

8. SOCIOLOGIA JURÍDICA

OS DIREITOS HUMANOS NA ENCRUZILHADA DOS IDEAIS DEMOCRÁTICOS

HELENA SINGER

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Uma breve história de trezentos anos – 3. Quando o povo desconhece sua vontade – 4. Quando a aplicação das penas adquire foros de questão política – 5. Quando a filosofia ilumina o legislador para a aplicação das penas – 6. A encruzilhada das dicotomias universais – 7. Bibliografia.

1. Introdução

A palavra *democracia* adquiriu contemporaneamente uma forte conotação adjetiva positiva, a ponto de ter que ser invocada mesmo por aqueles que a negam em práticas das mais cotidianas às mais propriamente políticas. Ao regime democrático foram associados atributos de cidadania que poderiam estar presentes em outros tipos de ordenação política.

Os chamados *direitos humanos* são o melhor exemplo disso, tratando-se de direitos elementares passíveis de serem respeitados em regimes como o monárquico e o oligárquico, mas sempre afirmados como uma conquista da cidadania nos países democráticos em suas versões republicana ou parlamentar-monárquica. De fato, os direitos humanos são um atributo do ideal de democracia da modernidade. “É verdade que o principal aporte positivo da modernidade à idéia de democracia está nos direitos humanos, que os gregos ignoraram” (Ribeiro, 1997).

Buscando as vinculações entre teorias e práticas de poder, podemos demarcar alguns parâmetros históricos essenciais

para a compreensão desses processos, delimitando os momentos que construíram o vínculo entre razão universal, direitos humanos e democracia.

2. Uma breve história de trezentos anos

O primeiro desses momentos é a Revolução Inglesa de 1688. Até 1660, as novas monarquias da Europa não haviam se libertado da estrutura de governo que haviam herdado. Riqueza advinda das colônias, burocracia, controle da religião e exércitos permanentes ainda não haviam conseguido romper com os padrões que caracterizaram a monarquia do período feudal.¹ O Estado ainda dependia da boa vontade dos nobres para se fazer obedecer e a incapacidade de conservar este apoio provocava revoltas. Em 1688, uma dessas revoltas, apoiada pelos holandeses, levou Jaime II ao exílio e garantiu

(1) A lentidão dos processos de centralização do poder coercitivo e burocrático-administrativo e suas articulações com os processos que configuraram o que consideramos comportamentos “civilizados” foram demonstradas de modo definitivo por Norbert Elias (1990).

a partilha do poder entre o Parlamento, representando mercadores e proprietários de terra, e a Coroa.

Os princípios dessa nova partilha de poder foram expressos na *Bill of Rights* (a carta Magna da Inglaterra até os dias de hoje), que enuncia treze direitos fundamentais. A *Bill of Rights* fixa a sucessão ao trono e, portanto, precede a sanção régia. Seus pressupostos são, por um lado, o Jusnaturalismo – doutrina atemporal que tem como prioridade o indivíduo, a quem são atribuídos direitos advindos da natureza humana, transformada em sua garantia – e por isso ela é uma *declaração*, colocada acima da vontade; e, por outro lado, a razão universal, que define o bom ordenamento social. A *Bill of Rights* vale *somente para os ingleses*, enumerando direitos dos nascidos naquele país. Seu fundamento são as tradições e os costumes, universalizados como os mais próximos da natureza, dada a sua suposta longevidade que de fato opera uma mitificação dessas tradições.

Talvez seja pelo fato de a *Bill of Rights* voltar-se apenas para os ingleses que não questionava o poder da Coroa britânica sobre as suas colônias, onde acontecia até mesmo o aniquilamento de nações indígenas, algo em franca contradição com a doutrina do Jusnaturalismo e a idéia de razão universal. Entretanto, durante o século seguinte, esta posição vai ficando cada vez mais difícil de ser sustentada – principalmente diante do desenvolvimento econômico rumo ao modo capitalista, que necessita de amplos mercados de consumidores –, e mesmo a Coroa começa a pressionar sua principal colônia, na América do Norte, no sentido de proteger as nações indígenas e acabar com a escravidão.

O clima é dominado pelo Iluminismo. Duas obras dão o tom das mudanças em

andamento: O *Espírito das leis* (1748), do Barão de Montesquieu, e *Emílio* (1757), de Jean-Jacques Rousseau. Na primeira está o prognóstico do tipo de ordenação política mais adequado à nova era – o equilíbrio entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Na segunda, fica clara a importância do papel educativo para criar no coração dos homens o amor pela democracia e fazer com que eles atinjam a verdade. A verdade está o mais próximo possível da natureza e por isso o processo educativo deve adotá-la como modelo, as crianças devem ser preservadas ao máximo do contato com a sociedade, fonte dos males da modernidade.² Além dessas obras, o marco filosófico iluminista foi registrado na *Enciclopédia* (1751-1772): criação de moral, ética e religião em sintonia com a idéia de uma razão universal capaz de “iluminar” os homens rumo ao progresso.

