

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 41 • nº 164
outubro/dezembro – 2004

Por que se deve ter e por que não se deve ter a pena de morte

Aspectos jurídicos e políticos

Antonio Marcelo Jackson F. da Silva

Sumário

1. Por que se deve ter a pena de morte. 2. Por que não se deve ter a pena de morte. 3. À guisa de uma conclusão ou o início de um novo debate.

Sendo um dos mais polêmicos temas da área jurídica, a “pena de morte” ou “pena capital” tem recebido os mais diversos tratamentos dos operadores do Direito sem, entretanto, oferecerem comentários que estejam *de fato* vinculados ao assunto quando observado nas legislações e teses que acatarem ao longo do tempo tal princípio, isso porque, antes de mais nada, falar sobre a “pena de morte” é falar sobre a exclusão permanente de indivíduo do meio social ou, em outros termos, partir do princípio que a mais extrema forma de punição deve estancar permanentemente uma pessoa da sociedade a qual estava vinculada. Pode parecer um certo preciosismo abordar o tema sob essa ótica. Todavia, não se deve esquecer que a exclusão do meio social como forma de se punir um dos membros do grupo é bem provavelmente a mais grave pena imposta a um indivíduo, dado que o homem como ser social – ou político, na originária definição de Aristóteles – apenas pode ser entendido como tal quando se encontra em sociedade. A pena capital ou a exclusão permanente é, portanto, retirar desse indivíduo sua condição humana. Tomemos alguns rápidos exemplos.

Antonio Marcelo Jackson F. da Silva é Bacharel em História pela UERJ, Mestre e Doutorando em Ciência Política pelo IUPERJ.

Tanto para aqueles que são favoráveis a tal punição quanto para aqueles que são contra, um dos argumentos diz que a mesma pode ou não reduzir a criminalidade. Torna-se interessante porque, salvo em um único caso¹, jamais essa pena foi imputada acreditando-se que, com isso, a violência em sua forma mais grave seria embargada, isso porque nenhum dos estudos, clássicos ou contemporâneos, feitos até hoje pressupõe a punição como o termo necessário para eliminar o delito. Em todos eles reconhece-se a capacidade – ou possibilidade, como queiram – humana de transgredir as regras socialmente produzidas, e assim a existência perene da delinquência é um *fato* que não se pode ignorar. Em outros termos, a transgressão das regras socialmente produzidas (ou das normas legalmente feitas por meio das relações políticas) é um dado que se apresenta em todas as sociedades sem qualquer vínculo com as punições previstas, tanto pelos costumes quanto pelas leis. Ainda que se credite a certos autores – a contar de Platão – a possibilidade de se construir mecanismos pedagógicos para que, com isso, seja alterado o comportamento dos indivíduos, tal objetivo não se materializa em sua plenitude, produzindo-se assim uma determinada *margin* para o delito, seja ele um enfrentamento claro aos costumes ou às leis. Dessa maneira, a punição existe, quando muito, para que a parte da sociedade que tende à transgressão tenha um exemplo das conseqüências em relação a um determinado crime e, por meio da dúvida, evite sua consumação ou, em outros termos, a pena aparece, se tanto, para uma espécie de controle sobre a criminalidade – nunca com a utópica idéia de se acabar com os delitos.

No que diz respeito aos aspectos pedagógicos, isso não aparece na letra da lei ou mesmo dos costumes ao longo do tempo, mas sim a contar do Mundo Moderno com o entendimento que se produziu em relação à pobreza e à responsabilidade do Estado, principalmente a partir dos argumentos de Thomas Robert Malthus. Para ele, era ine-

vitável as desgraças periódicas e agudas, e isso ocorria em virtude da tendência de a população aumentar mais rapidamente do que os meios de sobrevivência, fazendo com que existisse sempre não apenas uma desigualdade entre os diversos grupos sociais, mas também o entendimento de que isso se dava a contar de uma lei natural e, portanto, inevitável. Desse modo, o único papel a ser desempenhado tanto pelas classes mais ricas quanto pelo poder público seria o de educar os segmentos mais baixos no intuito de minimizar da melhor forma possível o problema (BENDIX, 1996, p. 95). Assim, se, por um lado, tal proposta torna-se a propulsão de uma nova pedagogia, que informava sobre a *inevitável* pobreza, por outro, tornava-se também necessária a criação de forças públicas que controlassem a transgressão perenemente produzida. É nesse sentido, por exemplo, que surge no século XVIII e ganha forma definitiva no século XIX o conceito de *polícia* ou, no sentido original, *policiar*, *polir*, *dar polimento* a uma sociedade abrutalhada que não condiz com os termos da civilidade. Em outras palavras, a idéia de se produzir uma espécie de modelo que “educasse” a sociedade em direção aos “bons modos” surge em virtude de se fazer acomodar os segmentos mais baixos da população frente a sua miséria e as possíveis revoltas oriundas desse posicionamento social, ou seja, muito mais do que a “transgressão” (no sentido de um crime – na ausência de termo melhor), a preocupação residia na “transgressão social”: a possibilidade de se subverter uma hierarquia social anteriormente produzida.

