não termina com a Ilustração. Quase três séculos se passaram desde o manifesto de Beccaria, mas o discurso do Direito Penal não descartou os postulados utilitários, tratando de reciclá-los em conformidade com necessidades históricas que se apresentaram ao longo da trajetória da modernidade europeia. De nossa parte consideramos que o último grande esforço teórico de revitalização da ideia de “pena útil” no âmbito jurídico foi levado a cabo por Luigi Ferrajoli, com a publicação de seu tratado *Direito e Razão*, em 1989. A obra certamente não hostiliza os pilares de sustentação do discurso utilitário da Ilustração – na verdade

o autor assegura sua preferência pela tradição do liberalismo, por exemplo, uma plataforma política e filosófica cara ao utilitarismo ilustrado (FERRAJOLI, 2014, p. 42) –, mas demarca algumas de suas insuficiências e busca suprir determinadas incongruências por ele percebidas.

Conforme Ferrajoli, se com o utilitarismo iluminista o Direito Penal deve atentar ao objetivo de promover o máximo bem-estar possível aos não desviantes (primeiro parâmetro utilitário), a partir do seu *utilitarismo reformado*, caberia levar em conta, igualmente, o mínimo mal-estar necessário aos desviantes criminalizados (segundo parâmetro utilitário). Nesse sentido, o autor insiste no pressuposto de que o utilitarismo penal ilustrado estaria “partido ao meio”, ao passo que o seu modelo representaria um programa completo de intervenção (FERRAJOLI, 2014, p. 308-309). Ferrajoli sustenta que seu modelo estaria desse modo blindado contra tentações autoritárias, mas também contra os indigestos argumentos de deslegitimação do sistema penal provenientes da crítica externa, especialmente das doutrinas abolicionistas.

Se o primeiro parâmetro utilitário poderia ser satisfeito com a tese da prevenção geral negativa, para que se atendesse ao segundo parâmetro, caberia, conforme Ferrajoli, conferir ao Direito Penal uma função de prevenção de penas arbitrárias ou vinganças de tipo privado: o mínimo mal-estar necessário aos desviantes. Não é nossa intenção nesse momento da reflexão inventariar as críticas que foram especificamente objetadas ao modelo utilitário de Ferrajoli. Nosso propósito é mais modesto e consiste em salientar que seu sistema anuncia um reordenamento das ideias que delinearão o pensamento utilitário, sem, contudo, abrir mão de seu núcleo, identificado com a noção de utilidade da pena. Aliás, a designação de um caráter útil à pena não é só reafirmada, mas ampliada, pois, se no utilitarismo ilustrado os anseios de defesa social e combate à criminalidade foram a pedra angular do discurso jurídico-penal, no horizonte do utilitarismo reformado, a pena teria ainda a utilidade humanitária de proscrever outras modalidades de castigo mais “selvagens”, por assim dizer.

Não se deve ignorar que Ferrajoli de fato rechaça grande parte das ideias que nortearam o utilitarismo penal moderno pós-Iluminismo, chegando inclusive a revisar alguns aspectos pontuais da prevenção geral negativa: o autor admite a função de intimidação da pena em abstrato, tão somente, e não a ideia de uma pedagogia penal de intimidação que faria do criminalizado um exemplo do funcionamento do controle penal, supostamente para assegurar a dissuasão de novos desviantes, mas transformando o condenado em “bode expiatório” (FERRAJOLI, 2014, p. 257-258). Mas, apesar do impulso crítico inicial, seu modelo não se liberta das inconsistências do discurso penal moderno. É por essa razão que

consideramos que, nos marcos delimitadores de seu modelo, a tradição utilitária segue rendida à noção de utilidade da pena, o que demonstra um esgotamento do seu desempenho. Neste sentido, o Direito Penal mínimo de Ferrajoli seria o direito do mais fraco, sempre a partir de um cálculo de custos: o custo do direito penal e o custo da anarquia punitiva (ZAFFARONI, 2001, p. 96), fenômeno que para o autor teria igual gravidade.

Portanto, no contexto do modelo de Direito Penal mínimo que Ferrajoli busca desenhar, as relações entre a ética e o Direito Penal existem ao menos em dois âmbitos. Em um primeiro âmbito, há uma adesão à ética utilitária, ainda que o autor insista em reciclar certos postulados desse corpo filosófico, como vimos. Em um segundo âmbito, o penalista italiano recorre a uma “ética da legislação” (FERRAJOLI, 2014, p. 422), capaz de apreciar, desde um ponto de vista externo ao próprio ordenamento e à norma penal, as proibições jurídicas que recebem o rótulo criminal, constituindo, desse modo, um conjunto de critérios valorativos externos à própria lei (FERRAJOLI, 2014, p. 421-422). No entanto, não são poucas as ocasiões em que o autor adverte – com razão, a nosso ver – acerca do risco da identificação do Direito Penal com modelos ético-morais específicos. Nesse sentido, é notório o seu apelo ao *princípio da secularização*: para o autor, é salutar que crime e falha moral mantenham distância um do outro e essa seria uma das maiores conquistas da Ilustração, sendo que sua inobservância traz o risco de degeneração do sistema jurídico-penal, tornando-o um modelo marcadamente substancialista (FERRAJOLI, 2014, p. 200). Fica claro, portanto, que Ferrajoli adota uma postura marcada pela cautela quando se trata de pensar as relações entre Direito Penal e modelos éticos. De fato, o risco de captura do sistema penal e do discurso jurídico-penal por discursos que, a pretexto de impor padrões ético-normativos, acabam capacitando práticas persecutórias é notório e disso a história não cansa de fornecer exemplos. Entretanto, não nos soa razoável considerar que tal via seja inexorável para se pensar as relações entre ética e Direito Penal.

3. O REALISMO MARGINAL E AS RELAÇÕES ENTRE A ÉTICA E O DIREITO PENAL

Em sua seminal monografia intitulada *Em Busca das Penas Perdidas*, o cate-drático argentino Eugenio Raúl Zaffaroni levou a cabo um esforço teórico de deslegitimação dos sistemas penais latino-americanos, mas também dos discursos jurídicos que lhe deram sustentação histórica. Há, na obra, um duplo esforço: um poderoso rechaço empírico da ideia de utilidade da pena e uma tentativa de sistematização de um modelo alternativo, que parta da deslegitimação do cárcere

e não tente escamoteá-la, como o fizeram os modelos anteriores, em geral, o que inclui o modelo de Ferrajoli, que não foi poupado (ZAFFARONI, 2001, p. 95). Tal modelo é chamado pelo autor de *realismo jurídico-penal marginal*. Sem pretender explicitar todos os elementos que formam este programa de Direito Penal mínimo, exploraremos livremente algumas de suas nuances, tendo como foco suas relações com a ética.

Conforme Raúl Zaffaroni, se o único dado irrefutável que assombra os penalistas e criminólogos da margem do sistema-mundo é o número massivo de cadáveres produzidos pelos nossos sistemas penais, é necessário reconhecer que os mortos, mesmo emudecidos pelas circunstâncias, nos dizem algo, clamam pela descontinuidade com o que está posto (ZAFFARONI, 2012, p. 28). O realismo marginal esforça-se em reconhecer, entre os diversos sistemas de pensamento que chegam à realidade periférica, os elementos úteis à preservação da vida e a diminuição dos níveis de violência, rejeitando, assim, constructos teóricos que se mostrem capazes de maximizar esses fenômenos. Zaffaroni compara esse intento à visita a uma biblioteca: claro que pode haver obras benéficas e úteis aos que se interessam pela contenção do poder punitivo e seus massacres, mas há uma imensidão de aportes teóricos capazes de produzir danos, especialmente na periferia do sistema-mundo. Entretanto, a única prevenção possível é saber onde situar as ideias que tantos danos acabaram provocando, ou seja, poder dizer de que estante provém o livro que caiu em nossas cabeças (ZAFFARONI, 2012, p. 24).

Muito mais do que erguer um sistema de pensamento tecnicamente avançado e impecavelmente coerente em seu interior, o olhar realista marginal preocupa-se em fazer avançar um contradiscurso capaz de deter as mortes que são o subproduto de uma junção de atos de poder e discursos que lhes legitimam, o que implica uma revisita crítica aos mesmos, partindo do ponto de vista dos vencidos. Como provoca Vera Batista, o realismo marginal não deve aceitar a ideia de que à historiografia não caberia o comprometimento com os segmentos vencidos, já que o historiador das formas de controle penal não é um antiquário ou um colecionador de coisas velhas. O que impulsiona essa reescrita é o momento presente. Diremos, a partir da autora, que, no fim das contas, se trata de investigar como corpos de ideias tão contrários à emancipação social periférica conseguem criar raízes e uma permanência tão sólida em nosso imaginário jurídico-penal (BATISTA, V. M., 2007, p. 136).