Este clima revolucionário atinge a América do Norte. Desde 1760, vinha se organizando naquelas colônias britânicas crescente resistência aos impostos, aos controles comerciais e à proteção dos índios, perpetrados pela metrópole. Ato coercitivo adotado nesse período, que geraram ressentimentos, ajudaram a acender o estopim da Guerra da Independência Americana, vencida pela colônia, em 04.07.1776. Apesar de também se referir a um único país, a *Declaração de Independência* já apresentava um caráter mais universalizante, manifesto logo em seu início: “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a

(2) Sobre o projeto educativo de Rousseau, ver Singer, 1997:67-71.

busca da felicidade". Mas, algumas linhas adiante, ficam claros os limites das pretensões universalizantes às fronteiras da "civilização", que se opõe à "barbárie" do passado e à "selvageria" indígena:

[O atual rei da Grã-Bretanha] está, agora mesmo, transportando grandes exércitos de mercenários estrangeiros para completar a obra de morte, desolação e tirania, já iniciada em circunstâncias de *crueldade e perfídia raramente iguais nas idades mais bárbaras e totalmente indignas de uma nação civilizada*. (...) Provocou insurreições entre nós e procurou trazer contra os habitantes das fronteiras os *índios selvagens e impiedosos*, cuja regra sabida de guerra é a destruição sem distinção de idade, sexo e condições (grifos meus).

Analizando a formação do Estado americano, Dario Melossi assinala que as raízes da crença anglo-americana na soberania do povo residem em uma mescla do predomínio social de pequenos proprietários, uma convicção religiosa que predicava a iniciativa e a relação direta com a divindade, e uma tradição legal amplamente influenciada pela herança da *common law* inglesa, segundo a qual a lei emana dos costumes do povo. É nesta brecha que a violência fica reservada aos "de fora" da comunidade, aos que não compartilham das mesmas tradições, como os índios, escravos e "desviantes" (Melossi, 1992:140).

Mas os valores da liberdade, felicidade e racionalidade vão aos poucos ganhando espaço e, em 1789, é promulgada a *Constituição dos Estados Unidos da América – a Declaração Universal dos Direitos do Homem*, ratificada dois anos depois. Este documento estabelecia dez direitos,³ que advogavam liberdades

mais amplas que o *Bill of Rights* inglês, e apresentava o mesmo caráter universal, reiterado no artigo XIII, em que se declara o fim da escravidão, mantida apenas como forma de punição. Mas o fim da escravidão em todo o território americano só seria mesmo garantido em 1860, com a Guerra Civil.

Do ponto de vista político, os americanos foram buscar inspiração nos filósofos do Iluminismo, especialmente Montesquieu, para construir um equilíbrio entre os poderes, com governantes eleitos. Esta divisão de poderes e os critérios de cidadania, bem como o monopólio da tributação e da força física e o fim dos privilégios da nobreza, estão muito bem expressos nos sete artigos que compõem a Constituição.

Como num jogo de influências mútuas, a Revolução Americana reverbera na França. Em 1789, uma crescente crise financeira precipitou acontecimentos semelhantes aos ocorridos nos Estados Unidos, embora mais conturbados. Dario Melossi ressalta, no entanto, a divergência entre os revolucionários americanos e os franceses, em relação ao conceito de comunidade política baseada em direitos naturais.⁴ Seguindo a tradição inglesa, os americanos reconheciam os direitos tradicionais e evocavam o *direito comum* que inspirara a Revolução Gloriosa. Já os franceses incorporavam mais fortemente os ideais do Iluminismo, sobretudo na forma lhes dada por Rousseau, e apostavam na iluminação

⁽³⁾ Desde então, várias emendas foram feitas à Constituição original.

⁽⁴⁾ Segundo Claude Lefort, na Declaração americana, sob a linguagem que apela à natureza e indissocia Estado e sociedade, está a garantia da "soberania" da nação em relação à monarquia. Mas, a seu ver, a idéia de uma natureza do homem nunca teria realmente dotado de sentido nem a Declaração americana nem a francesa (Lefort, 1986:47 e 55).

dos legisladores, evocando o *direito civil*. O direito civil seria o instrumento para se atingir o consenso, prerrogativa básica da democracia para o pensamento rousseauiano. Para evitar possíveis contrastes entre os interesses particulares e o interesse comum, o direito deveria ser internalizado (conscientizado) por meio da educação. Durante o processo de radicalização do movimento revolucionário francês, a aproximação com o pensamento de Rousseau ficou mais evidente, sobretudo com a proibição das associações, que impediriam o consenso (Melossi, 1992:42-48).

Assim a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* elaborada na França ainda em 1789 distingue-se da inglesa e da americana por se voltar para todos os homens do mundo. Há aqui um caráter bem mais filosófico, com pretensões universalizantes que se associam aos movimentos de “exportação” da República Francesa, que provocaram até mesmo duas guerras nos anos posteriores – com a Áustria e a Prússia (1792) e com a Grã-Bretanha (1793). Os 17 artigos que compõem a Declaração conformam um texto inacabado, interrompido por questões conjunturais. A sequência dos artigos, no entanto, tem que ser mantida: começa-se pela afirmação da generalização de direitos para todos os homens, enumerando-se os quatro básicos – liberdade, igualdade, resistência à opressão e segurança; prossegue-se afirmando a constituição do Estado a serviço dos cidadãos; a redução das distinções sociais; a medida das leis dada pela não-nocividade social; a precedência da vontade geral; por fim, a presunção da inocência.

A eclosão das três revoluções incentivou a crença em uma razão imutável no homem e um otimismo em relação à evolução humana, que levaria neces-

sariamente ao progresso em todas as suas instâncias. “A liberdade – autêntica – do homem depende de ele conhecer. Sua vontade depende de libertar-se sua razão. Esta sim surge como desmistificadora, como portadora do progresso” (Ribeiro, 1993:132).

