

Plus de 1000

A SACRALIDADE DA PESSOA

uma abordagem
oligotipológica



editora
unesp

© 2012 da tradução brasileira
© 2011 Suhrkamp Verlag Berlin
Todos os direitos reservados ou controlados por Suhrkamp Verlag Berlin
Título original: *Die Sakralität der Person: Eine neue Genealogie der Menschenrechte*
Direitos de publicação reservados à:
Fundação Editora da Unesp (FEU)
Praça da Sé, 108
01001-900 – São Paulo – SP
Tel.: (0xx11) 3242-7171
Fax: (0xx11) 3242-7172
www.editoraunesp.com.br
www.livrariaunesp.com.br
feu@editora.unesp.br

CIP – Brasil. Catalogação na fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ

J58s

Joas, Hans

A sacralidade da pessoa: nova genealogia dos direitos humanos / Hans Joas; tradução Nélio Schneider. – São Paulo: Editora Unesp, 2012.

Tradução de: *Die Sakralität der Person*

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-393-0365-6

1. Direitos humanos – História. 2. Direitos humanos – Aspectos religiosos. I. Título.

12-7167.

CDD: 323.09
CDU: 342.7

Editora afiliada:


Asociación de Editoriales Universitarias
de América Latina y el Caribe


Associação Brasileira de
Editoras Universitárias

Para
Bettina Hollstein
Matthias Jung
Wolfgang Knöbl
com grata estima.

Adm 09/08
88/93/98/99

bioéticas contemporâneas, reportam-se a Kant tanto os que dizem que a dignidade compete ao ser humano pura e simplesmente, não importando se o ser humano individual empiricamente existente dispõe ou não da faculdade reflexiva moral autônoma, como aqueles que declaradamente não atribuem dignidade pessoal a todos os integrantes do gênero humano, mas somente àqueles que de fato dispõem dessa faculdade racional.⁵⁰ Quem parte da intuição moral de que a crença na dignidade humana universal e nos direitos humanos diz respeito a todos nós e o faz a todos nós na mesma medida, de modo algum precisa achar convincente uma imagem de ser humano que só consegue articular essa universalidade atribuindo um caráter supraempírico à faculdade racional. Quem reconhece que a criança recém-nascida, o portador de deficiência mental e o velho acometido de demência podem reclamar a dignidade humana procurará por outras possibilidades de expressar essa intuição moral, diferentemente da que é oferecida por uma antropologia do ser racional "homem". Por essa razão, o discurso da transfiguração carismática da razão é adequado a pensadores e políticos individuais, mas não ao processo da gênese dos direitos humanos codificados em seu conjunto nem à intuição moral que está na base desse processo. Em vez de falar de uma transfiguração carismática da razão, seria melhor falar de uma carismatização da personalidade do ser humano. O processo histórico da despersonalização do carisma, como se poderia dizer em linguagem weberiana, pode levar a uma carismatização da pessoa. A essa ideia, ou seja, à interpretação dos direitos humanos no sentido de uma carismatização ou sacralização da pessoa, dedica-se o próximo capítulo.

50 Cf., com passagens comprobatórias, Stein, *Himmlische Quellen und irdisches Recht. Religiöse Voraussetzungen des freiheitlichen Verfassungsstaates*, p.225.

II. Punição e respeito

A sacralização da pessoa e as ameaças a ela

O primeiro passo da argumentação aqui desdobrada consistiu em examinar mais detidamente a gênese das primeiras declarações dos direitos humanos no final do século XVIII. Nesse processo, foi desenvolvida a tese de que essas declarações devem de fato ser entendidas tão concretamente quanto possível a partir de seus contextos inteiramente contingentes de surgimento, mas que só será possível fazer jus a elas se forem concebidas ao mesmo tempo como formas de expressão de processos mais profundos de transformação cultural. Porém, como se pode conceitualizar adequadamente esses processos? Porque a proposta de falar aqui de uma "sacralização da pessoa" de modo algum é algo óbvio.

Neste capítulo, essa proposta passará por uma delimitação mais precisa em relação a possibilidades alternativas de interpretação e sofrerá um maior detalhamento. Para isso, apresenta-se, como exemplo do referido processo de transformação cultural, o gradativo desaparecimento, do âmbito da justiça penal europeia, da tortura enquanto instrumento legítimo.¹

1 Este capítulo baseia-se parcialmente em meu artigo *Strafe und Respekt, Leviathan*, p.15-29.

É fato histórico bem conhecido e por ninguém contestado que, no decorrer do século XVIII, teve lugar uma mudança fundamental na cultura penal europeia ou pelo menos ela recebeu um célebre empurrão inicial. O aspecto mais espetacular nesse tocante é justamente a rejeição da tortura como um meio de encontrar a verdade ou de arrancar confissões e do suplício enquanto pena celebrada publicamente como espetáculo. Mas adquire importância também o incipiente questionamento e a revogação parcial da pena de morte em conexão com uma problematização fundamental do direito do Estado de decidir, de modo geral, sobre a vida dos seus cidadãos, como também o “nascimento da prisão” enquanto lugar típico da execução penal. Com base nas numerosas e muitas vezes excelentes investigações disponíveis, seria muito fácil descrever vividamente as etapas desse processo e estender essa história para além do século XVIII até a época atual. Teríamos de falar então dos mais variados esforços heroicos para fazer vigorar os desenvolvimentos europeus dessa época também em outras partes do mundo, como, por exemplo, para contrapor-se ao “lynching” [linchamento], que se manteve em vigor até boa parte do século XX nos Estados sulistas dos EUA, ou para combater hoje o papel da tortura e da pena de morte na China ou o apedrejamento de adúlteras onde este ainda é ou voltou a ser praticado. A despeito de todo o consenso entre Europa e América do Norte quanto aos direitos humanos e à rejeição de castigos cruéis e degradantes, toparíamos com as diferenças que, não obstante, surgem quanto à questão de se deve ser rejeitada a pena de morte enquanto tal ou só determinadas formas de execução. Teríamos de tratar, então, das chances e dos limites de uma humanização da execução penal em nosso país e em nossa época, bem como dos perigos de um retrocesso a uma situação anterior ao que nos habituamos a ver como conquistas da era iluminista: o questionamento da proibição categórica da tortura, por exemplo, na teoria e na práxis do combate ao crime e da luta contra terroristas reais ou supostos.

• Aqui, todavia, trilharemos outro caminho. Por menores que sejam as dificuldades que a mera descrição desses processos históricos possivelmente venha a acarretar, tanto mais complicado é entender exatamente em que eles consistiram propriamente. Porém, para que se chegue a uma compreensão das atuais chances de defender ou dar continuidade à moderna cultura penal europeia, é de suma importância esquadriñar intelectualmente com precisão o que de fato aconteceu no século XVIII. Porque, sem dúvida nenhuma, estamos de modo figurado parados sobre os ombros dos reformadores daquela época. Por essa razão, serão discutidas primeiramente as duas grandes e sobremodo influentes interpretações que há para esse desenvolvimento. Ambas sofrerão uma leve estilização, para que os seus contornos apareçam de modo mais nítido; com isso, em contrapartida, as duas declarações serão levemente exageradas e privadas das cláusulas restritivas. Porém, o objetivo propriamente dito desse procedimento é, indo além da análise dos méritos e das debilidades das duas interpretações dominantes, indicar ao menos as linhas básicas de uma alternativa que corresponda melhor aos eventos que marcaram época naquele tempo e também à situação atual ou pelo menos a uma tendência contida no presente. Assim sendo, trata-se, neste capítulo, da análise de um caso exemplar de mudança de valores e da proposição de uma teoria capaz de proporcionar um fio condutor também para a análise de outros casos. Tendo em vista essa pretensão ampliada, será preciso ampliar muito, em comparação com as interpretações criticadas, o espectro teórico na formulação da alternativa.

O mito do Iluminismo

A primeira das duas histórias que, de acordo com esse plano, deverão ser contadas aqui pode receber o título de “O mito do Iluminismo”. A sua forma literária é a da epopeia heroica. O herói é um intelectual milanês jovem e muito tímido, que, com 25 anos de idade e depois de discussões intensas em seu círculo de amigos,

senta-se para escrever, em menos de um ano, um manuscrito que ele publicou no ano de 1764, todavia não em Milão (que pertencia à Áustria), mas, devido à censura menos rígida, no grão-ducado da Toscana, e mesmo neste só se arriscou a fazê-lo anonimamente. Estamos falando de Cesare Beccaria e de seu tratado *Dei delitti e delle pene* [Dos delitos e das penas].² Esse livro, que em seguida foi posto no índice dos livros proibidos, rapidamente alcançou várias edições e foi traduzido para outras línguas, inclusive a alemã. A edição mais importante para a história da influência desse livro foi a francesa, mediante a qual o livro chegou ao conhecimento dos principais iluministas franceses, como Voltaire, Diderot e d'Alembert. Um dos amigos de Beccaria, Pietro Verri, resume assim a história da influência do livro: "Maus-tratos e tortura, todas essas coisas terríveis, de fato foram eliminadas ou ao menos atenuadas nos processos penais de todos os Estados; e isso é obra exclusivamente de um livro".³

Temos aqui, em sua forma pura, os ingredientes de uma história bem ao gosto dos intelectuais iluministas. De forma estilizada, a história pode ser contada assim: há muito tempo, a vida dos seres humanos vem sendo e por razões incompreensíveis ainda é dominada por costumes, usos e preconceitos que perderam todo o sentido, se é que algum dia tiveram um. Desse modo, as práticas atuais são concebidas como meras relíquias, às quais a época presente se apegava por inércia ou por corresponderem aos interesses de alguns indivíduos. Assim, Beccaria chama as regras vigentes do sistema penal de "resíduos da mais bárbara das eras",

restos da legislação de um antigo povo conquistador, compilados por ordem de um príncipe que reinou há doze séculos em Constantinopla, mesclados depois com os usos lombardos e encadernados em volumes caóticos por intérpretes desconhecidos e sem fé pública.⁴

2 Beccaria, *Über Verbrechen und Strafen* (tradução da edição de 1776, com prefácio de Pietro Verri).

3 Verri, Vorwort. In: Beccaria, *Über Verbrechen und Strafen*, p.1 (grifos de Joas).

4 Beccaria, *Über Verbrechen und Strafen*, p.49.

Essas práticas bárbaras requerem uma iniciativa solitária e corajosa: "merecedor da gratidão da humanidade é o filósofo que, do recôndito do seu gabinete de estudos, teve a coragem de espalhar entre a massa as primeiras sementes, por longo tempo infrutíferas, das verdades úteis".⁵ Ele se dirige com suas inferências a outros "sábios"⁶ espalhados pelo mundo, mas ao mesmo tempo espera que "os grandes monarcas, os benfeitores da humanidade que nos governam, acolham de bom grado a verdade" se um filósofo a expuser "num tom enérgico e, ao mesmo tempo, despido de fanatismo"; ao fazer isso, ele dá valor à "exposição dos equívocos dessas leis num estilo que mantenha à distância a massa ignara e inquieta".⁷ A esses antiquíssimos preconceitos e práticas bárbaras esse intelectual solitário, mas fixado em resultados, passa a contrapor uma concepção bastante clara. Essa concepção, todavia, não é apresentada, por sua vez, como obra inovadora de um pensador, mas como retorno aos princípios mais elementares, que na verdade já eram manifestos antes do início da história e que acabaram sendo ocultados pela história:

Só depois de incorrer em milhares de erros [...] e exaurida pelo padecimento de males que medram até seus extremos, a humanidade conseguirá curar a desordem que a oprime e reconhecer as verdades mais palpáveis que, justamente por sua simplicidade, escapam ao senso comum.⁸

Ora, essas verdades mais palpáveis e esses princípios mais simples consistem em conceber as leis como "contratos entre pessoas livres" e explicitá-las sistematicamente a partir de um único ponto de vista, a saber, o de acarretar "a maior felicidade possível distribuída entre o maior número possível de pessoas".⁹

5 Ibid., p.56.

6 Ibid., p.132.

7 Ibid., p.49 et seq.

8 Ibid., p.55.

9 Ibid., p.56.

Esse ponto de partida permitirá, então, obter, mediante dedução rigorosamente lógica, todos os princípios para uma configuração adequada das leis e da justiça penal até em seus detalhes. Nesse caso, a origem das punições só poderá residir na quebra do contrato social que os indivíduos firmaram no passado para pôr um fim no estado natural de guerra permanente: ou seja, se um indivíduo quisesse voltar a reivindicar a sua liberdade natural, pré-social.

