

# QUANDO UM GRITO INTERROMPEU A ESCRITA DE MONTESQUIEU: SENSIBILIDADE MODERNA E ABOLIÇÃO DA TORTURA JUDICIAL NO SÉCULO XVIII

Luciano Oliveira\*

RECEBIDO EM: 4.11.2021

APROVADO EM: 30.11.2021

## QUANDO UN URLO INTERRUPE LA SCRITTURA DI MONTESQUIEU: LA SENSIBILITÀ MODERNA E L'ABOLIZIONE DELLA TORTURA GIUDIZIARIA NEL XVIII SECOLO

- **ASTRATTO:** La tortura giudiziaria, una consueta procedura di indagine penale nei Paesi europei a partire dal XIII secolo, è stata abolita alla fine del XVIII secolo. Gli storici hanno documentato le ragioni di questa abolizione, ma non sono concordi sulle sue ragioni. Secondo la versione più convenzionale, accettata per lungo tempo, l'abolizione fu il risultato della lotta di riformatori in ambito penale, come Beccaria, contro la barbarie dei vecchi metodi. Dalla pubblicazione di *Sorvegliare e punire* di Michel Foucault, tuttavia, è diventata dominante la tesi secondo cui le riforme furono il risultato di calcoli strategici di potere. Questo saggio esplora l'ipotesi che, oltre a tali calcoli, un nuovo tipo di sensibilità "moderna" verso il "dolore inutile" abbia costituito un elemento cruciale nell'abolizione del dispositivo penale in oggetto.
- **PAROLE CHIAVE:** Montesquieu; sensibilità moderna; tortura giudiziaria.

\* Mestre em Sociologia pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e doutor em Sociologia pela Escola de Altos Estudos em Ciências Sociais (Paris). É professor aposentado da Faculdade de Direito do Recife (FDR) e ex-professor da Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Publicou, entre outros títulos, *Do nunca mais ao eterno retorno: uma reflexão sobre a tortura* (Brasiliense), *O aquário e o samurai: uma leitura de Michel Foucault* (Lumen Juris) e *E se o crime existir?* (Revan). E-mail: jlgo5283@gmail.com

· LUCIANO OLIVEIRA

- **RESUMO:** A tortura judicial, um procedimento normal de investigação criminal nos países europeus a partir do século XIII, foi abolida no final do século XVIII. Acontecimento bastante conhecido dos historiadores, as razões dessa abolição, entretanto, não constituem um ponto pacífico entre eles. Segundo a história mais convencional, durante muito tempo aceita, a abolição teria sido o resultado da luta de reformadores penais como Beccaria contra a barbárie dos métodos antigos. Desde a publicação de *Vigiar e Punir*, de Michel Foucault, porém, tornou-se dominante a tese de que as reformas se deram por cálculos estratégicos do poder. Neste ensaio, explora-se a hipótese de que, para além desses cálculos, uma sensibilidade de novo tipo, “moderna”, frente às “dores inúteis”, foi um elemento crucial para a abolição.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Montesquieu; sensibilidade moderna; tortura judicial.

### WHEN A SCREAM INTERRUPTED MONTESQUIEU’S WRITING: MODERN SENSITIVITY AND ABOLITION OF JUDICIAL TORTURE IN THE 18TH CENTURY

- **ABSTRACT:** In view of an analysis of Montesquieu’s work, the essay addresses the forms of criminal investigation in force at the time of the author, including the use of the “question” - which was the technical term that designated torture in the so-called French *Ancien Régime*, post below by the revolution of 1789. So, given that Montesquieu was not the first important author to write against torture, go through a brief analysis of its development until it becomes something immoral, demonstrating abolitionist examples as well as controversies.
- **KEYWORDS:** Montesquieu; modern sensitivity; judicial torture.

“Mas por que apenas nós somos bons e eles não podiam ser?” (Sérgio Ferraz, cientista político, num debate sobre as razões da abolição da escravidão, discutindo a tese de que o interesse econômico era a real motivação do movimento abolicionista).

## 1. Por que Montesquieu

*Do espírito das leis*, publicado em 1748, é um livro icônico. Muito apreciado pelo público ilustrado na época do seu aparecimento,<sup>1</sup> o cartapácio de mais de meio milheiro de páginas é uma dessas obras que, beatificadas pela celebridade, todo mundo conhece e pouquíssima gente lê. Sabe-se que o livro teoriza sobre o princípio da tripartição dos poderes e dos pesos e contrapesos de uns sobre os outros, ainda hoje uma pedra de toque dos regimes democráticos modernos.<sup>2</sup> O que é menos sabido é que esse é apenas um entre o “número infinito de coisas” contidas no livro, como diz o seu autor no prefácio (MONTESQUIEU, 1973, p. 27). Entre tais coisas, destaco, para os propósitos deste ensaio, o que ele diz sobre as formas de investigação criminal em vigor na sua época, as quais incluíam, para obter dos acusados a confissão do crime e a delação de cúmplices, o uso da “questão” – que era o termo técnico que designava a tortura no chamado *Ancien Régime* francês, posto abaixo pela revolução de 1789.

O que ele diz sobre o assunto está num curto capítulo intitulado “Da tortura ou da questão contra os criminosos”, no qual Montesquieu, adversário resolutivo dos tormentos, refere-se a “uma nação muito civilizada” – no caso, a Inglaterra – da qual a tortura, “sem qualquer inconveniente”, fora abolida havia muito tempo, daí concluindo que “ela não é naturalmente necessária”. Em seguida, escreve: “Ia dizer que elas [a “tortura” e a “questão”] poderiam convir aos governos despóticos, onde tudo o que o medo inspira participa dos fundamentos do governo. Ia dizer que os escravos, entre os gregos e os romanos...” – e para por aí, não sem antes acrescentar às reticências que interrompem o texto uma adversativa que o encerra: “*Mas ouço a voz da natureza que grita contra mim*” (MONTESQUIEU, 1973, p. 101, grifo nosso).

1 “Houve vinte e duas edições em menos de dois anos e traduções em quase todos os países” (do hemisfério ocidental, supõe-se) –, informa Gonzague Truc (cf. MONTESQUIEU, 1973, p. 18).

2 Como um típico homem do Século das Luzes, Montesquieu não escondia sua simpatia pelo regime de liberdades públicas existente entre os ingleses, e a famosa teoria dos poderes independentes e controlando-se entre si está num capítulo intitulado “Da Constituição da Inglaterra”, no qual o autor descreve o funcionamento das instituições políticas daquele país. Apesar de não ocupar mais do que seis páginas da extensa obra (MONTESQUIEU, 1973, p. 156-162), foi por esse capítulo, principalmente, que o livro passou para a história das ideias e mesmo para o senso comum.

