

DA “POLÍTICA CRIMINAL” À POLÍTICA DA IGUALDADE¹

DIMITRI DIMOULIS

SUMÁRIO: 1. Falácias da política criminal: naturalização e redução da noção de crime: 1.1 Naturalização da noção jurídica do crime; 1.2 Redução política da noção jurídica do crime; 1.3 A política criminal simbólica-ilegal – 2. Direito penal da Constituição – 3. O mito da liberdade individual – 4. Igualdade ou liberdade? – 5. Os significados das palavras e igualdade – 6. Formulações gerais dos direitos e mediações da igualdade – 7. Finalidades políticas da igualdade – 8. Os conflitos sociais na perspectiva da igualdade – Bibliografia.

Resumo: O presente texto analisa os problemas atuais da criminologia e do direito penal, sob a luz do princípio da igualdade. O estudo indica que a luta contra a criminalidade é um conceito político baseado na exclusão social e no desrespeito dos direitos constitucionais.

Palavras-chave: Política criminal – Igualdade – Criminologia – Direito penal mínimo – Direitos fundamentais.

1. Falácias da política criminal: naturalização e redução da noção de crime

Numa peça de teatro alemã, o ator que joga o papel do chato atrapalha as discussões com a seguinte pergunta: “Por favor, poderia me definir o termo que você está utilizando?” Não podemos definir qualquer coisa, nem começar sempre do “início”. Quem, porém, lê uma notícia, onde se afirma que com uma contribuição mensal de R\$ 2,50 é possível obter uma polícia de Primeiro Mundo e solucionar os problemas de segurança, ou quem, numa outra parte do continente, assiste pela enésima vez a palestra, onde são louvados prefeitos e chefes de polícia que, com bastante determinação contra o “mal” e sem lesionar (muito) os direitos humanos, solucionaram os problemas de Nova Iorque, se sente obrigado a fazer a pergunta: “Por favor, poderia me definir o que é criminalidade?”

⁽¹⁾ Agradece-se ao Professor Eduardo Fanganiello pela leitura atenta e crítica do presente texto. Por conselhos e esclarecimentos sobre temas de história do direito agradeço a Ana Lucia Sabadell.

O debate sobre a “política criminal” é dominado por uma silenciosa evidência. O interesse é voltado aos “melhores” meios para combater a criminalidade: Qual é a melhor organização policial? Seria melhor militarizar ainda mais a perseguição do crime ou civilizá-la? O que deveríamos fazer na prisão: reeducar ou neutralizar? Seria mais adequado introduzir a pena de morte ou ampliar as penas alternativas? Presos nestes dilemas, mesmo os autores e atores políticos mais liberais não percebem que ninguém coloca a *única* pergunta decisiva: “Que coisa é o crime?”

Utilizando os conceitos da abordagem sociológica e crítica da criminologia,² podemos afirmar que existe hoje uma *dupla falácia* relativa à política criminal, tal como ela é definida e praticada nas Américas do Sul e do Norte e também na Europa.

1.1 Naturalização da noção jurídica do crime

A política criminal se define, geralmente, como “a escolha dos meios mais eficazes para afrontar a criminalidade” (Bricola, 1997, p. 255), ou seja, como uma política que objetiva a prevenção do crime, através dos meios mais adequados para a sua erradicação, incluindo a repressão penal, com os seus efeitos de prevenção geral e especial. Determinar a política criminal pressupõe, assim, uma definição do crime. Para elaborar tal definição, é necessário unir as definições dos delitos na legislação penal. Uma definição mais ampla do crime, como objeto de intervenção da política criminal, significaria desenvolver uma política de prevenção de condutas, que o legislador não considera como atos criminais. Isto seria contrário à Constituição e também às regras de trabalho dos órgãos encarregados da “segurança”. Como poderia a polícia trabalhar na prevenção de atos permitidos ou que gerassem somente a responsabilidade civil do indivíduo?

A definição jurídica do crime é, porém, historicamente mutável. Existiram no mundo legisladores, que achavam que a negação da divindade do Espírito Santo era um crime passível de pena de morte (heresia), e hoje existem mais de duas centenas de Constituições, que declaram que tal negação constitui o exercício de um direito elementar de qualquer homem: a liberdade de crença. Existem hoje legisladores que consideram que cometer adultério ou consumir cannabis sativa constitui um crime, enquanto que legisladores de outros países, avaliam os mesmos atos como exercício da liberdade de ação do indivíduo, protegida pela Constituição. E se um ministro da Justiça conseguisse impor as idéias do reducionismo penal, descriminalizando uma grande parte das condutas hoje legalmente definidas como crimes, teríamos, de um dia para o outro, uma noção muito reduzida do crime e, de consequência, da política criminal.

Uma das implicações lógicas destas premissas triviais é que a decisão de criminalizar apresenta um caráter puramente político: não é porque existe um “bem jurídico” chamado propriedade, que o legislador prevê a punição de qual-

(2) Veja, em língua portuguesa, Baratta, 1997.

quer agressão contra a propriedade. Existem somente algumas formas de propriedade, que em alguns países e em determinados períodos históricos, são associadas à cominação de penas criminais. Nada impede que o legislador penal amplie ou restrinja as definições dos ilícitos e, o mais importante, ninguém deveria considerar crime uma agressão ao bem jurídico supracitado, que se situe fora da decisão legislativa.

Estas reflexões nos permitem concluir que o conceito de política criminal não indica um combate contra o “mal”, nem uma tentativa de solução de problemas sociais. Exprime somente uma orientação dada pelos responsáveis políticos aos aparelhos repressivos dentro da situação legislativa do momento, que, por sua vez, é produto de uma decisão política dos grupos que exercem o poder (democraticamente ou não), em cada momento histórico.

As decisões de proibir e punir possuem sempre um caráter “criativo”. Não combatem uma criminalidade já existente, mas *criminalizam* determinados comportamentos. Uma tal atribuição de qualidades e conseqüências negativas é realizada, primeiramente, no momento da decisão legislativa sobre a responsabilidade penal e a configuração das condutas ilícitas: Responsabilidade penal aos dezoito, aos doze ou aos vinte e um anos? Qual a definição e a conseqüência do perdão do ofendido? Que tipos de loteria são criminais? Com relação a determinados delitos e categorias de pessoas deve-se aplicar trabalho social ou pena de reclusão?

O processo de atribuição de qualidades e conseqüências negativas (criminalização) continua, numa segunda fase, com as decisões quotidianas dos órgãos de repressão (polícia, tribunais, administração penitenciária), relativas à direção da sua atividade e à atribuição de responsabilidade a determinados indivíduos: Onde e como buscar criminosos? Quem deve ser indiciado? Quem, como e em que intensidade deve ser punido? Qual o “tratamento” que deve ser dado a cada preso?

Todas estas decisões “criativas” são analisadas pelos sociólogos do controle social, enquanto *processos de criminalização*. Os seus objetos não somente carecem de estabilidade no tempo e no espaço, mas também de homogeneidade, qualidade esta que seria crucial para considerá-los como problemas sociais “reais”. Um problema social real é a fome ou a doença. As causas e as estratégias de combate podem mudar, porém, a fome e a doença permanecem um fenômeno socialmente problemático, independentemente do que as autoridades do Estado querem e podem fazer. O comportamento de quem causa fome ou comete furto por causa da fome, não é, ao contrário, um problema independente das normas legais em vigor e da atividade concreta dos órgãos de repressão. E tais comportamentos não possuem pontos em comum com outras condutas ilícitas, como, por exemplo, o estupro ou a macrocriminalidade econômica.

A falta de estabilidade e de homogeneidade é a razão principal da rejeição à concepção “essencialista” do crime, enquanto problema social “real”, que deve ser afrontado com meios penais. Quem, ao contrário, sustenta a concepção “essencialista”, apresenta dois argumentos.

Primeiramente, sustenta-se que existe um “núcleo comum” de condutas que todas as sociedades reprovam e perseguem enquanto crime. Este núcleo seria o

referente material da criminalidade, ou seja, constituiria a realidade social dos problemas, que o legislador reconhece através de normas de proibição e sanção.³

O ato objetivamente descrito como “matar alguém”, seria o candidato mais forte para constituir um crime independentemente da definição legal, porque todas as sociedades tendem a reprová-lo e puni-lo. Uma análise séria desta conduta deve, porém, tomar em consideração as enormes diferenças históricas no tratamento dado ao homicídio no que se refere à pena, ao seu modo de execução e aos titulares do direito de punir. Mesmo aceitando uma definição ampla e vaga da pena, como sinal de reprovação social do ato “matar alguém”, não é possível considerar que este ato seja idêntico à definição do homicídio nas nossas legislações. O homicídio legal (pena de morte judicial, guerras), ou tolerado pelo Estado (pena de morte extrajudicial, com formas mais ou menos amplas) e a legítima defesa são exemplos de situações, onde o ato de “matar alguém” diferencia-se da configuração legal do homicídio.