Tinha-se por objetivo dispor de motivos sensíveis e suficientemente fortes para dissuadir o espírito despótico de todo ser humano de voltar a mergulhar as leis da sociedade no caos dos tempos antigos. Esses motivos sensíveis são as punições que foram impostas aos que quebram a lei.¹⁰

Dessa origem das punições resultam de imediato os limites da legitimidade de todo ato punitivo por parte do Estado: "Todas as punições que extrapolam a necessidade da preservação desse vínculo [isto é, do contrato social] são injustas por sua natureza".¹¹ Porém, o potencial dessa reflexão vai muito além da estipulação desses princípios universais; ela ocasiona uma espécie de previsibilidade matemática quanto a qual punição deve ser imputada para um determinado crime. Essa previsibilidade resulta do princípio de que os crimes deverão ser tanto mais raros,

quanto maior for o mal que infligem à sociedade. Por conseguinte, os obstáculos que dissuadem as pessoas dos crimes devem ser tanto mais fortes quanto maior for o perigo representado por um crime para o bem-estar público e quanto maior for a tentação que impele a ele. Deve haver, portanto, uma certa proporcionalidade entre crime e punição.¹²

Rejeita-se expressamente o critério de punibilidade que consistiria na intenção mais ou menos má do criminoso.

No entanto, o entusiasmo com que essa ideia é exposta deve-se, em parte considerável, à suposição de que seria possível quantificar

¹⁰ Ibid., p.58.

¹¹ Ibid., p.61.

¹² Ibid., p.68.

com precisão o prejuízo de um crime para a sociedade, assim como o efeito de uma punição sobre o criminoso. O intelectual iluminista Beccaria usa esse entusiasmo para chegar a ponderações realmente perspicazes. Ele constata que o efeito intimidador das punições anunciadas não reside tanto na crueldade destas, mas antes em que "infalivelmente não deixarão de ser aplicadas"; que o efeito intimidador não está no tamanho absoluto de uma punição, mas em sua posição relativa no rol das punições, e que o endurecimento destas está sujeito a uma espécie de lei da utilidade marginal decrescente, isto é, que, segundo ele, com a crueldade crescente da execução penal, também

o coração humano se endurece, visto que sempre se adapta como um fluido ao nível dos objetos que o cercam; e a força sempre viva das paixões faz com que, após um século de punição cruel, o suplício da roda não seja mais intimidador que em tempos passados a prisão.¹³

As passagens mais fascinantes da sua obra certamente são as referentes à tortura e à pena de morte. Do seu ponto de vista, a tortura só pode aparecer como um modo inconcebivelmente ilógico de buscar a verdade. Como pode haver quem se esquive de compreender que a tortura não pode ser um modo de investigar a verdade, mas apenas um teste da capacidade de resistência do suspeito? "Ela é um meio seguro de inocentar criminosos fortes e condenar inocentes fracos".¹⁴

O resultado da tortura é, portanto, uma questão de temperamento, estando sujeito a um cálculo que deve ser diferente para cada pessoa, conforme sua capacidade de resistência e sensibilidade, de modo que, nesse procedimento, um matemático estaria mais apto que um juiz a responder a questão a ser formulada como segue: dadas a força muscular e a sensibilidade de um inocente, estipula-se o nível de intensidade da dor que o levará a confessar um determinado crime.¹⁵

¹³ Ibid., p.121.

¹⁴ Ibid., p.92 et seq.

¹⁵ Ibid., p.97.

O problema da pena de morte é relativamente fácil de resolver diante dos pressupostos mencionados. Com efeito, se as punições têm de ser fundamentadas com base no modelo do contrato social, de antemão é implausível supor que qualquer indivíduo, ao firmar esse contrato, ocasião em que sacrificou só a ínfima parcela “de sua liberdade privada”,¹⁶ pudesse ter dado aos demais a autorização para matá-lo. Beccaria também pergunta como é possível que uma sociedade que admite a pena de morte, não obstante proíba (como era usual no seu tempo) sob ameaça de punição a tentativa de suicídio. Se o indivíduo tivesse tido a possibilidade de ceder a outros o direito de matá-lo, ele deveria antes disso dispor do direito de matar a si próprio. Segundo essa lógica, a pena de morte jamais pode ser justa. Ela é, muito antes, “guerra da nação contra um cidadão, por considerar a aniquilação da existência deste como necessária ou proveitosa”.¹⁷ O autor então parte para uma extensa argumentação com o objetivo de demonstrar “que a morte não é proveitosa nem necessária”. Ele só concede duas exceções: matar um cidadão que aspira a “uma transformação perigosa da forma de governo vigente” e que, mesmo privado da liberdade, ainda seja capaz de ser bem-sucedido; e matar um cidadão, cuja “morte constitui o único freio justo para demover os demais de cometerem o crime”.¹⁸ Em suma, tem-se como resultado uma filosofia da punição com a exigência de que esta seja “pública, célere, necessária, a mais branda possível sob as circunstâncias dadas, adequada ao crime e prescrita pela lei”.¹⁹

O que foi contado até aqui certamente é uma bela história, reconfortante em muitos aspectos. Mas será que ela não é bela demais para ser verdade? Dentre as muitas objeções possíveis contra ela, sejam mencionadas apenas três. Em primeiro lugar, é de se perguntar se a afirmação do efeito revolucionário desse livro único

16 Ibid., p.123.

17 Ibid.

18 Ibid., p.124.

19 Ibid., p.177.

realmente pode ser confirmada historicamente. Dúvidas a respeito disso podem encontrar suporte já no texto do próprio livro, visto que ele faz referência à abolição da tortura na Suécia em 1734 e na Prússia, por Frederico II, logo após a sua entronização no ano de 1740, ou seja, ambos os casos décadas antes do escrito de Beccaria, que é de 1764. Também na França, os assim chamados *parlements* (tribunais de apelação) já haviam restringido gradativamente a tortura desde meados do século XVIII.²⁰ O que se quer com isso não é contestar do início ao fim o importante papel desse escrito, mas corrigir a sequência dos acontecimentos. Sendo assim, essa correção chama a atenção para o fato de que o escrito de Beccaria certamente não foi como que um raio iluminista saído do nada, mas poderia ter sido, antes, ele próprio, expressão de um processo de mais profunda transformação radical. O próprio Beccaria especula sobre as condições sob as quais as mudanças por ele exigidas podem se tornar possíveis. Ele acredita que a longa vivência em sociedade terá um efeito atenuador global sobre os costumes. De acordo com isso, no período imediatamente posterior ao estabelecimento do contrato social, seria preciso contar com caracteres duros e selvagens:

Contudo, à medida que, no estado de sociedade, os espíritos forem perdendo a sua dureza, aumentará a sensibilidade e, junto com ela, deve ser minorada a força da punição, caso se queira preservar a proporção entre o objeto e sua sensação.²¹

A expressão que ele usa para o aspecto característico desse processo não é a humanização do ato punitivo, mas a “sensibilidade” [*sensibilité*] aguçada. Ele cita duas causas que levam a esse forte aumento da sensibilidade no fim do século XVII e no século XVIII. A primeira causa seria o crescente estado de bem-estar; segundo o autor, do “luxo e do refinamento” provêm “a mais indulgente das

20 Uma exposição desse processo que se coaduna de modo excelente com a minha argumentação encontra-se em Hunt, *Inventing Human Rights*, p.70-112.

21 Beccaria, *Über Verbrechen und Strafen*, p.177.

virtudes, o espírito humanitário, a caridade e a tolerância para o erro humano". Beccaria polemiza diretamente contra a concepção de que a sua própria época seria um período de decadência em relação ao passado; ele vê este determinado pela superstição, ganância e opressão. Ele vislumbra a outra causa da melhoria dos costumes e da diminuição do crime na tipografia. Para ele, o conhecimento das leis é uma das razões essenciais para deixar de cometer crimes.

Uma segunda objeção contra a autocompreensão iluminista reside no notório contraste entre a formulação estritamente lógica de sua própria filosofia do ato punitivo e a total incapacidade de o autor vislumbrar nas práticas e nos modos de pensar por ele combatidos algo diferente de resíduos caóticos, ilógicos e supersticiosos do passado bárbaro. A cada passo deparamo-nos, em sua obra, com essa incompreensão. Assim, ele crê estar "fundado na natureza humana"²² que o homicídio deva ser concebido como o pior de todos os crimes, sem atentar para o fato de que a história do direito de modo algum confirma isso; sacrilégio, heresia e blasfêmia com frequência tiveram peso maior que o homicídio de um ser humano "profano". Ele não tem qualquer tipo de acesso a conceitos como dignidade e honra no contexto do direito penal.²³ A proibição do suicídio lhe parece um absurdo; na seção correspondente, ele concede mais espaço à questão se a emigração poderia ser punida, e isto não deixa de ser coerente em seu quadro de referência, visto que ele assume o seguinte: "Quem mata a si mesmo, causa um prejuízo menor para a sociedade do que quem deixa para sempre o seu território, pois aquele deixa para trás todo o seu patrimônio, mas este leva consigo uma parte de seus bens".²⁴ O teor da acusação é, portanto, que Beccaria era incapaz inclusive de entender a lógica especificamente diferente do sistema penal a ser superado.

22 Ibid., p.139.

23 Ibid., p.73.

24 Ibid., p.145.

E, por fim, é de se perguntar se tem como ser satisfatória a argumentação contra a pena de morte que se baseia na inutilidade desta. Pois, se, ainda assim, fosse possível comprovar a utilidade de matar alguém em casos individuais, a pena de morte ou de modo geral o ato de tirar uma vida "inútil", "sem valor para a vida" – no tom terrível do "Terceiro Reich" – seria legítima? Nesse ponto, toca-se em problemas extremamente atuais. Deparamo-nos com o fato de que a filosofia "utilitarista", construída sobre o proveito do ato punitivo, não é capaz de expressar a intuição moral de que algo – por exemplo, a vida humana – deve ser *categoricamente* protegido. Porém, se não consegue fazer isso, ela precisa se impor contra essa intuição ou a intuição conseguirá sustentar uma visão mais adequada.

Ao lado da narrativa heroica que versa sobre um intelectual iluminista, há ainda a de um regente esclarecido, na conta do qual pode ser creditada a abolição da tortura em toda a Europa no século XVIII. O déspota que, via de regra, é nominado nesse contexto é o rei prussiano Frederico II; a razão disso reside em que um dos seus primeiros atos oficiais, imediatamente após a sua entronização, foi uma ordem de gabinete, expedida no dia 3 de junho de 1740, com a disposição de "eliminar totalmente a tortura nas inquirições".²⁵ Esses dois tipos de narrativa heroica coincidiriam se pudesse ser comprovada a influência de um intelectual sobre esse regente ou se esse regente pudesse ser concebido como uma espécie de intelectual no trono.