## 2. De *res fragila et periculosa* a coisa imoral

Montesquieu não foi o primeiro autor importante a escrever contra a tortura. Se, de um lado, é verdade que um movimento abolicionista só toma corpo no Ocidente a partir da segunda metade do século XVIII, desde tempos recuados ouvem-se, aqui e ali, algumas vozes ilustres que a condenam. Mesmo na Antiguidade greco-romana, em que ela, *grosso modo*, era reservada aos escravos,<sup>3</sup> era vista com restrições como *res fragila et periculosa*, pois se suspeitava que a prova assim obtida não inspirava confiança. Mas trata-se de uma crítica, por assim dizer, “técnica”, não de uma crítica moral. É um consenso solidamente estabelecido pelos historiadores que, entre os antigos, a tortura é um ato processual como qualquer outro, donde “procurar-se-ia, em vão, em toda a literatura antiga, um protesto de princípio contra a tortura *enquanto tal*” (MELLOR, 1961, p. 65).<sup>4</sup> Os historiadores também costumam citar uma crítica feita pelo papa Nicolau I, na Alta Idade Média, numa carta famosa datada de 866 d.C. Endereçada ao rei dos búlgaros recém-convertido, o papa dizia ter conhecimento de que, “depois de ter prendido um ladrão, vós o exasperais nas torturas até que ele confesse”, e condenava o costume porque “a confissão deve ser espontânea, e não arrancada à força” (MELLOR, 1961, p. 143). Mas, também aqui, a crítica centra-se na exigência católica da espontaneidade da confissão, não nos meios de obtê-la à força.

Em todo caso, tudo isso se passou em tempos recuados, numa época em que na Europa ainda não tinha havido uma institucionalização da tortura pelos poderes oficiais, o que só vai ocorrer a partir dos séculos XII e XIII, primeiro pelas autoridades laicas e, na sequência, pelos poderes eclesiásticos, durante o papado de Inocêncio IV, por meio da bula *Ad extirpanda*, de 1252, dedicada a erradicar as heresias. Entre o decorrer desses dois séculos e até segunda metade do século XVIII, a tortura judicial tinha sido adotada e se tornado um meio de obtenção de prova em processos criminais por praticamente todos os Estados europeus.<sup>5</sup> O fenômeno foi qualificado pelo historiador Edward Peters (1989, p. 51) como uma “revolução”. Coetâneo à paulatina centralização do poder pelas mais diversas monarquias, ele consistiu na “recuperação e adaptação do corpo de leis romanas escritas”, que previa a tortura. Foi no bojo da recepção do direito dos

3 Particularidade não irrelevante e digna de registro, mas que não será aqui abordada.

4 Todas as citações extraídas de obras consultadas em francês, espanhol ou inglês foram traduzidas por mim.

5 Com a notável exceção da Inglaterra – que, aliás, nunca se sentiu inteiramente parte da Europa Continental –, por razões que, embora analiticamente importantes, não abordarei aqui.

antigos que “o procedimento inquisitorial substituiu o velho procedimento acusatorial”, este caracterizado por juramentos, ordálias, combates etc. – procedimentos em que a prova física era de regra (PETERS, 1989, p. 52). Daí a observação que um julgamento retrospectivo pode estranhar, eventualmente achar cínico, de que, “comparado a outras formas de procedimento, o novo processo inquisitório parecia bem menos repugnante aos indivíduos da época do que poderia, a princípio, nos parecer”. Entenda-se: “No início do século XIII a tortura deve ter se assemelhado bastante às provações” – e “Deus”, afinal, “haveria de fortalecer os justos” (PETERS, 1989, p. 62, 64).<sup>6</sup> Um novo sistema de provas, conhecido como “romano-canônico”, tomou o lugar dos antigos julgamentos divinos.

Era um sistema operado por *experts* que elaboraram uma minuciosa casuística em busca da certeza. Nos casos de crimes capitais – para os quais o culpado podia ser punido com a morte –, exigiam-se, para a condenação, duas testemunhas oculares ou a confissão do acusado. Na ausência da confissão, a “rainha das provas”, ou das duas testemunhas, podia-se obter uma série de *indicia* que constituíam apenas provas parciais, mas que não levavam a uma “prova plena”. Podiam levar, todavia, à decisão de submeter o indiciado à tortura para obter a confissão. A “rainha das provas” levou à “rainha dos tormentos”: “É na importância da confissão que repousa, se não o reaparecimento, com certeza a propagação e integração da tortura nos sistemas legais do século XIII” (PETERS, 1989, p. 56), e esse sistema vigorou oficialmente até meados do século XVIII, quando foi abolido.

Quando isso ocorreu, as críticas à tortura já tinham se tornado moeda corrente e – muito importante para o argumento que adiante desenvolverei – haviam significativamente mudado de tom: adquiriram um “tom moral” (PETERS, 1989, p. 93). Dora-vante, como diz o historiador Alec Mellor (1961, p. 67), “se a tortura é inadmissível, é antes de tudo em razão de sua crueldade”. Como sempre ocorre na história das ideias, é impossível detectar o primeiro “precursor”. Uma das maneiras de contornar a dificuldade é começar por mencionar um nome famoso, e é isso que acontece no caso das críticas morais à tortura, com a menção, recorrente, a um autor que escreveu nos albo-res da modernidade: Michel de Montaigne. Nos seus famosos *Ensaíes*, publicados em 1580, o moderníssimo Montaigne<sup>7</sup> retoma as restrições à tortura já presentes entre os

6 No mesmo sentido, Langbein (2006, p. 7): “Na verdade, a tortura judicial pode não ter parecido aos contemporâneos muito diferente das ordálias”.

7 Moderníssimo porque, num célebre capítulo dos *Ensaíes* intitulado “Dos canibais”, escrito a partir de notícias de que os índios do recém-descoberto Brasil se dedicavam a essa prática, Montaigne (1972, p. 107) escreve: “Não me

antigos, ao observar que “a tortura é uma invenção perigosa que parece antes pôr à prova a resistência à dor do que a sinceridade”, concluindo por considerá-la “muito pouco útil”. Mas o que mais importa para o argumento aqui desenvolvido é que, ao mesmo tempo, acrescenta que se trata de algo “inumano” (MONTAIGNE, 1972, p. 178-179). Mas é uma consideração de passagem, um tanto escondida num pequeno capítulo de duas páginas sobre “a consciência” inseridas num outro cartapácio de mais de 500 páginas dedicadas a assuntos disparatados, como “a tristeza”, “a ociosidade”, “o sono”, “os odores” etc. Ou seja: ainda não se trata de um pensamento, muito menos de uma obra, dedicado ao assunto.

