

3. DOUTRINA NACIONAL

DIREITOS HUMANOS – REPERCUSSÕES PENAIS

LUIZ LUISI

A chamada Idade Moderna tem início com uma profunda reformulação da posição do homem no mundo.

Na Idade Média o mundo material, e mesmo o social, é concebido como realidade objetiva, regida por princípios e leis determinadas. O homem é inserido neste contexto objetivo, e, pois, também, é regulado pelas mesmas leis. E apenas um dado do todo, e como tal disciplinado pelos princípios do universo do qual faz parte.

Em contraponto a essa concepção organicista surge uma cosmovisão antropocêntrica, que importa em uma revisão da postura humana no cosmos. O homem deixa, então, de ser um simples e pouco relevante elemento do mundo natural e social para passar a ter uma função ativa na reformulação, e mesmo na construção da realidade. O homem passa a ser *dominus*, principalmente, de seu universo específico da sua própria realidade, e do contexto inter-humano em que obrigatoriamente vive.

As raízes desta revolução, no sentir de Paolo Grossi se situam na visão do homem inaugurada por São Francisco de Assis. “Il poverello d’Assisi” pioneiramente liberta o homem, até então incondicionadamente submisso às regras do mundo fenomenico, pois o homem franciscano, enquanto ama e quer, encontra na caridade e na vontade não só a característica essencial do seu ser, mas, também a sua perfeita independência da sua realidade natural. Liberado o homem da sua condição de mero sujeito passivo se

inicia, – conforme acentua o referido e ilustre mestre de Florença, um longo mas irreversível processo que viria fazer do homem o construtor de sua história.

Este processo adquire consistência a partir do século XVII, por obra de filósofos como Thomás Hobbes (dito filósofo do absolutismo, entendimento que foi revisado magistralmente por Hans Welzel), John Locke, Samuel Puffendorf, Charles Secondat de Montesquieu, Jean Jacques Rousseau, dentre outros. Na concepção desses pensadores, ditos genericamente iluministas, embora pesem diferenciais, o homem deixa de ser súdito, e passa a ser cidadão. É agente ativo na modelagem de seu espaço social e político. Revivendo a teoria do contrato social – mas dando-lhe uma feição eurística – estes autores entendem que o estado deve ser organizado como se tivesse havido um contrato. Mas o homem, parte contratante, pela sua condição de ser racional e livre, e, pois, capaz de gerir seu destino, é titular de direitos. E quando se insere no Estado reivindica o reconhecimento e a proteção desses direitos. Ou porque a eles não renuncia ou mesmo renunciando, impõe como condição que o Estado criado pelo contrato devolva, com sua tutela, os direitos em causa.

Nascem, portanto, nesta quadra da história o que hoje chamamos direitos humanos. Mas somente nos últimos decênios do século XVIII é que esses direitos, até então só pensados, passam a se positivar juridicamente em diversos

documentos legislativos. E dentre estes, o mais importante pela sua abrangência universal, e sua precisão técnica, é a imperecível “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, promulgada pela Assembléia Nacional da França em 26 de agosto de 1789.

São os direitos humanos ditos atualmente de 1.^a geração, os direitos da liberdade. A liberdade de ir e vir, de pensar, e expressar o pensamento, a liberdade religiosa etc.

No campo penal os iluministas fazem uma crítica veemente a barbárie punitiva das ordenações vigentes na Europa das monarquias absolutas. Quem sistematizou estas críticas, e, principalmente enunciou os princípios inovadores que estruturariam um novo Direito Penal, é, sem dúvidas, Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria. Embora pese à presença de argumentos de teor utilitarista, a prédica renovadora de Beccaria tem como base a essencial dignidade do homem, que deve ser tratado como pessoa e não como simples coisa. “Não há liberdade” – escreveu o Nobre Milanês – “onde as leis permitirem que em determinadas circunstâncias o homem deixa de ser pessoa e se converta em coisa”.

A “pequena grande obra” *Dei delitti e delle pene* – marca o início de um novo direito criminal. O Direito Penal da legalidade, da pessoalidade da pena, do tratamento humanitário dos encarcerados etc. Ademais combate com intransigência devota a tortura. E marca, ainda, a sua presença na história, de forma indelével, pois Beccaria foi a primeira voz, em milênios de anos da história do homem e quando havia já decorrido 18 séculos da era cristã, em sua obra aparecida em 1764, de contestação à pena de morte.

As posturas iluministas contra a pena de morte e a tortura despertaram reações iradas dos conservadores. E até hoje, infelizmente, a batalha a estas formas de

barbárie, ainda não está vencida. Daí porque se pode dizer que Beccaria continua atual, ainda não começou a ser antigo.