Para o realismo jurídico-penal marginal, a prevenção de massacres e o resguardo da vida humana transcendem o horizonte de um dever jurídico imposto pelo ordenamento que emana do Texto Constitucional e dos diversos pactos internacionais de direitos humanos – o que certamente há e sem dúvida importa

muito – para tornar-se também em um compromisso ético com *uma utopia possível*, como a concebe Dussel (DUSSEL, 2012, p. 476). A tarefa ética de retomar a batalha discursiva em prol da emancipação dos sujeitos oprimidos já não pode ser recusada por um modelo de Direito Penal que entre em contato com a realidade da opressão punitiva. Trata-se de honrar os mortos buscando reparar a narrativa que fez de suas mortes uma circunstância excepcional, um preço banal ou um sacrifício necessário perto da promessa de progresso infinito que a modernidade representa. Mas trata-se igualmente de preservar a vida contra um sistema mortífero que recebe justificação de um conjunto de razões que descolam a experiência jurídico-penal do campo da realidade. Passado e presente, nesse caso, são dois tempos e duas frentes de uma mesma batalha que os penalistas têm historicamente negligenciado. São duas tarefas complementares e de extrema importância para os que se preocupam em extirpar do Direito Penal os artifícios discursivos aptos a legitimar violências. A reinterpretação e reescrita do passado, mas também a luta no presente. Para Walter Benjamin, o passado busca no presente a redenção, a transformação radical no sentido de rememorar e reparar o sofrimento humano e as violências perpetradas contra os alvos da opressão, de modo que não nos é lícito recusar essa missão. Segundo o autor, cada geração recebe “uma frágil força messiânica para a qual o passado dirige um apelo” e tal apelo “não pode ser rejeitado impunemente” (BENJAMIN, 1987, p. 223).

Para Benjamin, não é interessante que encaremos a história como “uma marcha no interior de um tempo vazio e homogêneo”, mas sim como “um tempo saturado de ‘agoras’”, de modo que se percebam os instantes subversivos que podem ser usados pelos que lutam a favor dos oprimidos. É dessa forma que se pode interromper a marcha da opressão, ou, simplesmente, “explodir o *continuum* da história”: tomando a força inspiradora do passado opressor e fazendo valer cada um desses momentos revolucionários (BENJAMIN, 1987, p. 229-230). Não se fala de um caminho já traçado por qualquer horizonte teórico ou de uma vocação metafísica que habilita as vítimas a livrarem-se da opressão sofrida dia após dia. Em Benjamin, a quebra de expectativas – interrupção do acúmulo de catástrofes – é uma aposta, inevitavelmente ética, na emancipação e na transformação do *status quo* (LÖWY, 2005, p. 156-157).

Além das advertências benjaminianas, é importante também resgatar as lições de Enrique Dussel, quando explicita a necessidade de um conceito ético operado a partir da exterioridade e de alteridade na construção de um paradigma transmoderno possibilitado pela filosofia da libertação: esta epistemologia crítica baseada em uma práxis acerca da busca das exterioridades ocultas na totalidade eurocêntrica. Assim surge o outro oprimido e clamando por justiça. Um mundo

em que o ser humano se liberta das hegemonias capitalista e econômica (fratricídio), da eroticidade fálica e castradora da mulher (uxoricídio), do fetichismo religioso, da destruição da natureza como ecocídio (DUSSEL, 1995, p. 49-50). Uma ética que luta pelo reconhecimento da alteridade, da visibilização do outro. Isso possibilita outro caminho de desocultamento do encobertamento do outro expresso por estes processos de imposição de hegemonia eurocêntrica, processos esses que tiveram no poder punitivo um de seus baluartes, não esqueçamos.

Importante ressaltar, na trilha de Khaled Jr., que projetar uma crítica ao saber jurídico penal que se sedimenta a partir da modernidade não é o mesmo que desconhecer seus “momentos messiânicos”, para usar a terminologia benjaminiiana – o mesmo paradigma que nos traz a barbárie travestida de cultura e civilização é o que nos fornece alguns “antídotos culturais e ideias emancipatórias”, capazes de conter, em alguma medida, a sua violência, conforme assinala Edgar Morin –, ou seja, é possível reconhecer que esse corpo discursivo também realizou fissuras na racionalidade que opta por legitimar a violência punitiva (MORIN, 2009, p. 59). O problema, conforme o autor, é que essas fissuras surgiram, mas não triunfaram e, além disso, frequentemente se tornaram “ruínas” que vão se acumulando. Ainda assim, é necessário rejeitar o pessimismo imobilista e pensar que isso não significa que esses momentos estejam fadados a jamais triunfar. Conforme o autor, “é necessário visitar novamente esses momentos e valer-se da força deles para quem sabe, triunfar no presente” (KHALED JR., 2013, p. 552). Na trilha do realismo marginal, portanto, o penalista aceita o dever ético-jurídico de insurgir-se contra a sistemática produção de cadáveres que confere identidade aos nossos sistemas penais e tal tarefa só é possível pela enfática recusa a elementos teóricos que legitimam esse estado de coisas.

4. AS RELAÇÕES ENTRE A ÉTICA DA LIBERTAÇÃO E O DIREITO PENAL MEDIADAS PELO OLHAR REALISTA MARGINAL

Mas, além da crítica às construções teóricas legitimantes de genocídio em marcha, que conteúdo específico um levante ético em favor dos vencidos e das vítimas do poder punitivo deve conter? A nosso ver, Enrique Dussel é quem mais se aproxima de uma resposta a esse problema. Em nível ético, é possível prevenir a pretensão ou mesmo *ilusão* de completude lógica dos diversos sistemas de pensamento que compõem o mosaico moderno. Em Dussel, a intensão é claramente a de “justificar a luta das vítimas, dos oprimidos pela sua libertação, e não pretender argumentar racionalmente para fundamentar a razão por causa dela mesma”, já que, para o autor, “a razão é apenas a ‘astúcia da vida’ do sujeito humano – e não

o inverso – e como tal a usamos e a defendemos diante de necrófilos” (DUSSEL, 2012, p. 94). Em outras palavras: não há apego à *razão*, em que pese não se abra mão de certa racionalidade, mas essa *racionalidade* ética prima pela luta dos oprimidos mais do que pela completude lógica de qualquer sistema de pensamento. Para Dussel, a vida humana constitui o *modo de realidade* do sujeito ético. Isso quer dizer que, em um horizonte ético, a vida humana fundamenta *normativamente* uma dada ordem, pois tem exigências próprias, ou seja, *exigências de conteúdo*, as quais, se negligenciadas, acarretam a inexistência desses sujeitos (DUSSEL, 2012, p. 131). A vida humana precede qualquer espécie de racionalidade, por mais reluzente que esta aparente ser. A razão deve servir à vida, não o contrário. Tal é o significado que devemos extrair da vida enquanto critério fonte e modo de realidade do agir ético. Sobre esse tópico, anota Celso Ludwig: “nenhum sistema ou subsistema (inclusive o subsistema direito) pode deixar de ter como referência o conteúdo o sujeito vivente” (LUDWIG, 2015, p. 121).

Ainda, conforme Dussel, é prerrogativa ética operar a desconstrução do estado de coisas para dar passagem ao novo (DUSSEL, 2012, p. 301). Isso se faz ao denunciar a *totalidade* de um determinado sistema de pensamento, julgando-o negativamente a partir do sofrimento produzido na corporalidade das vítimas e a partir do extermínio dos estratos oprimidos: “[...] as *vítimas* são reconhecidas como sujeitos éticos, como seres humanos que não podem reproduzir ou desenvolver sua vida, que foram excluídas da participação na discussão, que são afetados por alguma situação de morte” (DUSSEL, 2012, p. 302-303).

Para esse juízo ético da negatividade, Dussel propõe que se parta dos elementos materiais ou de conteúdo do sistema de eticidade vigente que impedem a concretude do princípio ético material, ou seja, que impedem a *produção, reprodução e desenvolvimento da vida digna em comunidade dos sujeitos dominados* (DUSSEL, 2012, p. 315). Por meio do juízo crítico, se pode então notar que o projeto de “vida boa” do sistema estabelecido representa a negação da vida de alguns segmentos, de modo que a transformação se torna um imperativo ético. Em outras palavras, a “verdade” de um determinado sistema de eticidade é negada a partir da impossibilidade de vida digna para estratos oprimidos (DUSSEL, 2012, p. 314). Notamos, então, que para Dussel a existência da vítima é a própria refutação da verdade do sistema (DUSSEL, 2012, p. 375) e, sendo assim, “o sistema que em sua reprodução impede o desenvolvimento humano deverá ter na razão crítica a exigência de sua transformação” (LUDWIG, 2015, p. 121). É por essa razão que, em última instância, na América Latina a deslegitimação do sistema penal e a falsidade do discurso jurídico que lhe ampara podem ser verificadas eticamente por meio do fato morte. Para Raúl Zaffaroni (2001, p. 39), é a

consciência ética que faz o intérprete transcender a totalidade do discurso jurídico-penal sedimentado e o impede de escamotear ou ignorar a magnitude do fato morte que demonstra que na realidade marginal a deslegitimação é manifesta.