Porém, também nesse caso, os fatos atravancam gravemente o caminho de uma narrativa heroica iluminista. A passagem seguin-

25 O texto é citado aqui de acordo com Schmoekel, *Humanität und Staatsraison. Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafrechts- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter*, p.19. Esse livro se propõe a analisar, de modo metodologicamente imponente, esse acontecimento único de modo abrangente quanto a suas causas, seus efeitos e seus paralelos. Ele não se enquadra no gênero da epopeia heroica. Schmoekel também trata extensamente do desenvolvimento do direito do processo penal e de seus problemas internos, aspecto que omitirei aqui. Ele foi precedido, na literatura em língua inglesa, por diversos autores, antes de tudo por Langbein, *Torture and the Law of Proof*.

te da ordem de gabinete já formula exceções, nas quais a tortura poderia continuar a ser aplicada: em crimes de lesa-majestade e traição à pátria, em casos de assassinato que vitimaram várias pessoas ou quando se tratar de descobrir a cumplicidade entre vários delinquentes.

Portanto, não só se deve falar de uma mera limitação da tortura, em vez de falar de sua eliminação, mas, além disso, era vontade expressa de Frederico que a ordem permanecesse secreta! A vontade que ele esperava obter com isso é que o efeito dissuasivo ficasse preservado. Mas, então, a quem foi dada ciência da ordem? O destinatário direto foi o chanceler-mor, que reagiu com ceticismo à ordem e logo sugeriu outras exceções, como infanticídio, sodomia e até roubo, caso o ladrão não disponibilizasse a coisa roubada.²⁶ Por fim, os tribunais, para os quais o chanceler-mor encaminhou a ordem, exigiram a inclusão de novas exceções. Há até mesmo ordens reais de anos posteriores nas quais Frederico não renuncia ao seu antagonismo fundamental contra a tortura, mas de fato a permite em certos casos. E todos esses enunciados ainda nem dizem respeito às práticas da justiça penal, que, na Prússia e em outros lugares, se mostraram resistentes a tais tendências reformistas.

A abolição da tortura não resultou, portanto, de um ato isolado na Prússia, mas avançou nos mais diversos países europeus no século XVIII de tal modo que, em torno de 1830, ela não podia mais ser aceita como fundamentalmente legítima em lugar nenhum. As objeções intelectuais contra a tortura, formuladas por Beccaria, já têm, cada uma, uma longa história.²⁷ Por essa via, é possível reconstituir, no caso de cada pensador individual do Iluminismo e de cada regente que se voltou contra a tortura, as histórias da influência sofrida, isto é, averiguar qual a parcela de participação dos motivos cristãos

26 Schmoeckel, *Humanität und Staatsraison. Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozeß- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter*, p. 24 et seq.

27 Ibid., p. 89 et seq.

ou dos motivos seculares. Houve ambos; sobre ambos há uma história das ideias crítica à tortura. Mas isso quer dizer também que não foi simplesmente o "Iluminismo" que descobriu esses argumentos e que fez que eles se impusessem. Por essa razão, vários historiadores chegam ao ponto de designar os intelectuais iluministas, de modo provocativo, de "epígonos" do discurso da tortura.²⁸ Segundo essa visão, o sucesso dos seus escritos se deve a que os leitores de fato já estavam persuadidos quando estes vieram a público. É mais provável que a exigência de abolição da tortura congregou os intelectuais iluministas e lhes prometeu um êxito realista, porque esse passo já estava sendo ventilado.²⁹ Portanto, as razões para a facilidade com que se deu o êxito devem residir em outra parte.

Mudança de forma do poder?

Há uma segunda história a ser contada, cujo contraste ao "mito do Iluminismo" não poderia ser maior. Ela se encontra no livro que, como nenhum outro, marcou os debates sobre o ato punitivo durante os últimos trinta anos. Na obra de Michel Foucault intitulada *Vigiar e punir: nascimento da prisão*,³⁰ de 1975, as modificações na justiça penal são descritas de uma maneira que poderia ser intitulada como "reorganização das técnicas do poder". Esse livro é tão conhecido que não precisa ser detalhadamente exposto. Ele começa com a descrição perturbadora, para não dizer nauseante, da brutal

28 Ibid., p. 178; Langbein, *Torture and the Law of Proof*, p. 63. Langbein (p. 11) inclusive chega a ironizar a tese das influências iluministas, chamando-as de "fairy tale" [conto de fadas].

29 Schmoeckel, *Humanität und Staatsraison. Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozeß- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter*, p. 79. Acho maravilhosa a menção (p. 480) a que, no ano de 1781, os carrascos de Paris se queixaram de uma epidemia da "sensibilité".

30 Foucault, *Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses*. Os números de páginas a seguir se referem a essa tradução. [Ed. original: *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. Paris, Gallimard, 1975.]

tortura e execução públicas do criminoso Damiens, que havia empenhado um atentado contra a vida do rei, no ano de 1757, em Paris. Essa descrição constitui o pano de fundo para a análise que visa mostrar como historicamente o corpo passou para o segundo plano como alvo da punição e, em seu lugar, o “comportamento” e o “espírito” do condenado passaram a ser os pontos de ataque. Em virtude disso, a pena de morte foi se tornando cada vez mais rara e depois deixou de ser aplicada publicamente; o reverso disso seria a tentativa de disciplinar o prisioneiro individual, atormentá-lo, domar-lhe o corpo e o espírito. O signo dessa nova compreensão de punição seria, então, o nascimento da prisão moderna. Cárceres e masmorras já existiam há muito tempo, mas as novas prisões foram construídas arquitetônica e organizacionalmente de modo a possibilitar a vigilância total dos presos, ou ao menos os presos deveriam ter essa impressão. Foucault descreveu também isso valendo-se de uma figura literariamente marcante, ao declarar como supracitado do sistema penal moderno o assim chamado “panóptico”, isto é, um plano de 1836 para uma prisão, na qual as celas estão dispostas em círculo e todas elas podem ser visualizadas a partir do ponto central em que se encontra o vigia. Isso tinha de lhe parecer plausível, visto que o inventor do panóptico, Jeremy Bentham, de fato foi um reformador penal e um filósofo de pensamento bem mais “utilitarista” que o de Beccaria. Segundo Foucault, no novo sistema penal, não se trata mais da destruição do corpo, mas de fato da efetivação e intensificação do controle e do poder sobre corpo e espírito. Para o filósofo francês (e muitos dos seus leitores), ademais, a gênese da prisão moderna é apenas um elemento num arcabouço abrangente das modernas técnicas de poder e disciplina; a disciplina rigorosa a que são submetidos os soldados e os trabalhadores da indústria faz parte desse conjunto. Assim sendo, as reformas fundamentais da justiça penal não são interpretadas como progresso no sentido de alguma espécie de humanização, mas em termos nietzschanos como mera mudança de forma do poder, o qual perderia seu lugar social

identificável, tornando-se cada vez mais silencioso e inaparente, mas em compensação, tanto mais onipresente.

A história que Foucault conta foi e é tida por muitos leitores como guia confiável para o saber positivo sobre o desenvolvimento da justiça penal. Isso é surpreendente, já que Foucault nunca fez segredo de seu distanciamento da historiografia de ofício e até do desprezo que nutre por ela e seus métodos. Essa postura dos leitores também é perigosa, visto que o juízo da disciplina histórica sobre muitos detalhes de sua exposição foi nada menos que demolidora.³¹ Não levaremos esses detalhes em conta aqui. O ponto central é – como foi no “mito do Iluminismo” – a questão referente a quais são as grandes objeções a serem levantadas contra a construção de Foucault.

As primeiras duas objeções levantadas contra o “mito do Iluminismo” com certeza não atingem Foucault. Seguramente não se pode acusá-lo de superestimar a influência de intelectuais individuais, nem de mostrar desinteresse pela lógica interna do sistema penal pré-iluminista. No que se refere à primeira objeção, Foucault incorre antes no extremo oposto: ele acomoda todas as análises individuais num suposto processo de disciplinamento social, mas praticamente não nomeia atores que estejam impulsionando esse processo, que o justifiquem com ideias ou mesmo que lhe ofereçam resistência. Isso leva a uma total superestimação da efetividade real do poder e do controle. Nem a indústria, nem os militares, nem a prisão evidenciaram realmente o quadro que Foucault pintou deles. Em contrapartida, a lógica interna da tortura e do suplício é reconstruída por Foucault com detalhes e com grande sensibilidade. Para ele, a tortura é um duelo que obedece a regras rigorosas; o suplício, por sua vez, está relacionado, de modo simbólico, com o crime que

31 Representando muitos outros, ver Léonard, L'historien et le philosophe, *Annales historiques de la révolution française*, p. 163-81. Devo numerosas indicações bibliográficas sobre a recepção de Foucault pela ciência histórica a Martin Saar. A visão geral mais detalhada sobre as objeções históricas é proporcionada por Garland, *Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory*, principalmente p.157-76.

foi confessado. Além disso, na era do absolutismo, o “festival de punições” serve para manifestar o poder despótico:

É um cerimonial para reconstituir a soberania lesada por um instante. Ele a restaura, fazendo arder uma fogueira ao seu poder. [...] Sua finalidade é menos de estabelecer um equilíbrio que de explorar até o extremo a dissimetria entre o súdito que ousou violar a lei e o soberano todo-poderoso que a faz vigorar.³²

Para Foucault, portanto, o suplício no século XVIII de modo algum é, como foi para Beccaria, apenas um resíduo de épocas bárbaras, mas componente lógico de um sistema penal, “no qual o soberano, direta ou indiretamente, faz a acusação, dá a sentença e providencia a execução das punições”,³³ no qual, em cada violação, está embutido um *crimen majestatis* [crime de lesa-majestade]. Foucault também reconstrói o novo sistema penal como um sistema lógico em si. Em distinção à narrativa iluminista, ele continua diferenciando a fase de reforma da normalização da pena de prisão que vem logo depois. Ele deriva essa rápida normalização de um processo já existente em outras áreas da sociedade, um processo que já teria antecedido a criação das condições para o aperfeiçoamento do sistema de controle.

Quero abstrair aqui todas as objeções metodológicas contra Foucault³⁴ e abordar apenas duas problemáticas essenciais para o nosso contexto. Pode-se perguntar primeiramente se a sua concepção de um processo progressivo de disciplinamento não seria apenas totalmente exagerada (como já foi mencionado), mas até mesmo inapropriada para a apreensão de dimensões essenciais das reformas do direito penal dos séculos XVIII e XIX. Contrariamente aos estudos

32 Foucault, *Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses*, p.64 et seq.

33 Ibid., p.71.

34 Quanto ao aspecto teórico-social, há uma primorosa discussão em Honneth, *Kritik der Macht. Reflexionsstufen einer kritischen Gesellschaftstheorie*, p.196 et seq. Não entrarei aqui na questão se a obra tardia de Foucault representa uma autorrevisão da sua posição. Ao que eu saiba, Foucault não chegou a fazer uma autocrítica no tocante à sua exposição da história da justiça penal.

de Foucault sobre a história da “loucura”, foi proposta – por Marcel Gauchet, entre outras coisas – uma mudança radical de perspectiva.³⁵ Para Foucault, o louco foi tolerado, por exemplo, na Idade Média, como parte normal da criação e só na “Era da Razão” foi excluído da vida e trancafiado em “instituições totais”. Porém, essa interpretação repousa sobre uma falácia fatal. A saber, a suposta tolerância para com o louco se baseava num distanciamento radical em relação a ele; ele foi percebido como um ente fundamentalmente diferente, que ocupa o seu próprio lugar no cosmo ricamente diferenciado, mas que justamente não é um ser humano no sentido pleno. Nessa imagem de mundo, o louco precisamente não é um ser humano como você e eu, mas como que pertencente a um outro gênero. No absolutismo, então, gradativamente tem início – de acordo com essa visão que diverge de Foucault – um nivelamento de todos os cidadãos na condição de súditos de um único soberano, mas nunca de modo totalmente coerente. Por essa razão, o asilo representa – por paradoxal que possa soar – um primeiro passo ainda incoerente rumo à integração do louco no gênero humano. O aspecto decisivo nesse caso não é o disciplinamento, mas a inclusão; o disciplinamento é apenas uma tentativa insuficiente visando possibilitar a inclusão. Essa reflexão pode ser transposta para o campo da justiça penal. Nesse caso, os reformadores do direito penal de orientação utilitarista-iluminista são uma expressão específica, em muitos aspectos unilateral, de um processo de inclusão e não tanto de um processo de disciplinamento. Beccaria declarava que o criminoso é um ser humano antes e depois do delito; para ele, não se trata então de um ser de natureza diferente, e não há nenhuma possibilidade de simplesmente desligarmos a nossa compaixão por ele em vista da punição.