Retornando ao tema principal, um segundo exemplo – muito mais voltado para aqueles que são contrários a esse tipo de punição – é aquele que afirma ser essa penalidade irreversível, ou seja, frente à possibilidade de um erro jurídico, o suposto condenado não teria uma “segunda chance”, pelos motivos óbvios. Esse tipo de comentário torna-se frágil porque, salvo engano de nossa parte, nenhuma pena é reversível:

não há como reverter uma punição injusta, pouco importando qual seja a punição. Bem sabemos que, de maneira usual, o que se faz é converter uma punição injusta – pouco importando aqui o motivo da injustiça, seja por erro no processo, falso testemunho etc. – em valores de ordem financeira, ou seja, “paga-se tanto a fulano por ter sido enviado e detido em uma delegacia ou penitenciária por erro judicial”. Não se pode dizer, necessariamente, que essa pessoa tenha “revertido” o constrangimento social de estar preso por receber uma certa quantia pois, afinal, qual é o valor da liberdade? De forma sucinta e com todos os erros possíveis, sabemos que o cálculo é feito da seguinte maneira: toma-se a idade, a profissão, os dependentes diretos e os ganhos que a pessoa teria durante o tempo em que ficou detida; a soma corresponderá, aproximadamente, ao valor que a dita pessoa deve receber por ter sido presa injustamente. Nesse caso, podemos chegar à *curiosa* conclusão de que a tal “reversibilidade” das penas que não excluem perenemente um indivíduo do meio social varia na proporção direta entre, por exemplo, um diretor e um faxineiro de uma mesma empresa; imaginando que ambos fiquem detidos por um mês, o faxineiro deve ser ressarcido talvez em três ou quatro salários mínimos; já o diretor da empresa...

Para não nos estendermos em demasia, um terceiro exemplo seria aquele que afirma serem os defensores da pena de morte “pessoas que são contra a vida”; talvez o mais curioso de todos, posto que – é o que parece – a “vida” em questão seria tão-somente a biológica, pouco importando se as condições da “vida social” são boas ou não. Em outras palavras, aceita-se sem muitos transtornos a existência de um contingente enorme da população vivendo abaixo da linha de miséria – utilizando-se como medida o IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) da ONU – ao mesmo tempo em que se é radicalmente contra a pena capital. Trata-se, curiosamente, de se saber qual o tipo de morte é a mais aceitável...

Para além disso, cria-se um perigoso precedente, isso porque, dando-se ênfase nas condições de vida de um criminoso, ou seja, demonstrando de maneira clara que é possível dar a um delinqüente meios necessários para a sua dignidade ao mesmo tempo em que não se oferecem as mesmas condições para o “homem honesto”, o corpo que atua no meio jurídico é questionado para se saber, afinal, “em que lado está”. Dito em outras palavras, apresenta-se de maneira nítida que é possível defender o criminoso, porém, não há recíproca em relação à sociedade civil. É óbvio, e bem sabemos disso, a responsabilidade de prover o meio social de um elenco mínimo de subsistência é obrigação do Poder Executivo; contudo, não custa lembrar, as personagens que habitam o meio público, particularmente o meio jurídico – magistrados (estes, sim, membros do Judiciário), defensores (subordinados ao Poder Executivo), membros de Ministério Público e advogados (os atores privados da área em questão) –, em um país em que, por força de lei, todos os impasses legais devem ser acompanhados por um representante autorizado (exceto, é claro, os itens que são solucionados nos Juizados Especiais), tornam-se responsáveis diretos pela possibilidade de se chegar a uma espécie de justiça, pouco importando aqui a forma como se define tal palavra. Assim, a opinião de todos que atuam nesse meio é transformada em referência de *certo* e *errado*, de *justo* e *injusto* para a sociedade, o que apenas potencializa o problema exposto acima.

Dito isso, o que se propõe no presente texto é discutir a exclusão permanente de indivíduo de sua sociedade, seja por meio da pena de morte ou de qualquer outra forma, em seus aspectos estritamente jurídicos e políticos, tendo como fontes os argumentos historicamente produzidos contra ou a favor da mesma, procurando dessa forma encontrar as justificativas plausíveis para qualquer uma das opções. Assim sendo, vejamos, então, os argumentos a favor desse tipo de punição para, logo a seguir, veri-

ficarmos os que são contra e procurarmos alguma conclusão a esse respeito.