Ao longo do século seguinte, este discurso foi continuamente se fortalecendo. A Europa passava nessa época pela Revolução Burguesa, que inspirava várias mudanças na economia, na cultura, no comportamento. Aos poucos, a escravidão foi sendo abolida em todo o mundo; as escolas espalhavam-se enquanto passavam das mãos da Igreja para as do Estado, que pregava o “espírito da liberdade” de pensamento, para além dos dogmas religiosos. A Igreja resistia abrindo uma verdadeira frente de batalha contra a exclusão de seus tradicionais domínios. A Revolução Burguesa trouxe consigo, desde seus primórdios, seus grandes críticos, o pensamento comunista ou socialista. Estes buscavam a radicalização das conquistas: universalidade do conhecimento, laicidade, renovação cultural, desenvolvimento intelectual, moral, econômico e cívico. As discordâncias davam-se no nível da denúncia das verdades obscurecidas: opositores acusavam-se mutuamente de que, sob o discurso da igualdade e da liberdade, esconder-se-iam planos de dominação e exploração. Mas ambos os lados reivindicavam para si a herança da Revolução Francesa e, assim, seus ideais iam ganhando força.

Ao fim da Segunda Guerra Mundial (1938-1945), com a redivisão política do mundo marcada pela Guerra Fria, o discurso dos direitos humanos tornou-se hegemônico para os países alinhados com o regime democrático. O termo *guerra fria* foi cunhado em abril de 1947 por Bernard Baruch, estadista norte-

americano, para definir a crescente tensão existente entre os Estados Unidos e a União Soviética. Após a Revolução Russa de 1917, incorporou-se à rivalidade geopolítica dos EUA e da URSS o fator ideológico. Além de inimigo imperialista na Ásia Oriental, o novo Estado soviético, comunista, era uma ameaça ao sistema capitalista mundial que os norte-americanos passavam a liderar. Durante a Segunda Guerra, os dois países se aliaram contra a Alemanha e o Japão, mas em 1945 a aliança teve seu fim. As demais potências mundiais estavam tão debilitadas pela guerra que EUA e URSS viram-se elevados à condição de superpotências, com interesses sempre conflitantes. A Guerra Fria diferenciou-se de conflitos internacionais anteriores por ter caráter global e representar, com o advento das armas nucleares, a possibilidade real do fim da maioria das formas de vida na Terra. O caráter global da Guerra Fria revelou-se com a disputa pela influência na China, Oriente Médio e Europa e, mais tarde, no restante da Ásia, América Latina e África. Boa parte do mundo passou a se alinhar com um dos pólos do conflito, em alianças que configuraram, pelo lado americano, a OTAN (Organização do Tratado do Atlântico Norte) e, pelo soviético, o Pacto de Varsóvia.

Após a Segunda Guerra, os países de regime democrático firmaram uma aliança de garantia de paz em torno da ONU (Organização das Nações Unidas). O registro desse processo deu-se com a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, por essa organização, em 10.12.1948, que reforçou a Declaração Francesa de 1789 e adicionou mais artigos, referentes à autonomia dos povos e à liberdade individual, aos ideais democráticos enfim.

Tornou-se lugar-comum nestes últimos anos (desde que a derrota fascista

rodeou a palavra democracia de um coro de elogios, pondo fim ao desdém que muitos lhe votavam até a Segunda Guerra Mundial) dizer que há democracia quando cessa o uso da violência, assim entendida essencialmente a força física. Dessa forma, atribui-se à palavra um forte poder: o de fazer cessar o mundo animal e introduzir, ou mesmo instituir o mundo propriamente humano. Mais que isso: um mundo marcado em seu cerne pela igualdade (Ribeiro, 1998:103).

A filiação da Declaração de 1948 ao pensamento iluminista está manifestamente declarada em seu primeiro artigo: "Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade" – acepção que remete diretamente às palavras de ordem da Revolução Francesa, *liberté, égalité, fraternité*. Do mesmo modo, é clara a pretensão universalizante da declaração, tal como expressa o art. 2.º, § 1: "Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição".

O fato de os Estados Unidos liderarem o bloco democrático não os impediu de apoiar regimes ditatoriais na América Latina e na África, em que os direitos humanos eram abertamente desrespeitados. Tal apoio se justificava pelo temor de uma aproximação desses países com o bloco soviético. Nesse contexto, ficou clara a força da conotação positiva do adjetivo "democrático", cujo emprego tornou-se praticamente obrigatório para todos os estadistas após a Segunda Guerra.

Finalmente, nos anos 90, após a queda dos regimes comunistas na Europa Orien-

tal, tanto a Otan quanto o Pacto de Varsóvia declararam não mais ser inimigos e a ONU retirou o apoio às ditaduras restantes na América Latina e na África. Logo surgiram acordos para a redução dos arsenais bélicos – convencionais e nucleares. E a Declaração de 1948 universalizou-se para o mundo todo, com exceção dos países muçulmanos.

Atualmente, com o fortalecimento da globalização política e econômica, acentuou-se também o controle internacional sobre as violações aos direitos humanos. Entretanto, este controle parece não ultrapassar em muito o nível dos tratados internacionais, mantidos apenas como ideais a serem atingidos.

Conforma-se assim uma fragilização do discurso dos direitos humanos que remete a processos presentes em quase todo o mundo – e alguns países em especial, como o Brasil – nos últimos vinte anos: um recrudescimento das desigualdades socioeconômicas e um aumento da criminalidade violenta, que confere foros de guerra civil a uma luta pelo ingresso no mercado consumidor.