Fica claro, portanto, que a fundamentação ética do Direito Penal não precisa e nem pode ser vazia de significado ou inerentemente subjetiva, ao gosto do intérprete. Para Zaffaroni, ela decorre do “milagre” de se estar vivo em um quadro de circunstâncias que fomentam a morte e o genocídio em marcha. Estar vivo e enquadrar-se em um lugar de fala privilegiado do ponto de vista do discurso jurídico-penal, isto é, ter condições de influir em seus rumos, para o autor, significa simplesmente o dever de fazê-lo, o dever de insurgir-se com o que está posto, tendo a vida humana como norte (ZAFFARONI, 2001, p. 153).

Tanto o realismo marginal quanto a ética da libertação de Dussel, portanto, conferem à vida humana uma condição de destaque, clamando pela negação do estatuto de legitimidade dos diversos sistemas que produzem mortes como consequência insofismável, bem como dos lineamentos discursivos que os amparam. Trata-se, portanto, de um eixo de conexão inicial entre ambos os corpos teóricos e julgamos que percorrer essa via é uma das tarefas inadiáveis de um novo penalismo. É, além disso, uma via alternativa para se conceber as relações entre ética e Direito Penal, sem desconsiderar as preocupações de autores como Ferrajoli, como já destacado, mas também sem incorrer em imobilismos que, querendo ou não, podem servir para interditar o debate.

5. O REALISMO MARGINAL E NOVO PACTO ÉTICO: DOIS MODOS DE CONCEBER A INTERSECÇÃO ENTRE A ÉTICA E O DIREITO PENAL

Apesar de termos inicialmente explorado essa aproximação, a associação de concepções ético-morais ao poder punitivo é visível em alguns dos momentos mais nefastos da história do Direito Penal, tornando-o persecutório e altamente substancialista, como na política criminal nazifascista, segundo fundamentos propostos pelo grande dogmático alemão Edmund Mezger (MUÑOZ CONDE, 2005). Certamente não é esse o caminho que desejamos percorrer, da mesma forma que a proposta de pacto ético que aqui se sugere em nada se assemelha àquilo que Zaffaroni chama de “*antiga*” *etização do Direito Penal*, fundamentada por alguns autores, com destaque para Hans Welzel. Segundo Zaffaroni, a antiga etização diz respeito à atribuição de uma “função pedagógica” ao controle penal, mediante a qual caberia ao ordenamento jurídico-penal assegurar a conservação de valores ético-sociais considerados fundamentais (ZAFFARONI, 2001, p. 109).

De acordo com Silva Sánchez (1992, p. 300-301), parece difícil negar que no plano da realidade (fático) o Direito Penal exerce sobre a sociedade uma função ético-social, que também pode ser chamada de força configuradora de costumes. Portanto, para o autor, se admitido este ponto de vista, o que interessa investigar é a legitimidade e a extensão dessa influência e não a sua existência. Silva Sánchez considera que essa função pode ser comprovada com transcorrer de tempo de um processo de criminalização ou descriminalização e provavelmente tem relação com a estreita vinculação entre a matéria penal e os valores éticos fundamentais. De acordo com a perspectiva proposta por Welzel, o Direito Penal representa o “mínimo ético” da comunidade, composto pelas convicções mais profundas e geralmente compartilhadas em seu seio (SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 300). Para ele, o delito não lesiona ou põe em perigo somente um bem jurídico, mas também constitui uma infração da ética social (CEREZO MIR, 2004, p. 17). Importante referir que Welzel não nega a função de proteção de bens jurídicos, apenas lhe atribui uma característica subsidiária face à função ético-social. A proteção de bens jurídicos efetivamente se dá, para ele, através e por meio da tutela de valores elementares ético-sociais da ação (WELZEL, 1956, p. 5).

Welzel fundamenta sua posição por meio da conexão entre Direito Penal e valores elementares da ética social e, inclusive, considera que a função ético-social é muito mais eficaz (no campo político-criminal) do que a clássica função de proteção de bens jurídicos, enquanto meio de defesa da sociedade e luta contra o delito. Segundo o autor, com isso é assegurada a vigência dos valores ético-sociais positivos, como o respeito à vida, à saúde, à propriedade etc. São valores que consistem em uma atitude de conformidade ao Direito e que constituem o substrato ético-social das normas de Direito Penal. Portanto, a função do Direito Penal seria assegurar a validade inviolável desses valores, mediante a ameaça e aplicação de penas para ações que afrontam de modo significativo valores fundamentais da vida humana. Assim, por exemplo, ao assegurar o respeito pela personalidade humana, o Direito Penal protege a vida (WELZEL, 1956, p. 2-3).

Sendo assim, a função primária do Direito Penal, para Welzel, não é a proteção de bens jurídicos (como a propriedade e a vida), pois sua intervenção é tardia. Acima da proteção de bens jurídicos concretos se encontra a missão de assegurar a validade real (a observância) dos valores de atuar conforme o pensamento jurídico, que constitui o mais sólido fundamento sobre o qual se sustentam o Estado e a sociedade (WELZEL, 1956, p. 3). De acordo com o penalista alemão, o mero amparo de bens jurídicos tem somente uma finalidade negativo-preventiva, policial-preventiva. O papel mais profundo que cabe ao Direito Penal é de natureza positiva, ético-social: ao estabelecer sanções aos afastamentos mais manifestos

dos valores fundamentais do pensamento jurídico, o Estado exterioriza, da forma mais ostensiva que dispõe, a validade inviolável de tais valores, formando o juízo ético-social dos cidadãos e fortalecendo seu sentimento de permanente fidelidade ao Direito (WELZEL, 1956, p. 3-4).

Conforme Garcia-Pablos de Molina, essa função pedagógica, ou ético-social, representa o intento profundo e ambicioso de incidir sobre a própria consciência do cidadão, reforçando as proibições penais, tidas como um mínimo-ético do qual o Direito Penal não poderia abrir mão, e dessa forma se poderia prevenir o delito (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 1995, p. 43). Para Welzel, o Direito deve exercer influência sobre a consciência dos cidadãos e sobre os costumes, fazendo valer a sua força sobre os instintos egoístas, sendo essa uma das missões fundamentais de todo o Direito, quem dirá do Direito Penal e do Direito Público (WELZEL, 1956, p. 5). Com efeito, segundo Cerezo Mir – o mais destacado defensor desta posição na Espanha –, há uma intenção clara de estimular o respeito aos bens jurídicos, buscando obrigar os cidadãos e influenciar suas consciências, inclusive, apelando a seus interesses egoístas por meio de coação (CEREZO MIR, 2004, p. 17). Outros autores, como Mayer, Jescheck, Marauch e Stratenwerth, também defenderam essa posição, ainda que a partir de outros pressupostos. Para Garcia-Pablos, ainda que possa ser discutida a sua validade enquanto fundamentação *teórica*, o fato é que o Direito Penal muitas vezes exerce na prática uma força criadora de costumes, conformando uma espécie de pedagogia social (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 1995, p. 48). Os processos político-criminais de neocriminalização são, eles próprios, em alguma medida, formas de estabelecimento de uma moral, de uma ética em determinado sentido. Este é o caso, evidentemente, de boa parte das infrações contra o meio ambiente, como refere Silva Sánchez (1992, p. 302).

Mesmo admitindo que o ordenamento penal, em alguma medida, exerce um caráter ético-social, que se reflete na criação e configuração de determinados costumes, Garcia-Pablos questiona o quão legítimo pode ser atribuir programaticamente ao controle penal tal tarefa em uma sociedade plural (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 1995, p. 43). Conforme o autor, ao poder punitivo estatal não pode ser conferida a tarefa de moralizar os cidadãos nem melhorar a ética social, especialmente em circunstâncias democráticas. Quando muito, seriam funções cabíveis a outras instâncias. Um exercício dessa espécie caracterizaria uma ingerência abusiva e imprópria do controle punitivo, representando um verdadeiro perigo, pois confundiria as fronteiras entre direito e moral. Além disso, é inegável o potencial expansivo do poder punitivo que se verifica nesse discurso (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 1995, p. 48).