Mas, quando Montesquieu escreve, mais de 150 anos depois, esse já não é um tema ocasional a que um Montaigne se refere distraidamente. A questão dos tormentos tinha se tornado um tema maior, abordado criticamente pelos grandes jusnaturalistas da época, como Hugo Grotius, Johannes Grevius, Christian Thomasius, entre outros. É a partir desses autores, dos quais Montesquieu é um herdeiro e continuador, que a condenação à tortura adquire o caráter propriamente moral que hoje conhecemos. Diferentemente da crítica “técnica” dos antigos, a condenação moderna enfatiza sua desumanidade e partilha o sentimento de que ela vai de encontro a um direito enraizado na natureza. A importância do que diz Montesquieu não é das menores, bastando para isso considerar que o livro que mais influenciou o movimento reformista da segunda metade do século XVIII, *Dos delitos e das penas*, aparecido em 1764, apresenta-se como pretendendo “seguir as pegadas luminosas” do “imortal Montesquieu”, que “só ocasionalmente pôde abordar essas importantes matérias” (BECCARIA, 2015, p. 21). Mas sua influência também se estende a personagens importantes da Revolução Francesa que, anos mais tarde, adotou o que ficou conhecido como “humanismo penal” nas reformas que promoveu, como é o caso de Marat.

Jean-Paul Marat, político e jornalista, passou para a história como um dos líderes mais populares e incendiários da Revolução, e indelevelmente para a sua iconografia ao ser retratado num célebre quadro de David apunhalado no coração dentro de uma banheira, em 1793, com o braço pendendo do lado de fora ainda segurando um dos

---

parece excessivo julgar bárbaros tais atos de crueldade, mas que o fato de condenar tais defeitos não nos leve à cegueira dos nossos”. E, pensando nas práticas judiciais do seu tempo, considera que “é pior esquarterar um homem entre suplicios e tormentos [...] do que assar e comer um homem previamente executado” (MONTAIGNE, 1972, p. 107).

inflamados artigos que escrevia no momento em que foi morto.<sup>8</sup> Mas, antes de ser um instigador do Terror – do qual terminou sendo vítima<sup>9</sup> –, Marat tinha sido o autor de um *Plano de legislação criminal* publicado em 1780 na Suíça e republicado na França em 1790, já em pleno processo revolucionário. Sobre a “questão”, Marat (2008, p. 171) diz que “ela é contra a natureza” e interpela os juizes que a aplicam: “Na incerteza em que vocês estão se o acusado é culpado, vocês o farão sofrer um suplício mais horrível que aquele que lhe infligirão se estiverem seguros de que ele não é inocente?”. E os repreende: “para saber se ele merece a morte, vocês começam por matá-lo mil vezes” (MARAT, 2008, p. 171).

### 3. A abolição

Há momentos, na “longa duração” dos assuntos humanos, que a história se acelera e determinados assuntos, filetes até então correndo aqui e ali, mas numa mesma direção, confluem e formam uma nova corrente. Um desses momentos ocorreu entre meados e finais do século XVIII, quando as múltiplas vozes até então esparsas contra as torturas e os suplícios em praça pública se adensaram num forte movimento de opinião pública que terminou desembocando na sua abolição.<sup>10</sup> Numa época de grandes mudanças nas estruturas sociais dos países europeus e do movimento político e intelectual que ficou conhecido como *as Luzes* – Iluminismo entre nós –, a reforma da justiça e o fim dos tormentos e das penas cruéis figuravam entre as reivindicações que eram endereçadas ao *Ancien Régime* – como era conhecido o regime absolutista francês posto abaixo pela revolução de 1789.

Havia nos salões, nos cafés, nos clubes, nas redações de jornais – lugares onde se gestavam as ideias que iriam alimentar o cataclismo desencadeado em 1789 – o que uma expressão francesa chama de *l'air du temps*, algo correspondente ao que um termo alemão chama de *Zeitgeist*. Aí se respirava o que chamei alhures de “sensibilidade

8 O quadro é reproduzido numa cena – e no cartaz – do fascinante documentário de Vik Muniz, *Lixo extraordinário*, no qual o líder do lixão em que foi filmado, Tião Santos, reproduz a cena da morte do revolucionário francês deitando-se numa banheira jogada no meio dos detritos.

9 Sua assassina, Charlotte Corday, saiu do interior da França para ir à capital com a firme determinação de salvar o país matando Marat, que por meio do seu jornal, *O Amigo do Povo*, atizava as massas contra os inimigos da Revolução no período conhecido como o Terror.

10 Observo que suplício – forma de castigo – e tortura – meio de investigação – não são a mesma coisa. Neste ensaio, traço especificamente da segunda. Para uma abordagem da abolição dos suplícios, remeto a um outro texto de minha autoria: Oliveira (2021).

moderna” (Oliveira, 1995, p. 109),<sup>11</sup> fenômeno que tem como um dos traços característicos o horror que inspira aquilo que o historiador Harold Laski (1953) chamou de “dores inúteis”. O Iluminismo, cujas ideias-forças vão desembocar na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, é fortemente animado por essa sensibilidade. A Revolução Francesa, mesmo tendo sido de uma violência singular, não torturou nem esquitejou ninguém em praça pública. Em 1791, a Assembleia Nacional aprovou um Código Penal revogando e substituindo a velha legislação que previa os suplícios. Na nova legislação, que se abria com um capítulo sobre as penas, o seu artigo 2º declarava solenemente: “A pena de morte consistirá na simples privação da vida, sem que possa jamais ser exercida qualquer tortura contra os condenados”.

É vasta a literatura sobre esse fenômeno. Para não me estender muito, observo que ela abrange desde a obra de um Tocqueville (1981), que já na primeira metade do século XIX enunciava a hipótese de um processo de “suavização dos costumes” em andamento nas sociedades democráticas modernas, até a obra de um Pieter Spierenburg (1984, p. ix), contemporâneo nosso, que num livro tornado clássico – *O espetáculo do sofrimento* – faz uma análise das “mudanças nos modos de repressão como um reflexo de mudanças nas sensibilidades”. O seu argumento é o de que entre os séculos XVIII e XIX ocorreu uma “mudança fundamental” na maneira como o espetáculo de corpos supliciados e expostos impactavam as pessoas: “ansiedade e repugnância” passaram a ser a tônica à vista dessas cenas macabras, e essa mudança “precedeu a efetiva abolição das execuções públicas” (SPIERENBURG, 1984, p. 183-184). Essa sensibilidade, que surge inicialmente num ou noutro espírito sensível isolado, sem maiores consequências, pode eventualmente se tornar um fenômeno histórico significativo em termos de adesão, perceptível em livros, jornais, discursos e petições; e ser dotado de uma força material que gera efeitos concretos – como gerou na segunda metade do século XVIII, quando uma “onda de reforma judiciária impressionou tanto seus contemporâneos quanto impressiona o leitor moderno” (PETERS, 1989, p. 109).