Jacques Rancière resalta que a queda do muro de Berlim criou paradoxos para a própria democracia no final do milênio. O primeiro paradoxo consiste no fato de a democracia ter se reduzido a regime da necessidade econômica, a alternativa que se teria mostrado eficiente diante da falência dos Estados comunistas, ficando de lado toda a discussão sobre os fundamentos éticos do regime. O segundo paradoxo refere-se à ausência do espaço de debate: a hegemonia do discurso neoliberal cria uma situação em que o debate político é completamente dominado pela postura que corrobora as ações do governo. Finalmente, o último paradoxo refere-se ao retorno das guerras étnicas, da exclusão, do racismo e da xenofobia, vistos

como *irracionalidades*. Para Rancière, a irracionalidade está no próprio bloqueio do debate político. Assim, o reaparecimento do ódio racista, por exemplo, apresenta um princípio identitário com a letargia racional que não possibilita questionamentos: ambos operam pela desumanização do outro, explicada pela distinção de raça ou pela “conduta irracional”.

Os cidadãos dos regimes ditos democráticos lutam pela manutenção de seus direitos individuais, mas apoiam o emprego de violência física ou até a supressão da vida de “criminosos” por parte de grupos que tomam a justiça em suas mãos, como nos linchamentos, nas ações de grupos de extermínio ou na exacerbação da violência policial. A luta é “contra a impunidade”, tornada palavra de ordem tanto no terreno da política quanto da vida cotidiana. Os portadores do discurso iluminista não escapam desse registro, voltando suas energias para a punição – no caso, punição dos justiceiros, classificados como violadores dos direitos humanos.⁵

Para acompanhar o debate atual sobre as situações conflituosas chamadas de “crimes”, “delitos”, “desvios” etc., palco deste embaralhamento dos discursos, em que a razão é evocada para desumanizar o outro, podemos voltar à gênese dos mesmos, à época das grandes revoluções, quando se forjaram os modernos discursos sobre democracia e direitos humanos. Os filósofos daquele tempo construíram um pensamento no qual estão colocados vários dos elementos com os quais até hoje lidamos com estas situações e isto justifica que eles

⁽⁵⁾ A questão da busca generalizada pela punição foi trabalhada em Helena Singer, *Direitos Humanos e a volúpia punitiva*. In: Ribeiro, 1998:10-19.

sejam considerados os precursores do contemporâneo discurso jurídico-filosófico. O principal ponto de convergência está na confiança na filosofia ou na ciência – na razão, enfim – para definir estas situações e estabelecer as políticas mais adequadas em relação a elas. Este era e ainda é o argumento mais importante dos que entram no debate. Entretanto, há também várias rupturas entre o que contemporaneamente se diz a respeito dos crimes e o que os precursores disseram.

3. Quando o povo desconhece sua vontade

Cinco anos depois de *Emílio*, Rousseau lançou o seu tratado sobre a vida em sociedade, *O Contrato Social*, que também se tornaria referência obrigatória para o pensamento político desde sua época até os dias de hoje. Ali, Rousseau declara seu *entusiasmo*, seu amor pela democracia. Pode-se dizer que a afetividade que carrega o termo democracia, na atualidade, deve muito ao filósofo suíço. Mas a democracia idealizada por ele é a democracia da Antiga Atenas, na qual todas as decisões eram tomadas em assembleias, com a participação de todos os cidadãos, sem representantes. O poder pertencia ao povo e nas assembleias gerais manifestava-se a *vontade geral*. A soberania seria, portanto, um exercício da vontade geral.

Para Rousseau, em uma dimensão ideal, a sociedade ter-se-ia feito necessária para administrar os interesses particulares e tornou-se possível pelo interesse comum. Todo regime político basear-se-ia em um domínio legitimado, cujo pressuposto seria a transformação da força em direito e da obediência em dever. Na democracia, este poder soberano pertenceria a todos os cidadãos e

expressaria a vontade geral, que dirigiria as forças do Estado em direção ao bem comum. A vontade geral não seria capaz, portanto, de adequar-se aos interesses particulares; ao contrário das formas de poder político, ela seria intransmissível e indivisível.

Entretanto, as deliberações do povo podem ser consequência de enganos. Os enganos ocorrem porque a *vontade de todos*, que é a soma das vontades particulares, por vezes é tomada como vontade geral. Mas é pressuposto da vontade geral que os cidadãos (*o povo*) sejam bem informados e que não se deixem influenciar uns pelos outros, tornando-se *plebe*; quando isto não ocorre, a vontade particular sobrepõe-se ao interesse comum. “É importante então que para haver o bom enunciado da vontade geral que não haja sociedade parcial dentro do Estado, e que cada cidadão não opine senão por ele mesmo. (...) Essas precauções são as únicas válidas para que a vontade geral seja sempre esclarecida, e que o povo não se engane” (Rousseau, 1762:213). Por isso, a educação tem um papel fundamental na democracia. Ela forma os cidadãos, os homens capazes de atuar politicamente, de participar das decisões mais importantes de seu país.

São necessárias poucas leis para a manutenção de um Estado democrático. O importante é que os interesses particulares nunca se sobreponham aos interesses coletivos e que as leis não se tornem decretos a favor dos primeiros. Para isso, é importante que as assembleias sejam constantes, possibilitando que a vontade geral sempre se manifeste, uma vez que o silêncio do povo é o consentimento em relação às ordens dadas. “Assim, a lei da ordem pública dentro das assembleias não é tanto para manter a vontade geral e mais para fazer

com que ela seja todos os dias interrogada e que ela responda todos os dias" (Rousseau, 1762:322).