Por realizar-se uma construção restritiva da causalidade, certas condutas não podem configurar o fato típico do homicídio. Por este motivo, ninguém pode ser considerado autor do ato de “matar crianças de menos de cinco anos”, sob a acusação de ter sido omissor na tarefa de construção de infra-estrutura básica para a prevenção e cura de doenças infantis. E isto apesar do fato que no mundo atual morrem, ao ano, 15 milhões de crianças com menos de cinco anos,⁴ devido a tais omissões por parte dos detentores dos poderes político ou social. Também interessa lembrar, que este número de mortes é muito mais elevado do que os atos penalmente definidos como homicídio.

Finalmente, o fato de que o número de homicídios perseguidos penalmente seja muito superior ao número de condenações por tais delitos, não provoca nenhuma quebra no sistema de legitimação das autoridades encarregadas da repressão. Isto indica que não existe um interesse social para a punição de todos os homicídios, ou seja, que a sociedade aceita uma distância entre o “matar alguém” e o “punir alguém por homicídio”.

Se tal constatação permite convalidar a tese que a definição legal do homicídio e a sua implementação são independentes do suposto referente material (“matar alguém”), os essencialistas, ainda, podem apresentar um segundo argumento: As decisões de criminalização, mesmo sendo políticas, exprimem um interesse geral da população, pois objetivam a proteção dos bens jurídicos de todos contra todos.

Não cabe dúvida, que qualquer política adotada pelo Estado é apresentada como medida ao serviço do “interesse geral”. Um governo aplica uma política social de redistribuição, atendendo as necessidades do “bem-estar social” –, e um governo posterior anula esta política com privatizações, diminuição dos impostos em favor das empresas e desregulamentação do mercado de trabalho, alegando a mesma finalidade de “bem-estar social” que, desta vez, seria atingível graças

(3) Para uma crítica do argumento da universalidade-perenidade do crime e do direito penal. Cf. Scheerer, 1993, p. 72 ss.; Dimoulis, 1996, p. 572.

(4) Dado publicado no jornal *Le Monde*, 15.12.1992.

à iniciativa privada, que geraria empregos e crescimento econômico, através da “livre concorrência” e de outros mecanismos do mercado.

Uma abordagem realista não pode, porém, negar que as decisões políticas são ditadas por interesses particulares e objetivam a conservação/reprodução de um sistema de poder, mesmo quando apresentadas como expressão de um “interesse geral”. Qual seria a razão para admitir uma exceção para a política de criminalização, considerando-a como imparcial e quase “natural”? Como poderíamos explicar, através da hipótese do “interesse geral”, as grandes controvérsias e as contínuas mudanças na história desta política? Como explicar a seletividade dos processos de criminalização em todas as suas etapas? E, finalmente, como considerar medida de interesse geral, a política de “proteção de bens jurídicos”, que possui um caráter claramente conservador (conservar, ou seja, fazer respeitar posições jurídicas e direitos já adquiridos) em sociedades com fortes desigualdades de acesso a recursos materiais e imateriais?

A falácia naturalista da política criminal consiste, então, na operação ideológica de apresentar, como socialmente já existentes, situações que são produto de um conjunto de decisões políticas, que definem e “constroem” os crimes e os seus responsáveis.

1.2 Redução política da noção jurídica do crime

A política criminal, no seu sentido corrente, diferencia-se da política criminal no sentido legal acima descrito. Aplicada na prática, possui um caráter conjuntural, sendo produto de um trabalho político de “seleção”, no qual participam ativamente, além das autoridades do Estado, outras instâncias de controle social como aquelas que formam a opinião pública e são falsamente denominadas “meios de comunicação”.

Este trabalho consiste na seleção de alguns comportamentos legalmente definidos como crimes, que são apresentados como principais problemas sociais e, conseqüentemente, como objetos privilegiados da política criminal. Exige-se, assim, das autoridades competentes que orientem o aparelho repressivo de modo a dar prioridade à perseguição de tais atos, solicitando que se intensifique, ainda mais, a reação penal, através de reformas legislativas. Com outras palavras, a política criminal conjuntural, não objetiva a aplicação dos preceitos legais em geral: concentra-se sobre um fragmento, considerado “prioritário”.

Estabelecer tais “prioridades” significa, porém, desrespeitar as leis penais de dois modos. Primeiramente, na tentativa de satisfazer a opinião pública (que toma conhecimento do “crime” e da sua “gravidade” através da televisão), é imposta às autoridades policiais e judiciais, principalmente, a perseguição dos casos considerados prioritários. Isto, porém, encontra-se em contradição com a política criminal legal, que não estabelece tais prioridades. Perseguir determinados delitos para satisfazer a opinião pública, significa deixar nas mãos dos órgãos submetidos à lei, o cuidado de selecionar qual “parte” das leis seria digna de aplicação e qual não.

O Brasil é um dos poucos países do mundo onde a proposta do abolicionismo radical (abolição do direito penal e da pena de privação de liberdade em geral) é

contrária à Constituição. Esta última prevê, como é bem-conhecido, a obrigação de repressão criminal de uma série de condutas, entre as quais destacam-se: o racismo (art. 5.º, inciso XLII), a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes, o terrorismo (art. 5.º, inciso XLIII) e a retenção dolosa de salário (art. 6.º, inciso X). Estas deveriam ser as prioridades de uma política criminal conforme a Constituição. Em outras palavras, estes são os únicos casos nos quais seria legítimo que as autoridades concedessem uma “atenção particular”.

Qualquer outra hierarquização encontra-se em contradição com o princípio da separação dos poderes, porque induz os órgãos dos poderes executivo e judiciário a desprezitar a lei, “selecionando”, com critérios de política quotidiana, o que “merece” ser aplicado. Esta situação torna-se ainda mais problemática, porque o processo pelo qual se estabelecem as “prioridades criminais” acaba sendo ditado por considerações de tipo eleitoral.

Em segundo lugar, a política criminal seletiva-conjuntural tem uma consequência prática ainda mais grave. O estabelecimento de prioridades induz os órgãos de aplicação da lei a exaurir a sua severidade nos crimes “prioritários”: “punição exemplar”. Esta palavra de ordem da política criminal conjuntural propicia uma atuação ilegal dos órgãos de repressão, na tentativa de mostrar-se eficientes. Categorias de criminosos estigmatizados pela política criminal conjuntural são considerados como inimigos principais da sociedade. Isto encoraja os órgãos de repressão a cometer ilegalidades, inclusive atos de tortura, ou seja, um delito que, como já observamos, é previsto pela Constituição como um dos poucos crimes hediondos e de repressão prioritária.

Por que se produz uma tal inversão, em que órgãos do Estado tentam “combater o crime” com métodos que levam à ilegalidade e mesmo à comissão de crimes? A explicação é que os autores dos crimes-alvos da política criminal conjuntural são considerados, pelo “sentido comum”, como privados de direitos humanos, ou seja, como *não-homens*. A Constituição garante uma longa série de direitos humanos a qualquer residente no Brasil, o complexo mídia-política-polícia-sentido comum faz a sua seleção, considerando que determinados criminosos devem ser privados destes direitos e permitindo, politicamente, que os órgãos de repressão cometam graves violações da lei e dos direitos humanos, para mostrar-se conformes a expectativas do momento.

1.3 A política criminal simbólica-ilegal

As duas falácias da política criminal levam a um resultado comum. O conjunto de instâncias e processos que formam a orientação política de um determinado momento erige-se na condição de *legislador efetivo*, estabelecendo o que é “na verdade” crime e como deve ser punido. Os órgãos de repressão, que deveriam aplicar a lei, indiscriminadamente, erigem-se em protetores da sociedade com a função de perseguir e punir o mal, adquirindo um *status* de legitimação fora dos parâmetros do Estado de direito. Afrontando o “bandido” num combate “pessoal” e sem regras legalmente preestabelecidas, o policial protege a sociedade com os meios que ele considera efetivos. Para ele, a lei, muitas vezes, constitui

um obstáculo para a consecução do seu trabalho de “justiceiro”, ou seja, de protetor providencial da sociedade.