1. *Por que se deve ter a pena de morte*

É sabido que a primeira legislação civil – ou seja, estamos descartando todas as leis produzidas por sociedades cuja organização política era mítico-religiosa, como, por exemplo, Babilônicos, Hebreus, Egípcios etc. – aparece com o Direito Romano. Para este caso, antes de mais nada, deve-se entender a organização da sociedade romana como vinculada ao princípio da *Res Publica* (coisa de todos). Não havia espaço para qualquer discussão que escapasse da idéia de que apenas existia a sociedade e, acima de tudo, ela deveria ser mantida. Tomando por empréstimo os argumentos de seu principal jurisconsulto, Marco Túlio Cícero, o único papel que deveria ser exercido (funcionando como um direito e uma obrigação, ao mesmo tempo) pelo indivíduo era o de ser um “cidadão virtuoso” ou, em outras palavras, agir em prol da saúde pública, o bem-estar de todos. Para Cícero, a virtuosidade deveria ser espontânea; porém, caso isso não surgisse de forma natural, ela deveria ser observada nas ações dos grandes vultos que promoveram a existência e manutenção de Roma, daí brotar o princípio de “história mestra da vida”, ou seja, a história como sendo a dos bons exemplos, dos homens virtuosos. Da mesma forma, o inverso era verdadeiro: um homem não virtuoso transformar-se-ia muito rapidamente em um mau exemplo a ser seguido. Nesse sentido, era necessária a produção de uma série de normas jurídicas que de algum modo funcionassem como referência a todos os homens que desejassem a virtuosidade e, por via de consequência, o bem-estar da república.

Dando seqüência ao argumento do autor, o passo seguinte seria definir quem faria parte da *res publica*, isso porque a exigência e/ou expectativa em relação à virtuosidade dos homens era diretamente proporcional a seu vínculo com a sociedade.

Desse modo, Cícero (1973, p. 155) afirmava que

“é, pois, (...) a República coisa do povo, considerando tal, não todos os homens de qualquer modo congregados, mas a reunião que tem seu fundamento no consentimento jurídico e na utilidade comum. Pois bem: a primeira causa dessa agregação de uns homens a outros é menos a sua debilidade do que um certo instinto de sociabilidade em todo inato; a espécie humana não nasceu para o isolamento e para a vida errante, mas como uma disposição que, mesmo na abundância de todos os bens, a leva a procurar o apoio comum. (grifo nosso).

Assim, não deve o homem atribuir-se, como virtude, sua sociabilidade, que é nele intuitiva. (...) [Deste modo], todo povo, isto é, toda sociedade fundada com as condições por mim expostas, (...) toda coisa pública, (...) necessita, para ser duradoura, ser regida por uma autoridade inteligente que sempre se apoie sobre o princípio que presidiu a formação do Estado”.

Dessa maneira, a virtuosidade deveria ser algo esperado dos homens que fizessem parte da República, ou seja, daqueles que estivessem dentro do “consentimento jurídico da utilidade pública”, da mesma forma que os “direitos e obrigações” do cidadão romano eram itens da agenda daqueles que fizessem parte da república, nunca para aqueles que não possuísem a cidadania.

Assim, transportando os argumentos de Marco Túlio Cícero para analisarmos a legislação romana que chegou até nós, a *Lei das XII Tábuas*, observamos que, quando um cidadão romano cometia um delito, o primeiro passo em termos de uma punição seria, dependendo do caso, o açoite ou uma multa. A reincidência do delito poderia determinar a perda da cidadania (sendo transformado em escravo) e, aí sim, surgia a possibilidade da pena capital (precipitando o punido do alto da rocha da Tarpéia). A im-

portância de destacarmos esse processo reside na idéia de que apenas um “não cidadão” poderia ser condenado à morte: jamais alguém com a cidadania plena sofreria tal punição. Em outras palavras, a relação entre a pena capital e a cidadania era completa: enquanto existisse a segunda, jamais a primeira poderia ocorrer. O que estava em jogo, portanto, seria a garantia de existirem sempre “cidadãos virtuosos” nos quadros da *res publica*: os que ameaçavam o bem-estar de todos teriam, antes, perdido seus direitos dentro da Pax Romana e, por conseguinte, estariam fora da circunscrição da lei.

Observa-se, para esse primeiro caso, que a pena capital apenas aparece para aqueles que não fazem parte do conjunto de direitos e obrigações dentro da ordem jurídico-política, inexistindo para qualquer outro. A maior punição, portanto, seria a perda da cidadania por um grave delito cometido, o que já significava a exclusão do meio social².

Se o bem-estar da sociedade seria a principal referência para o funcionamento do Direito Romano, o Mundo Medieval insere o argumento “moral” dentro dos estudos jurídico-políticos. A palavra “moral” (*morus*, em latim) originalmente significava o conjunto de hábitos, costumes de uma determinada sociedade. Assim, estar dentro dos termos moralmente aceitos significava agir dentro dos costumes do meio social em que se vivia. Com o advento do cristianismo, essa palavra ganhou um novo desígnio, passando a estar vinculada aos termos que a religião imprimia. A consequência prática foi que, se antes a “moral” era uma coisa que brotava da própria sociedade, a partir da Idade Média a mesma seria “exterior” à sociedade, ou seja, seria um conjunto de valores que deveriam oferecer referências ao comportamento dos indivíduos. Ao mesmo tempo, a personagem do governante adquiriu uma roupagem presa aos valores cristãos, assumindo, então, um caráter que não apenas o deixava como sendo o representante primeiro do poder político, mas