Renato Janine Ribeiro salienta a discrepância presente no pensamento de Rousseau em relação à vontade geral e o que modernamente se poderia chamar de "consciência do povo". Apesar de Rousseau ser definitivamente contrário à idéia de representação, esta discrepância abriria espaço para aqueles que se arvoram conhecedores dos "verdadeiros interesses do povo" (Ribeiro, 1996).

Em relação aos direitos humanos é exatamente isto o que ocorre: são declarados e defendidos em nome da *natureza* (no sentido daquela que faz nascer a espécie humana), mesmo quando a maior parte do povo (ou seria da plebe?) manifesta-se contrária a eles.

4. Quando a aplicação das penas adquire foros de questão política

Na mesma direção de Rousseau, o barão de Montesquieu irá associar os regimes políticos com o progresso da razão na história da humanidade. Ele diferencia três tipos de governo e define a natureza e o princípio de cada um. São eles a monarquia, o despotismo e a república.

Na monarquia, há corpos intermediários entre o soberano e o povo — o poder judiciário, a nobreza — que freiam o primeiro e tornam o regime independente da moral do rei; o seu princípio, ou seja, o engate afetivo que o coloca em movimento, é a *honra*. O princípio do despotismo, por sua vez, é o *medo*. E o da república, que se estrutura de forma relativamente igualitária, é a *virtude*, no sentido de abnegação.

Na república, a capacidade de sobrepor o bem comum ao bem privado é

decisiva. No entanto, a modernidade impossibilita a república porque as pessoas não estão dispostas a abrir mão do seu bem individual e o esforço que isso requer é muito grande, uma vez que exige que elas lutem contra si mesmas. Já no despotismo, se, por um lado, os súditos estão isentos de qualquer responsabilidade política, por outro, eles são bestializados pelo medo. Por tudo isso, a monarquia é o regime mais adequado.

Os diferentes princípios dos governos implicam diferentes conseqüências para o estabelecimento das leis e das penas. Segundo Montesquieu, entre os povos atrasados, caracterizados pelo despotismo, as disputas têm que ser encerradas à força porque as paixões dos litigantes — desejo de justiça, ódio, vontade de perseguir — são perigosas para um governo baseado unicamente no medo, podendo engendrar revoluções. Já nos Estados modernos, as formalidades garantem a honra, a fortuna e a liberdade dos cidadãos, que só lhes são retiradas quando eles atentam contra a pátria.

Quanto mais o governo se aproxima da república, tanto mais rígida se torna a maneira de julgar. Nos estados despóticos, não há lei, a regra é a vontade do soberano. Já nos estados monárquicos, o juiz observa a lei quando esta existe ou lhe procura o espírito, quando não existe. Finalmente, na república, o juiz tem de observar literalmente a lei, tornando-se assim mais rígido.

Outro aspecto que atesta a evolução das organizações humanas refere-se à forma como se dão as acusações. Na antigüidade, estas se davam entre os cidadãos, o que incentivava a formação de uma turba de delatores. Modernamente, o soberano designa um representante em cada tribunal para processar, em seu nome, todos os crimes.

Em relação especificamente à definição das penas, Montesquieu observa que nos Estados ancorados no terror, as pessoas são tão infelizes que perdem o apreço à vida e por isso as penas têm que ser mais severas – deve-se temer a pena em si, uma vez que a morte não amedronta mais. Na monarquia e na república, as penas podem ser mais brandas porque os cidadãos já sofrem o suficiente com a perda da honra. Mas a pena de morte é sempre necessária – os cidadãos desses regimes são felizes e por isso temem a morte.

Nos países despóticos é-se tão infeliz que se teme a morte mais do que se lastima a perda da vida; aí os suplícios devem ser, portanto, mais rigorosos. Nos Estados moderados, teme-se mais perder a vida do que se receia a morte em si mesma; os suplícios que simplesmente tiram a vida são, aí, portanto, suficientes. Os homens extremamente felizes e os extremamente infelizes tornam-se igualmente insensíveis: atestam-nos os monges e os conquistadores. Apenas a mediocridade e a mistura da boa e má sorte produzem a brandura e a piedade (Montesquieu, 1985: Livro Sexto, cap. IX, p. 87).

As penas leves têm o mesmo poder de atingir o espírito que as pesadas porque a imaginação se acostuma com as penas pesadas e deixa de temê-las. Nos governos despóticos, a severidade em si do legislador corrompe os espíritos. Assim como Rousseau, Montesquieu também acredita que o melhor modelo a ser seguido para a definição das penas é o da natureza. “Os homens não precisam, absolutamente, ser levados pelos caminhos extremos: devem-se procurar os meios que a natureza nos oferece para os conduzir” (Montesquieu, 1985: Livro Sexto, cap. XII, p. 89).

É preciso haver uma proporção justa entre as penas e os crimes, procurando-

se harmonizar as primeiras de modo a castigar mais aquilo que ataca toda a sociedade. Uma forma de diferenciar as penas é dar esperança de perdão para certos crimes, jamais para aqueles que ameaçam a harmonia social. A clemência é menos necessária nos regimes baseados na virtude, menos utilizada nos Estados regidos pelo medo e mais necessária onde predomina a honra: a desgraça já é punição suficiente e o amor em relação ao soberano, que se segue à clemência, é importante para a segurança do Estado.