A segunda objeção resulta de um ponto em que Foucault indubitavelmente tem razão contra o mito do Iluminismo. Ele escreve

35 Gauchet, *A la recherche d'une autre histoire de la folie*, p.ix-lviii.

com a clara consciência de que as esperanças dos iluministas quanto a uma reeducação dos delinquentes (mais tarde, também, quanto a terapia destes) não se cumpriram – certamente ele quis dizer que não se cumpriram na proporção imaginada. O sistema penal reformado inequivocamente não produziu os efeitos esperados. O discurso sobre o ato punitivo passa, desde então, por conjunturas cambiantes: o fracasso das tentativas de reeducação pode levar à intensificação da punição ou à resignação e, de mãos dadas com ela, a uma ênfase renovada na repressão. De fato, superestimou-se, no passado mais recente, a possibilidade de tratamento terapêutico de determinadas categorias de autores de crimes sexuais, ao menos no estado atual das terapias, de modo que não surpreende o contragolpe da opinião pública indignada. Nesse caso, é preciso tomar como ponto de partida uma trágica ponderação de interesses conflitivos, de uma tensão indissolúvel entre repressão e prevenção, bem como as mais diferentes soluções de compromisso entre ambas. Nesse processo, esses dois objetivos também podem se desacreditar reciprocamente. É possível ler o livro de Foucault como expressão desse dilema. O sociólogo francês Jacques Donzelot³⁶ escreve o seguinte:

No momento em que a repressão começou a se sentir infame e a prevenção parecia não passar de uma forma avançada de repressão, Foucault disse que o rei está nu, que o reformismo da moderna filosofia do direito penal seria apenas a máscara enganadora de uma nova arte do controle social e que, em sua pretensão de antes prevenir que oprimir, nada teria feito além de ampliar a vigilância sobre todos e cada um.³⁷

Entretanto, Foucault não aponta nenhum caminho para sair desse dilema. De certo modo, ele empreende uma fuga para frente, para uma radicalização obscura. A perspectiva de humanização da execução penal, a ser alcançada algum dia, é anulada; em vez disso, o

36 Cf. Donzelot, *Die Mißgeschichte der Theorie. Über Michel Foucaults "Überwachen und Strafen"*, p.140-58.
37 *Ibid.*, p.148.

direito do Estado ou da sociedade de impor punições é questionado de modo aporético.³⁸

A sacralização da pessoa

Dessas perguntas e objeções em relação a Foucault e à auto-compreensão iluminista resultam pelo menos as *desiderata* de uma interpretação alternativa às duas narrativas. Tomemos como ponto de partida a ideia de que a chave para a compreensão das mudanças ocorridas no século XVIII tenha sido antes a inclusão que o disciplinamento. Com isso, pretende-se designar a inclusão no conceito de ser humano também daqueles que ainda não figuravam obviamente nesse conceito, como os criminosos ou os escravos. Acrescentemos a isso também o fato de que, em contraposição às concepções dos iluministas, de modo algum é natural ver o homicídio como o mais grave dos crimes; na história do direito penal, o crime mais grave geralmente era o que se voltava contra o núcleo sagrado de um sistema comunitário, de modo que é mais plausível remontar as mudanças no direito penal a mudanças na compreensão do sagrado. Por essa razão, a interpretação alternativa a ser proposta traz por título "A sacralização da pessoa". Nessa perspectiva, as reformas do direito e da práxis penais, assim como, por exemplo, a gênese dos direitos humanos no final do século XVIII, são expressões de um deslocamento cultural de grande alcance, mediante o qual a própria pessoa humana se transforma em objeto sagrado. O primeiro a pensar essa ideia foi o grande sociólogo francês Émile Durkheim.³⁹ Em meio ao alvoroço do escândalo

38 Partindo de Durkheim, via Jeffrey Alexander, Philip Smith elaborou, de um modo bem mais extenso do que me é possível fazer aqui, uma alternativa a Foucault tanto para a história da justiça penal como para a da disciplina militar: ver Smith, *Punishment and Culture*; Id., *Meaning and Military Power: Moving on from Foucault, Journal of Power*, p.275-93.

39 Durkheim, *Der Individualismus und die Intellektuellen* [1898], p.54-70. [Texto original: *L'individualisme et les intellectuels, Revue bleue*, 4e série, t. X, 1898,

Dreyfus, em 1898, ele escreveu as seguintes sentenças, que contêm a expressão contundente da ideia básica de uma argumentação segundo a qual a crença nos direitos humanos e na dignidade humana universal deveria ser concebida como a “religião da Era Moderna”.⁴⁰

Essa pessoa humana, cuja definição é como a pedra de toque a partir da qual o bem deve se distinguir do mal, é considerada como sagrada, como se diz, no sentido ritual da palavra. Ela tem algo dessa majestade transcendente que as igrejas de todos os tempos emprestam aos seus deuses; é concebida como investida dessa propriedade misteriosa que produz um vazio em volta das coisas santas, que as subtrai aos contatos vulgares e as retira da circulação comum. E é precisamente daí que vem o respeito da qual se faz objeto. Quem quer que atente contra a vida de um ser humano [...], à honra de um ser humano, nos inspira um sentimento de horror; em tudo análogo àquele sentido pelo crente que vê profanarem seu ídolo.⁴¹

p.7-13, disponível em http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/sc_soc_et_action/texte_3_10/individualisme.html. Trad. bras.: O individualismo e os intelectuais, *Revista de Direito do Cesusc*, n. 2, jan./2007, p.299-311, disponível em: <http://virtual.cesusc.edu.br/portal/externo/revistas/index.php/direito/article/viewFile/98/88>.] Cf. sobre isso Joas, Der Glaube an die Menschenwürde als Religion der Moderne?, p.151-68. Recorro aqui a formulações desse texto. Dentre a bibliografia secundária sobre essa ideia na obra de Durkheim, vale mencionar especialmente Bellah, Introduction, p.i-iv; Marske, Durkheim's "Cult of the Individual" and the Moral Reconstitution of Society, *Sociological Theory*, p.1-14; Tole, Durkheim on Religion and Moral Community in Modernity, *Sociological Inquiry*, p.1-29; Thomas, *Implizite Religion. Theoriegeschichtliche und theoretische Untersuchungen zum Problem ihrer Identifikation*, principalmente p.168 et seq.

⁴⁰ Sobre as circunstâncias em que surgiu o texto de Durkheim, cf. a exposição detalhada no capítulo correspondente da abrangente biografia de Fournier, *Émile Durkheim (1858-1917)*, p.365-90. Os trabalhos de Pierre Birnbaum demonstram que Durkheim, a despeito de toda a orientação universalista de sua argumentação, não deixava de articular também a preocupação especificamente judaica. O caso Dreyfus foi para ele, como judeu favorável à assimilação, um choque que marcou sua biografia. Cf. Birnbaum, *Géographie de l'espoir. L'exil, les Lumières, la désassimilation*, p.85-123 (o capítulo traz o seguinte título, digno de nota: “Émile David Durkheim. La mémoire de Massada”). Do próprio Durkheim cf. Antisemitisme et crise sociale, p.252-4 (originalmente publicado em 1899, em Dagan, *Enquête sur l'antisemitisme*, p.59-63).

⁴¹ Durkheim, Der Individualismus und die intellektuellen [1898], p.56-7.

Durkheim inicia a sua argumentação visando demonstrar a “sacralidade” do indivíduo na Era Moderna com a constatação de uma profunda ambiguidade no conceito de “individualismo”. Isso lhe parece necessário porque os “*anti-dreyfusards*” acusam de individualismo todos aqueles que, por causa dos direitos de um indivíduo, estão dispostos a correr o risco de um enfraquecimento da autoridade do exército e “obstinadamente se recusam a curvar sua lógica à palavra de um general do exército”;⁴² ademais, eles designam esse individualismo, ao mesmo tempo, de dissolução de toda a ordem e da comunidade social e, desse modo, de “a grande enfermidade da nossa época”. Para Durkheim, de fato há um individualismo destrutivo, anarquista, que pode ser encontrado onde os indivíduos não são guiados por nenhum propósito mais elevado que a obtenção de seu próprio prazer egoísta ou de seu próprio proveito econômico. Nesse ponto, ele não permite que ninguém o supere na crítica. Porém, ao mesmo tempo, é totalmente inaceitável para ele equiparar, de qualquer modo, esse individualismo com a filosofia moral de Kant ou de Rousseau ou com o individualismo “formulado de modo mais ou menos bem-sucedido na declaração dos direitos humanos”.⁴³ Esse segundo individualismo seria, em muitos aspectos, o oposto direto do primeiro, na medida em que nele o interesse meramente pessoal é encarado com grande ceticismo e – por exemplo, em Kant – tendencialmente mais como fonte do mal. Nesse sentido, o individualismo não teria qualquer semelhança com um “culto egoísta do eu”, com uma “apoteose do bem-estar e do interesse privados”.⁴⁴ Os individualistas nesse segundo sentido não se entregam aos impulsos embutidos em sua natureza, mas se orientam por um ideal exigente – a saber, agir de tal modo que todas as pessoas possam concordar com a sua ação ou então de tal modo que a máxima do seu agir possa ser universalizada.

⁴² Ibid., p.54.

⁴³ Ibid., p.55.

⁴⁴ Ibid., p.56.

Durkheim fala da santidade, da sacralidade da pessoa. Para justificar essa terminologia, ele não faz referência a Kant, mas poderia ter feito, visto que, na *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Kant fala de "santidade" justamente no mesmo lugar em que desenvolve o conceito da "dignidade". Para Kant, "dignidade" é tudo aquilo que não tem e nem pode ter preço, mas "que se acha acima de todo preço, e por isso não permite qualquer equivalência".⁴⁵ Sendo assim, esse modo de pensar a partir da dignidade "nem pode se pôr em confronto nem em cálculo comparativo" com um preço "sem de um modo ou de outro ferir a sua santidade".⁴⁶ Mas o que nessa passagem de Kant reflete talvez apenas momentaneamente como intuição conceitual, não se tornando em todo caso objeto de uma justificação expressa, em Durkheim se converte num ponto de conexão de sua teoria da religião, que ele vai desdobrando cada vez mais, com a ideia de ver a pessoa mesma como objeto sagrado das sociedades modernas. Ainda retornaremos ao significado exato disso.

Em termos conceituais, é preciso fazer de imediato dois esclarecimentos. O próprio Durkheim fala alternadamente da sacralidade do indivíduo e da sacralidade da pessoa, como se os dois conceitos fossem intercambiáveis.⁴⁷ Se o conceito de indivíduo de fato estiver protegido do mal-entendido utilitarista-egoísta, nada há de problemático nisso. Nesse caso, um culto ao indivíduo em função do indivíduo poderia ser interpretado por Durkheim como forma decadente e supersticiosa do verdadeiro individualismo. De minha parte, falo da sacralidade da pessoa⁴⁸ e não do indivíduo para ga-

45 Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* [1785], p.68.

46 *Ibid.*, p.69.

47 Uma análise detalhada sobre o conceito de pessoa foi feita no capítulo 5 deste livro. Sobre a terminologia em Durkheim e em seu mestre filosófico Charles Renouvier, o qual publicou em 1903 um livro com o título *Le personnalisme*, cf. Filloux, *Personne et sacré chez Durkheim, Archives de sciences sociales des religions*, p.41-53.