Se, então, a falácia naturalista da política criminal é uma construção ideológica, cuja finalidade é a legitimação material de decisões políticas sobre o que é crime (e pena), a redução política da noção jurídica do crime leva a uma *perversão* da política criminal, que oscila entre o não-respeito dos preceitos constitucionais e a franca ilegalidade.

A análise crítica aponta que o direito penal cumpre exclusivamente *funções simbólicas*: impõe socialmente uma determinada imagem sobre o “bom” e o “mal” e reprime de modo seletivo e exemplar alguns comportamentos, na tentativa de criar uma imagem de respeito à “ordem” e de apavorar potenciais infratores da lei, não podendo, em caso nenhum, proteger efetivamente as pessoas da criminalidade.⁵

A falácia da redução política da noção do crime nos impõe ir ainda mais longe: As funções simbólicas do direito penal estão, na prática, desvinculadas da definição legal da política criminal, fazendo desta última, um simples símbolo politicamente legitimado, que as autoridades do Estado invocam para seguir orientações e conseguir objetivos em parte contrários à definição legal do crime.

2. Direito penal da Constituição

No âmbito da abordagem crítica do direito penal, autores com preocupações “garantistas”, desenvolveram uma concepção do “direito penal da Constituição”. Esta discussão, iniciada nos anos 70, entre penalistas italianos (Bricola, 1997, p. 101 ss., 221 ss.) teve amplas repercussões na América Latina (Martínez, 1990), surgindo assim, propostas de desenvolver um direito penal voltado à proteção efetiva dos direitos humanos.

O direito penal deveria minimizar a violência e maximizar a liberdade, graças a princípios e mecanismos que garantiriam a autodeterminação dos cidadãos através e contra o poder punitivo do Estado, cuja atuação seria assim não somente legal, mas mesmo materialmente legitimada. Através de um direito penal mínimo e garantista, ou seja, conforme a Constituição, a violência social seria minimizada, a “anarquia punitiva” evitada e os mais fracos seriam protegidos nos seus direitos (Ferrajoli, 1990, p. 325 ss., 891 ss.).

Esta visão de legitimação do direito penal através da sua limitação encontra sérias objeções, do ponto de vista da filosofia e da teoria do direito (Gianformaggio, 1993). Sem entrar aqui no mérito da discussão, nos limitaremos a uma observação do ponto de vista da interpretação constitucional. A parte institucional-organizatória da Constituição diz muito pouco sobre o direito penal material e a parte dos direitos fundamentais, ainda menos. Por ser a Constituição tão prolífica, redundante e contraditória em matéria de proteção de vários “bens jurídicos”,

(5) Baratta, 1984 e 1993.

esta não chega impor (com as poucas exceções, já citadas) a proteção penal dos referidos “bens”, e, em todo caso, não permite estabelecer princípios e limites para a sua proteção. O único princípio – abstrato – que pode ser destacado da Constituição é a necessidade de limitar o poder punitivo, através de regras processuais e do princípio da subsidiariedade.

Deste ponto de vista, a proposta de um direito penal da Constituição, exemplificado com regras detalhadas (Ferrajoli, 1990), nada mais é que a adoção por parte dos penalistas de uma típica postura dos constitucionalistas: Projetar na Constituição o que o intérprete considera desejável. Trata-se de um erro metodológico, plenamente explicável pelos objetivos políticos e “legiferantes” de quem o comete (Dimoulis, 1996, p. 34 ss.).

Tal objeção de princípio não significa, porém, que não vale a pena entrar no debate sobre o “direito penal da Constituição”, mesmo com o objetivo de verificar detalhadamente os seus pontos problemáticos e as aporias metodológicas. Será oferecido aqui, um trabalho preparatório desta discussão, que parte de uma constatação simples.

Os penalistas trabalham com dois conceitos básicos do direito constitucional: a igualdade e a liberdade. Igualdade, porque as disposições penais garantem, com poucas exceções, a igual proteção dos bens jurídicos de todos os cidadãos e tentam, por meio dos mecanismos de punição, garantir a igual proteção de todos, não admitindo que um determinado cidadão seja lesado nos seus direitos. Liberdade, porque o objeto mais geral da proteção penal é a liberdade do indivíduo e da coletividade, constantemente ameaçada por restrições e agressões. Liberdade, também no sentido negativo, dado que a pena principal em matéria penal continua sendo a privação ou restrição da liberdade de locomoção, combinada com uma série de outras restrições da liberdade pessoal (comunicação, correspondência, exercício dos direitos políticos, liberdade de trabalho, etc.) Liberdade, finalmente no sentido de “código” de ação do direito penal, que não consiste em técnicas de prevenção que tornem inviável o crime, mas somente na proibição de condutas, deixando a todos a “liberdade” material de respeitá-las ou não.

Trabalhando com estes dois conceitos, os penalistas atribuem à igualdade o sentido de uma regra de distribuição da liberdade (que deveria ser “igual para todos”) e, à liberdade, o sentido da autonomia do indivíduo que, dependendo da atuação concreta, é protegida ou limitada pelo Estado.

Os críticos do direito penal adotam estes conceitos, mudando somente a avaliação: o direito penal seria desigual porque somente em aparência protege os bens jurídicos de todos, sendo altamente seletivo na formulação e na aplicação das normas, adotando processos de criminalização que reproduzem as desigualdades entre indivíduos. Assim, o direito penal seria “o direito desigual por excelência” porque viola a regra de igualdade enquanto distribuição: trata os desiguais de forma “igual” e os “iguais” de forma desigual (Baratta, 1997, p. 161 ss., 197 ss.).

No tocante a liberdade, os críticos sustentam que o direito penal não protege os bens jurídicos de todos e impõe sofrimentos, privando os indivíduos não somente da sua liberdade, mas também do direito de solucionar os próprios conflitos com autonomia (“expropriação dos conflitos” – Christie, 1995; Mathiesen, 1989; Baratta, 1987). O ideal da liberdade ou da “articulação autônoma dos conflitos”

(Baratta, 1988), constitui assim uma reivindicação da crítica, que confirma a concepção da liberdade enquanto autonomia dos indivíduos.

Desta forma, estabelece-se um consenso extremamente amplo entre os penalistas e os sociólogos do controle social, sobre o sentido das noções da liberdade e da igualdade, tomadas por ambos como bases do direito penal. Diferenças existem somente com relação ao entendimento, se o direito penal hoje existente respeita ou não tais princípios.

Se, porém, o direito penal deveria ser elaborado sobre uma base constitucional, então uma condição prévia seria a de esclarecer o significado constitucional dos conceitos de liberdade e de igualdade.

3. O mito da liberdade individual

Segundo um mito até hoje dominante, existiu uma época, chamada Idade Média, em que vigorava uma ordem teocrática. Os indivíduos não tinham a menor importância e os seus direitos não existiam (ou os seus direitos naturais não eram respeitados). Tudo dependia da vontade divina, ou seja, dos mandamentos da Igreja, dos príncipes e dos nobres. Depois as pessoas se “iluminaram” (graças à classe burguesa, que realizou o projeto iluminista), e seguiu-se uma época na qual o indivíduo tornou-se o centro do mundo. Ganhou a autonomia, a soberania no seu espaço privado e uma série de direitos fundamentais. Os indivíduos se conscientizaram com relação aos seus direitos e os Estados os garantiram, tornando-se Estados de Direito, Estados constitucionais e, em alguns casos, Estados democráticos.

O instrumento principal desta garantia dos direitos foi o Direito. Assim, surge uma nova definição do Direito, que não é mais considerado, como na Idade Média, expressão da ordem e da hierarquia divina. Com relação a esta nova definição, podemos distinguir duas fases:

A primeira é ligada a Hobbes, que propõe a distinção entre *lex/law*, que significa vínculo, obrigação, restrição, sujeição a um poder superior, e *ius/right*, que seria o império da liberdade: “*Jus enim libertas est*”.⁶ Os direitos individuais (*rights*) são sinônimos de liberdade e criam um espaço de atuação, que se mantém independente do constrangimento legal. Estes direitos possuem validade *ao lado* do Direito (*law*) que garante a ordem social através de limitações da liberdade.