Alguns casos célebres galvanizaram na França, mas também além-fronteiras, uma opinião pública cada vez mais forte contra os métodos de investigar e punir dos vários *anciens régimes* europeus. Citarei dois. O primeiro é o de Damiens, hoje em dia familiar a um vasto público mundo afora depois que Michel Foucault (2014) abriu o

11 Essa expressão, praticamente com o mesmo sentido, é também adotada por David Garland (1999, p. 232), quando, ao tratar de formas de punição, refere-se a uma “sensibilidade moderna” que rechaça “a violência física aberta”.

hiperconhecido *Vigiar e punir* com a descrição detalhada do pavoroso suplício a que foi submetido. Em janeiro de 1757, Robert-François Damiens cometeu um atentado contra rei Louis XV, ferindo-o levemente com um canivete. Dois meses depois, em 28 de março do mesmo ano, Damiens conheceu no próprio corpo, durante horas, a “arte das sensações insuportáveis” – como dirá Michel Foucault (2014, p. 16) dois séculos mais tarde – exercitada pelo carrasco de Paris, que lhe arrancava pedaços de carne com tenazes e vertia chumbo derretido nas feridas, até ser esquartejado, ainda vivo, por cavalos atados aos seus braços e pernas. Mesmo numa época de comunicações pouco rápidas, o caso repercutiu sem demora no país inteiro e mesmo fora dele: em Berlim, já no dia seguinte à execução, um jornal “fornecia os detalhes aos seus leitores” (SPIERENBURG, 1984, p. 84); e na abertura do seu livro, Foucault utiliza como fontes notícias do suplício publicadas na *Gazeta de Amsterdam* apenas quatro dias mais tarde.

O segundo é o célebre “caso Calas”, ocorrido quatro anos depois. Jean Calas, comerciante de religião protestante em Toulouse, um idoso de 68 anos, foi acusado em outubro de 1761 de ter matado o próprio filho, Marc-Antoine, para impedi-lo de se converter ao catolicismo. O filho foi encontrado enforcado na própria casa onde morava com a família, num aparente suicídio. Para encobrir esse fato, considerado um crime abominável capaz de cobrir de opróbio a memória do morto e a própria família, Jean Calas preferiu reportar o caso como um assassinato cometido por um ladrão. Interrogado, Calas foi pouco convincente, e um tribunal local, alimentado por rumores que corriam segundo os quais Marc-Antoine fora assassinado para não mudar de religião, acusou Calas, bem como sua esposa e um outro filho, pelo crime. Julgado, o pai do morto foi condenado à morte na “roda”. O suplício assim se chamava porque o condenado, depois de amarrado na horizontal com o rosto virado para cima, braços e pernas abertos, tinha as articulações dos membros e o abdômen quebrados com uma barra de ferro, ficando o que o carrasco dobrava os braços e as pernas do supliciado para trás e o amarrava, também na horizontal, numa roda instalada a três metros do chão, ficando ali exposto ao público até que a morte sobreviesse. Calas passou por esse suplício em 10 de março de 1762. Numa instrução secreta, o tribunal concedeu-lhe a graça de ser estrangulado depois de duas horas de tormento. Ao conhecer os detalhes do caso, ninguém menos que Voltaire interveio.

Sua entrada em cena transformou o caso numa *cause célèbre* com “repercussões que chegaram a atingir a estrutura política e judicial do país” (PETERS, 1989, p. 98), e Voltaire terminou virando o jogo. Já no ano seguinte ao da execução, publicou um

pequeno livro, com o título pomposo de “tratado”, que passou para a história das ideias políticas como um marco contra a intolerância: *Tratado sobre a tolerância por ocasião da morte de Jean Calas*. Como o título indica, Voltaire sustentava a tese de que a condenação de Calas se dera num contexto de intolerância religiosa num país em que a confissão católica era religião de Estado e a prática do protestantismo era reprimida. Com a clareza e a ironia demolidora de sempre, o texto foi considerado um sucesso pelo público esclarecido – o mesmo, por certo, que lia Montesquieu e Beccaria –, aquele capaz de influir sobre as decisões das autoridades. Durante três anos, Voltaire animou uma intensa campanha pela reabilitação judicial do condenado e pela absolvição da mãe e do irmão de Marc-Antoine, que ainda permaneciam pendentes de julgamento definitivo. A campanha foi coroada de sucesso: o Conselho Real inicialmente anulou as sentenças em 1763 e finalmente, em 1765, absolveu todos os envolvidos.

Sobre o *Tratado* é interessante observar, como o faz a historiadora Lynn Hunt (2009, p. 73), que inicialmente o foco da fúria de Voltaire não foi o suplício da “roda” em si, mas o “fanatismo religioso” que motivou investigadores e juízes a condenar Calas a sofrê-lo. Da mesma forma, o autor não se volta contra a tortura a que Calas foi submetido antes de ser executado para denunciar os eventuais cúmplices – entre eles, um dos seus filhos e sua esposa, igualmente acusados. Como vimos, a tortura na França de então era tecnicamente designada como “questão”. Segundo a Ordenação Criminal de 1670, em vigor, havia a questão “preparatória”, que era aplicada para obtenção da confissão do acusado em certos tipos de crime que previssem a pena de morte, e a questão “prévia”, aplicada ao acusado já condenado pouco antes da sua execução, visando fazê-lo revelar os nomes de possíveis cúmplices. O tribunal local havia condenado pai, mãe e irmão de Marc-Antoine a serem submetidos à questão preparatória. Mas o *Parlement* de Toulouse – tribunal de apelação – modificou a decisão, recusando a tortura antes da condenação, mas mantendo a aplicação da questão prévia antes de sua execução. Condenado à morte, Jean Calas, aos 68 anos, antes de ter seus membros quebrados e ficar exposto por duas horas na roda, foi torturado, mas os juízes nada obtiveram, porque ele continuou clamando sua inocência. Da mesma forma Damiens, cinco anos antes, passara por esse tipo de tormento – igualmente em vão – antes de ser esquartejado em praça pública.

Tudo indica que o “caso Calas” promoveu uma mudança no próprio Voltaire, que no curso de sua campanha começou a mudar o foco de sua crítica para o próprio sistema de justiça criminal, por sua crueldade. É ainda Lynn Hunt (2009) que chama a atenção

para o fato de que na primeira edição do *Dicionário filosófico*, publicado em 1764,<sup>12</sup> o tema da tortura ainda não aparece. É apenas em 1766 que ele começa a escrever “denunciando a tortura judicial”, e posteriormente, em 1670, acrescenta um verbete com o título “tortura” numa nova edição, a sexta, do *Dicionário*, outro sucesso de público. Em se tratando de Voltaire, a ironia é de regra, e o verbete já começa dizendo, sobre a “questão”, que ela é “uma estranha maneira de questionar os homens” (VOLTAIRE, 1964, p. 368).