48 Além de Durkheim, onde mais se encontra propriamente o conceito de "sacralidade da pessoa" em escritos teológicos, sociológicos ou da história das religiões? Não posso pretender apresentar aqui o resultado da pesquisa sobre a história do

rantir sem ambiguidades que a crença na dignidade irreduzível de cada ser humano, circunscrita com essa expressão, não seja imedia-

conceito. Encontrei o discurso mais explícito sobre a "sacredness of the person" no teólogo congregacionalista norte-americano Henry Churchill King (1858-1934), cujo pensamento tinha no seu centro a ideia da personalidade moral e, antes de tudo, da representação de Cristo como uma revelação pessoal de Deus (portanto, não no sentido da participação em alguma substância divina). Porém, ele também afirmou expressamente que uma compreensão crescente do valor e da sacralidade da pessoa poderia ser designada como "a característica moral mais notável da nossa época"; para ilustrar isso, ele remeteu sobretudo à compreensão crescente sobre os direitos da criança, os quais não poderiam ser violados nem pelos pais. Cf. King, *Theology and the Social Consciousness. A Study of the Relations of the Social Consciousness to Theology*, principalmente p.16 et seq., p.179 et seq. Sobre a teologia de King, bem como a influência de Hermann Lotze e Albrecht Ritschl sobre ele, cf. Rohls, *Protestantische Theologie der Neuzeit*, v.2, p.53. Uma conexão direta com Durkheim estabelece Marcel Mauss em seu ensaio sobre o conceito de pessoa, no qual ele fala da "santidade da pessoa humana" (cf. Mauss, *Der Begriff der Person* [1938], v.2, p.252). William James falou ocasionalmente, e em conexão com a sua concepção da perspetividade necessária do conhecimento, do "conhecimento respeito democrático pela sacralidade da individualidade" (James, *Talks to Teachers on Psychology; and to Students on Some of Life's Ideals*, p.v). No ano de 1945, quando o jurista inglês Hersh Lauterpacht publicou, com o apoio do American Jewish Congress, uma Declaração dos Direitos Humanos, o preâmbulo da mesma contava esta formulação: "Whereas the sanctity of human personality and its right and duty to develop in Freedom to all attainable perfections must be protected by the universal law of mankind through international enactment, supervision and enforcement..." [Ao passo que a santidade da personalidade humana e seu direito e dever de se desenvolver em Liberdade onde puder alcançar a perfeição deve ser protegida pela lei universal do gênero humano mediante a ratificação, supervisão e aplicação internacionais...] (Lauterpacht, *An International Bill of the Rights of Man*, p.vii apud Vögele, *Menschenwürde zwischen Recht und Theologie. Begründungen von Menschenrechten in der Perspektive öffentlicher Theologie*, p.218). O bispo anglicano de Chichester, George Bell, que desempenhou um papel importante nas discussões sobre os direitos humanos, falou (1949) da "sacredness of the human personality" [sacralidade da personalidade humana] (cf. Moyn, *Personnelismus, Gemeinschaft und die Ursprünge der Menschenrechte*, p.75). Também Martin Luther King fala da santidade da pessoa humana (Luther King, *The Ethical Demands of Integration* [1962], p.118 et seq.). Durante o curso superior, Luther King havia entrado em contato com o personalismo teológico — no caso dele, por meio de Edgar S. Brightman. Cf. Branch, *Parting the Waters. America in the King Years 1954-63*, p.90 et seq.

tamente confundida com uma autossacralização inescrupulosamente egocêntrica do indivíduo e, desse modo, com uma incapacidade narcisista de livrar-se da autorreferencialidade. O conceito de pessoa – em distinção ao conceito de indivíduo – possui a vantagem adicional de não poder ser entendido como antônimo de sociedade (ou comunidade). Nele está embutido, muito antes, uma referência à socialidade necessária do indivíduo e a um tipo específico da vida social, do qual a personalidade de cada indivíduo é constitutiva.⁴⁹

Durkheim, portanto, articula a crença nos direitos humanos e na dignidade humana como expressão de um processo de sacralização da pessoa. Nesse sentido, é compreensível e acertado que ele atribua à pessoa a mesma aura que é própria das coisas sagradas. Mas ao mesmo tempo ele extrapola esse ponto de modo característico ao ao designar a moral dos direitos humanos como religião “em que o ser humano é ao mesmo tempo crente e deus”. Ao demonstrar a fecundidade da ideia da sacralidade da pessoa, ele de modo algum mostrou que o ser humano também seria a fonte de sua própria santidade. Nesse ponto, o ateísmo programático de Durkheim, do filho de um rabino, vaza sem controle para dentro do duto de sua argumentação. Se quisermos tomar essa lacuna como indício, o seu ateísmo é dogmático. Durkheim não abre aqui a possibilidade de haver origens concorrentes da crença na sacralidade da pessoa, mas se fecha justamente contra a possível persistência de suportes religiosos para os direitos humanos.

No passo seguinte, Durkheim tenta mostrar que essa crença que, em conexão com Auguste Comte, ele chama de “*religion de l'humanité*”, ou seja, religião da humanidade, pode perfeitamente constituir-se numa crença capaz de integrar sociedades inteiras. Num livro anterior, ele próprio havia presumido que o “culto ao indivíduo” representaria uma anomalia entre as concepções de fé e

49 Isso é detectado com muita clareza por Bruno Karsenti em seus estudos que tomam Durkheim como ponto de partida, como já indica o título do seu livro: *La société en personnes. Études durkheimiennes*, por exemplo, na p.5.

de valor, visto que tal culto até “direciona a vontade de todos para um mesmo alvo”, mas, não sendo esse alvo de cunho social, a gênese de um vínculo social autêntico não poderia ser bem-sucedida por essa via.⁵⁰ Agora não se fala mais desse ceticismo, visto que entretanto Durkheim reconheceu que, no caso desse individualismo corretamente entendido, não se trata da glorificação egocêntrica do próprio eu, mas da personalidade humana como tal. A mola propulsora dessa crença, correspondentemente, não é “o egoísmo, mas a simpatia por tudo que é humano, uma compaixão maior com todas as dores, com todas as tragédias humanas, um anseio mais ardente de combatê-las e mitigá-las, uma sede mais pungente de justiça”.⁵¹ Depois de rebater concisamente a objeção de que da liberdade das opiniões só poderia resultar a anarquia, valendo-se do exemplo das ciências para mostrar que o consenso e a autoridade racional são perfeitamente possíveis na condição de liberdade absoluta de pensamento, Durkheim dá mais um passo essencial adiante. Para ele, na sacralidade da pessoa não está presente apenas um possível sistema de crença com efeitos sociointegradores, mas o único sistema de crença que, dali por diante, “pode assegurar a unidade moral do país”.⁵² Com essa tese que de fato possui um alcance bem maior, Durkheim assume o ônus de provar duas coisas. Por um lado, ele precisa mostrar que as sociedades modernas possuem traços estruturais que fazem parecer funcionalmente imperativo implementar a integração social exatamente pela via do individualismo moral. Por outro, ele precisa explicitar como esse individualismo moral se comporta em relação às religiões tradicionais. No seu aporte ao debate sobre Dreyfus, as duas coisas, pela própria natureza do texto, só estão brevemente indicadas.

Mas, ainda assim, podemos dividir com muita clareza o rumo básico da argumentação. Percebe-se de imediato a aversão de

50 Durkheim, *Über soziale Arbeitsteilung* [1893], p.227 et seq.

51 Id., *Der Individualismus und die intellektuellen* [1898], p.60.

52 Ibid., p.62.

Durkheim a quem conluma ao fortalecimento da religião apenas por sentir necessidade de harmonia social. Com efeito, ninguém consegue crer em termos religiosos apenas por considerar útil que os outros creiam.⁵³ Por mais que seja uma trivialidade sociológica dizer “que uma sociedade não pode ter coesão alguma se os seus membros não tiverem um certo elemento intelectual e moral em comum”,⁵⁴ de nada adianta para a formação de tal elemento comum simplesmente exigir que este exista. Além disso, pode suceder que, sob novas condições, os antigos elementos comuns simplesmente não tenham mais os efeitos desejados, de modo que a exigência de retorno a uma coesão antiga geralmente constitui apenas a articulação de um problema, mas de modo algum a solução para ele. Para Durkheim, a solução só pode estar na sacralização da pessoa, porque só nesta o meio para a constituição da coesão social não está em contradição com as tendências socioestruturais que tornaram impossível a coesão até então vigente. Duas dessas tendências socioestruturais são nomeadas: uma extensão territorial maior das sociedades e uma divisão progressiva do trabalho. Quanto maior for uma sociedade em termos espaciais, tanto mais difícil seria implementar a uniformidade das tradições e práticas. Pode-se argumentar que isso fica sem efeito quando, de algum modo, é limitada a comunicação entre os habitantes das diferentes regiões de um país. Porém, quando essa comunicação e intercâmbio aumentam, as diferenças precisam de fato ser sistematicamente reprimidas, caso não se queira admiti-las. Mas se forem admissíveis, teremos muitas variantes e não uma cultura unitária. A crescente divisão do trabalho reforça essa tendência até mesmo no espaço exíguo. A especialização profissional, por exemplo, faz surgir diferentes saberes, posturas, perspectivas em relação ao mundo. A divisão do trabalho e a extensão territorial resultariam, assim, em condições sob as quais as

53 Mais extensamente sobre isso, cf. o ensaio que dá o título ao meu livro *Braucht der Mensch Religion?* [O ser humano precisa de religião?].

54 Durkheim, *Der Individualismus und die intellektuellen* [1898], p.62.

pessoas cada vez menos poderiam se identificar umas com as outras mediante elementos comuns particulares. Por conseguinte, cada vez mais o único recurso do elemento comum passaria a ser a “ideia da pessoa humana” mesma, uma ideia “que se conserva imutável e pessoal na correnteza variável das opiniões individuais”.⁵⁵

E qual a relação dessa ideia com o cristianismo? Durkheim pensa que essa ideia consiste numa articulação epocal de impulsos que originalmente teriam produzido o próprio cristianismo. Em contraposição às religiões das antigas cidades-Estado teria sido justamente

o cristianismo que evidenciou a crença interior e a convicção pessoal do indivíduo como pressuposto essencial da piedade [...]. O centro da própria vida moral é deslocado, assim, de fora para dentro e o indivíduo alçado à condição de juiz soberano do seu próprio comportamento, sem precisar prestar contas a ninguém além de si mesmo e ao seu Deus.⁵⁶

Diante disso, não há como superestimar o significado do cristianismo para os pressupostos culturais da gênese do individualismo moderno. Em suas obras, Durkheim se interessou por esses processos culturais em seus múltiplos aspectos, como, por exemplo, no que se refere ao conceito de alma no cristianismo e de sua continuidade em relação às representações da alma das religiões primitivas, no que se refere ao papel do cristianismo para a história das instituições educativas ocidentais e no que se refere à história do direito.⁵⁷ Na sua profissão de fé político-moral contudente de 1898, ele rejeita de modo correspondente toda e qualquer imputação de que estaria rompendo com a tradição cristã. Bem pelo contrário, ele apresenta o seu argumento em defesa dos direitos humanos como continuidade da tradição cristã. Porém, continuidade signifi-

55 *Ibid.*, p.63.

56 *Ibid.*, p.64.

57 *Id.*, *Die elementaren Formen des religiösen Lebens* [1912], p.327-69; *Id.*, *Die Entwicklung der Pädagogik. Zur Geschichte und Soziologie des gelehrten Unterrichts in Frankreich*; *Id.*, *Physik der Sitten und des Rechts. Vorlesungen zur Soziologie der Moral*.

fica aqui, ao mesmo tempo, superação. Nesse modo de ver as coisas, o cristianismo é um "individualismo limitado" que hoje deveria ser substituído por um "individualismo mais evoluído".⁵⁸ Assim, a crença nos direitos humanos não é acomodada no leito do cristianismo; a intenção é, muito antes, que ela tome o lugar da religião, à qual só se concede que ela tenha preparado o caminho para essa crença.