A segunda fase encontra-se em Kant. Na sua visão, as duas dimensões supracitadas se unificam em um sistema, que garante a primazia e a efetividade da liberdade individual. O Direito (*Recht*) é entendido como um conjunto de regras que harmoniza as várias intenções e vontades das pessoas, garantindo a liberdade como *Lei Geral*. “O Direito é então, o conceito intrínseco das condições, sob as quais o arbítrio de cada um pode ser combinado e harmonizado com o arbítrio dos outros, segundo uma lei geral de liberdade”. Indivíduo = Liberdade = Direi-

⁽⁶⁾ Cf. as citações e os comentários em Clavero, 1997, p. 214 ss.

to. Esta equação é, até os nossos dias, central no pensamento dos juristas e dos políticos,⁷ e não raramente repetida como definição do direito positivo.⁸

A filosofia política moderna exprime uma tendência geral. É *individualista*. Muitas vezes considera-se, que esta adota um individualismo simplesmente “metodológico”. Segundo esta idéia, para interpretar adequadamente a sociedade e propor melhorias nas instituições, deve-se começar pela análise de uma entidade empírica, do indivíduo, e não de construções complexas e confusas como a nação ou a classe social.

Na nossa opinião, o individualismo metodológico é estritamente ligado com o *individualismo substancial*, ou seja, com a tese que o indivíduo constitui a verdadeira base da organização social, a verdadeira instância de decisão e de ação. Deste modo, sustenta-se que a sociedade é composta por indivíduos e nada mais. O correlato deste individualismo é a obrigação de respeitar as aspirações dos indivíduos e a crença no fato de que “bem-ordenada” é, somente, a sociedade que reconhece a prioridade dos direitos individuais.

Assim sendo, o individualismo substancial constitui uma tomada de posição em favor da sociedade atual, ou seja, em favor de uma forma histórica de organização social, que dá prioridade ao indivíduo. Por outra parte, a primazia do indivíduo significa que nós somos unidades egoístas, que perseguimos (devemos perseguir) o nosso interesse pessoal: no caso contrário – solidariedade – não seríamos “indivíduos”, mas sim “membros” de um “corpo”, por exemplo, de uma classe ou de uma nação.

Esta é a tese fundamental de milhares de páginas e de debates na tradição da filosofia política moderna, que parte de Hobbes e se estende até Rawls, Habermas e os inumeráveis seguidores destes dois últimos autores.⁹ Quem se refere à autonomia do indivíduo, à sua liberdade e aos seus direitos, entende que a “nossa” sociedade é a melhor possível, porque, da mesma forma que um artista plástico realiza um gravado sobre madeira, esta sociedade grava os direitos individuais no seu frontispício, ou seja, na sua Constituição.

4. Igualdade ou liberdade?

As Constituições e as Declarações de direitos enumeram uma longa série de direitos, que se denominam “fundamentais”. As suas bases são a liberdade e a igualdade. Mas o mito dominante na filosofia e na assim denominada “ciência do direito” confirma o seu caráter “liberal” tentando anular ou, pelo menos, neutralizar o esquema “igualdade e liberdade”.

(7) Kant, 1998, p. 337.

(8) Köhler, 1997, p. 9.

(9) Para um exemplo dos esforços da filosofia do direito em unificar os ensinamentos de Rawls (1993) e Habermas (1992), veja Nino, 1988.

A noção dos “direitos” fundamenta-se, na teoria dominante, na *primazia da liberdade*. Demonstração deste fato é o uso dos termos “liberdades individuais” (usado na Grécia), “liberdades públicas” (usado na França) ou “liberdades fundamentais” (usado na Itália). Nesta ótica – defendida por muitos juristas em nível teórico¹⁰ – os direitos se “individualizam” e são garantidos enquanto expressão da liberdade dos seus titulares. Por sua vez, a liberdade é entendida como ausência de constrição, tornando-se um valor supremo (autonomia do indivíduo). Os liberais apresentam aqui dois argumentos.

Primeiramente, sustenta-se que entre a liberdade e a igualdade existe uma tensão permanente: quem reivindica a igualdade quer restringir a liberdade dos outros, quer limitar, pelo seu lucro, o patrimônio, as faculdades e a atuação das outras pessoas.¹¹ Assim, ambos conceitos são ponderados (“liberdade ou igualdade?”) e, na maioria dos casos, opta-se pela liberdade, porque uma política de igualização levaria à sua anulação. O resultado deste esquema é uma tríplice e fundamental desigualdade:

a) desigualdade entre cidadãos e “estrangeiros” (para não destruir a comunidade nacional-estatal);

b) desigualdade no acesso aos recursos econômicos e às instituições políticas (para não destruir os estímulos à iniciativa privada, que permite a eclosão do indivíduo e serve ao bem comum);

c) desigualdade dos resultados, ou seja, do patrimônio, da cultura da posição social (para não destruir a liberdade mesma, para não substituir o governo livre pelo totalitarismo).

O segundo argumento empregado pelo liberalismo sustenta que a igualdade não é um direito autônomo (que poderia contrapor-se à liberdade), mas somente uma regra de distribuição justa da liberdade entre os seus titulares. Bastaria, portanto, reconhecer uma igual liberdade a todos os indivíduos, ou seja, conceder a todos os mesmos direitos.¹² Este argumento é exprimido hoje pelo liberalismo igualitarista,¹³ que critica as desigualdades acima mencionadas, mas, na verdade, elimina a noção da igualdade, reduzindo-a a uma simples regra abstrata, privada de qualquer dinâmica reivindicativa.¹⁴ E o mesmo conceito limitado de igualdade vigora, como já constatado, no campo do direito penal.

⁽¹⁰⁾ Grimm, 1991, p. 67 ss.

⁽¹¹⁾ Rübner, 1992, n. 55, ss.

⁽¹²⁾ Cfr., entre os constitucionalistas, Böckenförde, 1991, p. 265 ss.; Kirchhof, 1992, p. 909, ss.

⁽¹³⁾ Rawls, 1993, p. 229, ss.; Vaca, 1990, p. 58, ss., 83, ss.

⁽¹⁴⁾ O liberalismo igualitarista é compatível tanto com o neoliberalismo (máxima “liberdade individual” com indiferença pelas suas conseqüências sociais), como com a socialdemocracia (limitação da liberdade individual, considerando que após de um determinado limite, esta se torna o seu contrário: ausência de liberdade para maioria dos indivíduos, necessitando uma intervenção do Estado para remediar as desigualdades, através da redistribuição do produto econômico). Estas duas concepções do liame social não colocam em dúvida a primazia do indivíduo e da sua liberdade, isto é, aceitam os fundamentos do liberalismo pré-industrial.

O mito da primazia da liberdade constitui hoje uma realidade política e jurídica (e por isto encontra-se na maior parte dos discursos acadêmicos, políticos ou jornalísticos). Sem dúvida, existem até os nossos dias “amigos da igualdade”, que reivindicam uma igualização radical e efetiva. Símbolos desta linha são as obras de Rousseau e do jovem Marx e a atuação do herói e vítima da Revolução Francesa Babeuf, criador da “Conspiration des Égaux”. Nenhum deles esclareceu a sua concepção sobre o significado da igualdade e da liberdade, mas todos parecem acreditar que a igualdade passa por uma forte limitação da liberdade dos mais fortes. Assim, convergem teoricamente com os inúmeros “amigos da liberdade e do comércio”, apenas diferenciando-se no que se refere à avaliação das restrições impostas à liberdade dos proprietários. Os partidários da igualdade consideram tal restrição como medida de justiça social que combate um poder de fato despótico: a desigualdade proveniente da exploração da necessidade alheia.

5. Significado das palavras e igual liberdade

Os juristas tentam encontrar a melhor definição para as suas noções, fazendo a clássica pergunta “o que é” (“o que é a liberdade?”). Os historiadores do direito (como qualquer historiador) colocam a pergunta de uma forma muito mais inteligente e produtiva. Tentam localizar os *vários significados* que a mesma palavra possui em períodos históricos diferentes (Clavero, 1997, p. 158 s.) Assim, demonstram que não existe uma única definição da liberdade, mas sim uma multitude de significados historicamente variáveis. E desta forma chamam a atenção ao fato que, para “traduzir”, por exemplo, os escritos de um jurista medieval do latim ao português, não é suficiente conhecer a estrutura do latim e o seu vocabulário, mas é imprescindível conhecer os dados culturais da época de redação de um texto: *ius* não é sempre direito, nem *iurisprudentia* jurisprudência, nem *carcel* prisão, nem *res publica* República.