Penalistas cujo discurso não é remotamente tão incisivo quanto o de Zaffaroni pensam dessa forma. É o caso de Silva Sánchez, que considera que não é aceitável que, em um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal tenha a pretensão de exercer influência sobre a consciência dos indivíduos, interferindo e modificando seus valores e crenças (SILVA SÁNCHEZ, 1992, p.303). Com efeito, trata-se de algo que perigosamente se aproxima da vocação totalitária de regimes como o Nazista e o Fascista, onde se esperava lealdade do cidadão ao Estado acima de tudo. Há um deslocamento de enfoque onde evitar o resultado passa a ser menos importante do que buscar uma modificação das atitudes dos cidadãos diante dos valores exigidos pelo Direito (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 1995, p. 49). Como aponta Silva Sánchez, a atribuição dessa função ao Direito Penal pode prejudicar, inclusive, o surgimento de uma ética civil. Como se isso não bastasse, os processos de descriminalização poderiam conduzir a equívocos, onde o que não tem relevância penal poderia ser considerado ética e moralmente aceitável, simplesmente porque não é punido com uma pena. Para Garcia-Pablos, a função ético-social não é nada além do que uma manifestação da *função promocional*, que alguns autores atribuem, sem fundamento algum, ao Direito Penal. Sem fundamento porque o Direito Penal não é responsável pelo desenvolvimento social e nem tampouco o baluarte moral da sociedade. Ainda que uma melhora nos níveis éticos da sociedade seja necessária e que ela possa conduzir a uma redução significativa nas taxas de criminalidade, não corresponde ao Direito Penal tal missão (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 1995, p. 49).

Essa problematização certamente é compartilhada pelo próprio Ferrajoli (ao menos é o que se depreende de sua crítica à chamada *prevenção geral positiva*), que aduz que um Direito Penal que parta do legado do liberalismo político não pode admitir uma intromissão na subjetividade dos sujeitos (FERRAJOLI, 2014, p. 256). Além disso, Raúl Zaffaroni afirma enfaticamente que essa antiga etização obviamente não pode ser sustentada, mormente diante da deslegitimação evidente dos sistemas penais da América Latina (ZAFFARONI, 2001, p. 211) que simplesmente atuam como vetores de um genocídio e não como agentes de uma suposta pedagogia ética.

No entanto, a nova etização, isto é, o novo pacto ético ao qual nos referimos, não se refere às pessoas envolvidas nos conflitos criminalizados, mas serve como prescrição ética dirigida à própria agência judicial e seus operadores, mas também aos programadores doutrinários, conforme argumenta Zaffaroni (2001, p. 212). O conteúdo dessa nova etização só pode estar na redução da violência, de modo a satisfazer a necessidade de preservação da vida ante um sistema de morte. Conforme o autor, o novo modelo de fundamentação ética para o Direito Penal

“implica projetar um exercício de poder em contradição com o sistema penal” (ZAFFARONI, 2001, p. 214), enquanto totalidade que impede e prejudica a vida plena de grandes segmentos populacionais. Temos aqui frequências antagônicas: ao passo que a antiga etização comunga do ideal de utilidade da pena (apenas realoca suas coordenadas, dotando o poder punitivo de um objetivo pedagógico que supostamente poderia ser atingido), a nova etização apenas devolve aos operadores (mediatos ou imediatos) do sistema penal a responsabilidade pelos seus atos e o resultado de suas ações, tornando a produção de cadáveres um horizonte inaceitável contra o qual a práxis jurídico-penal deverá se insurgir.

6. CRÍTICA ÉTICA AO UTILITARISMO REFORMADO: INSURGÊNCIA CONTRA O JUSTIFICACIONISMO DE FERRAJOLI

Entre os incontáveis elementos teóricos trazidos pelo discurso jurídico-penal sedimentado e especialmente pelo utilitarismo reformado de Luigi Ferrajoli, quais serão aqueles sobre os quais a racionalidade ética deverá urgentemente projetar um feixe de crítica? Imaginamos que o campo de projeção da crítica ética para o Direito Penal é vasto e percorrê-lo certamente extrapola as possibilidades deste texto. Entretanto, a nosso ver, há que se dirigir com urgência o arsenal ético-crítico contra um constructo discursivo legitimante do quadro de mortes instaurado em nossa realidade periférica: a teoria de justificação da pena insculpida no modelo de Ferrajoli.

Como já dissemos, a justificação do castigo em Luigi Ferrajoli se dá a partir de duas funções às quais a pena supostamente poderia satisfazer: a prevenção de delitos, mediante uma coação psicológica como formulado por P. J. Anselm von Feuerbach (prevenção geral negativa), e a prevenção de vinganças e castigos arbitrários que teriam lugar caso o Estado não impusesse uma pena regrada, precedida pelo devido processo legal. Ao formular essa dupla finalidade, Ferrajoli encara que ambas satisfazem um princípio lógico conhecido como *Lei de Hume*, que proíbe o intérprete de deduzir juízos prescritivos (referentes ao “dever ser”) de constatações fáticas (relativas ao “ser”) e vice-versa. Dito de outra forma: para Ferrajoli a Lei de Hume é o *critério lógico-formal* a partir do qual se opera a justificação ou desqualificação de uma determinada função que se atribui à pena. O intérprete não está livre para deduzir à eficácia da pena a partir de uma função idealizada (falácia normativista), como também não o está para deduzir uma possível função para a pena a partir de um juízo fático quanto ao seu real funcionamento (falácia naturalista). A única exceção à falácia naturalista admitida pelo autor seria a constatação da impossibilidade fática de a pena atingir um

determinado objetivo e para Ferrajoli, ao que parece, esse é o único caso em que a crítica criminológica (que costuma se situar na verificação das funções reais do sistema penal) poderia surtir efeito e refutar desde um ponto de vista externo a atribuição e justificação de uma determinada função para a pena, pelo discurso jurídico-penal.

Elena Larrauri argumenta que a exceção à Lei de Hume exposta por Ferrajoli, é uma tarefa impossível de levar a cabo. Ora, de que modo, questiona a autora, pode a crítica criminológica comprovar que uma determinada finalidade – como as de coação psicológica e prevenção de vinganças privadas – está fora do alcance do poder punitivo quando o debate se dá nos termos ditados pelo neopunitivismo? Para argumentos de cunho “eficientista” a ineficácia preventiva da pena de prisão estará sempre associada à suposta aplicação diminuta desta, o que leva a autora a manifestar ceticismo diante da proposição de Ferrajoli (LARRAURI, 2005, p. 16). A exceção admitida por ele para que se escape à falácia naturalista simplesmente não prospera, criminologicamente falando, já que é impossível saber quando nos encontramos frente a um objetivo apenas ainda não realizado ou que jamais poderá ser realizado, a depender das circunstâncias (LARRAURI, 2005, p. 34). Larrauri adverte que ainda que tenhamos sucesso em demonstrar que a pena não previne, é simplesmente inviável, nos moldes que quer Ferrajoli, confrontar o argumento tipicamente eficientista de que isso se deve a uma aplicação deficiente. Para a autora, é incompreensível que não se possa extrair da constatação de que a pena não previne a sua deslegitimação, segundo teorias que a justificam precisamente em virtude de sua suposta capacidade preventiva (LARRAURI, 2005, p. 33).

A nosso juízo a chamada Lei de Hume é a espinha dorsal da teoria de justificação da pena em Ferrajoli. Aliás, para Salo de Carvalho é em nome dessa assepsia metodológica que o discurso jurídico-penal se cala frente ao grande encarceramento contemporâneo. Segundo o autor, esse discurso encontra-se escravo das demandas neopunitivas precisamente pela opção do silêncio comodista que recusa a crítica criminológica, neutralizada de imediato pela Lei de Hume, encarando a deslegitimação externa como uma falácia naturalista (CARVALHO, 2013, p. 148-149). Para o autor, mesmo que de forma não explícita, o real funcionamento das agências do sistema penal é inescrupulosamente excluído das problematizações dogmáticas (CARVALHO, 2013, p. 161),

Logicamente, essas propostas de desacordo entre a crítica externa criminológica e a construção do discurso do Direito Penal não representam a totalidade dos penalistas. Para Nilo Batista, por exemplo, não há razão para que se promova qualquer espécie de cisão entre os saberes criminológico e jurídico-penal.

Trata-se, aliás, de uni-los evitando que o Direito Penal manifeste “um desprezo olímpico pela realidade” que leva “a um intencional isolamento”, pois, para o autor, “*ser e dever ser* relacionam-se como fato e valor, numa relação de totalidade dialética [...] e por essa perspectiva o saber criminológico e o saber jurídico-penal comunicam-se permanentemente” (BATISTA, N., 2011, p. 28), o que nos parece uma postura muito mais condizente com o ideal ético de um Direito Penal voltado à emancipação das vítimas produzidas por um sistema de sofrimento e morte.