★ Porém, nesse ponto, torna-se inevitável perguntar se a ideia dos direitos humanos alguma vez poderá constituir uma religião no sentido pleno. A resposta a essa pergunta evidentemente depende do que se deve entender por religião. Definir "religião", entretanto, é uma tarefa desalentadora. A multiplicidade dos fenômenos visados por esse conceito escapa reiteradamente a uma apreensão conceitual limpa. Até mesmo Max Weber, que, juridicamente escolado, propôs em sua obra um sem-número de argutas definições conceituais, escapou pela tangente nesse caso.⁵⁹ Émile Durkheim, todavia, propôs em diversos trabalhos, principalmente em sua grande obra *As formas elementares da vida religiosa*, uma definição – entretanto, uma definição que não foi pensada para ser conclusiva, mas inaugural e orientadora.⁶⁰ Seu teor, como se sabe, é este: "Uma religião é um sistema comunitário de concepções de fé e de práticas referente a coisas sagradas, isto é, coisas segregadas e proibidas – concepções de fé e práticas que unem todos que aderem a elas na mesma comunidade moral chamada igreja".⁶¹ Essa definição possui

58 Id., *Der Individualismus und die intellektuellen* [1898], p.65.

59 "É impossível dar de início uma definição do que 'é' religião; ela poderia constar, quando muito, no final de uma discussão como a que segue" (Weber, *Religiöse Gemeinschaften*, p.1).

60 Quem acentua isso com razão é o teólogo Günter Thomas, cuja excelente interpretação da teoria da religião de Durkheim até agora não recebeu a atenção que merece. Cf. Thomas, *Implizite Religion. Theoriesgeschichtliche und theoretische Untersuchungen zum Problem ihrer Identifikation*, p.135.

61 Não cito aqui a versão muito difundida da tradução alemã (Durkheim, *Die elementaren Formen des religiösen Lebens*, p.75), mas a tradução desse trecho mais

muitos aspectos que vale a pena discutir. Nesse ponto, ressalte-se tão somente que ela se volta contra a tendência de definir religiões pela via de alguma fé em Deus e pela via de uma diferenciação entre natural e sobrenatural. Os dois modos de definição seriam inapropriados justamente para os fenômenos do interesse especial de Durkheim, a saber, os do totemismo e das religiões "primitivas", como se dizia naquele tempo. Em vez disso, a referência a um elemento sagrado é deslocado para a posição decisiva. O perigo que advém disso é que o problema da definição apenas seja deslocado. Se até ali era preciso definir o que seria religião, dali por diante deveria ser aclarado o que constitui o "sagrado" que se presume presente em toda religião. Uma versão especialmente concisa de sua compreensão do sagrado encontra-se num artigo redigido pouco antes de sua morte.⁶² Ali o sagrado é introduzido primeiramente como parte de um par de conceitos, cuja contraparte é o conceito de profano. Sem a referência ao seu oposto, nenhum dos dois pode ser entendido. Durkheim, porém, não era um estruturalista, para quem a diferença seria o único elemento constitutivo do significado. Prosseguindo em conformidade com isso e perguntando pelo caráter próprio do sagrado, descarta-se num primeiro momento a concepção de que ele tenha um valor mais elevado. Embora isso esteja presente nas formas superiores da religião, os amuletos e fetiches evidenciam que isso não é fundamental. Na maioria dos casos, as coisas sagradas se caracterizariam por serem protegidas e defendidas por proibições, ao passo que as coisas profanas estariam sujeitas às mesmas proibições e só teriam permissão para entrar em contato com as coisas sagradas no quadro de ritos preestabelecidos. Porém, às vezes, o sagrado também seria passível de proibições, para impedir o seu contato com o profano. Por essa razão, o ponto

bem-sucedida de Thomas em *Implizite Religion. Theoriesgeschichtliche und theoretische Untersuchungen zum Problem ihrer Identifikation*, p.135.

62 Durkheim, *Sacré, Bulletin de la Société française de philosophie*, p.1 et seq. (cito aqui da reimpressão in: Id., *Textes*, v.2, p.64).

decisivo seria outro, a saber, o fato de o sagrado ser experimentado como lugar de uma “força”, de uma “energia” que tem um efeito sobre o profano, ao passo que o profano só possui a capacidade de acarretar a liberação dessa energia e convertê-la em seu caráter, da pureza em impureza, da salvação em perdição.

O metaforismo físico cunhado aqui por Durkheim (“força”, “energia”) pode levar ao mal-entendido de que o encontro com o sagrado seria independente de esquemas de interpretação tradicionais e que esse encontro se caracterizaria por uma espécie de reação fisiológica e não pela experiência subjetiva.⁶³ Embora Durkheim certamente não faça jus ao papel da interpretação e da experiência em todos os seus aspectos, uma leitura desse tipo constituiria um mal-entendido. Pois o pano de fundo da sua concepção é formado pela ideia de William James de que a fé religiosa deveria ser concebida, em primeira linha, não como um considerar-verdadeiro cognitivo, mas como um sentimento seguro da presença de um poder mais forte, como um poder sobre o qual se apoia, por sua vez, a nossa própria força vital.⁶⁴ A qualidade “sacralidade” é atribuída espontaneamente a objetos quando ocorre uma experiência tão intensa que ela constitui ou transforma toda a imagem de mundo e a autocompreensão de quem fez essa experiência. Os elementos da situação da experiência são postos em conexão com a causa dessa intensidade. Objetos sagrados contagiam outros objetos e, desse modo, disseminam a santidade; em atos de sacração a santidade também pode ser transmitida intencionalmente.

63 Quem discute de modo primoroso esse perigo de uma interpretação equivocada de Durkheim em termos naturalistas e reducionistas (sobretudo usando como exemplo os escritos de Randall Collins) é Pettenkofer, *Protest als ritualgestützte Glückserfahrung*, p.209-48.

64 Cf. Durkheim, *Die elementaren Formen des religiösen Lebens*, p.388. Sobre a conexão entre James-Durkheim e a questão da interpretação da experiência neste último, cf. Pettenkofer, *Radikaler Protest. Zur soziologischen Theorie politischer Bewegungen*; Joas, *Die Soziologie und das Heilige*, p.64-77; Id., *Die Entstehung der Werte*, p.87-109.

Durkheim não foi o inventor dessa ênfase na “santidade” como fenômeno fundamental que caracteriza todas as religiões; o que se pode dizer dele é que foi o mais sistemático dos representantes dessa concepção nas ciências sociais.⁶⁵ Essa concepção tampouco deixa de ser controversa; foi especialmente contestada de muitas formas a concepção de que a clara dicotomia conceitual “sagrado-profano” se encontraria de modo unívoco e universal em imagens de mundo culturais e na economia afetiva dos indivíduos.⁶⁶ Parece-me, porém, que as alusões feitas a transições empiricamente existentes entre o sagrado e o profano, a variantes individuais e mesclas dependentes de contextos, não põem realmente em risco o proveito trazido por essa diferenciação conceitual e pela tese de seu significado constitutivo.

No presente contexto, tudo isso tem de ficar à margem. Aqui somente dois pontos ganham importância. Em primeiro lugar, fica claro que, em Durkheim, o conceito de sagrado não é derivado do conceito de religião, mas é encarado como constitutivo da religião.

65 O debate que irrompeu no final do século XIX sobre o “sagrado” já foi, diversas vezes, muito bem retratado. É controverso quem influenciou exatamente quem e como e, desse modo, quem detém a prioridade da descoberta. Cf. Colpe, *Über das Heilige. Versuch, seiner Verknüpfung kritisch vorzubeugen*; Id. (org.), *Die Diskussion um das “Heilige”*; Molendijk, *The Notion of the Sacred*, p.55-89. O desenvolvimento posterior desse discurso da santidade na escola de Durkheim e na pesquisa sobre a religião em termos gerais, assim como o rompimento com esse discurso por Lévi-Strauss e os motivos antirreligiosos desse rompimento foram explanados de forma excelente e abrangente por Tarot, *Le symbolique et le sacré. Théories de la religion*. Dado que essa obra está disponível somente em língua francesa, menciono também um breve resumo de alguns aspectos disponível em língua inglesa: Tarot, *Émile Durkheim and After: The War over the Sacred in French Sociology in the 20th Century*, *Distinktion*, p.11-30.

66 Uma síntese das objeções encontra-se, entre outros, em Pickering, *Durkheim's Sociology of Religion*, p.115-62. À sua tese de que católicos e judeus, mas não os protestantes, considerariam plausível a ênfase de Durkheim no sagrado contrapõe-se o grande papel desempenhado por protestantes (Nathan Söderblom, Rudolf Otto) no discurso daquela época sobre o sagrado. Sobre Pickering, cf. a minha resenha no *American Journal of Sociology*, p.740 et seq.

A partir dessa perspectiva não só os crentes religiosos têm algo que lhes é sagrado. A santidade presente em todos os indivíduos e em todas as culturas pode, inversamente, converter-se em religião quando as concepções de fé e as práticas referentes a essa santidade, das quais falou a definição de religião, forem sistematizadas e socialmente organizadas. A diferenciação "secular-religioso" não deve ser confundida com a diferenciação "profano-sagrado".⁶⁷ Há uma carga de sacralidade em objetos e conteúdos de imagens de mundo que se entendem como seculares, no nacionalismo secular, assim como no marxismo, mas também num liberalismo secular. Para Durkheim, a crença na autonomia da razão do indivíduo é o dogma do sistema de sacralidade desse individualismo. Ele tem afinidade com esse dogma, mas quer contribuir com a sua abordagem teórico-religiosa a chegar a uma compreensão mais adequada de si mesmo.

Um segundo momento dessa concepção de sacralidade precisa ser preservado expressamente de um mal-entendido. A ênfase na sacralidade pode ser entendida como se ela fosse antagônica à ideia e à práxis da argumentação e discussão racionais. Quem mais maciçamente expôs essa ressalva, dirigindo-a diretamente ao endereço de Durkheim, foi Jürgen Habermas.⁶⁸ Na sua concepção, cada vez mais na história da humanidade e de forma definitiva na Era Moderna, a linguagem teria ocupado e teria de ocupar o lugar da religião, o discurso racional, o lugar da experiência e da simbolização da santidade. Para designar esse processo, ele cunhou a expressão

67 Essa equiparação acontece reiteradamente de modo afirmativo ou crítico também na bibliografia sobre os direitos humanos. Cf., por exemplo, Perry, *The Idea of Human Rights: Four Inquiries*, p.13, bem como a crítica de Kohen, *In Defense of Human Rights. A Non-Religious Grounding in a Pluralistic World*, p.13-37. Em contraposição, quem desenvolve, a partir da concepção de uma sacralidade da vida humana compartilhada por crentes e não crentes, uma alternativa profícua aos becos sem saída em que se meteu a discussão sobre o aborto é Dworkin, *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, principalmente no capítulo 3 ("O que é sagrado?"), p.68-101.

68 Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, v.2, p.118 et seq.

"linguistificação do sagrado" [*Versprachlichung des Sakralen*], na qual está embutida uma das concepções mais radicais de secularização jamais expostas. Significa que a sacralização e as práticas rituais associadas a ela perderão cada vez mais e por fim totalmente a sua importância e o discurso racional tomará o lugar delas. No entanto, a linguistificação do sagrado poderia ser entendida de modo totalmente diverso do que Habermas queria dizer, a saber, não como substituição do sagrado pela linguagem, mas como articulação linguística do sagrado. Com a linguagem e especialmente com a cultura da argumentação racional teria surgido, então, algo novo, que impregna e transforma a base experiencial de nossa formação ideal, mas não chega a substituí-la.⁶⁹ A institucionalização da argumentação racional no parlamento, na discussão política conduzida publicamente, no seminário ou congresso científico também continua dependendo de um vínculo emocional a valores e práticas.