Um exemplo concreto. *Frei* significa em idioma alemão “livre”. Esta palavra era usada na Idade Média nos territórios de língua alemã, mas tinha um significado exatamente oposto ao atual. Uma pessoa era considerada *frei* quando possuía laços hierárquicos muito fortes com uma poderosa e grande “família”. As relações de dependência, submissão e lealdade recíproca entre os seus membros, permitiam a uma pessoa pedir ajuda armada, em caso de perigo ou de necessidade. Através das relações hierárquicas da “família”, a pessoa tinha assegurado proteção, evitando assim que esta chegasse a ser vítima dos seus inimigos e protegendo o seu patrimônio de qualquer atentado. Só assim a pessoa era “livre” na Idade Média alemã (Jerouschek, 1992, p. 98-99), e não através de direitos e garantias individuais.

Num estudo publicado em 1989, o filósofo francês Etienne Balibar adota a lição metodológica dos historiadores.¹⁵ Balibar se pergunta qual é o significado

(15) A análise seguinte fundamenta-se em Balibar, 1989, *passim* e 1992, p. 127 ss., 247 ss. A responsabilidade pela interpretação destes textos e as conclusões apresentadas é obviamente do autor deste artigo.

das palavras “igualdade” e “liberdade” nas Declarações de Direitos do final do século XVIII e sobretudo na Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Para dar uma resposta, Balibar reexamina estes textos e reconstroi o significado das palavras revolucionárias, totalmente perdido depois de dois séculos de dominação do liberalismo.

Quem relê a Declaração de 1789, “esquecendo” a interpretação dominante, pode facilmente constatar que, no seu texto, não existe nenhuma contraposição nem hierarquização entre a igualdade e a liberdade. As duas são enunciadas juntas, como fundamento e substância dos direitos naturais, necessários e inalienáveis do Homem: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos” (artigo 1.º). Este enunciado normativo, lapidário e revolucionário, é denominado, por Balibar, *proposição da igualdade*.

Na ótica conceitual da liberdade individual, toda relação entre pessoas considera-se como limitação da liberdade. Quando o ponto de partida é a situação da pessoa isolada e livre de qualquer condicionamento da sua vontade, então cada influxo “exterior”, proveniente de outros indivíduos ou da coletividade (v.g. igualização através da redistribuição), avalia-se como constrangimento e limitação do raio de ação do indivíduo.

Tomando como ponto de partida a concepção da igualdade, a liberdade e a igualdade aparecem inextricavelmente ligadas. A igualdade é “livre” (significa liberdade), porque oriunda da vontade das pessoas de viverem livres sendo iguais. E a igualdade substancial (eliminação de todas as discriminações no exercício da cidadania, no sentido amplo da palavra) aparece como condição fundamental da liberdade de todos.

Assim sendo, não existe no âmbito da igualdade nenhuma primazia temporal ou axiológica da liberdade ou da igualdade: Elas são estritamente *sincrônicas e equivalentes*. “As situações, nas quais as duas são presentes ou ausentes, são necessariamente as mesmas (...). As condições históricas reais da liberdade são totalmente idênticas às condições históricas reais da igualdade” (Balibar. 1989, p. 17).

Estas afirmações foram consideradas como óbvias pelas Declarações revolucionárias do século XVIII. E confirmam-se plenamente (e de maneira, infelizmente, “negativa”) nestes dois séculos de capitalismo “real” e constitucional. Por qual motivo tenta o poder manter a desigualdade entre as pessoas, reproduzindo a inferioridade e a dominação? Por sadismo? Evidentemente não.

Os detentores do poder mantêm a desigualdade para obter vantagens com relação ao trabalho dos demais, ou seja, para manter a exploração. Podem os explorados serem verdadeiramente livres? Evidentemente não. Os fortes não “concedem” aos explorados as liberdades que constituem um perigo para os seus interesses. Quando, porém, os “desiguais” adotam formas de ação que reivindicam uma “forte” liberdade, colocando em perigo o sistema de poder – mesmo que seja um perigo minimal –, então os poderosos os reprimem. Esta situação ocorre mesmo quando os mais fracos somente se instalam em Canudos ou seguem a coluna Prestes, reivindicando o respeito às liberdades fundamentais inscritas nas Constituições.

Nas (nossas) sociedades desiguais, os exemplos da repressão legal e ilegal da liberdade são inúmeros. Os dominantes recorrem sempre à violência quando são insuficientes as ideologias de dominação difundidas pelos seus aparelhos. E isto porque o exercício “extremo” das liberdades garantidas coloca em perigo as bases da desigualdade social. Nas sociedades liberais a igualdade é ausente. E para garantir a desigualdade não existe nem mesmo, a liberdade.

Afirma-se, muito freqüentemente que, nos países do “socialismo real”, as pessoas eram iguais, mas careciam de liberdade, de direitos individuais. Se, porém, as pessoas eram efetivamente iguais, quem as privava de liberdade? Um aparelho estatal? Uma classe dominante? Se tal for o caso, não existia, nem sequer, igualdade: um grupo dominava o restante da sociedade, sendo superior e mais poderoso. E, além disso, por qual razão privar a liberdade e o exercício de direitos (v.g. do direito à livre expressão) se todos eram iguais? Quem tinha medo do exercício de direitos individuais? Os diretores das fábricas e os políticos materialmente privilegiados? Então não existia igualdade. Vemos assim que a opressão nos países “socialistas” pode ser explicada somente com a ausência de igualdade. A diferença com o capitalismo “livre”, colocava-se na existência de um Estado social desenvolvido e particularmente protetor. Não existia, porém, uma verdadeira igualdade nem – evidentemente – liberdade.

Disto resulta que a reivindicação política dos dominados abrange tanto a liberdade quanto a igualdade (maior liberdade e maior igualdade) frente às relações sociais e às instituições que anulam as duas ao mesmo tempo. Com uma formulação mais rigorosa, *entre a reivindicação da igualdade real e da liberdade real, existe, histórica e logicamente, uma relação de equivalência*. Quando se reconhece a alguns grupos a liberdade de serem socialmente superiores (desigualdade), os grupos inferiores perdem automaticamente espaços de liberdade. Com outras palavras, não existem sociedades e políticas que neguem somente a liberdade ou somente a igualdade. As duas são afetadas ou fortalecidas contemporaneamente. Assim, a distinção e/ou contraposição entre elas pertence aos mitos do liberalismo ou então implica uma concepção da liberdade desigual semelhante àquela da Idade Média alemã.¹⁶

No âmbito da igual liberdade, os dois termos se unificam. Não indicam uma situação, mas uma tendência. As sociedades modernas realizam em graus diferentes a (tendência da) igual liberdade e as reivindicações políticas tendem ao seu fortalecimento ou à sua diminuição. Assim, se obtém uma visão *dinâmica* sobre os direitos, que se contrapõe à concepção estática dos juristas (o típico “sim ou não” frente ao reconhecimento de um determinado direito).

A igual liberdade constitui uma maneira de definir *o que são os direitos* em geral. Isto tem duas implicações. Primeiro, a multidão de direitos reconhecidos

⁽¹⁶⁾ A liberdade segundo o conceito medieval acima referido, continua a ser defendida pelos “comunitaristas” (MacIntyre, Taylor, Walzer) que são filósofos profundamente conservadores. Numa luta de sombras, que domina a filosofia das duas últimas décadas, os comunitaristas contrapõem-se aos liberais, disputando sobre o caráter coletivista ou individualista da nossa sociedade. Para uma visão geral do tema, v. Brumlik/Brunkhorst, 1993.

pelos textos normativos se reduzem numa tendência fundamental: a igualdade que deve ser garantida para todos e no grau máximo. Segundo, demonstra-se que não existem “boas instituições”, que garantem a liberdade e a igualdade, e nem “boas Constituições” que reconhecem os direitos necessários. Na ótica da igualdade, os direitos não dependem de prescrições normativas (como pensa o liberalismo), mas se examinam numa perspectiva substancial. Os direitos são resultados de um conflito social que impõe a tendência da igualdade ou a neutraliza (“contra-revolução”). Em todos os casos o problema é quantitativo: quanta igualdade pode realizar-se numa determinada sociedade?

Assim a igualdade permite uma definição material dos direitos. Supera o esquema da liberdade formal-jurídica e analisa os direitos segundo um critério substancial: São as pessoas iguais, sendo efetivamente livres? São livres sendo efetivamente iguais? Reivindicação de direitos significa, assim, *eliminação dos obstáculos sociais da igualdade*.