também o legítimo representante dos interesses morais. É por essa época que começa a ser construída a idéia dos crimes de “lesamajestade” (cuja fórmula estará completa no Mundo Moderno), ou seja, aqueles crimes que ameaçavam os interesses do rei e, por conseguinte, de toda a sociedade. Para esses casos, a pena de morte aparecia para punir um delito que tanto era compreendido como uma ameaça ao bem-estar da sociedade, quanto era também um desafio à ordem moral. Em outras palavras, se para o Mundo Romano a perda da cidadania era o “pré-requisito” necessário para ser punido com a morte, no Medieval esta mesma cidadania se vê acrescida de elementos que estariam, *a priori*, fora da sociedade: um bom cidadão seria não apenas aquele que age em prol de todos, mas também aquele que é moralmente correto em suas ações³.

É com essa linha de raciocínio que se chega à Idade Moderna e, particularmente, àquele que irá fornecer o melhor argumento sobre o tema: Thomas Hobbes.

O raciocínio hobbesiano parte da observação de que a natureza humana é incapaz de, espontaneamente, lidar com suas principais características, a saber: seu ímpeto predatório e sua vontade de vingança vivendo em um mundo escasso em bens. Tal questão seria a fonte principal da vaidade dos homens que, por sua vez, inviabilizam a própria condição primária de se viver em grupo. Nas palavras do autor (HOBBS, 1973, p. 79):

“os homens não tiram prazer algum da companhia uns dos outros (...) quando não existe um poder capaz de manter a todos em respeito. Porque cada um pretende que seu companheiro lhe atribua o mesmo valor que ele se atribui a si próprio e, na presença de todos os sinais de desprezo ou de subestimação, naturalmente se esforça (...) por arrancar de seus contendedores a atribuição de maior valor, causando-lhes dano, e dos outros também, através do exemplo.

De modo que na natureza do homem encontramos três causas principais de discórdia. Primeiro, a competição; segundo, a desconfiança; e terceiro, a glória.

A primeira leva os homens a atacar os outros tendo em vista o lucro; a segunda, a segurança; e a terceira, a reputação. Os primeiros usam a violência para se tornarem senhores das pessoas, mulheres, filhos e rebanhos dos outros homens; os segundos, para defendê-los; e os terceiros por ninharias, como uma palavra, um sorriso, uma diferença de opinião, e qualquer outro sinal de desprezo, quer seja diretamente dirigido a suas pessoas, quer indiretamente a seus parentes, seus amigos, sua nação, sua profissão ou seu nome”.

Com isso, mesmo que os homens não estejam explicitamente em um conflito bélico, existe, como uma sombra constante, um “estado de guerra dos homens com outros homens”, o “homem como sendo o lobo do próprio homem”, na conhecida expressão de Hobbes.

A única solução possível, conforme o autor, é a existência de um poder soberano sobre todos os homens, tendo como princípio gerador desse poder o reconhecimento de todos de que ele é a única fonte legítima de todas as decisões políticas e jurídicas. Para tanto, esse poder deve determinar o conjunto de leis civis, definidas como “constituída por aquelas regras que o Estado lhe impõe, oralmente ou por escrito, ou por outro sinal suficiente de sua vontade, para usar como critério de distinção entre o bem e o mal; isto é, do que é contrário ou não é contrário à regra” (HOBBS, 1973, p. 165). Dessa maneira, antes de mais nada, a lei civil é algo que existe para limitar as ações dos homens: “a lei não foi trazida ao mundo para nada mais senão para limitar a liberdade natural dos indivíduos, de maneira tal que eles sejam impedidos de causar dano uns aos outros, e em vez disso se aju-

dem e se unam contra o inimigo comum” (HOBBS, 1973, p. 167).

Assim, frente ao exposto, os únicos atenuantes admitidos pelo autor ao não cumprimento de uma lei seriam o seu desconhecimento, pela pouca clareza da mesma, por seguirem as interpretações erradas de pessoas autorizadas a interpretá-la, por ser constrangido por meio da força a cometer um delito, por não poder renunciar a sua própria preservação ou por “inferências erradas feitas a partir de princípios verdadeiros” (HOBBS, 1973, p. 182). Em todos os outros casos, ninguém poderá ser absolvido caso cometa um crime, isso porque tal prática faria aflorar a natureza dos homens e, conseqüentemente, haveria o risco do bem-estar da sociedade.