O próprio Durkheim mencionou essa ideia da sacralidade da pessoa em muitas passagens de sua obra⁷⁰ e a aplicou a inúmeros temas: por exemplo, ao *êthos* da discussão científica, na qual cada argumento deve ser considerado independentemente do *status* da pessoa; a compreensão da sensibilidade aguçada para avanços sexuais que não contam com a anuência do sujeito. Desse modo, Durkheim também revisou as suas próprias concepções anteriores

69 Em suas interpretações de Durkheim, Robert N. Bellah e Edward Tiryakian sempre foram contrários à imputação de uma tendência racionalista de desenvolvimento. Cf., por exemplo, Bellah, Durkheim and Ritual, p.183-210; Tiryakian, *For Durkheim. Essays in Historical and Cultural Sociology* (Tiryakian também investiga – ibid., p.89-114 – as interações da sociologia da religião de Durkheim com a historiografia da Revolução Francesa, o que lança uma ponte interessante entre o primeiro e o segundo capítulos do meu livro).

70 Enumerações podem ser encontradas em Thomas, *Implizite Religion. Theoretisch-chichtliche und theoretische Untersuchungen zum Problem ihrer Identifikation*, p.171 et seq., e em Sellmann, *Religion und soziale Ordnung. Gesellschaftstheoretische Analysen*, p.307 et seq. As explanações de Sellmann a respeito dos meus escritos (ibid., p.313-23) representam uma surpreendente extrapolação na direção deste livro.

sobre o desenvolvimento do direito, segundo as quais este se caracterizaria por uma dessacralização incessante.

Em sua análise do direito moderno [entrecruzam-se, portanto] diversas linhas de desenvolvimento [...]: *dessacralização e ressacralização, juridificação no sentido de uma desmoralização de relações solidárias difusas e, por fim, a exigência de uma ressacralização também do direito civil*.⁷¹

Houve quem tentasse analisar uma porção de outros fenômenos nessa perspectiva: desde as boas maneiras cotidianas, como o ato de saudar ou o de salvar as aparências em caso de conflitos, até a forma de tratamento entre médicos e pacientes, como o direito dos pacientes à informação e à participação na determinação das terapias. Todas essas tentativas deixam claro que conceitos como “liberalização” ou “perda de valores” são pouco apropriados para caracterizar a situação moral da atualidade, visto que a relaxamentos de normas em alguns âmbitos se contrapõem sensibilidades muitas vezes claramente aguçadas em outros. A maior atenção pública dada, por exemplo, ao assédio sexual em geral e de crianças em especial decerto não se deve simplesmente a um aumento da quantidade desses delitos, mas em grande parte a um senso mais apurado para a destrutividade desses atos.

Referindo-se ao nosso tema, o da justiça penal, o mesmo autor, numa tentativa de formular as leis do desenvolvimento do direito penal,⁷² chamou a atenção para um efeito duplo dessa sensibiliza-

71 Cf. Gephart, *Gesellschaftstheorie und Recht. Das Recht im soziologischen Diskurs der Moderne*, p.413. Essa revisão feita pelo próprio Durkheim naturalmente fez com que as objeções às suas concepções mais antigas perdessem força.

72 Durkheim, *Deux lois de l'évolution pénale*, *L'Année sociologique*, v.4, 1899/1900, p.65-95, aqui citado cf. republicação em *Journal sociologique*, Paris, 1969, p.244-73. Para uma apreciação crítica do estado da pesquisa, cf. Reiner, *Crime, Law and Deviance: The Durkheim Legacy*, p.175-201, sobretudo p.194 et seq.; mas, principalmente, Garland, *Punishment and Society*, p.23-82. Para ter uma comparação entre Durkheim e Foucault, cf. também Ramp, *Durkheim and Foucault on the Genesis of the Disciplinary Society*, p.71-103.

ção. Com efeito, o mesmo processo que nos ensina a rejeitar penas cruéis porque vemos no criminoso também o ser humano e, assim, a respeitá-lo como tal, ao mesmo tempo nos torna mais sensíveis para a crueldade dos crimes. Desse modo, o impulso de punir é simultaneamente despertado e inibido. Coaduna-se com isso não só o fato descrito por Foucault de que há uma diminuição das punições corporais, mas também que só nos últimos dois séculos, por exemplo, o direito à incolumidade física foi aflorando de modo cada vez mais intenso e autônomo. Não é possível explicar essa valorização do corpo tendo como fio condutor o disciplinamento.⁷³ Em contraposição, se partirmos da sacralização da pessoa, reconheceremos a contradição insolúvel entre a necessidade de sancionar cada violação da sacralidade da pessoa, por um lado, e, por outro, exatamente a violação dessa sacralidade que reside no próprio ato da punição. Essa contradição só pode ser atenuada, visto que não há como resolvê-la. Durkheim pensou poder explicar desse modo porque as punições de privação da liberdade foram substituindo cada vez mais as punições físicas, ao menos quando e onde o processo da sacralização da pessoa prosseguia. As punições de privação da liberdade se ofereciam como uma saída para o dilema. Assim, Durkheim pode atribuir às sociedades mais desenvolvidas um sistema penal mais brando, fazendo, no entanto, uma grande ressalva: quanto mais absoluta fosse uma instância central de poder, tanto maior a probabilidade de que fossem executadas punições de extrema intensidade. Essa cláusula faz jus ao fato ignorado por Beccaria e constatado por Foucault de que as punições draconianas do absolutismo não representam um resíduo, mas uma exacerbação da práxis penal medieval. Durkheim não propôs uma teoria propriamente dita para o processo da sacralização. Ele apenas estabelece uma relação entre os aspectos específicos da sociedade moderna e uma progressiva “sensibilização

73 Sobre isso, cf. Kalupner, *Vom Schutz der Ehre zum Schutz körperlicher Unversehrtheit: Die Entdeckung des Körpers im modernen Strafrecht*, *Paragrana*, p.114-35.

para os interesses da personalidade humana", ⁷⁴ sem que se possa falar de uma exposição causal ou processual. Se ele tivesse desenvolvido tal exposição, obviamente nela deveria ter sido levado em conta o papel do poder. Nesse caso, todavia, não poderia ter sido atribuído, como em Foucault, um papel constitutivo ao poder como tal, mas só a tipos específicos de poder e a suas formas, assim como às suas legitimações e intenções.

Nos últimos anos, influenciada pelas ponderações de Durkheim, Lynn Hunt, uma das principais historiadoras norte-americanas, analisou a história da abolição da tortura e, de modo geral, a história dos direitos humanos. ⁷⁵ Ela mostra muito bem como se desenvolveu, no decorrer do século XVIII, um discurso sobre direitos fundamentais, por um lado, e, por outro, uma antipatia emocional contra a tortura, e como, desde o começo, as duas coisas estavam pouco sincronizadas. Nem mesmo as elites intelectuais estabeleceram essa ligação de imediato; o afastamento da tortura não pode, portanto, ter sido simplesmente uma consequência do discurso sobre os direitos. Voltarei a intervir com publicações veementes num dos grandes escândalos judiciais do *Ancien Régime* – no caso Calas –, sem tematizar a tortura como algo intolerável. Hunt mostra inclusive que, na obra do próprio Cesare Beccaria, o discurso dos direitos era marginal e que foi seu tradutor francês que interferiu no texto e deslocou para a introdução uma passagem que, no original, não constava naquele ponto. ⁷⁶ Porém, a edição francesa se tornou a base de outras traduções e até

⁷⁴ Durkheim, *Physik der Sitten und des Rechts. Vorlesungen zur Soziologie der Moral*, p. 100. Sobre as tentativas feitas por Niklas Luhmann de estabelecer uma conexão entre a diferenciação funcional e a codificação dos direitos subjetivos – uma ligação com Durkheim que se diferencia bastante da minha –, cf. Joas, *Braucht der Mensch Religion?*, p. 159 et seq.

⁷⁵ Hunt, *Inventing Human Rights* (sobre a abolição da tortura, cf. principalmente p. 70-112). Cf. ademais o importante ensaio id., *The Paradoxical Origins of Human Rights*, p. 3-17.

⁷⁶ Id., *Inventing Human Rights*, p. 102 et seq. Nessa direção, cf. também Laqueur, *Bodies, Details, and the Humanitarian Narrative*, p. 176-204.

de reedições italianas. O argumento de Hunt é que, num processo de certo modo imperceptível, os antolhos da percepção foram removidos por um incremento da empatia e uma sensibilidade aguçada para a capacidade de sofrimento do corpo alheio, inclusive do corpo do criminoso. É consistente com isso que ela passe a falar então de um deslocamento da evidência. Pois também as declarações dos direitos humanos declararam algo que elas, ao mesmo tempo, afirmam ser evidente. Porém, segundo a concepção da autora, esse deslocamento da evidência não procede de influências intelectuais ou jurídicas, mas se origina de uma transformação cultural mais profunda.

Visto que o incremento da empatia, da capacidade de sentir com os demais, parece-lhe ser a transformação essencial, Hunt atribui ao desenvolvimentismo da arte um papel essencial, em especial ao romance epistolar na era da sensibilidade, mas também à pintura de retratos. Nesse modo de ver as coisas, a empatia com o sofrimento de outros imaginários libera um potencial que, no universalismo dos direitos humanos, articula-se em termos jurídicos. Trata-se de uma abordagem original e fecunda. Mas ela decorre mesmo da tese de Durkheim que Hunt aplicou de modo convincente a execuções públicas durante o *Ancien Régime* e à execução do rei Luís XVI durante a Revolução? ⁷⁷ Como a tese do incremento da empatia se distingue da tese de uma progressiva sacralização da pessoa? A meu ver, a dimensão da sacralização é mais fundamental que a da empatia, visto que esta última não é simplesmente uma capacidade que, uma vez desenvolvida, pode entrar em ação independentemente de motivações e da esfera objetiva. Quem não quiser se sensibilizar não permitirá a manifestação de sua capacidade de empatia, que talvez esteja perfeitamente presente. Pessoas capazes de empatia muitas vezes desumanizam,

⁷⁷ Hunt, *Inventing Human Rights*, p. 92 et seq.; Id., *The Sacred and the French Revolution*, p. 25-43. Tenho a impressão de que Hunt subestima Durkheim no ponto em que lhe imputa falta de interesse pela gênese da sacralidade (ibid., p. 27). Em contraposição a isto, cf. minha interpretação em *Die Entstehung der Werte*, principalmente p. 92 et seq.

sob o fascínio de ideologias, categorias inteiras de seus semelhantes humanos, excluindo-as, desse modo, categoricamente da esfera de aplicação da sua sensibilidade. Só uma motivação para a empatia ou ao menos uma disposição para a abertura pode nos levar a fazer o esforço da compreensão, mas esse esforço permanece um ato a ser desempenhado e que precisa ser renovado em cada situação concreta. Por isso, a efetividade real da empatia necessita uma motivação pessoal que se nutre de motivos substanciais de valor. A sacralização da pessoa nos motiva para a empatia; a empatia por si só não produz a sacralização da pessoa de todas as pessoas.⁷⁸

★ Ameaças

Não se pretende, todavia, dar a impressão de que a sacralização da pessoa teria sido a única sacralização que ocorreu na Era Moderna e de que ela designa uma espécie de progresso linear no sentido de uma compreensão e uma proteção cada vez mais profundas e universais da dignidade humana. O caminho do progresso ininterrupto nesse aspecto é barrado por forças contrárias e a sacralização da pessoa concorre permanentemente com outras sacralizações, como, por exemplo, a de uma nação ou a da sociedade sem classes. Naturalmente, a força contrária mais evidente no século XX é representada pelo fascismo e pelo nazismo. Na mesma época em que Émile Durkheim escreveu suas teses sobre os direitos humanos como sacralização da pessoa e ao mesmo tempo do conflito em torno do caso Dreyfus que dilacerou a França, o protofascista francês Charles Maurras declarou a nação como tão sagrada que os indivíduos e seus direitos simplesmente deviam ser sacrificados por sua causa. O fascismo italiano e o nacional-socialismo alemão exacerbaram ainda mais essa ideia: "Tu não és nada, o teu povo é tudo" pôde converter-se assim em lema. Nesse caso, o sentido estratégico

⁷⁸ Sobre a relação entre empatia e valores, cf. Joas, *Wertevermittlung in einer fragmentierten Gesellschaft*, p. 58-77.

da ideologia racista residiu exatamente no fato de, para além do anti-individualismo radical e da mobilização nacional pela ideologia fascista, declarar categorias inteiras de pessoas como sem valor, a sua destruição como legítima ou até como "moralmente" exigida.