O bom legislador adota um meio-termo entre as penas pecuniárias – proporcionais às fortunas, a infâmia – para os que não têm fortuna, e as penas corporais, dispensando os suplícios. Ao invés de torturar para obter confissões, a lei tem que confiar nos testemunhos. A Lei de Talião estabelecida no Alcorão, que precisa ser rigorosamente aplicada nos Estados despóticos, pode ser moderada nos Estados modernos. O fundamental é que o soberano apreenda o *espírito das leis*. “Mas, dir-se-á, quando se deve punir? Quando se deve perdoar? É uma coisa que é melhor sentir do que prescrever” (Montesquieu, 1985: Livro Sexto, cap. XXI, p. 95).

Observamos, na obra de Montesquieu, que no momento da formação do pensamento moderno sobre as penas, direitos que foram depois declarados como inalienáveis da condição humana estavam longe de ser assim percebidos pelos pais do Iluminismo. A Lei de Talião, os castigos corporais podiam até mesmo ser abrandados, mas nunca extintos nos modernos Estados do Ocidente.

5. Quando a filosofia ilumina o legislador para a aplicação das penas

Seguindo declaradamente a trilha aberta por Montesquieu, o italiano Cesare

Beccaria irá desenvolver uma crítica ao que chama de “leis bárbaras”, que provocam as desordens sociais. Essas leis bárbaras remetem a um passado tirânico, quando serviam de instrumento para as paixões de uns poucos. A proposta do pensador é produzir uma filosofia que ilumine o legislador, possibilitando a superação desse estado de barbárie e o alcance da felicidade — a perspectiva predominante, como vimos, entre os revolucionários franceses.

Jamais foram elas [as leis] ditadas por um frio examinador da natureza humana, capaz de aglomerar as ações de muitos homens num só ponto e de considerá-las de um único ponto de vista: a *máxima felicidade compartilhada pela maioria*. (...) A voz de um filósofo é demasiado fraca contra os tumultos e os gritos dos que são guiados pela cegueira dos hábitos, mas os poucos sábios espalhados pela face da terra farão eco à minha voz no fundo de seus corações; e se a verdade pudesse alcançar o trono, não obstante os infinitos obstáculos que a afastam do monarca, malgrado seu, saiba ele que ela trouxe consigo os votos secretos de todos os homens (Beccaria, 1991, Introdução: 41-2 e cap. XXVIII:107).

As leis, diz Beccaria rezando pela cartilha do Contratualismo, são as condições para a superação do estado de guerra que marca a fundação das sociedades humanas e as penas são os motivos sensíveis para dissuadir os espíritos despóticos. Ao agregarem-se, os homens abrem mão de parte de sua liberdade em favor do soberano que, para os proteger, passa então a concentrar o direito de punir, mas não de ser cruel com seus súditos. “Cada um só quer colocar no depósito público a mínima porção possível, apenas a que baste para induzir os outros a defendê-lo. A agregação dessas mínimas porções possíveis forma o di-

reito de punir, todo o mais é abuso e não justiça, é fato, mas não é direito” (Beccaria, 1991, cap. II:45).

Como consequência, é preciso que haja um magistrado para determinar as sentenças, que saiba interpretar perfeitamente a lei nas situações específicas, o que não significa uma obediência rigorosa a ela, que também pode levar a desordens. Para isso, é necessário que as leis sejam claras e que sejam escritas.⁶

Mas para poder bem aplicar as penas, é preciso estabelecer a sua finalidade. Nesse ponto, Beccaria deixa claro que essa não se confunde com o desejo de vingança, mas sim deve buscar o caráter de exemplaridade.

O fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo. É, pois, necessário escolher penas e modos de infligi-las, que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens, e a menos penosa no corpo do réu (Beccaria, 1991, cap. XII:65).

Beccaria preconiza então uma proporção entre os delitos e as penas. Essa proporção refere-se: 1) à frequência “ideal” do evento delito: quanto mais complexa a organização social maior a ocorrência de desvios dessa natureza: a pena deve, no entanto ser aplicada de modo a garantir que essa frequência seja a menor possível e isso significa que quanto mais complexas as sociedades, mais rigorosas devem ser as penas; 2) às con-

⁽⁶⁾ Esta articulação entre a busca da felicidade, a delegação do poder de julgar para uma instância neutra (razão) e o controle sobre excessos na aplicação das penas está claramente expressa nos arts. V, VI e VIII da Constituição Americana.

seqüências do delito para o bem-estar geral: quanto mais graves, mais severa deve ser a punição; 3) à posição social da vítima do delito: a pena deve tornar-se crescentemente mais rigorosa na medida em que o delito atinja desde um indivíduo até a sociedade como um todo. Beccaria distingue três espécies de delitos: os que provocam a destruição imediata da sociedade; os que ofendem a segurança privada; e as ações contrárias ao bem público. Além disso, nada mais deve ser considerado delito. O controle sobre esses delitos se faz pelas leis civis e pela vigilância policial, que garante a tranqüilidade pública. Essa proporção entre os delitos e as penas – construída sobre uma escala que vai do prejuízo individual ao bem-estar social – aparece em Beccaria e em Montesquieu e reaparece claramente na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789, atestando o espírito de uma época.

Em termos práticos, a proporção entre os delitos e as penas é bastante previsível: os caluniadores devem receber a pena que caberia ao caluniado, caso fossem verdadeiras suas acusações; os que sonégam o fisco e os que praticam furtos devem receber penas pecuniárias proporcionais à quantia sonegada ou furtada; a infâmia deve ser punida com a infâmia; a perturbação da tranqüilidade pública deve implicar o banimento e o confisco dos bens; os atentados contra as pessoas devem ser punidos com penas corporais.

Finalmente, Beccaria enumera os “delitos de difícil prova”, que não devem ser penalizados porque são consequência de falhas na organização social. São eles o adultério, o homossexualismo e o aborto.