O “ar do tempo” tinha se adensado. Em 1764, sete anos após o calvário de Damiens, e dois anos após o de Jean Calas, é publicado o pequeno livro de Cesare Beccaria - *Dos delitos e das penas* -, o mais lido e mais contundente libelo contra as torturas e os suplícios. Na Itália, onde foi publicado, e em seguida na França, para onde foi logo traduzido, as edições se sucediam. Vertido para o inglês, foi publicado na Inglaterra, depois na Escócia e na Irlanda; e, no outro lado do mar, na Filadélfia. Seguiram-se traduções na Alemanha, na Holanda, na Polônia e na Espanha. Livros, verbetes e panfletos atacando os suplícios e as torturas já existiam, mas dessa vez “o fio d’água das publicações se tornou uma torrente” (HUNT, 2009, p. 103). Novas atitudes “sobre a tortura e sobre uma punição mais humana” (HUNT, 2009, p. 75) se cristalizaram daí em diante nos países europeus de um modo geral e nas colônias americanas.<sup>13</sup> De certo modo antecipando-se à onda, Frederico, o Grande, da Prússia - amigo e correspondente de Voltaire, aliás -, já tinha abolido a tortura em seu reino em 1754. Na década de 1770, o movimento se acelerou: a Suécia a aboliu em 1772; a Áustria e a Boêmia, em 1776 - e assim por diante. A tortura, “em muitos casos”, “tornou-se o ponto focal de grande parte da crítica iluminista do *ancien régime* e da selvageria e do arcaísmo legal e moral do antigo mundo europeu” (PETERS, 1989, p. 90).

Em 1780, finalmente, já atrasado em relação a outros países, o rei Louis XVI, mesmo receoso de “abolir as leis que são antigas e autorizadas por um longo uso”, dispôs-se enfim a agir e emitiu uma *Declaração do Rei* dispondo sobre a “abolição da questão preparatória”.<sup>14</sup> E em 1788, na antevéspera dos acontecimentos de 1789, o mesmo Louis

12 Que, aliás, tinha o título original de *Dicionário filosófico portátil* - uma alusão irônica à *Grande encyclopédie* de Diderot e D’Alembert, que nessa ocasião já contava com 17 volumes!

13 Em 1783, o governo britânico proibiu a “procissão pública” para Tyburn - local onde eram enforcados os criminosos em Londres -, que tinha se tornado “um importante entretenimento popular”. Além disso, introduziu nas execuções “o uso regular da ‘queda’, uma plataforma mais elevada” de onde o carrasco fazia cair o corpo do condenado “para assegurar enforcamentos mais rápidos e mais humanos” (HUNT, 2009, p. 76).

14 Esse documento, em versão fac-similada, pode ser encontrado no site [gallica.bnf.fr](http://gallica.bnf.fr).

XVI aboliu a “questão prévia”.<sup>15</sup> É instrutiva a leitura desse documento, pois ele reflete, de um lado, o irrefreável “ar do tempo” e, de outro, o receio, outra vez expresso, de abolir as “leis antigas autorizadas por um longo uso”. Nos seus *consideranda*, o documento real rende homenagem aos “resultados da opinião pública” e, no plural majestático, dá uma no cravo – “nosso objetivo invariável [...] é de prevenir os delitos pela certeza e pelo exemplo dos suplícios” – e outra na ferradura: “punir os malfeitores com toda a moderação que a humanidade reclama”. Especificamente sobre a “questão prévia”, diz que “novas reflexões” o convenceram “da ilusão e dos inconvenientes desse tipo de prova”, que “prolonga ordinariamente sem resultado o suplício dos condenados”. Assim resolve, “ao menos provisoriamente”, aboli-la, reservando-se, entretanto, “ainda que a contragosto”, a possibilidade de restabelecê-la “se, após alguns anos de experiência, os relatórios dos nossos juízes nos ensinarem que ela era de uma indispensável necessidade”. No ano seguinte, entretanto, o dique explodiu e levou de roldão o rei e seus juízes.

#### 4. Controvérsias

Como aqui sumariamente apresentada, a abolição dos suplícios e das torturas se enquadraria no que Edward Peters (1989, p. 93) chama de “modelo humanitário-progressista” de explicação, segundo o qual a abolição teria se dado por um progresso do espírito humano expressando-se por intermédio dos reformadores. Largamente dominante ainda hoje no “senso comum teórico dos juristas” (Warat, 1994, p. 15), essa perspectiva, atualmente, não goza de nenhum prestígio perante os praticantes das ciências sociais entre nós. De um lado, ela recende um cheiro antigo, há muito em desuso, da História como sendo “a história de grandes feitos e grandes homens” (BURKE, 2010, p. 17). Afinal, ainda que não tenham sido nem reis nem grandes chefes militares, os reformadores teriam sido capazes de influir decisivamente nos acontecimentos. De outro lado, o modelo dá um crédito demasiado à *sensibilidade* ofendida, seja dos reformadores, seja das autoridades que paulatinamente começaram as reformas na segunda metade do século XVIII, seja dos revolucionários franceses que, entre 1789 e 1791, terminaram por abolir os suplícios e as torturas. Uma espécie particular de sensibilidade, a *moderna*, teria sido um elemento crucial na história dessa abolição.

15 Para ter acesso a esse documento, mas em versão não fac-similada, digitar no Google: “*déclaration du roi abolissant provisoirement la question préalable*”.

Mas uma “sensibilidade ofendida” explicando acontecimentos históricos, numa cultura acadêmica muito influenciada pelos chamados “mestres da suspeita”<sup>16</sup> como a nossa, soa um tanto ingênuo. Tanto mais que uma explicação apelando para valores como humanismo e – mais grave ainda – progresso foi impiedosamente fulminada pelo mais vistoso mestre da suspeita contemporâneo: Michel Foucault, cujo clássico *Vigiar e punir* apresenta uma explicação oposta à do modelo e que se tornou hegemônica e praticamente incontestável entre nós. Como sabe o leitor, quando Foucault abre o livro resgatando do esquecimento o suplício de Damiens, não foi para denunciar a desumanidade daquele tipo de punição, e, sim, exercitando o cacoete bem seu de “virar as idéias aceitas de ponta cabeça” (GAY, 1988, p. 360), para dizer que as reformas não se deram por motivos humanitários, e que o fim dos suplícios não assinala nenhum progresso do espírito humano ou algo que o valha, mas a adoção de uma nova “estratégia [...] do poder de punir”. E acrescenta: “A conjuntura que viu nascer a reforma não é portanto a de uma nova sensibilidade, mas a de outra política em relação às ilegalidades” (FOUCAULT, 2014, p. 80-82, grifo nosso). Mas por que, segundo ele, os reformadores querem castigos com mais suavidade e menos sofrimento?