Em resumo: a nosso ver, uma desconstrução do modelo de justificação da pena de Ferrajoli necessariamente requer uma crítica ao princípio lógico-formal que o sustenta e é precisamente nessa esfera que uma leitura ética mostra o seu valor. Já dissemos que a ética, para Enrique Dussel, estrutura-se a partir da vida humana, como modo de realidade do sujeito ético e o preço a se pagar é, eticamente, a preservação da vida humana em qualquer circunstância, o que, a nosso juízo, determina a imediata deslegitimação de qualquer modelo ético, jurídico-positivo ou teórico, que negue a vida e seu pleno desenvolvimento comunitário, em qualquer um de seus aspectos. Partindo dos aportes da neurobiologia de Humberto Maturana, Dussel identifica nas funções superiores do cérebro humano a razão de termos passado de uma mera natureza biológica ou social pré-linguística a uma existência ética. Para o autor, o acúmulo empírico fornecido por esse campo nos últimos anos é capaz de demonstrar que a evolução produz, em nível cerebral, condições aptas a fundamentar dialética e materialmente o fenômeno da ética (DUSSEL, 2012, p. 105-106). Sob esse viés, o autor chega mesmo a opor uma crítica contundente ao argumento da falácia naturalista, da qual Ferrajoli e seu modelo de minimalismo penal procuram distanciar-se a todo tempo:

“Esta falácia, [...] como exercício da razão formal, abstrata e instrumental, indica com razão que não é possível deduzir juízos de fatos, por derivação lógico-analítica, juízos normativos. Penso que a objeção agora perde sua evidência, e tornar-se-ia uma falácia redutiva, caso se tentasse a ‘passagem’ por fundamentação material (de conteúdo) de um juízo de fato a um juízo normativo, num plano concreto, sob o exercício do que denominamos razão prático-material, neste caso já não há *dedução* analítica, mas *fundamentação* dialética por conteúdos, e exige o desenvolvimento de outros aspectos lógicos materiais em geral mal estudados. Com efeito, sendo o sistema avaliativo-afetivo um momento constitutivo do funcionamento cerebral, sistema que cumpre com as exigências da reprodução e desenvolvimento da vida do sujeito humano, este sistema realiza continuamente a ‘passagem’ de juízos de constatação, descritivos ou de fato (‘Isso é veneno’) para juízos de ‘dever-ser’ (‘Não devo comer isto’), como mediações necessárias e obrigatórias para o ‘ser’

vivente, sob pena de suicidar-se culpavelmente (porque aqui estamos sempre falando do ‘ser’ humano). Da mesma maneira, se falo: ‘tenho sede’, trata-se de um enunciado descritivo. O ser humano, como vivente, precisa beber líquidos potáveis para viver; se não conseguisse beber nenhum líquido, morreria. O sistema avaliativo cerebral, como sistema de alarme julga a situação de ‘sede’ como de ‘perigo’ para a existência da vida, e enuncia: ‘Eu devo beber líquidos’ para sobreviver. Enquanto exigência subsumida num sistema avaliativo, que é também e sempre racional, ético-cultural, o enunciado descritivo vital humano se torna normativo: é um dever” (DUSSEL, 2012, p. 106-107).

No trecho retrotranscrito, Dussel está tratando da passagem dos enunciados descritivos aos normativos, único meio que o permite desenvolver o princípio ético material universal (momento prescritivo, de “dever ser”) que se fundamenta a partir do critério ético material universal (momento assertivo, relativo ao “ser”) localizado na produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana de cada sujeito ético em comunidade, como já dissemos. Assim, o autor propõe que a Lei de Hume, que aparentemente poderia vedar essa pretensão – por não aceitar a derivação de enunciados normativos ou prescritivos a partir de constatações fáticas ou descritivas (a chamada falácia naturalista) –, se situa num nível lógico-formal abstrato; entretanto, a sua ética situa-se, por sua vez, em *nível prático-material*, razão porque merece um desenvolvimento livre das amarras desse postulado metodológico (DUSSEL, 2012, p. 138):

“Quer dizer, sobre o ‘há vida humana’ pode-se ‘fundamentar’ (racional, prático-material e reflexivamente) o *dever-ser* ético (que pode ser emitido como ‘enunciado normativo’ ou ‘juízos éticos de realidade’), com pretensão de verdade, como exigências deonticas de produzir, reproduzir e desenvolver a própria vida do sujeito ético. A partir do *ser-vivente* do sujeito humano pode-se fundamentar a exigência do *dever-ser* da própria vida, e isso porque a vida humana é reflexiva e autorresponsável, contando com sua vontade autônoma e solidária para poder sobreviver. Eis aqui a fragilidade, mas ao mesmo tempo a necessidade da ética, em seu nível deontico, como normativa! Se a humanidade perdesse essa consciência – e parece que está perdendo, como se pode verificar na insensibilidade diante do assassinato do Outro, diante da miséria da maioria de seus membros no Sul do planeta Terra – poderia precipitar-se nem suicídio coletivo. O *viver* transforma-se assim de um *critério* de verdade prática numa *exigência* ética: no *dever-viver* (DUSSEL, 2012, p. 141.)

Fica claro, portanto, que para a ética como a concebe Dussel, “a *passagem* do juízo de fato material ao juízo normativo é feita pela razão prático-material que funda a ‘obrigação’ ética na ‘necessidade’ biológico-cultural” (DUSSEL, 2012,

p. 142) de preservar e desenvolver a vida humana em plenitude. Portanto, a partir de uma crítica ética, o Direito Penal não somente pode como *deve* ultrapassar as limitações impostas pelo argumento da suposta falácia naturalista, e deve fazê-lo como *condição para uma práxis jurídica que intente salvar vidas*, na linha de uma teleologia realista marginal. Se a vida humana como modo de realidade do sujeito cobra sentido ético ao obrigar-nos a preservá-la e desenvolvê-la plenamente de acordo com as condições históricas das quais partimos, é evidente que isso pressupõe ultrapassar e julgar negativamente elementos e aportes teóricos que não favoreçam o princípio ético material de Dussel ou que favoreçam o fato morte.

É por meio desse caminho que deverá trilhar a crítica ética ao utilitarismo reformado: arrancando do discurso jurídico-penal funções jamais realizadas pela pena e missões tutelares designadas ao controle penal, eis que a justificação do poder punitivo em Ferrajoli “não raro traveste um problema valorativo (ideológico) de assunção do paradigma de prevenção sobre uma máscara de impedimento empírico (problema fático)” (GLOECKNER; AMARAL, 2013, p. 65). Para Carlés, um modelo realista e marginal de Direito Penal mínimo orientado de acordo com as particularidades da América Latina não pode deixar de levar os pressupostos da crítica até as suas últimas consequências (CARLÉS, 2012, p. 265). Trata-se de uma exigência ética, somente satisfeita a partir da *crítica criminológica* que não cansa de demonstrar não apenas a ineficácia do sistema penal, mas a sua função concreta, produtora de vítimas e de cadáveres. Mas contornar as amarras da Lei de Hume é apenas metade do caminho. Por honestidade intelectual cabe direcionar uma crítica ética aos dois horizontes de justificação da pena em Ferrajoli e nesse particular o acúmulo criminológico crítico nos proporciona elementos mais do que suficientes.

6.1. A refutação ética da prevenção geral negativa

No que diz respeito à prevenção geral negativa, o discurso de justificação de Ferrajoli padece de enormes dificuldades. Por exemplo, Gloeckner e Amaral identificam na antropologia que subjaz essa tese (a ideia de *homo economicus*) o problema de desconsiderar a inexistência de autocontrole absoluto por parte dos sujeitos. Ainda, conforme os autores, o medo da coação não é um fator incondicional e equânime, mas algo que depende de variáveis que nada tem a ver com a pena em si, como a personalidade dos sujeitos a quem se dirige o contra impulso dissuasório (GLOECKNER; AMARAL, 2013, p. 63). Para Elena Larrauri, a prevenção geral negativa traduz uma concepção simplificada de ser humano, que ajuda a mascarar a ineficácia preventiva da pena em casos como quando o sujeito

não obtém recompensas suficientes para uma atitude de conformidade, acredita que não sofrerá a pena devido ao acúmulo de experiência prática em uma dada modalidade delitiva ou mesmo quando assume a possibilidade de sofrer a pena, mas a encara como um preço a ser pago (LARRAURI, 2005, p. 27).

Segundo Larrauri, ainda, o núcleo de verdade empírica que se extrai da tese preventista geral radica no fato de que o comportamento humano pode ser modificado em virtude de incentivos externos. Entretanto, dessa premissa não se extrai a necessidade irredutível da ameaça penal, já que os desincentivos podem partir de medidas preventivas, como as de caráter educativo ou mesmo ações de prevenção situacional (LARRAURI, 2005, p. 29). Para a autora, outro aspecto da crença na prevenção geral negativa está presente na ideia de que se a ameaça de pena nos intimida, intimidará a todos. Entretanto, cabe refletir que essa dinâmica de pensamento oculta a internalização de normas de cunho ético ou moral, dando a entender que a coação penal seria o único vetor de controle social do desvio. Curiosamente, ressalta a autora, quando nos perguntam o motivo de não termos praticado uma determinada conduta delituosa, tendemos a apresentar razões morais, mas, quando a pergunta se refere aos demais, manifestamos a crença de que só não delinquem por causa da ameaça de pena (LARRAURI, 2005, p. 29-30), o que já serve para demonstrar o credo punitivo diluído no senso comum.