Porém, não é só a resistência contra a progressiva sacralização da pessoa que impede esse progresso, mas também as dificuldades inerentes ao próprio ato de punir dão ensejo ao abuso. Não podemos desmencionalizar radicalmente a punição e o crime como pensavam os utilitaristas e também Foucault. A indignação é e permanecerá o indicador mais seguro da violação de valores centrais; quando o crime, nos termos do direito penal, representa uma violação desse tipo, não pode faltar a defesa enérgica contra ele. Mediante o Estado de direito, essa defesa é organizada em procedimentos e, desse modo, ao menos canalizada em termos emocionais. Mas justamente por isso crimes e punições se prestam também para a criação de esquematizações do tipo "amigo-inimigo" e, desse modo, para a integração de formações sociais na agressão conjunta ao inimigo interno, como é declarado o criminoso. No seu ensaio clássico intitulado "Psicologia da justiça penal", o filósofo e psicólogo social norte-americano George Herbert Mead analisou, já em 1917, como

a postura da agressividade, seja contra um infrator da lei seja contra um inimigo externo, confere a um grupo um senso de solidariedade que rapidamente se ergue como uma chama e devora as diferenças entre os interesses individuais.⁷⁹

Mas ele também mostra que "o preço pago por essa solidariedade dos sentimentos é alto e às vezes funesto". Com efeito, essa forma de união, de formação de uma identidade coletiva mediante a exclusão de inimigos, necessita de inimigos sempre novos ou de uma inimizade duradoura para que possa estabilizar-se.

Este é exatamente o ponto em que as questões atinentes à justiça penal se convertem na questão do estabelecimento de relações

⁷⁹ Mead, *Psychologie der Straftätigkeit* [1917-1978], p. 272.

de inimizade. No início deste capítulo chamou-se a atenção para a pena de morte e a tortura como questões hoje dotadas de elevada carga emocional, com opiniões especialmente controversas entre a Europa e os EUA. Como devem ser situadas essas questões no campo de tensão descrito? Não é em todos os casos que elas devem ser derivadas da contraditoriedade interna da sacralização da pessoa. No caso das tentativas de juristas do governo norte-americano de tornar a proibição da tortura na ação contra terroristas ou suspeitos de terrorismo ou de justificar essas tentativas, não se trata de ponderações trágicas. Vejo estas em ação, muito antes, no caso do diretor da polícia de Frankfurt que ameaçou torturar o sequestrador de uma criança na suposição de que só assim conseguiria salvar a vida da vítima. Também as reflexões de Winfried Brugger nesse contexto, que chegaram a causar comoção, podem ser entendidas a partir do impulso sincero de encontrar uma consideração jurídica adequada para esse dilema moral na atuação da polícia. Uma apreciação bem diferente devem receber os pareceres norte-americanos, nos quais os suspeitos de atos terroristas, na condição de inimigos de Estado, são subtraídos de modo generalizado tanto aos procedimentos do Estado de direito como aos acordos jurídicos entre os povos para proteção de prisioneiros de guerra e similares. Nesse caso, a situação emocional de uma sensação coletiva de ameaça sob o signo do terrorismo é mal usada para dar plenos poderes ao Executivo mediante o relaxamento ou a invalidação de salvaguardas jurídicas e a criação de espaços sem lei. Também na Alemanha trava-se atualmente uma discussão correspondente sobre a necessidade de criar um "direito penal para o inimigo". Isso só pode ser interpretado como tendência contrária à da sacralização da pessoa, não como contraditoriedade interna desta.

Para entender como se divisa a persistência da pena de morte nos EUA à luz do esquema de interpretação aqui proposto, deve-se apontar primeiramente para o fato de que, totalmente contra as imagens estereotipadas que se tem dos EUA, a luta contra a pena de

morte como expressão de uma sacralização da pessoa possui raízes profundas também na cultura norte-americana; há Estados dos EUA, como Michigan, por exemplo, que inclusive estão entre os primeiros Estados do mundo a abolir a pena de morte. Nos EUA, a pena de morte possui no Sul um centro de gravidade regional claro. Ali, as divisões racistas, uma tradição de violência e uma compreensão do cristianismo que justamente não o interpreta em termos universalistas, mas como religião civil nacionalista, interligaram-se numa síndrome que justifica a pena de morte com citações bíblicas. Nesse caso, bem na linha descrita por Mead, crimes espetaculares podem ser usados ali ou em toda a nação para a incitação de sentimentos coletivos, a depreciação do adversário político e o acobertamento de outros propósitos políticos, cujo exemplo mais conhecido ocorreu na campanha eleitoral de Bush pai contra Michael Dukakis. Nesse caso, dentro dos próprios EUA, duas culturas estão em confronto, a da sacralização da pessoa e a da religião civil do Sul.

Portanto, nem mesmo no âmago do Ocidente se pode falar de uma consolidação segura da sacralização da pessoa. Por isso, devemos confiar ainda menos numa universalização de certo modo automática da cultura penal que aí se tem em mente. No espírito do fundamentalismo islâmico, a execução de punições cruéis é declarada praticamente como marca que promove a identidade, como símbolo da resistência contra a decadência secularista que parece penetrar a partir do Ocidente, e isto não só por causa de uma interpretação literal de antigos textos legais, mas exatamente também em função da indignação do Ocidente ou das forças modernizantes diante dessas punições. Até mesmo na Cingapura multicultural e altamente moderada não só se engendram construtos como o dos "valores asiáticos", que só podem ser entendidos a partir da intenção de opor-se a outros valores, mas também se executam demonstrativamente punições corporais como expressão autêntica desse ser-diferente. Bem diferente é a situação na China, o país ao qual deveria voltar-se em primeiro plano a crítica às execuções arbitrárias e ao emprego habitual da

tortura na atualidade. Nesse país, trata-se da persistência de uma estrutura política e cultura penal cunhada pelo comunismo – o “*rule by law*” [governo mediante a lei] em vez do “*rule of law*” [governo da lei, primado da lei] – que leva a esses excessos e frustra a oposição ou a defesa dos prejudicados. As esperanças dos iluministas, mas também as de Émile Durkheim, estavam voltadas para as consequências civilizatórias da modernização econômica: bem-estar e educação crescentes. Durkheim já sabia que o controle democrático do poder representa uma condição adicional. Após o final do século XX, está claro para nós que a sacralização da pessoa sempre e em toda parte permanecerá ameaçada. O caso chinês evidencia com clareza inaudita e desfecho ainda incerto a tensão entre modernização econômica e suas exigências, como a da segurança jurídica, e o sistema axiológico da dignidade humana universal.

A interpretação das transformações culturais do século XVIII como expressão de uma inclusão em termos de sacralização da pessoa permite tornar compreensível não só as mudanças na cultura penal, mas também muitos outros fenômenos de transformação moral. Um conceito que costumamos usar para designar criminosos especialmente dignos de repulsa, o do “monstro”, vigorava até o século XVIII como designação antes de tudo para as crianças recém-nascidas com malformações congênitas. Assim, partes esquecidas da história, como a superação da concepção de que, no caso dessas crianças, tratar-se-ia de formas intermediárias entre ser humano e animal, ou a abolição da castração como meio de produzir determinados tons de voz no século XVIII, não se coadunam mais com a imagem que se tinha esboçado – uma imagem que certamente não pode ser a do disciplinamento, mas tampouco a de um esclarecimento no sentido utilitarista. A gênese dos direitos humanos também faz parte disso. E a ideia dos direitos humanos foi convertida, uma geração depois, na exigência de abolição da escravidão – mais um movimento de inclusão de grande radicalidade. Aplicou-se também à história desse movimento os esquemas do esclarecimento ou do

disciplinamento social, com um êxito tão pequeno quanto no da história da punição. Para esse movimento vale, antes, que um papel central foi desempenhado pelo impulso cristão originário para a descentralização moral, portanto, para olhar o mundo da perspectiva não só daqueles com quem estamos unidos por laços afetivos naturais, mas também da perspectiva dos “mais pequeninos dentre os nossos irmãos”. Acresceu-se a isso que a expansão das relações comerciais lançou uma ponte para que os moralmente descentrados pudessem ver no seu próprio agir moral a causa da sua repulsa moral generalizada pelas situações anômalas em outros lugares e, desse modo, experimentar como possibilidade realista e obrigação moral a responsabilidade pela eliminação dessas situações anômalas.

A sacralização da pessoa foi um aprofundamento de motivos judaico-cristãos, mesmo que alguns iluministas acentuassem antes de tudo o rompimento com a tradição religiosa e as igrejas se posicionassem contra ela. Nesse aspecto, Durkheim foi ambíguo. Ele ressaltou que as leis dos judeus na Antiguidade sempre teriam sido mais brandas que as dos seus vizinhos, o que ele atribui ao caráter quase democrático da constituição política do judaísmo antigo, e que a igreja medieval sempre teria exercido uma influência atenuadora sobre a práxis penal. Porém, para ele, isso significava que hoje essa tradição religiosa deveria ser simultaneamente continuada e superada. A sacralização da pessoa decorreria então de tradições religiosas, mas também as tornaria supérfluas.

Entretanto, dessa maneira, levanta-se também em relação a essa perspectiva a pergunta de se a partir dela realmente é possível obter uma proteção categórica da pessoa. O conceito “sacralidade” permite afirmar o respeito pelo ser humano como cerne da cultura penal moderna. As ponderações utilitaristas são rejeitadas em seu papel como base do direito, porque ele de fato raramente corresponde à postura das pessoas frente ao direito. Nessa situação de sacralização global da pessoa, possível em termos mundiais, mas também ameaçada de múltiplas formas, reside um perigo enorme

quando, no próprio Ocidente, tornam-se preponderantes modelos de interpretação (como o de um Iluminismo reduzido de maneira utilitarista ou o de Foucault) que deturpam ou entendem mal o sentido dos progressos alcançados na cultura penal. A cultura penal europeia só poderá ser ancorada nas atitudes das pessoas — a ponto de que a defendamos diante de objeções — se suas motivações históricas permanecerem vivas na memória.

III. Violência e dignidade humana Como as experiências se convertem em direitos

A adesão a valores pode remontar a experiências que enchem as pessoas de entusiasmo. Quem tem a nítida sensação de ter tomado conhecimento do bem fica totalmente a fim de compartilhar com outros esse conhecimento, de levá-los a repensar o seu modo de agir ou de demovê-los dele, e de colocar em prática a sua entusiasmo conviction. Porém, experiências entusiasmantas não são o único modo pelo qual pode se dar a adesão a valores. Experiências de impotência também nos marcam muito profundamente. Quando topamos com nossas limitações e vivenciamos quão pouco podemos mudar o nosso destino ou o de outros ou quando radicalmente nos damos conta da finitude da nossa existência, por exemplo, em experiências de doença, incapacitação ou de morte inevitável, isso também transforma a nossa relação conosco mesmos e com o mundo, assim como os nossos valores.¹ Nas experiências com o

¹ No meu livro *Die Entstehung der Werte* certamente incorri em alguma unilateralidade ao dar ênfase às experiências entusiasmantas como constitutivas de valor. Nos dois livros seguintes, *Kriege und Werte* e *Braucht der Mensch Religion?*, tentei compensar isso levando em consideração experiências de violência e impotência.