É verdade que, na resposta a essa questão, Foucault chega por vias transversas a admitir a existência de uma nova sensibilidade no “ar do tempo”, na medida em que se refere ao “sofrimento” a que podem estar expostos juízes e espectadores à vista de corpos sendo trucidados, o que pode ensejar efeitos indesejáveis para as autoridades. Diz ele: “O sofrimento que deve ser excluído pela suavização das penas é o dos juízes ou dos espectadores com tudo o que pode acarretar de endurecimento, de ferocidade trazida pelo hábito, ou, ao contrário, de piedade indevida, de indulgência sem fundamento” (FOUCAULT, 2014, p. 90). E desenvolve toda uma série de considerações sobre as razões estratégicas para o abandono das cruéis execuções públicas, ou seja, o “controle dos efeitos” que elas acarretavam, entre os quais as chamadas “emoções de cadafalso”, o que era sempre motivo de temor por parte das autoridades, pois se receava que o “carnaval” degenerasse em revolta. E quanto ao sofrimento do próprio condenado? Foucault (2014) chega a formular essa pergunta: “No abandono da liturgia dos suplícios, que papel tiveram os sentimentos de humanidade para com os condenados?”. A pergunta é pertinente, mas parece que ele a faz a contragosto, ou num momento de distração,

16 Epíteto com que se designam os três grandes nomes que, na contemporaneidade, puxaram a investigação sobre os fenômenos sociais para o terreno do escondido e do inconfessável: Marx, Nietzsche e Freud.

· LUCIANO OLIVEIRA

porque ela fica solta e sozinha no ar: ele simplesmente não responde a ela! Em nenhum instante, muito pelo contrário, Foucault considera a possibilidade de que Beccaria e os demais reformadores pudessem – eventuais razões estratégicas à parte – estar agindo por um genuíno impulso de sensibilidade humana.

A hermenêutica suspeitosa de Foucault mereceu de David Garland (1999, p. 231, grifo nosso) a seguinte observação, que subscrevo: “A ênfase [...] nas estratégias [...] que atuam sobre o castigo ocultou o importante papel que desempenham os valores e as sensibilidades culturais para dar forma e limites às medidas penais”. É o caso. A análise foucaultiana não dá nenhuma importância analítica a um dos aspectos mais cruciais dessa história: a coisa mesma, ou seja, um corpo – no caso, o de Damiens – sendo atenuado durante horas e depois esquartejado ainda vivo, bem como o horror que ela inspira. Para ele não tem nenhuma importância, na explicação que dá para o abandono dessas práticas, sensibilidades ofendidas como as de um Giacomo Casanova – aventureiro, sedutor, mas também homem das Luzes e correspondente de celebridades como Voltaire. Casanova estava presente na praça onde se deu o suplício de Damiens e nas suas *Memórias*, ao relatá-lo, pede desculpas ao leitor por não fornecer uma descrição do que se passou, porque “tais horrores são um ultraje à natureza”. Quando ouviu os “gritos dilacerantes” do infeliz, diz ele: “fui forçado a virar o rosto e tapar os ouvidos” (CASANOVA, s. d., p. 400). É a mesma linguagem de Montesquieu ao ouvir o “grito da natureza” e encerrar rapidamente o capítulo que estava escrevendo sobre a tortura. Antes de seguir, abro uma nota metodológica.

#### 4.1 Nota metodológica

Apesar de este texto ter como foco a abolição especificamente da tortura, até aqui vim falando dela e dos suplícios de modo não diferenciado. Até certo ponto é possível fazê-lo, na medida em que a abolição daquela e destes se dá no quadro de uma mesma crítica aos métodos cruéis do direito penal do *Ancien Régime*. Nos relatos das reformas penais impulsionadas pelo Iluminismo, torturas e suplícios muitas vezes se confundem na história de sua abolição.<sup>17</sup> Quando Beccaria, por exemplo, escreve *Dos delitos e das penas*, ele não diferencia as duas coisas, condenando-as igualmente. Mas, à parte a crueldade

<sup>17</sup> Observo que não é o caso do livro de Michel Foucault, que tem por objeto específico os suplícios e praticamente não fala da tortura.

que lhes é comum, são coisas diversas nas suas motivações, na sua operacionalização e nas suas consequências.

Nas motivações: os suplícios eram castigos; as torturas, métodos de investigação. Havia a “preparatória”, para obtenção da confissão, e havia a “prévia”, aplicada ao acusado já condenado pouco antes da execução, para obtenção de nomes dos cúmplices. Na operacionalização: enquanto os suplícios sempre foram públicos, a tortura sempre foi aplicada longe dos olhares do público. Nas consequências: ao ser exercida nos porões, a tortura sempre esteve protegida da condenação decorrente da repulsa que causava no que estou chamando de “sensibilidade moderna”. Numa palavra, a diferença entre uma coisa e outra tem repercussões analíticas. Isso fica claro quando se considera o argumento de Foucault segundo o qual, como vimos, a abolição dos suplícios visava controlar os “efeitos” que eles acarretavam, havendo o temor de que as “emoções de cadafalso” degenerassem em revolta. Ora, se esse temor teve - e provavelmente teve - algum papel no comportamento estratégico das autoridades privando o público do espetáculo da “arte das sensações insuportáveis”, obviamente não deve ter tido nenhuma influência na decisão de abolir práticas que se davam distante dos seus olhos. Por isso, com mais razão ainda considero que no caso da tortura a repulsa à crueldade que lhe é inerente tem um papel de forma alguma negligenciável na decisão de aboli-la. Essa repulsa, como veremos adiante, não foi inventada *ex nihilo* por reformadores como Voltaire e Beccaria, mas eles galvanizaram um sentimento de rejeição que já estava no “ar” fazia tempo; e, como autores populares que foram, exerceram sem dúvida uma influência na sequência dos acontecimentos.<sup>18</sup> Sua real importância, contudo, foi na mesma época do aparecimento do livro de Foucault contestada por um historiador de nomeada que a classificou como sendo um “conto de fadas” (LANGBEIN, 2006, p. 10). Assim, antes de seguir, façamos uma breve parada para ver o que ele diz.

## 5. Um “conto de fadas”?

Sem nem de longe gozar do prestígio que tem um Foucault perante o grande público, John Langbein (2006), entretanto, é autor de um livro - *A tortura e a lei das provas* - que é

18 Chegaria a dizer - não sem uma pitada de satisfação - que, se um livro de grande repercussão como *Dos delitos e das penas* foi, no século XVIII, um importante catalisador dos sentimentos contra os suplícios e a tortura, de análoga maneira um livro de enorme repercussão como *Vigiar e punir* foi e continua sendo um importante catalisador dos sentimentos contra a prisão hoje em dia - e com carradas de razão - tão espalhado.

uma passagem obrigatória nos estudos sobre a influência real dos reformadores penais na abolição da tortura na segunda metade do século XVIII. A “lenda” que se constituiu desde então é assim esquematicamente apresentada pelo autor:

O sistema de tortura judicial persistia incólume no século XVIII. Então surgiu uma série de hábeis publicistas, notadamente Beccaria e Voltaire, que revelaram as incuráveis deficiências da jurisprudência da tortura. Esses escritores chocaram a consciência da Europa e inspiraram os grandes monarcas das Luzes a abolir a tortura (LANGBEIN, 2006, p. 10).