Não pretendo diminuir a justa repulsa que merecem esses delitos, mas, indicando suas origens, creio-me no direito de

extrair uma conclusão geral, a saber: que não se pode chamar precisamente justa (isto é, necessária) a pena de um delito, enquanto a lei, nas dadas circunstâncias de uma nação, não tenha aplicado os melhores meios possíveis para preveni-lo (Beccaria, 1991, cap. XXXI:118).

Construída a tipologia dos delitos, Beccaria estabelece os meios a serem utilizados pelo juiz para chegar a uma verdade dos fatos e proclamar uma sentença: os depoimentos das testemunhas, que devem ser relativizados, dado que elas podem ter interesses que as desviem da verdade; uma grande quantidade de provas e assessores sorteados para ajudar o juiz. Os homens devem ser julgados por seus pares, ou seja, pessoas da mesma condição social, e os julgamentos devem ser públicos, uma vez que o segredo serve de escudo apenas nos Estados tirânicos.

Apesar de prever castigos corporais, a tortura é, para Beccaria, absolutamente dispensável no Estado moderno, sendo uma característica de um estágio muito inferior do desenvolvimento humano, uma das tais “leis bárbaras”. O pensador italiano preconizava que um homem não pode ser ao mesmo tempo o acusador e o acusado, por isso a tortura utilizada para retirar confissões deve ser abolida. “Esse infame cadinho da verdade é um monumento que ainda hoje subsiste da legislação antiga e selvagem, quando as provas do fogo e da água fervente, e o incerto destino das armas eram chamados *juízos de Deus*” (Beccaria, 1991, cap. XVI:75-76). A tortura é um procedimento próprio a um *processo ofensivo* que parte da premissa de que o acusado é culpado. No entanto, nos países ilustrados, dever-se-ia adotar o *processo informativo*, qual seja uma investigação imparcial do fato. O acusado só é considerado culpado após a sentença do juiz.

Menos previsível é a condenação de Beccaria à pena de morte. Para ele, essa outra “lei bárbara” não pode ser utilizada nos Estados modernos porque esses são baseados no contrato estabelecido entre os cidadãos e o soberano. Como se disse acima, no momento do contrato, os homens abrem mão de *parte* da sua liberdade, mas jamais de sua vida e por isso o Estado não tem direitos sobre ela.

Os motores para a aplicação tanto das penas quanto dos prêmios devem ser o prazer e a dor. A pena ideal é rápida, próxima ao delito e infalível. Nessa perspectiva, o cárcere deve servir somente como custódia até a declaração da sentença.

Percebemos facilmente em *Dos delitos e das penas* as bases que conformam o pensamento moderno sobre punição e o sistema penal como um todo. A condenação da tortura e da pena de morte e a presunção da inocência dos acusados, por exemplo, estão claramente expressas na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:

Art. III: Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Art. V: Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Art. XI: Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente, até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Permanecem também alguns pontos nebulosos, como o da definição de práticas como as “homossexuais”, o aborto e o adultério. Crimes ou patologias? Consequências de falhas sociais ou psicológicas? Seus agentes são culpados ou vítimas? Rios de tinta foram gastos des-

de os tempos de Beccaria, por psicólogos, sociólogos, antropólogos e outros “ólogos” tentando desfazer esses nós.

Apesar destas permanências, algumas proposições de Beccaria são absolutamente estranhas aos ouvidos contemporâneos, como a distinção entre castigos corporais e tortura, com preconização dos primeiros, e a recusa absoluta da prisão como pena em si.

Continuidades e discontinuidades entre os discursos e as práticas iluministas e contemporâneos que problematizam a linha evolutiva desenhada pela razão, idealizada em ambos os momentos. Linha evolutiva que tem como mote a noção de que a ciência, *locus* privilegiado da razão, irá definir o que é ou não passível de punição, possibilitando diminuir a frequência dos delitos. A prevenção dos delitos se faz pela educação – uma educação nos moldes rousseauianos, que leva os homens a saírem do estado de barbárie e atingirem a razão. “Quereis prevenir os delitos? Fazei com que as luzes acompanhem a liberdade” (Beccaria, 1991, cap. XLII:139). Ou, se preferirem: “A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos” (art. XXVI da Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948).⁷

(7) Vários dos elementos levantados pelos pensadores iluministas a respeito da punição reaparecem nitidamente no projeto educativo de Emile Durkheim. Em primeiro lugar, assim como a *Bill of Rights*, Durkheim procede a uma mitificação das tradições, preconizando como fim último da educação formar cidadãos que procurem preservar a ordem. E nesse sentido, ele também percebe que o processo tem que ser mais penoso nas sociedades “mais complexas” – e aqui a noção de educação como pena fica clara. Semelhante ao amor pelo soberano, pretendido

6. A encruzilhada das dicotomias universais

Na perspectiva iluminista, os violadores de direitos humanos podem ser qualificados como autoritários e portanto indignos dos direitos democráticos. Outra possibilidade é que sejam vistos como pessoas que se deixam levar por atributos humanos que não a razão iluminista, o que significa que são doentes e precisam ser afastados do convívio social. Uma terceira vertente os veria como ignorantes, cujos argumentos devem ser desconsiderados do debate, ou rebaixados a ponto de se tornarem meros “ruídos” (Rancière, 1994).