A respeito da tortura, os inovadores viveram situações marcadas por tristes ironias. A Áustria, já nos idos de 1776, foi o primeiro país a abolir a tortura. Todavia o Decreto da Rainha Maria Tereza que a aboliu estava sujeito a ratificação das Províncias. Todas aprovaram a abolição. Menos a Província de Milão. E isto por que o voto de minerva do Presidente do Senado de Milão decidiu pela manutenção da tortura. Este Presidente chamava-se Gabriel Verri, pai de Pedro Verri, que havia escrito em 1771, mas ainda não publicara, a mais importante e contundente obra sobre a tortura. Para não conflitar com seu pai deixou de publicá-la. *As Observações sobre a Tortura* só vieram a público em 1804, sete anos depois da morte de seu autor. Outro livro escrito contra a tortura deve-se ao espanhol Juan Pablo Forner. *O Discurso sobre a Tortura*, escrito em 1791, proibido pelos censores do Santo Ofício, a reacionária inquisição espanhola, só foi publicado recentemente por iniciativa do eminente penalista Manoel Rivacoba y Rivacoba, Professor da Universidade de Valparaíso.

Todavia apesar dessas estórias a tortura veio a ser legalmente proibida e a pena de morte começou a ser banida da legislação. Não havia decorrido muitos anos do aparecimento da obra de Beccaria, e ainda vivo o Marquês italiano.

São pioneiras neste sentido, além dos referidos éditos da Rainha Maria Tereza, as leis editadas em Pisa em 30.11.1786, por Pedro Leopoldo, Arquiduque da Toscana, abolindo a pena de morte, a tortura, as penas imoderadas e não proporcionais aos delitos.

Na Declaração Francesa de 1789 se consolidam as posturas penais inovado-

ras, embora depois venham a ser derrotados na Assembléia gaulesa, os que postularam a supressão da pena de morte, quando se discutia a elaboração de um novo Código Penal. Dentre eles, os vencidos, em mais uma ironia da história, estava Maximiliano Robespierre que em 30.05.1791 pronunciou discurso na Assembléia Constituinte francesa sustentando que era preciso “apagar do Código dos franceses as leis de sangue que ordenam homicídios jurídicos”, e que “a pena de morte é essencialmente injusta, não é a mais severa das penas, e ao invés de prevenir os crimes, os multiplicam”.

Os princípios que no campo penal constituem instrumentos de tutela dos direitos humanos de primeira geração, embora pesem episódicas derrogações, estão hoje, pelo menos em termos legais, inclusive alguns com gabarito constitucional, consagrados em todo o mundo civilizado. Constam inclusive no mais importante documento legislativo do nosso século, “A Declaração Universal dos Direitos do Homem”, editada pela Organização das Nações Unidas, em 10.12.1948.

Todas as revoluções – escreveu Nicolau Berdiaeff – têm os seus demônios, que corroem suas entranhas. E a revolução iluminista também os teve. É possível localizá-los no art. 17 da Declaração Francesa de 1789, ao consagrar a propriedade como um direito sagrado e inviolável e o seu apêndice, a absoluta liberdade de contratar.

Tais postulados haviam de causar as revoluções industriais do século XIX, responsáveis por um extraordinário impulso de progresso. Mas gerariam uma realidade social chocantemente desigualitária, e, pois, injusta. Contra esta situação levantaram-se – precedendo como sempre as leis – as vozes dos pensadores. Augusto Comte preconizou a necessidade de incorporação do proletariado à sociedade. Vicente Mazzini pregou a

necessidade de reconhecer direitos à massa operária. E Karl Marx e Friederich Engels, em um enfoque sistemático, pre dizem o advento de um novo tipo de sociedade – uma sociedade igualitária – como resultado da dialética dos opostos, de matiz hegeliano, que governaria a história humana. No Brasil as idéias sociais entram na sua história por influência do positivismo político de Augusto Comte, cuja influência nos pais ideológicos da República brasileira, Miguel Lemos e Teixeira Mendes, é sobrejamente conhecida. Mas é no meu Estado, no Rio Grande do Sul, que pela vez primeira se insere em um texto constitucional uma norma de natureza social. Trata-se do disposto no art. 74 da Constituição riograndense do sul de 1891, elaborada por Júlio Prates de Castilhos que chamava Augusto Comte de Mestre dos Mestres. O referido art. 74 garantia aos simples jornalheiros que prestassem serviços ao Estado as mesmas garantias e vantagens dos funcionários públicos do quadro. Anteriormente, embora sem maiores repercussões práticas, a pré-dica social se fez presente na Revolução Farroupilha de 1835, por obra de italianos que participaram naquela revolução, principalmente em artigos escritos pelo jornalista Luigi Rossetti, companheiro do lendário José Garibaldi, publicados no Jornal *O Povo*. Rossetti quis nesses artigos, invocando o pensamento de Mazzini, dar a revolução gaúcha um colorido anti-escravagista e popular, o que foi inadmitido pelos latifundiários que comandavam a insurreição.