Por analogia, conforme o autor, o crime deve ser medido segundo determinados “graus”, cujas penas deverão ser equivalentes, a saber: pela malignidade da fonte ou causa, pelo contágio do exemplo, pelo prejuízo ou efeito e pela concorrência de tempo, lugares e pessoas (HOBBS, 1973, p. 185). Nesses casos, como na fundação do Estado cada um renunciou ao direito de se defender dos outros em virtude da natureza comum de todos os homens, cabe ao poder público determinar a pena a ser aplicada – inclusive a pena de morte – principalmente porque, “de todas as paixões, a que menos faz os homens tender a violar as leis é o medo” (HOBBS, 1973, p. 183). Segundo Hobbes, se é papel do Estado garantir a paz pública, essa garantia deve ser dada com todos os recursos disponíveis, principalmente pelo medo provocado pela aplicação das leis, incluindo a morte do criminoso.

Por último, conforme o autor, admite-se a possibilidade do erro no julgamento. Porém, esse erro seria muito mais visível na órbita do Estado – posto ser ele o responsável pela justiça –, e assim os representantes políticos da sociedade poderiam ser substituídos por outros. Dito de forma diferente, se, dentro do contrato social hobbesiano, o papel do Estado é garantir a paz (pela con-

trapartida de ter assumido todos os direitos abdicados pelos cidadãos), o maior interesse na inexistência do erro jurídico seria o próprio Estado, ou aqueles que o fazem funcionar, isso porque a não garantia da paz significaria a substituição do Leviatã por outro.

Vimos, ainda que de modo sucinto, as três formas apresentadas historicamente na defesa da pena de morte e em todas elas observamos que o passo crucial para esse tipo de punição é a perda da cidadania, seja pela reincidência de um grave delito, por razões morais ou pela ameaça à paz da sociedade. Vejamos, agora, a argumentação contrária a esse tipo de pena.

2. Por que não se deve ter a pena de morte

As guerras religiosas que assolaram a Europa a partir da Reforma Protestante (Lutero, em 1517, Calvino e Henrique VIII, ambos em 1534) foram, pouco a pouco, corroendo as certezas que sustentavam os poderes políticos nos países. Todavia, essas mesmas guerras, pelo menos em seus dois primeiros séculos, acabaram por determinar a vitória de um ou outro lado sem, entretanto, resolver o pomo da discórdia que seria a convivência de ambas as partes num mesmo lugar.

Dentro dessa questão, o caso francês assumiu proporções distintas do restante do continente europeu visto que a população francesa encontrou-se desde o primeiro momento dividida quase que de forma igual entre católicos e protestantes, o que determinou diversos embates entre os grupos desde a tristemente célebre *Noite de São Bartolomeu*, em 1572⁴.

Chegando ao século XVIII, os franceses se viram envolvidos no escandaloso julgamento de Jean Calas acusado de matar seu próprio filho por razões religiosas. Condenado à morte, o processo sofreu uma reviravolta, com novas provas, tendo sido reabilitada a memória do réu e indenizada a famí-

lia. Esse julgamento foi o mote de um dos livros mais famosos do pensador francês Voltaire (1993, p. 109), chamando a atenção para o fanatismo religioso e as consequências tremendas que poderia causar, tanto na esfera do poder público, quanto nos termos da sociedade:

“para que um governo não tenha o direito de punir os erros dos homens, é necessário que esses erros não sejam crimes; eles só são crimes quando perturbam a sociedade; perturbam a sociedade a partir do momento que inspiram fanatismo. Cumpre, pois, que os homens comecem por não ser fanáticos para merecer a tolerância”.

Esse problema nitidamente social, segundo podemos deduzir a partir da afirmação de Voltaire, determinava uma alteração na postura do governo em relação às penalidades a serem aplicadas – particularmente a pena capital –, posto que, com o fanatismo, todo o processo jurídico estaria comprometido.

O debate provocado pelo texto de Voltaire suscitou novas discussões sobre a pena de morte. Contudo, para que essa discussão possuísse um argumento mais sólido, era necessário um novo entendimento sobre a própria organização social. Em outros termos, quando entendida da forma tradicional, a idéia que se tinha sobre a sociedade autorizava, de um modo ou de outro, a existência dessa penalidade conforme vimos anteriormente.

De forma curiosa, posto que a preocupação residia em outro registro, essa discussão tem início a partir da obra de Montesquieu. Para ele, toda organização social não pode estar sob o jugo de uma única pessoa ou grupo, daí ser necessária a divisão de poderes para que nenhuma espécie de abuso seja cometido. A legitimidade do poder, afirma esse autor, apenas existe quando esse poder serve para garantir condições e direitos básicos a todos os indivíduos, nunca o contrário. Assim, a legitimidade do poder apenas existe quando o mesmo se dá dentro

dos limites necessários: para além disso, toda e qualquer prática torna-se abusiva⁵.

Paralelamente a essa obra, um outro pensador, Helvétius, oferecia o argumento necessário para o funcionamento completo dessa fórmula, ao afirmar que a sociedade seria o resultado da soma de todas as partes contidas em seu interior (SANTOS, 2002, p. 15). Sendo assim, numa relação recíproca, o bom funcionamento de todos segmentos (indivíduo, sociedade e Estado) seria dado pelas garantias fundamentais oferecidas pelas leis e sustentadas por todos os segmentos sociais.