Como observam Zaffaroni et al., o

“[...] discurso parte da ilusão de um *pan-penalismo* jurídico e ético, que *confunde o efeito do direito em geral e de toda a ética social com o do poder punitivo*: em suma, tal discurso identifica o poder punitivo com a totalidade da cultura” (ZAFFARONI et al., 2013, p. 118).

Além disso, se optamos por considerar a pertinência desse núcleo de veracidade da teoria, há que se atentar para a produção de efeito reverso, igualmente plausível. Segundo os autores, sabendo que a criminalização secundária opera apenas nas obras toscas da criminalidade – as exceções só comprovam a regra, é bom que se diga –, é de se notar que a pena poderia estimular o aperfeiçoamento na execução de uma determinada modalidade de delito, ao invés de incidir de maneira a desestimular seu cometimento (ZAFFARONI et al., 2013, p. 117).

Apesar das críticas mencionadas, a engenhosidade da tese preventista geral está em tornar essa função a mais perfeita das ideologias penais, já que empiricamente não pode ser totalmente comprovada e nem desmentida totalmente e como consequência sempre se pode ressuscitá-la para justificar a intervenção punitiva (LARRAURI, 2005, p. 29). A prevenção geral negativa não pode ter sua eficácia submetida à verificação por uma série de razões, sendo que a primeira

delas diz respeito ao próprio desconhecimento social quanto às proibições penais. Ora, se para prevenir o delito a norma penal necessita ser conhecida ou ao menos intuída socialmente, fica claro que contra o imenso catálogo de tipos penais que não correspondem às proibições sociais emanadas de normas morais (como os óbvios delitos contra a vida, a propriedade ou a integridade física) a ameaça de pena oferece pouca ou nenhuma serventia. Além disso, quanto aos delitos que costumeiramente permanecem no campo da *cifra obscura* e sequer chegam a enfrentar a criminalização secundária, a capacidade preventiva da pena é nula, nos moldes da prevenção geral negativa (LARRAURI, 2005, p. 26).

Se demonstrar a eficácia da pena para a função de prevenção geral negativa já é difícil, conforme Larrauri, a prova da sua ineficácia é impossível de ser obtida, especialmente quando se soma ao problema a necessidade de demonstrar que a ausência de pena não implicaria o aumento de vinganças extrapenais, de tipo privado. Desse modo, a autora adverte sobre uma contradição intrínseca ao pensamento de Ferrajoli, na medida em que seu sistema de justificação foi pensado para projetar uma legitimidade *a posteriori*, ou seja, quando estivesse minimamente satisfeita a exigência de comprovação empírica da eficácia da pena, o que não ocorre de fato com relação à prevenção geral negativa. Sendo assim, indaga a autora, a pena não restaria deslegitimada em virtude de não dar mostras de seu potencial preventivo e utilitário? Estranhamente Ferrajoli desconsidera essa crítica, apesar de admitir a impossibilidade quanto ao cálculo da eficácia da pena nessas situações (FERRAJOLI, 2014, p. 312), o que sem dúvida expõe uma incongruência de seu modelo, conforme sugere Larrauri (LARRAURI, 2005, p. 32).

Zaffaroni et al. também consideram que no plano político a justificação da pena nos moldes da prevenção geral negativa se mostra perigosa ao intento de consolidação do Estado de Direito. Conforme os autores, a dissuasão total é simplesmente ilusória, de modo que, seguindo essa caminhada, o fim da linha seria a pena de morte para todos os delitos (o que, por si só, já seria o suficiente para descartarmos essa tese, já que a utopia que nos inspira é uma ética *da vida*, como dito), menos porquê dessa forma se alcançaria a dissuasão do que pelo fato de que assim se esgotaria o conjunto de respostas penais capazes de produzir ameaça ao futuro delinquente. É de se notar que essa consequência ressuscita a arquitetura do Estado Absolutista, enquanto uma técnica de poder apta a edificar uma ordem calcada na obediência incondicional dos súditos (ZAFFARONI et al., 2013, p. 119). Entretanto, justiça seja feita ao modelo de Ferrajoli, já que o autor reconhece essa tendência e chega mesmo a mostrar-se preocupado, a ponto de elencar um segundo parâmetro utilitário para a pena que, a seu ver, satisfaz o crivo da

Lei de Hume e seria – em tese – capaz de dosar as tendências arbitrárias da coação psicológica (FERRAJOLI, 2014, p. 308-309). Trataremos dele na sequência.

6.2. *A refutação ética da função de prevenção de violências arbitrárias*

De modo similar, a tese ferrajoliana de que caberia à pena prevenir focos de violência privada (justamente o traço distintivo entre o seu utilitarismo penal reformado e o supostamente “incompleto” utilitarismo penal ilustrado) também não prospera em razão da ineficácia do poder punitivo para esse intento. Antes de apontarmos as dificuldades de justificação da pena na esteira dessa função, necessitamos problematizar a própria noção de Ferrajoli acerca do objeto preventivo atribuído a pena nesse caso. Elena Larrauri deixa claro que não compartilha da análise histórica contida na obra de Ferrajoli, no que se refere à transição para a modernidade penal, que para o autor significaria a troca de um sistema de “vingança privada” em favor de uma “pena pública”, ditada pelas opções axiológicas do garantismo-utilitarismo ilustrado. Contrariando o consenso iluminista, a autora demonstra que a própria ideia de que a chamada “vingança privada” significaria apenas um conjunto de respostas punitivas sangrentas, proscritas a partir da Era Moderna, se afigura simplista e não condiz com um juízo histórico complexo. Para a autora, equiparar as penas privadas às “vinganças de sangue” é um equívoco histórico, já que a possibilidade de matar o ofensor não era a única opção do catálogo de penas dos tempos pré-modernos (inclusive era proibida dependendo da natureza da ofensa e da envergadura social do ofensor), havendo possibilidades reparatórias e compensatórias que não foram consideradas seriamente por Ferrajoli (LARRAURI, 2005, p. 18-19).

Conforme a autora, ainda, a presunção de Ferrajoli de que a troca da “vingança privada” para a “pena pública” – e inclusive a insistência do autor em separar a todo custo essas duas categorias, fazendo apologia da segunda como se representasse a superação inegável da primeira – significou uma diminuição da violência e um progresso na racionalização das práticas punitivas é no mínimo questionável. Nesse sentido, é mais pertinente reconhecer que em ambos os casos o que se vislumbra são respostas mais ou menos brutais a depender do contexto histórico e não do titular do exercício punitivo. Em suma: o Estado, mesmo praticando a pena pública, consegue por vezes superar os índices de brutalidade da imaginação punitiva medieval, levando a cabo atrocidades impensáveis em escala simplesmente impossível, mesmo para o mais feroz vingador pré-moderno (LARRAURI, 2005, p. 20).

Ao que parece, o discurso de Ferrajoli recusa-se a reconhecer a barbárie como um componente da própria civilização ilustrada, imputando-a a outros tempos,

juízo histórico que não se sustenta em face de um olhar mais complexo. De fato, a realidade latino-americana é a comprovação de que o aparelho estatal pode ser utilizado para uma produção sistemática e massiva de cadáveres. Ademais, a tese implícita da evolução das penas a partir da modernidade, presente em Ferrajoli, não considera que a própria expropriação do poder de punir – tão celebrada pelo autor – não foi um processo inocente, reativo e pacífico, mas sim uma tendência que favoreceu os interesses das classes dirigentes europeias (monarquias absolutistas), que precisavam concentrar o poder frente à nobreza local, ao campesinato ou ao corpo eclesiástico. A concentração do monopólio da violência nas mãos do soberano foi um processo conflituoso e violento, voltado muito mais à satisfação dos interesses dos Estados Absolutistas do que à pacificação e justiça universal (LARRAURI, 2005, p. 20-21).

Transpondo o foco para a realidade atual, conforme Larrauri, os exemplos que dispomos acerca da permanência da vingança privada tão temida por Ferrajoli não contribuem para a tese de que o poder punitivo sirva para limitá-la. Pensando a partir dos estudos de Steinert, com foco na sociedade norte-americana, a autora aponta que é justamente nos Estados em que a pena de morte está prevista e é aplicada onde se registram as taxas mais altas de linchamentos, por exemplo, o que sugere que a ânsia punitiva não necessariamente mantém uma correlação tão simples com o desempenho do sistema penal. A seu juízo, portanto, a presunção de que a pena evita vinganças privadas parece ignorar que a hipótese contrária de que as demandas por punição se moldam de acordo com a resposta do sistema penal é igualmente plausível. Além disso, a demanda por severidade penal se dá geralmente por parte de pessoas e grupos que não necessariamente são diretamente vitimados pelos delitos contra os quais se insurgem (LARRAURI, 2005, p. 22-23).