Como decorrência desta nova realidade surgem os chamados direitos humanos da 2.^a geração, visando corrigir as distorções desigualitárias. São os direitos sociais, culturais e econômicos. Os direitos naturais da igualdade. Ao contrário dos direitos da 1.^a geração que exigiam uma atividade abstencionista do Estado, limitadora de seu poder, os direitos humanos da 2.^a geração estão a exigir dos

Estados uma série de práticas materiais para efetivá-los. E isto cria dificuldades, sob os mais variados pretextos, para a concreta implementação desses direitos.

O Direito Penal neste novo contexto caracterizou-se por ampliar a sua área de tutela, incorporando no elenco de suas normas incriminadoras, delitos contra a saúde, contra a organização do trabalho, contra a incolumidade, bem como incrementou, por via de criminalização de condutas omissivas, os deveres individuais de solidariedade familiar, econômica e social. É nesta conjuntura que surge também a idéia de fazer da sanção penal um instrumento de valia social. Procura-se dar à pena uma função ressocializadora. Por muitos tida como mito, mas que algumas experiências, embora raras, permitem crer seja possível. É de meditar-se em torno do acerto do entendimento da penitenciária gaúcha Maria Tavares, quando sustenta “não existirem criaturas irrecuperáveis, mas métodos inadequados”.

No nosso século, principalmente a partir do segundo após guerra se vem presenciando uma fabulosa explosão de progresso, marcado por avanços fantásticos e trepidantes no campo da tecnologia. Avanços que se de um lado trouxeram incontestáveis benefícios, de outro lado, estão a criar situações ameaçadoras da própria sobrevivência da espécie humana. Ao partir o átomo, desvendando segredos íntimos do microcosmos, criou-se um pavoroso instrumento mortífero, que já arrasou cidades e matou, de uma só vez, milhares de seres humanos. A indisciplinada exploração das riquezas naturais vem devastando o meio ambiente, poluindo os mares e os ares e destruindo tecidos vitais do nosso planeta como a camada de ozônio. As descobertas e experiência no campo da genética, se criaram instrumentos de melhoria da saúde, abriram a alarmante perspectiva de criação dos humanóides.

Como consequência desse quadro, surgiram os chamados direitos humanos da 3.^a geração. Visam à proteção de bens sociais de relevância para todos os seres humanos. Direitos, como aos de um sadio ambiente natural, ao desenvolvimento equilibrado, à comunicação, à preservação do patrimônio comum da humanidade etc. São os direitos da solidariedade.

Os direitos humanos da 3.^a geração, portanto, não se destinam como lucidamente escreveu Paulo Bonavides, “específica e diretamente a proteção de um indivíduo, de um grupo ou de um Estado, mas tem como destinatário o próprio gênero humano, como momento expressivo de sua formação, como valor supremo em termos de existencialidade concreta”.

O Direito Penal vem procurando desempenhar na presente conjuntura o seu papel. Foi chamado a tutelar esses novos direitos, criminalizando os atentados contra o meio ambiente, os abusos graves de recursos tecnológicos, o uso indevido da informática, os perigos e os danos resultantes do uso da energia nuclear, as manipulações possíveis e alarmantes da engenharia genética.

Ao chegarmos ao fim do milênio, faz pouco mais de dois séculos que os direitos humanos se incorporaram ao patrimônio jurídico da humanidade. Mas embora nestas duas centúrias bastante se tenha feito, se olharmos ao nosso redor — como sugere Norberto Bobbio — seremos forçados a concordar com o notável pensador italiano — “que apesar das antecipações iluminadas dos filósofos, das corajosas formulações dos juristas, dos esforços dos políticos de boa vontade, o caminho a percorrer é muito longo”. Em verdade, acrescenta Bobbio — teremos ante esta paisagem “a impressão de que a história humana, embora velha de milênios, quando comparada às enormes tarefas que estão diante de nós, talvez tenha apenas começado”.

Não é preciso – diga-se *en passant* – olharmos para o universo dos pobres. Olhemos para a velha e vaidosa Albion, a Inglaterra da Carta Magna, onde centenas de meninos de menos de 15 anos cumprem pena junto com adultos e nas mesmas condições. Olhemos para o Alabama, na potência líder do mundo, onde os presos são forçados a trabalhar tendo a fustigá-los o sol escaldante do meio-dia. Lembremos os requintes tecnológicos com que em certos Estados da América do Norte se executa a pena de morte. E registre-se: esses senhores nórdicos alourados – estado-unidenses e ingleses – se arvoram em paladinos dos direitos humanos.