Reunindo os argumentos de Montesquieu e Helvétius, vem à baila, na década de 1760, o livro *Dos Delitos e das Penas*, de Cesare Beccaria. Nessa obra, o autor acata a idéia de que a sociedade é a soma de seus indivíduos e de que não há sentido no poder que vá além daquilo que está estabelecido. Contudo, Beccaria acrescenta outros pontos. Para ele, a lei ideal seria aquela que proporciona a “máxima felicidade compartilhada pela maioria” (BECCARIA, 1999, p. 40), principalmente porque, se é verdade que os homens para viverem em sociedade entregaram uma parte de suas liberdades visando o bem comum, é também verdadeira a afirmação de que isso ocorreu tão-somente para que cada um atingisse particularmente o máximo de felicidade possível. Dito de outra forma, a “soma das partes” que acaba formando a sociedade é um “caminho de mão dupla”, ou seja, se, por um lado, cada um contribuiu para a formação do grupo social, por outro lado, cada um espera atingir a sua felicidade particular, individual, dentro do grupo em questão. Admitir isso significa aceitar o argumento de Montesquieu sobre a função dos Poderes de Estado; admitir isso significa entender que a necessidade das leis e, mais particularmente, das penas somente é possível desde que derive da “necessidade absoluta”: caso contrário, a lei e a punição perderiam suas qualidades primárias e seriam transformadas em atitudes tirânicas. Por essas razões, Bec-

caria defende então a idéia de que a lei deve ser produzida com o intuito de facilitar a busca à felicidade, nunca o contrário.

Entretanto, o autor admite que alguns indivíduos podem exceder seus direitos e, com isso, provocar um mal estar a outros. Como, então, seriam estabelecidas as penas? A primeira preocupação, diz esse autor, é identificar o grau de utilidade que uma pena oferece à sociedade. Ao contrário dos argumentos anteriores que viam a punição como algo que operava unicamente com o intuito de atingir o criminoso, Beccaria afirma que uma penalidade apenas tem sentido se efetivamente produzir ganhos reais à sociedade, ou seja, se ela for efetivamente útil à felicidade da maioria (BECCARIA, 1999, p. 61). Sabendo-se que uma punição não possui o papel de “desfazer um delito”, nas palavras do próprio autor, é “necessário escolher penas e modos de infligi-las, que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura no espírito dos homens” (BECCARIA, 1999, p. 62). Assim, invertendo um dos argumentos de Hobbes, se o funcionamento de uma lei – principalmente aquela que trata das punições – está diretamente vinculado ao “medo” que sua aplicação pode produzir, não é na severidade da pena que esse medo aparecerá, mas sim na rapidez do julgamento – pois, “quanto mais a pena for rápida e próxima ao delito, tanto mais justa e útil ela será” (BECCARIA, 1999, p. 79) – e na constância de sua aplicação:

“não é a intensidade da pena que produz o maior efeito sobre o espírito humano, mas a extensão dela; pois a nossa sensibilidade é mais fácil e mais constantemente afetada por impressões mínimas, porém, renovadas, que por um abalo forte mas passageiro” (BECCARIA, 1999, p. 96).

Nesse sentido, afirma Beccaria, é muito mais racional uma ação pública que vise evitar o delito do que uma que se preocupe tão-somente em aplicar punições (BECCARIA, 1999, p. 30):

“é melhor prevenir os delitos do que puni-los. É este o escopo principal de toda boa legislação, que é a arte de conduzir os homens ao máximo de felicidade ou ao mínimo de infelicidade possível, conforme todos os cálculos dos bens e dos males da vida”.

Sendo assim, aceitar a possibilidade de se excluir permanentemente um indivíduo do meio social será, antes de mais nada, admitir o fracasso da própria sociedade e dos poderes públicos na educação deste mesmo indivíduo, posto que o meio social e o Estado possuem um instrumental mais do que necessário para prover qualquer membro das condições mínimas de civilidade.

Em outro aspecto, condená-lo à morte seria também entrar em contradição com a definição daquilo que vem a ser uma sociedade: a soma de todos os seus indivíduos. Se uma pessoa, durante certo tempo, contribuiu para a formação e funcionamento de sua sociedade, ela não pode ser descartada sumariamente, pouco importando o delito.

Por último, não haveria ganho nenhum para a sociedade com a condenação de alguém. Segundo Beccaria (1999, p. 96):

“não é o espetáculo terrível mas passageiro da morte de um celerado, e sim o longo e sofrido exemplo de um homem privado da liberdade e que, convertido em besta de carga, recompensa com seu trabalho aquela sociedade que ofendeu, que constitui o freio mais forte contra os seus delitos. Aquela repetição a si mesmo, eficaz por seu insistente retorno, ‘eu mesmo serei reduzido a tal longa e mísera condição se cometer semelhantes delitos’, é muito mais poderosa do que a idéia da morte, que os homens sempre vêem longínqua e obscura”.