Mas, observando a emergência das declarações de direitos humanos, percebemos que sua gestação foi contemporânea dos movimentos de colonização, escravização e dizimação de povos inteiros. Assim como as cruzadas haviam sido feitas em nome de Deus, justificava-se a colonização em nome do progresso, da “propagação da luz” da razão. Essa justificativa enaltece apenas a “beleza”, a “sabedoria” ou, em

por Montesquieu, o sociólogo francês busca a autoridade do professor. Mas é em relação às punições que as semelhanças tornam-se mais claras. Também Durkheim ressalta a importância da proporção entre a pena e o delito e a capacidade do professor para administrá-la (o “bom legislador” de Montesquieu), sobretudo na forma de sua aplicação: rápida e pública; a finalidade da pena é, como disseram os iluministas, dar o exemplo e não vingar (Durkheim, 1925: 176-190). Tais proximidades indicam que a visão moderna de criança é muito próxima da do criminoso: ambos iguais na condição de “desviantes” em relação ao adulto dotado de razão, que controla seus impulsos em nome da vida em democracia. (Singer, 1997:176-190).

termos rousseauianos, o “amor” que não estão de fato na história. Para apreender as dimensões de ruptura, esses começos baixos, mesquinhos e inconfessáveis, é preciso recorrer às noções nietzschianas de *invenção* ou *fabricação* (Nietzsche, 1983). Os direitos humanos são uma invenção, resultado de uma guerra entre unilateralidades, que culmina num equilíbrio provisório. Do mesmo modo, o regime democrático é resultado de um determinado equilíbrio de forças em conflito – que reconhece como legítimo uso da força apenas o do Estado, este mesmo resultante de muitos confrontos entre particulares – e não a forma política mais adequada ao desenvolvimento universal da razão, que equaliza oportunidades e direitos.

Este tipo de regime não é (...) incompatível com monopólios, como tais, nem depende para sua existência da competição a mais livre possível. Muito ao contrário: pressupõe monopólios altamente organizados e só pode surgir ou sobreviver em certas circunstâncias, numa estrutura social muito específica e num estágio bem avançado da formação de monopólios (Elias, 1939:105).

Ultrapassando esse limite, todas as contradições do discurso são demonstradas: Deve-se ser tolerante com os que são intolerantes? deve-se permitir a manifestação daqueles que ameaçam a democracia, como os violadores dos direitos humanos? Qual o estatuto da divergência aparência X essência? Dominantes X Dominados? Ignorância X saber?

A fragilidade desses preceitos torna-se ainda mais clara quando os delitos e as penas entram no debate. Todos os homens são dotados de razão, nascem livres e têm direito à vida; entretanto,

após um julgamento realizado em parâmetros bem definidos, ele pode ser considerado culpado. Uma vez considerado culpado, esse alguém deixa de ter direito à liberdade e, em alguns países democráticos, mesmo à vida. Por quê? Talvez a única resposta adequada seja que ele deixou de ser homem, não se conduziu sob os auspícios da razão e igualou-se aos animais. Ora, acontece que o homem que passa por um julgamento está respondendo por um delito definido socialmente. Desde os iluministas, que pretenderam ter superado a moral religiosa que dogmatiza a definição dos pecados, não se procura mais definir de forma absoluta o que seja ou não delito, deixando-se tal atribuição para cada organização social. E então emerge a grande fissura: em um nível metafísico, direitos são declarados como dados da natureza humana e a natureza humana é definida com base no atributo da racionalidade; no nível social, alguns atos são definidos como delitos e é atribuído a uma instância específica o poder de tirar os direitos dos homens acusados por algum desses delitos.

A possibilidade de sair desta encruzilhada é dada pela abdicação do subterfúgio de desqualificar e silenciar o discurso e a prática do outro, abrir mão do estatuto de verdade e incorporar o conflito no próprio debate, partindo da premissa de que a experiência democrática está sempre por se fazer e ampliando o escopo dos direitos humanos para as culturas e tradições distintas da tradição europeia.

7. Bibliografia

- BECCARIA, Cesare (1991). *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes [orig. 1763].
- DURKHEIM, Émile (1925). *L'éducation morale*. Paris: Librairie Felix Alcan.
- ELIAS, Norbert (1990). *O processo civilizador* vols. 1 e 2. São Paulo: Zahar [orig. 1939].
- LEFORT, Claude (1991). *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. São Paulo: Paz e Terra [orig. 1986].
- MELOSSI, Dario (1992). *El estado del control Social: un estudio sociológico de los conceptos de estado y control social en la conformación de la democracia*. Madrid: Siglo Vientiuno [orig. 1990].
- MONTESQUIEU, Barão de (1985). Do espírito das leis. *Montesquieu*. São Paulo: Abril Cultural [orig. 1748].
- NIETZSCHE, Friedrich (1983). A gaia ciência. In: LEBRUN, G. (org.). *Nietzsche*. São Paulo: Victor Civita – Coleção Os Pensadores, p. 187-223.
- RANCIÈRE, Jacques (1994). O dissenso. In: NOVAES, Adauto. (org.). *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras, p. 367-382.
- RIBEIRO, Renato Janine (1993). *A última razão dos reis*. São Paulo: Cia das Letras.
- . (1996). *Volonté générale et vérité du coeur chez Rousseau*. mimeo.
- . (1997). Primazias da democracia. *Folha de S. Paulo*, 13 de julho.
- . (1998). A palavra democrática. *Revista USP – Dossiê Direitos Humanos* (37), março-maio.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques (1762). *Du contrat social*. Lausanne: Les Éditions du Cheval Ailé.
- SINGER, Helena (1997). *República de Crianças: sobre experiências escolares de resistência*. São Paulo: Hucitec/FAPESP.