Esse sistema permaneceu formalmente em vigor até meados do século XVIII, é verdade, mas não “incólume”, é o que diz John Langbein (2006), para quem o sistema romano-canônico de provas começou a perder força bem antes. A tese que Langbein defende é a de que a abolição da tortura repousa sobre algo bem mais prosaico do que “a consciência da Europa” despertada pelos escritos de “hábeis publicistas”. Para Langbein (2006, p. 49), ela repousa sobre duas mudanças que aos poucos se operaram no direito penal já a partir dos séculos XVI e XVII: de um lado, “o desenvolvimento de novas formas de punição para crimes sérios – prisão e os vários modos de trabalhos forçados” –, de onde resultou, de outro lado, que “os tribunais se julgaram competentes para impor as novas e menos rigorosas punições de acordo com um padrão menos rigoroso de provas”. Dentro desse novo padrão – que ele também chama de “revolução –, a convicção subjetiva dos juízes liberava-os da busca a todo custo da certeza objetiva, propiciada pela confissão. Esse padrão menos exigente de provas tinha existido na Idade Média para casos de pequenos crimes, os chamados *delicta levia*, em relação aos quais “a investigação sob tortura era proibida” (LANGBEIN, 2006, p. 13). O que aconteceu a partir dos séculos XVI e XVII foi que os tribunais, por extensão e analogia, começaram a aplicar as novas sanções de prisão e trabalhos forçados em casos de crimes sérios, quando a prova plena era impossível de ser obtida. O sistema romano-canônico continuou existindo para os “casos fáceis” – aqueles em que havia duas testemunhas oculares ou a confissão –, mas, no novo sistema de provas, a punição tornava-se possível mesmo que o acusado não confessasse o crime. Em resumo, “um tribunal no século XVIII já não era obrigado a encarar a horrível escolha que o sistema romano-canônico impunha na Idade Média” (LANGBEIN, 2006, p. 50) – entendendo-se por “horrível escolha” a decisão de submeter alguém à tortura.

O trabalho de Langbein é um desses que se tornam incontornáveis no trato dessa matéria. Mas nem por isso é a última palavra sobre o assunto. Uma das questões que

podem lhe ser endereçadas é a seguinte: mas por que isso aconteceu? Ou seja: por que os tribunais construíram uma jurisprudência que dispensava a confissão para condenar alguém – mesmo para “crimes sérios”? Responder-se-ia: porque doravante não se era obrigado a condená-lo à morte. Mas a resposta apenas desloca a questão para outro patamar: e por que não se recorria mais à tortura para obter a confissão e, assim, condenar à morte com a mesma boa consciência de antanho? A resposta do autor nos deixa sem resposta: “Não sabemos dizer com precisão por que a revolução na lei das provas teve lugar” (LANGBEIN, 2006, p. 55). Para ele, foi quando a confissão obtida por quais meios fossem se tornou dispensável que a “tortura judicial finalmente ficou vulnerável à antiga crítica abolicionista” (LANGBEIN, 2006, p. 60). Mas a pergunta insistente permanece: e por que se dispensou a confissão a qualquer custo?

Langbein se defronta com a questão que o próprio Foucault já havia levantado sobre que papel tiveram os sentimentos de humanidade para com os condenados na abolição dos suplícios. Como vimos, Foucault não responde a ela. Já Langbein, mesmo não respondendo com todas as letras, acena a uma resposta que vai no sentido da tese que aqui exploro: os juízes, para além de razões que hoje poderíamos até chamar de corporativas – liberdade para julgar com base no livre convencimento –, “podem também ter sido motivados por razões humanitárias”, na medida em que “o novo sistema de provas e de punição permitia-lhes diminuir o uso de punições de sangue e de tortura” (LANGBEIN, 2006, p. 57, grifo nosso). Ao final do seu argumento, Langbein, mesmo tendo colocado na pauta da discussão a tese do “conto de fadas”, termina reconhecendo que os grandes “publicistas” – Voltaire, Beccaria etc. – “exerceram algum papel” na abolição da tortura judicial no século XVIII. E conclui dizendo que “o erro dos historiadores” que aceitaram facilmente o “conto” tem sido o de “ignorar o enorme significado das mudanças” que se deram no “interior dos sistemas legais europeus” e que a tornaram “possível” (LANGBEIN, 2006, p. 69). No frígido dos ovos, o que se verifica é que a tese do “conto de fadas” parece mais uma fórmula para causar impacto do que uma fortaleza inexpugnável, pois o próprio autor admite que “razões humanitárias” podem ter se infiltrado entre suas frestas. Exploremos algumas dessas infiltrações...

## 6. É “horrível” – disse Frederico, o Grande

Como vimos, a tortura foi abolida na Prússia por Frederico, o Grande, em 1754. A decisão não foi um raio inesperado em céu azul, pois o processo de abolição já estava paulatina-

mente em curso fazia tempo. Quando ele acedeu ao trono, em 1740, a tortura judicial ainda estava formalmente em vigor. Mas 20 anos antes, em 1720, o imperador de então, seu pai, tinha “exigido que toda sentença de tortura fosse submetida à aprovação real antes de ser executada” (LANGBEIN, 2006, p. 61). Em 1752, o novo imperador autorizou o uso da tortura pela última vez, no caso de um crime especialmente atroz. Mas aproveitou a ocasião para tornar clara sua hostilidade aos tormentos e anunciou o que iria dois anos mais tarde se tornar a razão da abolição definitiva: “A confissão não deveria ser necessária para condenar, ele disse, quando ‘as circunstâncias’ são claras e completamente provadas contra o culpado”. E quando finalmente decretou o seu fim, “explicou que estava abolindo a tortura porque ela era ‘horrível’ e ‘um meio incerto para descobrir a verdade’” (LANGBEIN, 2006, p. 62).

As razões expostas por Frederico, o Grande, não deixam de ir ao encontro da tese principal de Langbein: aboliu-se a tortura porque os juízes passaram a ter “liberdade para basear os julgamentos” no livre convencimento quando “as circunstâncias” eram claras, já não sendo necessária a confissão para uma condenação. Mas é preciso atentar igualmente para outras observações de Langbein que, a meu ver, subsidiam uma tese secundária presente no seu trabalho: a existência de uma sensibilidade contra a tortura também presente naqueles que, em posições de poder, tomaram a decisão de aboli-la. Como vimos, ele mesmo reconhece que a reivindicação da corporação judiciária para exercer o livre convencimento pode também ter sido motivada “por razões humanitárias”, na medida em que a nova interpretação do sistema romano-canônico liberava os juízes da “horrível escolha” de submeter alguém às excruciantes dores dos tormentos. Frederico, o Grande, disse que a tortura era “horrível”, e Louis XVI, quando aboliu a “questão prévia”, disse que era uma “ilusão” esperar resultados de tormentos infligidos ao condenado pouco antes da execução que valessem a pena e que aplicá-la apenas “prolonga” inutilmente o seu “suplício”. Ancorando-se na “moderação que a humanidade reclama”, anunciou que, se tivesse de voltar atrás na sua decisão, faria isso “a contragosto”. Por que não acreditar nele?