Aproximadamente trinta anos depois de Beccaria ter publicado seu livro, Jeremy Bentham potencializa esse argumento. Aceitando a idéia da máxima felicidade (que, em seu texto, assume outra terminologia, a saber, a relação existente em todos os homens

entre a dor e o prazer), Bentham (1989, p. 60-62) defende que, nos casos das punições, a lei deve possuir duas características fundamentais: a primeira, que o castigo deve ser aplicado quando *efetivamente valer a pena fazê-lo* e, a segunda, que a lei deve induzir o criminoso a praticar o delito menos grave, aumentando ou diminuindo a punição conforme as ações cometidas ao se materializar o delito ou, nas suas palavras:

“I – o valor ou gravidade da punição não deve ser em nenhum caso inferior ao que for suficiente para superar o valor do benefício da ofensa ou crime; II – quanto maior for o prejuízo derivante do crime, tanto maior será o preço que se pode valer a pena pagar no caminho da punição; III – quando houver dois crimes em concorrência, a punição estabelecida para o crime maior deve ser suficiente para induzir uma pessoa a preferir o menor; IV – a punição deve ser regulada de tal forma para cada crime particular, que para cada nova parte ou etapa do prejuízo possa haver um motivo que dissuada o criminoso de produzi-la; V – a punição apenas deve ocorrer quando o seu custo não for superior ao valor do crime cometido.”

Muito mais pragmático do que Beccaria, Bentham entende, pelo que nos foi possível examinar, que todas as leis devem ser produzidas a partir da relação custo/benefício para todo o conjunto da sociedade (entendida, também, por ele como sendo a soma de todos os indivíduos). Quando uma lei produzir mais dor do que prazer ou, para o caso das punições, seu custo não for compensador, o resultado de ambos os casos é que a sociedade será punida e, portanto, esse tipo de legislação deve ser descartado.

Em ambos os autores, observa-se o problema de um prisma distinto daquele que vimos anteriormente. Para o primeiro caso – os argumentos que entendem como uma opção plausível a exclusão permanente de um indivíduo do meio social –, identifica-

mos que a preocupação fundamental reside na aplicação da penalidade. Para esses últimos, a pergunta que se faz é saber até que ponto esse tipo de punição oferece um ganho para o meio social e, com isso, a negativa para uma pena de tal espécie reside em ser ela, *a priori*, completamente desnecessária.

3. *À guisa de uma conclusão ou o início de um novo debate*

Observamos, ainda que sucintamente, os argumentos que foram produzidos ao longo do tempo para apoiarem ou não a pena de morte ou, para usarmos uma expressão mais exata, a exclusão permanente de um indivíduo do meio social. Poderíamos, como uma primeira conclusão, perceber que a construção de cada um desses argumentos não nos oferece condições para uma comparação: para aqueles que defendem a pena capital, a preocupação primária reside em pura e simplesmente punir o criminoso; para os que são contra esse tipo de pena, a preocupação reside na utilidade que isso teria para o bem-estar da sociedade. De maneira curiosa, percebe-se a inversão dos valores que cotidianamente aparecem nas análises mais tradicionais, ou seja, quanto mais próxima está a defesa dos interesses da sociedade, mais próxima está a ação sobre o indivíduo; da mesma forma que o inverso é verdadeiro: quanto mais se pretende defender o indivíduo, mais se quer manter a sociedade como um bem a ser preservado.

Um segundo aspecto seria observar que, para cada uma das opções, a definição que se tem do “ser humano” é distinta. Para os defensores da pena capital, ou bem o indivíduo é descartado de qualquer avaliação e leva-se em conta tão-somente a sociedade (como é o caso da legislação romana ou, por outros meios, dos fundamentos do mundo medieval), ou bem o indivíduo possui uma natureza anti-social e que seu convívio com outros indivíduos apenas é possível quando todos estão sob o rígido controle do po-

der público (de acordo com os termos de Hobbes). Já no extremo oposto, daqueles que são contrários a esse tipo de punição, o indivíduo é entendido como peça primordial na constituição da sociedade (a sociedade como a soma de todas as partes), daí, excluí-lo permanentemente do meio social ser algo inconcebível. Portanto, a segunda conclusão que podemos chegar é que a punição está diretamente vinculada à maneira pela qual o indivíduo é definido pela sociedade civil – o que nos impede, mais uma vez, de tecer qualquer tipo de comparação.

Todavia, isso não nos basta. Frente ao exposto, poderíamos, então, acatar a idéia de que a existência ou não da pena de morte está por completo vinculada ao arranjo político da sociedade em questão. Noutras palavras, como os argumentos são distintos e não propiciam uma comparação para se saber qual dos dois seria o mais aplicável ou mais sensato, a escolha de se ter tal tipo de pena estaria dependente dos conflitos e modelos de organização política entre os representantes da nação no parlamento. Seria, em última análise, uma mera questão de se escolher entre um ou outro a partir do embate político.