6. Formulações gerais dos direitos e mediações da igualdade

Os direitos reconhecidos pelas normas jurídicas caracterizam-se em geral por uma formulação genérica e determinam os seus destinatários de uma forma quase irreal.¹⁷ “Todos” os homens são livres (em geral!) e todos os cidadãos (ou mesmo todos os homens) são iguais (em geral!) Neste sentido as formulações dos direitos fundamentais são *ideológicas*. Expressam ideais e desejos socialmente difusos; mas não correspondem nem à realidade política e institucional, nem imediatamente aos interesses dos grupos dominantes. Por esta razão, os direitos declarados nas Constituições não diferem muito das saudações natalícias que invariavelmente repetimos cada ano.

A “harmonização” entre as declarações de direitos e as realidades de uma sociedade dividida em grupos, com interesses divergentes, é uma incumbência da prática institucional, que limita ou proíbe o exercício de direitos em casos concretos.

Isto indica a força e a fraqueza de *qualquer* “política dos direitos humanos”,¹⁸ que apresenta um caráter frutuosamente ideológico: reivindica o respeito das promessas do direito e exprime desejos e ideais emancipatórios. Deve, porém, confrontar-se com a contínua desilusão da prática que desmente as promessas: a

(17) A Constituição do Estado/cidade de Berlim prevê no artigo 12, 1.º: “Todos têm direito ao trabalho. Este direito deve ser realizado por meio de uma política de pleno emprego e do controle estatal da economia. Quem não consegue encontrar trabalho, tem direito de ser mantido com recursos públicos”.

Assim, qualquer pessoa do mundo tem garantido o direito ao trabalho em Berlim. Na Alemanha, dos quatro milhões de desempregados podemos imaginar a efetividade deste socialismo constitucional. A teoria constitucional, por sua vez, salienta que o direito ao trabalho “deve ser liberado do seu conteúdo utópico (sic) através da interpretação” (Murswiek, 1992, p. 268)

(18) Balibar, 1992, p. 238 ss.

Constituição brasileira proclama, por exemplo, com a conhecida profusão, direitos e garantias sociais, mas isto pouco impede a fome e a miséria. As Constituições européias dizem que “todos” são livres, mas isto não impede a construção de uma “fortaleza européia” na qual são perseguidos, expostos à marginalização e submetidos a violações de direitos; os imigrantes ilegais, culpados do crime de buscar trabalho e alimento em países que devem grande parte do seu bem-estar à exploração passada e presente da mão de obra do “Terceiro Mundo”.

Sendo extremamente abstrata, a igualdade somente pode ser realizada por meio de direitos, procedimentos e instituições que possibilitem a sua concretização. A igualdade é então ideológica, tal como a concepção liberal dos direitos. Porém, a grande vantagem da igualdade está no fato de oferecer um *critério de controle* da sua realização, sendo muito mais substancial do que o esquema liberal “liberdade e/ou igualdade”.

O mais importante é que a igualdade formula, em uma maneira totalmente nova, as relações entre direito e realidade, no que se refere à reivindicação de direitos: o sistema jurídico promete a igualdade;¹⁹ a prática indica em que medida se realiza esta promessa e, sobretudo, quais são as situações que impedem a sua realização. Do estudo desta prática resulta uma *teoria dos obstáculos sociais* que a política dominante impõe à promessa constitucional da igualdade. E identificar estes obstáculos (que coisa impede os homens a ser livres e iguais?) significa realizar o primeiro passo para a sua superação.

A análise destes obstáculos – que não pode ser apresentada aqui – nos leva à conclusão que a *propriedade privada* (individual) constitui uma *necessária mediação da igualdade*. Garante que o indivíduo usufruirá segurança e bem-estar. Possuir os meios necessários para a reprodução da própria vida, é uma condição imprescindível para poder ser livre para pensar, trabalhar e gozar a vida, ser proprietário de si mesmo e não escravo, mendigo ou “dependente”.

Isto significa, porém, que *todos* necessariamente devem ser proprietários dos bens necessários para uma vida digna, ou seja, das condições materiais e ideais que lhes permitem satisfazer as suas necessidades.²⁰ Neste ponto, poderiam convergir os autores liberais mais igualitaristas. Detecta-se, porém, uma grande diferença entre o pensamento da igualdade e a perspectiva liberal. Os liberais consideram necessária e legitimada a propriedade privada em geral. O pensamento da igualdade aponta que a propriedade privada de tipo “pessoal” é qualitativamente diferente do direito de ser proprietário de meios de produção econômica ou de instituições de reprodução social (p. ex. mídia e escolas). A segunda forma de propriedade deve ser chamada “massiva” ou propriedade privada sobre bens coletivos e constitui um meio para o controle da vida social da parte dos fortes que, do ponto de vista funcional, não tem nada em comum com a proprie-

(19) Sobre as “promessas” e a realidade do direito moderno. Cfr. Baratta/Giannoulis, 1996.

(20) Por uma análise dos direitos fundamentais sob a perspectiva da satisfação das necessidades humanas, ver Baratta, 1999. Esta perspectiva não consegue, porém, liberar-se do idealismo filosófico e do individualismo metodológico, dado que trabalha com o conceito do “Ser humano” genérico e das suas necessidades.

dade “pessoal”. A propriedade “massiva”, longe de ser um direito individual, funciona como obstáculo social à igualdade e como elemento de inversão da sua tendência extensiva. A propriedade pessoal no sentido estrito é uma propriedade de meios que garantem a própria vida; a propriedade massiva permite o controle sobre a vida com a finalidade de propiciar lucro, prestígio e poder ao proprietário. Temos aqui uma verdade elementar que os liberais não querem aceitar, considerando a propriedade do ponto de vista formal e limitando-se a criticar os “abusos” de uma situação que é um abuso na sua própria concepção.

A situação é semelhante no que se refere à solidariedade como mediação da tendência de igualdade. A solidariedade não deve ser concebida como uma finalidade geral da Constituição ou da “sociedade civil”. A solidariedade pode ser expressa seja através de um sistema autoritário-paternalista, seja através da criação de condições para a (auto)realização de um projeto de vida.

No primeiro caso, existem estruturas violentas e hierárquicas que oferecem proteção com a contrapartida da submissão material e mental. A expressão mais “moderna” da solidariedade autoritária-paternalista é o Estado nacional/nacionalista com os seus aparelhos ideológicos. No segundo caso, funcionam redes de colaboração e de apoio recíproco, que “enriquecem” os indivíduos favorecendo a livre atuação, com o apoio de outros indivíduos.

A tendência da igualdade é impedida ou facilitada segundo a forma de solidariedade que prevalece. Não existe uma bipolaridade entre o bom e o mal, como sustenta o liberalismo (Estado/sociedade civil, individualismo/coletivismo). Tudo depende dos *conteúdos sociais* concretos que cada vez “investem” as instituições.

A perspectiva da igualdade nos permite formular duas perguntas: Quais são as consequências do conjunto de declarações jurídicas, de práticas jurisprudenciais e de obstáculos sociais para o exercício dos direitos da pessoa (isto é, os direitos de *todas* as pessoas)? Quais são as estratégias que fortalecem a tendência da igualdade?

Estas perguntas nos permitem constatar qual é o grau de respeito efetivo aos direitos humanos em cada situação e quais as suas consequências sociais. Com estas perguntas, a perspectiva da igualdade supera a concepção formalista dos direitos humanos por parte do liberalismo, rejeitando os seus três princípios: a) a separação entre igualdade e liberdade; b) a separação entre o jurídico e o real (separação expressa, por exemplo, por meio da idéia de que o juiz não deve “mudar a sociedade” e assim pode reproduzir as estruturas de dominação, condenando quem rouba um carro, porque não pode comprá-lo e considerando pessoa que respeita a lei, quem pode gastar 400 salários mínimos para dar um carro importado, como presente, ao filho); c) a confusão entre as duas formas da propriedade e da solidariedade que ignora as diferentes incidências de cada uma nos direitos fundamentais.

7. Finalidades políticas da igualdade

Os Estados modernos exprimem a mediação da igualdade “vendo” nas pessoas, principalmente, a sua origem ou “natureza” (o cidadão nacional consti-

tui o homem privilegiado; a mulher é inferior ao homem) e respeitando a propriedade privada (individualidade com consequência à limitação da política). Geram, assim, uma série de discriminações institucionais que limitam a tendência pela igualdade.