Mas é de registrar-se um fenômeno menos visível, mas de maior gravidade que vem fazendo com que o Direito Penal ao invés de proteger realmente os direitos humanos, vem se constituindo numa forma de agressão a esses direitos. Refiro-me à dimensão elephantíaca da legislação penal, que, no meu entender, é causa primeira da evidente crise do sistema penal. Já no segundo decênio do século XIX, Carlos José Antão Mittermaier advertia para os males que o uso abusivo da pena estava a causar. E ao longo do século passado, os mais importantes penalistas registraram o desvario criminalizador. Carrara fala em “nomorrea penal”. Frank usa para caracterizar o uso indiscriminado da pena, em “hipertrofia do direito penal”. E o penalista toscano José Puccioni, escrevendo em 1854, registrava, como podemos fazer agora, que o recurso abusivo e indiscriminado da pena para pequenas infrações havia originado uma massa de processos que entulhavam os pretórios, dificultando a aplicação racional da lei penal, como também uma massa enorme de condenados, criando sérias dificuldades ao Estado que nem sempre dispunha de meios para atender as despesas decorrentes.

No século XX as mesmas advertências partiram dos mais diferentes parâmetros culturais. Herbert Packer e Kadisch, para lembrar alguns, detectaram o fenômeno no mundo anglo-saxão denunciando uma *over criminalization*. O polêmico Francisco Carnelutti em imagem feliz sustentou que a inflação penal era tão grave como a inflação monetária pois aviltava a pena e enfraquecia a sua função intimidadora.

No Brasil, a nomorrea penal já assume proporções alarmantes. Criminaliza-se por atacado. Os crimes de bagatela se contam às centenas. Temos até crimes em que não se previram penas. Basta ter presente as infrações penais do Código de Telecomunicações. E no Parlamento brasileiro tramitam atualmente dezenas de projetos criminalizadores. A continuar neste rumo podemos chegar um dia à surpresa e à estupefação dos penalistas canadenses que ao fazer o levantamento da legislação penal, verificaram, na década de 1970, que existiam naquele País previstos cerca de 41.582 tipos penais. A continuar neste despropósito não estaremos longe do dia em que for condenada uma criança de 5 anos por assédio sexual por ter beijado uma criança da mesma idade, como ocorreu recentemente nos Estados Unidos, que, nesse episódio, escancaram o primitivismo do seu direito penal. E então não serão mais centenas e milhares de Mandados de Prisão como ocorre hoje, que estarão nas ruas, e sem efetiva possibilidade de serem cumpridos. O número será bem maior, atestando não só a falência total do sistema, mas a impotência do Estado na luta contra o crime ou seja, o caos.

Este perverso processo criminalizador traz em seu bojo uma violência aos direitos humanos. De um lado porque cominando pena a pequenas e pouco relevantes infrações, que podem ser enfrentadas, e com mais eficiência, por outras sanções à disposição do ordena-

mento jurídico, se violenta, sem real necessidade, um dos mais relevantes direitos do homem, a sua liberdade. Aliás, a Declaração Francesa de 1789 já proclamara no seu art. 8.º, que por ser a liberdade um direito humano básico, o uso da pena só se legitima quando evidente e estritamente necessário. As criminalizações desnecessárias constituem, sem dúvida uma das formas graves que atentam contra os direitos humanos. E não só importam na privação indevida da liberdade, como também porque a ingente massa de condenados decorrente desta legislação patológica, e a carência de recursos, principalmente nas Nações periféricas, faz com que a execução das penas em primitivos presídios, se faça com total desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Ante este quadro, difícil não é dimensionar a tarefa do penalista autêntico, que por ser tal, está obrigatoriamente comprometido com o direito penal humanitário. Ou seja: o direito penal instrumento

de proteção dos direitos humanos. Tarefa, sem dúvida, de proporções gigantescas. Mas isto não dá o direito aos penalistas de recuarem assumindo uma postura de necrofilia jurídica, falando, como alguns, na morte do Direito. Para enfrentamento das graves dificuldades e a superação dos empecilhos basta olhar para o passado recente. Apesar dos pesares avançamos muito nestes dois séculos. E sobretudo temos um objetivo certo e definido a alcançar, como todos os amantes da liberdade, que é o de ajudar na construção de um mundo onde o homem não seja o lobo do homem, mas o irmão, o semelhante, a pessoa portadora de direitos inalienáveis.

E para a construção deste mundo, que evidentemente será obra de gerações, é preciso que acreditemos, embora sem perder de vista suas inelutáveis imperfeições, no homem. E, também, tendo presente suas limitações na sua Justiça. O que implica em se fazer um Direito Penal, respeitoso da dignidade humana.