Porém, se aceitarmos tal afirmação – de que tudo não passa de uma opção por esta ou aquela fórmula –, torna-se necessário identificarmos, caso isso seja possível, que tipo de configuração política determina esta ou aquela escolha, ou seja, quais as conjunturas políticas que tendem mais a aceitar a exclusão permanente de um indivíduo e quais as conjunturas que não acatam essa idéia.

Nesses termos, em um levantamento sumário em que se teve a preocupação de observar países desenvolvidos e subdesenvolvidos do Mundo Ocidental⁶ na atualidade, foi possível constatar, em um primeiro momento, a substituição paulatina da pena de morte pela prisão perpétua (em ambos os casos, a exclusão permanente do indivíduo em relação ao meio social): à exceção da Holanda, Dinamarca e da Alemanha, em

todos os países desenvolvidos a legislação prevê a prisão perpétua, sendo a pena de morte exclusiva dos Estados Unidos, Grécia e Irlanda (vale ressaltar que Espanha e Bélgica, originariamente defensoras da pena capital, apenas recentemente alteraram a legislação nesse sentido). Inversamente, observa-se que, nos países subdesenvolvidos, inexistem qualquer uma dessas punições, com as penas mais severas nunca ultrapassando trinta ou quarenta anos de reclusão (exceção para o Chile e a Argentina, que possuem uma legislação que prevê a prisão perpétua).

Frente a esses dados, o que poderíamos pressupor? Podemos entender como derradeira conclusão, aqui transformada numa *Hipótese*, que a escolha política pela exclusão definitiva do indivíduo do meio social está diretamente vinculada ao desenvolvimento econômico e humano do país ou, em outros termos, quanto mais próximo de uma democracia social, mais torna-se aceita a pena de morte ou a prisão perpétua; quanto mais distante de uma democracia social, menos a legislação prevê esse tipo de punição. Ainda dentro dessa *Hipótese*, tal fato ocorreria em virtude da não aceitação de que um indivíduo se utilize de atos violentos (sejam eles de qualquer espécie) em uma sociedade em que as condições de vida sustentadas tanto pelo poder público quanto pelo meio social conseguem suprir aquele mínimo necessário para a sobrevivência digna. Da mesma forma, o inverso é verdadeiro: quanto menos digna é a vida dos indivíduos no dia-a-dia de uma sociedade – pouco importando aqui se é pela incapacidade do Estado em solucionar as desigualdades sociais e econômicas ou, então, por problemas puramente de ordem sociológica –, menos é aceitável sua completa exclusão social.

Sendo assim, ainda que nos países econômica e socialmente desenvolvidos exista o princípio das garantias individuais, esses mesmos países assumem o custo de excluir permanentemente um indivíduo que

rompa todas as regras básicas de civilidade e boa convivência, transformando-se, assim, numa punição justa...portanto. Da mesma forma o inverso é verdadeiro, ou seja, os países subdesenvolvidos que adotassem tal modalidade de pena estariam, no final das contas, punindo certos indivíduos duas vezes: pela miséria que convivem diariamente e pela exclusão definitiva do meio social, que já os “exclui” cotidianamente. Uma punição injusta, por...tanto.

Notas

¹ Trata-se da legislação aprovada pelo estado de Nova Iorque, nos EUA, que, após os atentados de 11 de setembro de 2001, reeditou a pena de morte como tentativa de se evitar novos atos terroristas.

² Esses comentários podem ser observados no Direito Romano, Tábuas Segunda, Sétima e Nona.

³ Tanto no aspecto teórico quanto na descrição, um bom exemplo sobre o tema pode ser visto em Santo Tomás de Aquino (1997); Kramer; Sprenger (1995).

⁴ Por ordem do rei Carlos IX, houve um massacre de protestantes em Paris e diversas partes da França.

⁵ É a observação feita pelo autor e amplamente conhecida. Para maiores esclarecimentos, cf. *Secondat* (1973) (particularmente, o livro XI).

⁶ Nossa amostra insere os seguintes países: na América: Brasil, Equador, México, Argentina, Uruguai, Venezuela, Peru, Bolívia, Canadá, Chile e Estados Unidos; na Europa: Inglaterra, Portugal, Espanha, França, Hungria, Áustria, França, Bélgica, Holanda, Alemanha, Dinamarca, Suécia, Noruega, Rússia, Irlanda e Grécia. As informações foram obtidas junto às embaixadas desses países no Brasil e junto aos órgãos da União Européia.

Bibliografia

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BENDIX, Reinhard. *Construção nacional e cidadania*. São Paulo: Editora da USP, 1996.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Nova.

Cultural, 1989. (Os Pensadores).

CÍCERO, Marco Túlio. *Da república*. São Paulo: Abril, 1973. (Os Pensadores).

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria e forma de um governo eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril, 1973. (Os pensadores).

KRAMER, Heirich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. 11. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 1995.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril, 1973. (Os Pensadores).

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Os paradoxos do liberalismo: teoria e história*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Escritos políticos*. Petrópolis: Vozes, 1997.

VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.