A crença que transparece na obra de Ferrajoli é a da total aptidão da pena para prevenir esse tipo de manifestação (lembramos que, para o autor, se a prevenção geral negativa é questionável devido às dificuldades de sua verificação, a prevenção dessa classe de violência é simplesmente um dado irrefutável). No entanto, nos empenharemos em elevar o grau de complexidade do fenômeno dos linchamentos para ver o que remanesce da justificação do autor. A nosso ver, a presunção de Ferrajoli quanto à eficácia da pena para essa espécie de prevenção implica outra crença correlata, precisamente a de que, na ausência de pena, os rituais de linchamento poderiam se disseminar de forma insustentável para uma cultura jurídica que preze as garantias cidadãos e os direitos fundamentais. No entanto, essa crença parece simplificar demasiado o fenômeno em questão, já que não há evidências conclusivas sobre as suas causas, ou seja, os estudos sociológicos

ainda trabalham no campo das hipóteses. Aliás, a ideia de que a não incidência do poder punitivo em todos os casos de desvio constatados daria lugar a esse tipo de ritual simplesmente não prospera, pois as evidências empíricas sugerem que os linchamentos ocorrem em determinadas classes de crimes, mas são raríssimos em outras (MARTINS, J. S., 2015, p. 51-52).

O sociólogo José de Souza Martins desenvolve uma hipótese explicativa mais sofisticada: até pode haver um componente de ceticismo social quanto ao alcance do poder punitivo (ou, o que dá no mesmo, ceticismo com relação às agências do sistema penal) contra os desviantes, mas não se está diante de uma causa capaz de explicar o fenômeno do justicamento popular isoladamente (MARTINS, J. S., 2015, p. 92), o que já serve para abalar os alicerces do argumento de Ferrajoli. Para Martins, é mais certa a suposição de que o “mal” que representa determinados desvios sobre os quais recai a fúria popular simplesmente não pode ser reparado pelas instituições formais, o que inclui o sistema penal; isso estaria para além de sua capacidade, conforme a ótica popular. Ainda, a tese do ceticismo comunitário quanto ao funcionamento das agências penais não explica, por exemplo, a grande quantidade de linchamentos que ocorrem em presídios ou estabelecimentos carcerários (MARTINS, J. S., 2015, p. 94), situações em que a justiça penal formal evidentemente está atuando e não é omissa. Para o autor, certamente existe uma postura popular cética, em grande parte por conta do apelo midiático com relação a algumas modalidades criminais (não todas, vale notar), mas isso não está na raiz do fenômeno, podendo ser, quando muito, um fator correlato (MARTINS, J. S., 2015, p. 96).

Poderia se objetar que a pena estatal (ou melhor, a sua ausência) não precisaria estar correlacionada ao fenômeno, pois a sua justificativa, na esteira da prevenção de violências arbitrárias, residiria simplesmente no fato de que ela separa o criminalizado do meio social e, dessa forma, o preserva do furor popular, mas tal premissa simplesmente não leva em conta que na periferia do sistema-mundo as condições da execução penal simplesmente não alcançam esse intento, sendo que, entre nós, a pena é provavelmente o meio mais seguro de um sujeito sofrer toda sorte de abusos em seus direitos fundamentais se comparado com a possível ação de multidões enfurecidas. Entre nós, é muito difícil imaginar um caso em que a pena privativa de liberdade efetivamente constitua um “mal menor” ou o “mínimo mal estar necessário” aos desviantes, o que, nos parece, prejudica a intenção de justificá-la *a posteriori*, como quer Ferrajoli.

A resposta de Ferrajoli quando busca matizar essa deficiência de sua teoria de justificação projetando atenção para as reações arbitrárias de tipo policial – isto é, perpetradas por agentes estatais – supostamente evitadas pela pena pública nos moldes de seu utilitarismo reformado (FERRAJOLI, 2008, p. 509), padece,

conforme Larrauri (2005, p. 23-24), de três aporias: em primeiro lugar, o argumento não parece válido para salvar sua teoria de justificação da pena por que se trata apenas de substituir uma modalidade de punição por outra que pode ser tão cruel quanto (a autora exemplifica: estaríamos de acordo quanto à adoção da pena de morte para evitar a atuação de grupos de extermínio, ainda disseminados no contexto brasileiro, acrescente-se?); em segundo lugar, a imposição de limites jurídicos à atuação de agentes do Estado é salutar, sem dúvida, mas não necessariamente implica tornar a política criminal refém do temor de que possa haver manifestações ilegítimas por parte dos mesmos. Em outras palavras, impor freios aos agentes estatais não requer necessariamente adesão ao poder punitivo, mas pode se dar de outras formas; em terceiro lugar, é questionável a eficácia instrumental do sistema penal para deter focos de violência arbitrária, já que alguns de seus episódios não sugerem qualquer relação com a aplicação ou não de penas (o Massacre do Carandiru, ocorrido em outubro de 1992 parece demonstrar essa premissa).

Por fim, Larrauri chama atenção, ainda, para outra falha na teoria de justificação da pena em Ferrajoli: ainda que aceitemos, por hipótese, a eficácia instrumental da pena para deter focos de vingança privada e nos filiemos, também por hipótese, à doutrina de justificação de Ferrajoli, o que dizer sobre os chamados “delitos sem vingança”, ou seja, aquela classe de delitos contra os quais não se espera mais do que uma reação social apática (seja porque a sociedade não os conhece, como os crimes econômicos, não encara a si mesma como vítima, como os delitos contra o consumidor, ou não consegue identificar-se com a vítima, como os delitos contra minorias)? Reside aí uma das mais notáveis contradições do justificacionismo fornecido pelo utilitarismo reformado, já que, mesmo admitindo a existência dessa gama de delitos e a desnecessidade da pena para prevenir reações arbitrárias, Ferrajoli recorre à finalidade de prevenção de delitos – na forma da prevenção geral negativa, como vimos – para salvar o poder punitivo da deslegitimação (FERRAJOLI, 2008, p. 517-518). Em que pese ambas as funções – prevenção das violências arbitrárias e prevenção de delitos – devessem se complementar e dosar harmonicamente uma à outra em seu sistema de pensamento, fica claro que na ausência de uma delas o autor faz ressurgir a outra como critério exclusivo de justificação (LARRAURI, 2005, p. 25).

Por tudo o que se expôs, fica claro que o modelo de justificação da pena que compõe o Direito Penal mínimo de Luigi Ferrajoli só pode ser sustentado em âmbito lógico-formal. A via de sua deslegitimação ética, no entanto, se dá em nível prático-material, apelando sem medo aos acúmulos empíricos fornecidos pelo saber criminológico. Fica claro, também, que o modelo de realismo marginal de Raúl Zaffaroni permite esse movimento, já que desobstrui o saber jurídico-penal

dos entulhos teóricos produzidos pela Lei de Hume que não hesitam em rotular como “falácia naturalista” as contribuições do saber criminológico crítico quando se mostram inconvenientes ao empreendimento legitimante. Há que se buscar, portanto, alternativas teóricas que permitam libertar o Direito Penal mínimo da crença justificacionista, sem abrir mão de sua coerência enquanto saber. Um exemplo dessa tarefa pode ser verificado na noção de coerção direta.

7. A BUSCA DE ALTERNATIVAS ÉTICAS AO JUSTIFICACIONISMO: O EXEMPLO DA COERÇÃO DIRETA

É fundamental que fique claro que o modelo realista marginal não pretende ignorar a necessidade de uma resposta estatal a violações de direitos que agridam ou ponham em sério risco determinados bens jurídicos, mas encara o desafio de fornecê-la sem a necessidade de aderir ou legitimar o poder punitivo, fazendo uso de institutos como a *coerção direta*. Conforme Zaffaroni et al., a coerção direta seria uma ingerência estatal administrativa para neutralizar um perigo iminente ou interromper uma atividade lesiva já em curso, de modo que não pode ser confundida com o poder punitivo. Este se encontra deslegitimado em razão de sua irracionalidade; aquela se encontra justificada enquanto um meio racional para redução de danos, o que a torna harmônica com relação à teleologia realista marginal e o imperativo de um agir ético. Apesar de reconhecerem que a coerção direta pode ser deturpada pelos agentes estatais que a levam a cabo, tornando-a um puro exercício de poder arbitrário, para os autores é inquestionável que enquanto se está diante de uma atividade delituosa o Estado dispõe de legitimidade para buscar refreá-la, desde que atue com uso comedido da força, de modo que a coerção direta só se confunde com poder punitivo quando cessa essa atividade, mas não a ação dos agentes estatais (ZAFFARONI et al., 2013, p. 104). Fica claro, portanto, que a situação excepcional onde a atuação estatal é imprescindível para deter vinganças privadas, por exemplo, “seria mais um caso de coerção direta [...], mas de nenhum modo poderia generalizar-se até converter-se em argumento legitimante do poder punitivo ou, menos ainda, em uma teoria positiva da pena” (ZAFFARONI et al., 2013, p. 107).