A igualdade tende a um regime de produção social em que a identidade do indivíduo/cidadão não se organiza em torno do “Ser” e do “Possuir”. Devemos imaginar uma situação de “fluidez” social, em que as decisões serão elaboradas mediante processos de discussão política aberta a todos os interessados, sem consideração de origem ou de status jurídico. Competente não é o titular de um direito abstrato (voto ou propriedade), mas as pessoas concretamente atingidas por uma decisão. Trata-se de processos que transcendem os sujeitos empíricos: o titular de direitos se dilui num processo que garante os direitos e reorganiza as identidades, com formas variadas e adequadas às situações concretas.

Uma tal configuração da vida social resulta do conceito moderno da política democrática, se o separamos das distorções ligadas a uma política de classe, que acostuma apresentar os seus interesses como dados naturais. A política da igualdade tem duas características principais. Primeiramente, é uma política de internacionalismo, que começa por debaixo, estabelecendo alianças e movimentos de solidariedade contra o internacionalismo dos mais fortes (a “globalização” capitalista, o mercado sem controle e a glorificação da “autonomia individual”) e também contra o nacionalismo mundialmente dominante (a construção de “identidades nacionais” baseada na rivalidade entre povos, ou seja, fundada na contínua concorrência e ameaça de guerra, expressa pela existência de exércitos fortes, mesmo nos Estados reputados como os mais “pacíficos”). Em segundo lugar, é uma política de contestação geral e generalizada das ficções da igualdade jurídica formal e da liberdade individual. Demonstra a primazia da luta coletiva (que deve realizar-se de maneira pacífica) em comparação com as soluções filantrópicas (Estado social com prestações centradas em algumas categorias de cidadãos) e as estratégias fragmentadas de reivindicação de direitos de “minorias” (mulheres, jovens, imigrantes etc.) que não possuem um projeto de contestação dos múltiplos e interligados obstáculos da igualdade.

A política da igualdade tenta superar, seja a aceitação da ordem existente, seja a simples negação da problemática dos direitos. Indica assim as estratégias que podem resultar de uma nova leitura dos direitos constitucionais, se são tiradas todas as consequências das suas “esquecidas” formulações e se há uma mudança com relação ao seu *significado* social. Estudando enunciados revolucionários do século XVIII, Balibar indica o significado que estas palavras adquirem nas lutas de hoje, formulando a igualdade como “proposição”, nos sentidos de princípio jurídico e de proposta política.

O significado das palavras que pertencem ao vocabulário da “era dos direitos”, pode ser mudado por meio de uma prática, que conseguirá impor uma igualdade conceitualmente e politicamente nova. Permanece, porém, a pergunta: Por que “traduzir” as reivindicações políticas a uma língua jurídica? A resposta é que qualquer luta política precisa de um modo (e de muitas palavras) para pensar o futuro. Este modo é necessariamente abstrato, universalizante, confuso e “ideo-

lógico”: a igualdade constitui hoje um ideal regulador que nos permite imaginar uma configuração das relações sociais muito melhor do que a atual, uma sociedade onde todos serão iguais porque são efetivamente livres e serão livres porque são efetivamente iguais.

Este ideal regulador nos permite considerar os obstáculos à igualdade como uma contradição estrutural entre a prática do sistema jurídico e as promessas contidas nos seus princípios. No presente político, a tendência da igualdade constitui o melhor critério para controlar o grau de respeito dos direitos e avaliar as lutas concretas-parciais. A igualdade (Somos livres sendo iguais? Somos iguais sendo livres?) é, em outras palavras, um critério conceitualmente, mas adequado, e, politicamente mais progressista, da regra formal “liberdade e/ou igualdade”, que domina as percepções atuais sobre os direitos. Isto porque não tenta neutralizar o sistema dos direitos constitucionais por meio das divisões internas no sistema de direitos, que anulam o seu “sentido” geral, criando a ilusão do seu respeito.

8. Os conflitos sociais na perspectiva da igualdade

Voltamos ao direito penal com pretensões constitucionais. Como indica o título do trabalho, a proposta aqui formulada é de transferir o nosso interesse da política criminal para a política da igualdade. Não se trata de combater o “crime”, mas de permitir a todos o gozo da igualdade, enquanto direito fundamental.

Examinando os problemas do conflito social, Michel Foucault observou que os problemas teóricos e políticos da teoria marxista são em parte causados pela opção em analisar o tema da “luta de classes”, centrando o interesse no segundo termo e descuidando do problema “estratégico” da luta (Foucault, 1994, p. 310 s., 606). Analisar, porém, o modo de constituição das classes, as suas características e mudanças, não permite entender como estas classes comportam-se na “luta”, e, sobretudo o que é exatamente esta luta. Foucault propõe aqui uma mudança de enfoque, passando do estático e substancial (classe) ao dinâmico e procedimental (luta), pensando que o estudo do processo conflitivo oferece elementos teóricos mais ricos do que a definição estática do termo “classes” e, inclusive, nos leva a modificar a nossa concepção sobre as classes.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado no caso da política criminal. A atenção deveria ser voltada ao conceito de política e não ao “crime”. A maior importância do termo política, dentro do estudo da política criminal, justifica-se por duas razões: Primeiro, pelo fato, já indicado, de que a definição jurídica do crime e a seleção operada em cada momento pela política criminal conjuntural são processos políticos e, de consequência, deveriam ser discutidos no âmbito de uma abordagem política da construção da criminalidade. Segundo, porque, podemos verdadeiramente “constitucionalizar” a política criminal, somente se nos centramos aos seus aspectos políticos, formulando as duas perguntas decisivas: Quem possui a legitimação de reagir a situações problemáticas (morte violenta de uma pessoa ou o seu constrangimento de entregar a carteira)? Quais são os

remédios?²¹ Solucionaríamos o problema enviando o autor imediato da agressão para dez ou vinte anos numa prisão brasileira? Ou existem outros métodos mais civilizados e adequados para resolver o conflito, com a participação direta dos protagonistas e da comunidade?

Apresentar então o problema criminal como político, na sua criação e solução, significa acabar com todas as evidências da política criminal de hoje, dos seus aparelhos e mecanismos de solução de conflitos e buscar soluções no único lugar possível: na política. E assim, coloca-se uma última questão: Qual seria a finalidade de uma política voltada a solucionar conflitos sociais exprimidos com formas violentas?

Na sua impressionante reconstrução da "lógica penal", entre as Idades Média e Moderna, Ana Lucia Sabadell indica que os juristas do direito comum usavam, como argumento de interpretação jurídica, o conflito de interesses entre o indivíduo e a comunidade, que eles percebiam em forma de dilema: Devemos assumir o risco de condenar um inocente para proteger a "Res publica" da criminalidade, ou seria melhor deixar alguns crimes impunes para não correr o risco de condenar inocentes? Dependendo do autor e do problema, ambos argumentos foram invocados pelos juristas das épocas medieval e moderna (Sabadell, 1999).

O que se chama, hoje, "política criminal" gira em torno da mesma questão. Os eficientistas dão a primeira resposta (proteger a sociedade, infligindo um sofrimento "exemplar" a determinados indivíduos), os garantistas a segunda (proteger o indivíduo, mesmo se, desta forma, não se sancionam todos os delitos e nem se "satisfaz" a opinião pública). Ambos, porém, concordam sobre a necessidade do direito penal e a sua capacidade de solucionar conflitos sociais. Os eficientistas são mais realistas, considerando o direito penal como um mal justificado pela sua finalidade, os garantistas são mais sensíveis aos excessos, que, porém consideram como corrigíveis.

A análise da igual liberdade e dos obstáculos à sua realização, nos permite sair deste círculo argumentativo, dissolvendo os conceitos que estão na sua base: o indivíduo como agressor e objeto de "tratamento", a sociedade como vítima e objeto de proteção. Se pode existir um direito penal constitucional, isto não começa no momento do "crime", nem tenta ponderar os interesses dos réus com os interesses gerais da sociedade.

Conflito social expresso de forma violenta não é o ato "criminoso", mas todo o contexto que cria e gera o conflito. Conflito social não é o assalto de um carro perpetrado por adolescentes sem teto, sem família e educação, mas a situação de exclusão vivida pelos assaltantes, ou seja, os mecanismos e as relações que os levaram até este ato. Conflito social não é o ato de violência doméstica, mas o contexto social que reproduz relações de dominação entre os gêneros, que criam

(21) Neste ponto, como em muitos outros, o presente artigo inspira-se do trabalho de Alessandro Baratta (1999a). Baratta apresenta uma leitura crítica da "política criminal" atual e propõe uma busca transdisciplinar de soluções dos problemas e conflitos sociais, abandonando a idéia da primazia dos aparelhos do sistema penal.

a violência doméstica como sintoma extremo da dominação masculina. E finalidade política deveria ser a elaboração de respostas ao problema e não somente aos seus sintomas violentos.