Notamos, portanto, que as evidências no campo criminológico apontam para a incapacidade de a pena produzir os efeitos esperados por Ferrajoli, o que deveria servir para retirar-lhes a justificativa no nível do discurso jurídico-penal, não fosse o constante apelo à Lei de Hume, que felizmente pode e deve ser contornada em nome do princípio ético material de produção, reprodução e desenvolvimento comunitário da vida de cada sujeito ético, como vimos. Entretanto, não se sustenta aqui que a crítica ética produza efeitos inequívocos para o Direito Penal.

Ora, tal conclusão só seria possível mediante uma simplificação grosseira, justamente o que se espera evitar. É evidente que a própria ética não é um aporte unívoco. Como já sublinhamos, seu desenvolvimento é impossível sem algum grau de conflitividade. Com efeito, necessitamos expressar ao menos uma ressalva que nos parece pertinente para que possamos avançar.

Enrique Dussel preocupa-se em diferenciar duas categorias, a fim de situar a sua ética. Para o autor, *coação* e *violência* são atitudes distintas, sendo que a primeira pode tornar-se a segunda quando carece de legitimidade. O autor aduz que essa diferenciação é importante para que possamos compreender que uma ordem instituída – no caso, o Estado Social e Democrático de Direito – necessita de meios de coação legítima, desde que estejam dispostos de forma apta (empiricamente) a cumprir o princípio ético material. Em outras palavras, a aceitação subjetiva de cada membro de uma comunidade ética está para além das possibilidades humanas, o que torna a coação legitimada para que se possam cumprir as exigências éticas material, formal e de factibilidade, ou seja, que seja assegurada a vida de todos os sujeitos afetados por uma determinada disposição, que possam participar simetricamente das decisões e mediações que se mostrem factíveis em um dado momento histórico. Satisfeitas essas exigências, Dussel encara que não se está diante de violência, mas de coação legítima que é por isso mesmo perfeitamente ética (DUSSEL, 2012, p. 545).

Em que pese o autor reconheça que a coação “legal” do sistema vigente foi historicamente um fator de entrave aos movimentos que buscaram a emancipação social (e, por isso, em nível ético acabou se convertendo em violência, já que não se dedica a assegurar as condições éticas listadas), conforme Ricardo Gloeckner e Augusto Amaral, o equívoco de Dussel está em admitir a pena carcerária como instrumento coativo e não necessariamente violento, desde que subsumido pelos critérios e princípios que compõem o panorama de sua ética (DUSSEL, 2012, p. 546), o que se choca com a leitura realista marginal, segundo a qual a prisão alimenta-se seletivamente da vulnerabilidade e não cumpre as funções dadas pelas doutrinas de justificação da pena. Portanto, conforme os autores – e subcrevemos tal assertiva –, *nesse aspecto a ética dusseliana merece ser ressaltada*. A incumbência de uma finalidade ética à pena, como apontam, já se revelou extremamente perigosa aos seus alvos preferenciais e isso Dussel parece não ter claro. O risco aqui seria o de reconduzir o novo pacto ético que estamos propondo ao caminho tortuoso da antiga etização, denunciada por Zaffaroni e outros penalistas, como vimos.

Ainda assim, desde o nosso olhar, acertam Gloeckner e Amaral quando afirmam que “o sistema punitivo na América Latina, a fim de se despertar para a preservação do princípio ético anunciado por Dussel, pode se coadunar com

a resposta de Zaffaroni, de um realismo marginal” (GLOECKNER; AMARAL, 2013, p. 178), na medida em que há inegavelmente um eixo comum capaz de articular ambos os horizontes teóricos para que se percorra um caminho emancipatório com relação às vítimas da periferia do sistema-mundo. De outro modo, nos permitiremos especular que a adesão de Dussel à justificação do poder punitivo talvez seja mais aparente do que real, eis que nos parece que os conceitos que o autor utiliza para estruturar seu quadro de análise – *violência* (ilegítima) e *coação* (legítima) – parecem guardar perfeito paralelo com categorias como *poder punitivo* (ilegítimo) e a já mencionada *coerção direta* (legítima) que para o realismo marginal permanece justificada, desde que não seja deturpada e tornada equivalente ao poder punitivo. Aliás, fica claro que a capacidade instrumental da coerção direta, para o modelo realista marginal, não é nula, revelando-se um meio eficaz de se dar concretude ao princípio ético dusseliano (preservação da vida humana em comunidade), conforme o caso.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluimos, portanto, que a reconciliação entre ética e Direito Penal é possível e necessária, desde que atendidos alguns pressupostos. Em primeiro lugar, há que se reconhecer os riscos de dotar o poder punitivo de uma função ética, já que a antiga etização é, de fato, uma porta aberta a modelos de Direito Penal persecutórios. Em segundo lugar, devemos ter em mente a insuficiência do discurso utilitarista – especialmente o utilitarismo reformado de Ferrajoli, como exposto em “*Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*” – no que tange a sua opção relegitimante da pena de prisão (o que passa pela sacralização da Lei de Hume enquanto critério lógico-formal). Em terceiro lugar, há que se somar uma ética da libertação (e seu caráter prático-material) à opção axiológica de preservar a vida humana, abrindo mão de constructos teóricos que a pretexto de representar a “razão” capacitam os aparelhos que produzem morte na periferia do sistema-mundo. Atualmente, essa opção pode ser encontrada no modelo de Raúl Zaffaroni. Por fim, devemos levar a cabo um esforço de revisão dos postulados do Direito Penal mínimo, atendendo os pressupostos anteriores, sendo que o emprego da coerção direta em rechaço ao poder punitivo deslegitimado pela crítica criminológica é um exemplo dessa tarefa.

9. REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

- BATISTA, Vera Malaguti. O realismo marginal: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo. In: MELLO, Marcelo Pereira de (Org.). *Sociologia e direito: explorando as interseções*. Niterói: Editora da UFF, 2007. p. 135-148.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. In: *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. 3. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987. p. 222-232.
- BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1974 (Coleção Os Pensadores, XXXIV).
- CARLÉS, Roberto Manuel. Ver el árbol o ver el bosque? el realismo jurídico penal marginal como principio epistemológico fundamental para um modelo integrado de las ciencias penales en América Latina. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). *Leituras de um realismo jurídico-penal marginal: homenagem a Alessandro Baratta*. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2012. p. 261-271.
- CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma penologia crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. *Revista Polis e Psique*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 143-164, 2013.
- CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español: parte general*. Madrid: Tecnos, 2004.
- DEVOS, Bryan; KHALED JR., Salah H. O garantismo e a academia: esboço de uma crítica ao “garantismo integral” (em nome da superação criativa de cânones teóricos) ou algo sobre crise, compromisso e resistência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 27, p. 65-108, n. 153.
- DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão*. São Paulo: Paulus, 1995.
- DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. Notas críticas y autocríticas en torno a la discusión sobre “Derecho y razón”. In: GIANFORMGGIO, Letizia (Org.). *Las razones del garantismo: discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Bogotá: Temis, 2008. p. 475-545.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal: introducción*. Madrid: Universidade Complutense, 1995.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim do. *Criminologia e(m) crítica*. Curitiba: Champagnat; Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.
- KHALED JR., Salah Hassan. O homem do dique e a irracionalidade do pensamento jurídico-penal sedimentado: reencontro subversivo com a história política do direito penal. In: BAYER, Diego Augusto (Org.). *Controvérsias criminais*:

- estudos de direito penal, processo penal e criminologia. Jacaranguá do Sul: Letras e Conceitos, 2013. v. 1. p. 539-562.
- LARRAURI, Elena. Criminología crítica: abolicionismo y garantismo. *Revista de Estudios Criminales*, Sapucaia do Sul, ano 4, n. 20, p. 11-38, 2005.
- LÖWY, Michael. *Walter Benjamin*: aviso de incêndio. São Paulo: Boitempo, 2005.
- LUDWIG, Celso Luiz. Filosofia da libertação, crítica jurídica e pluralismo: uma justificação filosófica descolonial. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone F. M. (Org.). *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina*. Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015. p. 117-127.
- MARTINS, José de Souza. *Linchamentos: a justiça popular no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2015.
- MORIN, Edgar. *Cultura e barbárie europeias*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.
- MUÑOZ CONDE, Francismo. *Edmund Menzger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: JMB, 1992.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. I.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El renacimiento del derecho penal liberal o la “cruz roja” judicial. In: GIANFORMGGIO, Letizia (Org.). *Las razones del garantismo: discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Bogotá: Temis, 2008, p. 392-405.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.



PESQUISA DO EDITORIAL

ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Sistema criminal e ética na modernidade contemporânea: problemáticas de atuação crítica em um sistema poietico e perverso, de Marcelo Cunha de Araújo – RT 884/413-432.