O direito penal “constitucional” deveria fundamentar-se na concepção dos direitos humanos enquanto tendência de igualdade e na análise dos obstáculos que impedem a sua realização, tomando assim, em consideração, que os problemas começam muito antes da formulação da política criminal. Isto se inspira numa tese formulada por muitos criminólogos e penalistas, que, porém, nunca foi conseqüentemente aplicada pelos mesmos. Trata-se da tese de que não se deve combater as manifestações do crime, mas sim as suas “raízes”, porque, caso contrário, estaríamos aplicando um tratamento paliativo de um problema que nunca deixaria de existir.

A pessoa declarada pelas instâncias do sistema penal como criminosa sofre, na maior parte dos casos, da negação dos seus direitos constitucionais, não sendo “livre porque igual”, nem “igual porque livre”. Por isso, reage de forma freqüentemente violenta e desrespeitosa com relação aos direitos dos outros. Recrutando-o, porém, para o exército dos miseráveis das prisões, não protegemos a sociedade: satisfazemos talvez aqueles que são mais “livres”, porque superiores, e terrorizamos os potenciais clientes do sistema penal, social-culturalmente predefinidos, agravando os conflitos sociais e desrespeitando, assim, a idéia diretriz das Constituições modernas. Quem é declarado oficialmente infrator das leis penais deveria receber não o tratamento penal, mas o constitucional, porque, como bem diz a Constituição brasileira, exprimindo a idéia da igualdade, o objetivo da vida em sociedade deveria ser “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170).

A única alternativa ao discurso da igualdade seria admitir que os imperativos constitucionais são utópicos ou mesmo errados, e resignar-se com a idéia que quem ofende os mais fortes deve ser aniquilado nas delegacias e nos Carandirus deste mundo. Assim, pelo menos, não cairíamos na hipocrisia de exaltar a “prevalência dos direitos humanos” no momento que sancionamos a negação social destes e procedemos a uma nova (e violenta) negação jurídica, por meio dos processos punitivos.

Tratar “na sua raiz” os problemas que causam o conflito social violento não pode ser, como já indicamos, um processo que se restrinja a um indivíduo (autor) e a uma parte do problema (a agressão “final” que faz explodir o conflito) e, em todo caso, não deveria tomar a via da repressão exemplar de autores selecionados com critérios que são em parte aleatórios e em parte classistas.

Realizar a tendência da igualdade no campo dos conflitos sociais significa assim abandonar o binômio proibição/repressão e a regra da “oficialidade”, ou seja, da monopolização das soluções dos conflitos pelos aparelhos da repressão.

A perspectiva da igualdade leva à adoção de dois princípios exatamente opostos. Primeiro, o princípio da *não-repressão*: Devemos encontrar as soluções políticas para satisfazer as necessidades das pessoas e não reprimir a sua expressão. Segundo, o princípio da *comunicação direta*: Abolir a “oficialidade” no

tratamento dos conflitos, que sanciona as várias formas de segregação social. A situação de guerra latente leva a instauração de uma forma violenta de comunicação social. Por outro lado, o tratamento marcial do conflito pelas instituições penais somente agrava as suas dimensões, acrescentando aos inúmeros muros sociais aqueles das prisões. Remediar esta situação pressupõe criar formas de mediação e condições culturais de comunicação entre os grupos sociais que hoje funcionam como “mundos diferentes”.

Indicando que não existe uma sociedade boa e um indivíduo “ruim” (como sustentam as teorias penais e os seus trajes criminais), nem evidentemente o contrário (como sustentam as mitologias do criminoso-vítima), mas somente vastos grupos sociais que sofrem da negação da igualdade na prática social, a análise dos pressupostos teóricos do direito penal da Constituição, sob a perspectiva da igualdade, nos leva a rejeitar a ilusão de que o problema da violência pode ser resolvido com a violência. E nos permite ser mais cautelosos com uma “política criminal” que nos promete segurança ao preço de banana e de inúmeros sofrimentos.

Bibliografia

- BALIBAR, E. *La proposition de l'égaliberté*. Les Conférences du Perroquet, v. 22. Paris, 1989.
- . *Les frontières de la démocratie*. Paris, 1992.
- BARATTA, A. “Integration-Prävention. Eine systemtheoretische Neubegründung der Strafe”. *Kriminologisches Journal*, p. 132 ss., 1984.
- . “L'esistenza e il laboratorio del diritto”. *Dei delitti e delle pene*, 3, p. 37 ss., 1987.
- . “Prinzipien des minimalen Strafrechts”. In: G. Kaiser/H. Kury/H.-J. Albrecht (org.), *Kriminologische Forschung in den 80er Jahren*. Freiburg i. Br., p. 513 ss., 1988.
- . “Jenseits der Strafe. Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft”. In: *Festschrift Arthur Kaufmann*. Heidelberg, p. 393 ss., 1993.
- . *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro, 1997.
- . “Bedürfnisse als Grundlage von Menschenrechten”. In: *Festschrift Günter Ellscheid*. Baden-Baden, p. 9 ss., 1999.
- . “Droits de l'homme et politique criminelle”. *Déviance et société*, XXIII, 3, p. 239 ss., 1999 a.
- . GIANNOULIS, Ch. “Vom Europarecht zum Europa der Rechte”. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3, p. 237 ss., 1996.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Staat, Verfassung, Demokratie*. Frankfurt/M., 1991.
- BRICOLA, F. *Politica criminale e scienza del diritto penale*. Bologna, 1997.
- BRUMLIK, M.; BRUNKHORST, H. (org.). *Gemeinschaft und Gerechtigkeit*. Frankfurt/M., 1993.
- CHRISTIE, N. *Grenzen des Leids*. Münster, 1995.
- CLAVERO, B. *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*. Madrid, 1997.
- DIMOULIS, D. *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive. Rechtsphilosophische, verfassungs- und strafrechtliche Probleme*. Berlin, 1996.

- FERRAJOLI, L. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari, 1990.
- FOUCAULT, M. *Dits et écrits. 1954-1988*. vol. III. Paris, 1994.
- GIANFORMAGGIO, L. *Le ragioni del garantismo*. Torino, 1993.
- GRIMM, D. *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt/M., 1991.
- HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt/M., 1992.
- JEROUSCHEK, G. "Die Herausbildung des peinlichen Inquisitionsprozesses im Spätmittelalter und in der frühen Neuzeit". In: P. Nève; Ch. Coppens (org.), *Vorträge gehalten auf dem 28. Deutschen Rechtshistorikertag*. Nijmegen, p. 127 ss., 1992.
- KANT, I. "Die Metaphysik der Sitten" (1797). In: *Werke in 6 Bänden*, Bd. IV. Darmstadt, 1998.
- KIRCHHOF, P. "Der allgemeine Gleichheitsatz". In: J. Isensee; P. Kirchhof (org.). *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V. Heidelberg, p. 837 ss., 1992.
- KÖHLER, M. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Berlin, 1997.
- MARTÍNEZ, M. *Qué pasa en la criminología moderna?* Bogotá, 1990.
- MATHIESEN, Th. *Gefängnislogik*. Bielefeld, 1989.
- MURSWIEK, D. "Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte". In: J. Isensee; P. Kirchhof (org.). *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V. Heidelberg, p. 243 ss., 1992.
- NINO, C. S. "Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas". *Doxa*, 5, p. 17 ss., 1988.
- RAWLS, J. *Eine Theorie der Gerechtigkeit* (1971). Frankfurt/M., 1993.
- RÜFNER, W. "Art. 3, Abs. 1". In: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*. Neuwied, 1992.
- SABADELL, A. L. *Tormenta juris permissione. Folter und Strafverfahren am Beispiel Kastiliens und Kataloniens*. Tese de doutorado, Universidade do Sarre, 1999.
- SCHEERER, S. "Strafe muß sein! Muß Strafrecht sein?" In: L. Böllinger; R. Lautmann (org.). *Vom Guten, das noch stets das Böse schafft*. Frankfurt/M., p. 69 ss., 1993.
- VECA, S. *Cittadinanza. Riflessioni filosofiche sull'idea di emancipazione*. Milano, 1990.