Tanto mais que toda a argumentação arguta e erudita de Langbein diz respeito – mas isso não fica claro no seu livro – à abolição da tortura como “questão preparatória”, aplicada para obter a confissão, e não como “questão prévia”, aplicada para obter informações sobre possíveis cúmplices. Se, de acordo com a tese do autor, as razões para a abolição da primeira, em 1780, repousam no fato de que a confissão não era mais necessária para uma condenação, o argumento não serve para explicar a abolição da segunda,

em 1788. Afinal, a condenação já tinha sido proferida. E, nesse caso – o da “questão prévia” –, tratava-se apenas de tripudiar sobre um corpo que, de toda forma, já estava condenado ao cadafalso. Um sofrimento a mais, um sofrimento a menos, qual a diferença? Claro, daquele corpo podiam-se ainda obter informações úteis. Mas, se nos colocarmos no interior da lógica de Langbein, somos obrigados a concluir que sua explicação não se aplica a essa segunda abolição. E que explicação haveria?

Este ensaio, como já ficou claro, investe na tese – por assim dizer “idealista” – de que uma sensibilidade que repudia a tortura impregna o “ar do tempo” na segunda metade do século XVIII. É um ar respirado tanto por aventureiros como Casanova quanto por figuras ilustres que hoje chamaríamos de formadores de opinião, como Voltaire, Beccaria, Marat etc.; e mesmo – por que não? – por monarcas como Frederico, o Grande, e Louis XVI. Mas até por juízes que mandavam torturar e supliciar, certo, mas para quem, também, a inflição de “dores inúteis” devia doravante ser evitada: “Depois de 1750, os *parlements* franceses [...] ordenavam mais amiúde que o condenado fosse estrangulado antes de ser queimado na fogueira ou colocado sobre a roda” (HUNT, 2009, p. 102). A ordem, conhecida como *retentum*, muitas vezes era aplicada pelo carrasco “secretamente”, para que o escamoteamento da “exibição de punição violenta não diminuísse a impressão causada no público” (SPIERENBURG, 1984, p. 72). Vemos aí, ao mesmo tempo, preocupações estratégicas e sentimentos humanos – para não dizer humanitários – misturados. São razões contrárias, mas não contraditórias. David Garland (1999, p. 232), um autor que também defende a existência de uma “sensibilidade moderna” a influir nas reformas, observa que toda tentativa de “desentranhar a motivação” dos reformadores penais – em todos os tempos e lugares, e seja qual for a reforma – “deve contemplar a interação da consciência e da conveniência, dos sentimentos elevados e dos interesses mesquinhos” – com o que concordo.

Para Edward Peters (1989, p. 98), “de todas as correntes de resistência à tortura, talvez a moral seja geralmente a mais simpática e menos mensurável em influência”. Talvez. Afinal, uma figura como o “ar do tempo” é, por definição, algo difícil de se mensurar. Mas nem por isso é menos real do que as chamadas “forças materiais”, que são operadas por pessoas que o respiram. Quem causa o que, ou influencia quem, essa é uma questão impossível de ser deslindada, tanto quanto é impossível saber quem nasce primeiro: se o ovo, se a galinha. John Langbein (2006, p. 69, grifo nosso) diz esperar “ter mostrado por que a revolução na lei das provas *deve* ser o ponto inicial para se reescrever a história da abolição da tortura judicial”. Mas poderíamos trocar o modo verbal “deve”

· LUCIANO OLIVEIRA

pelo modo verbal “pode” e, num raciocínio circular, igualmente dizer que uma nova sensibilidade ante o sofrimento dos torturados *pode* ser o ponto inicial para se contar a mesma história. Como o próprio Langbein reconhece, não se sabe por que a “revolução na lei das provas” aconteceu. O que é reconhecer que, no fundo, ninguém sabe onde começa um círculo!

Aquele de que nos ocupamos, aliás, já girava desde os séculos XVI e XVII, como vimos. Outro importante historiador da abolição da tortura judicial, Alec Mellor (1961, p. 126), informa que, quando, sob o reinado de Louis XIV, foi editada a legislação francesa ainda em vigor no século XVIII, a *Ordenação Criminal* de 1670, a tortura já aparece para muitos como “nem útil nem moral”, tendo sido mantida pelo rei “sem grande convicção”. Com efeito, quando, mais de um século depois, em 1780, Louis XVI emite sua *Declaração* abolindo a “questão preparatória”, o texto menciona esse descrédito já antigo como uma justificativa para finalmente aboli-la:

Fomos informados que por ocasião das conferências havidas previamente à redação da Ordenação do mês de Agosto de mil setecentos e sessenta, Magistrados recomendáveis por uma grande capacidade & por uma experiência consumada, tendo-se explicado sobre esse gênero de Questão, teriam declarado que ela lhes tinha sempre parecido inútil, que era raro que a Questão preparatória tivesse extraído a verdade da boca de um Acusado & que havia fortes razões para suprimir seu uso, & nos parece que não se cedeu então senão por uma espécie de respeito por sua antiguidade.<sup>19</sup>

Mellor reporta uma curiosa troca de correspondência entre Pussort, um ministro de Louis XIV, e Lamoignon, um magistrado de Paris, a respeito da maneira de “dar a questão”. Lamoignon, preocupado com o fato de que o artigo da *Ordenação* de 1670 que disciplinava o assunto não entrava em detalhes, dirige-se a Pussort para manifestar sua inquietação e pedir-lhe maiores esclarecimentos: “Seria desejável que a maneira de dar a questão fosse uniforme em todo o reino, porque em certos lugares dar-se-á tão rudemente que aquele que a sofre fica sem condições de poder trabalhar e permanece muitas vezes estropiado o resto dos seus dias” (MELLOR, 1961, p. 128). A resposta de Pussort é surpreendente. Ele tranquiliza Lamoignon dizendo estar “subentendido” no artigo em questão que os juízes deverão ter o cuidado de não estropiar suas vítimas, mas, ao

<sup>19</sup> Ver nota 14, supra.

mesmo tempo, esclarece que “seria difícil tornar a questão uniforme”, porque a sua “descrição [...] seria indecente numa Ordenação” (MELLOR, 1961, p. 128, grifo nosso).

À medida que o século XVIII avança, um sentimento hostil à tortura vai ganhando as opiniões mais ilustres no âmbito do próprio mundo jurídico. É o caso, para só citar dois nomes entre os mais conhecidos dos historiadores do direito, de Serpillon e Pothier – ambos tendo exercido a magistratura e, portanto, tendo se defrontado com o dilema de submeter um acusado à “indecência”. O primeiro chegou a escrever que “não se pode achar nada de mais cruel e mais injusto do que a Questão preparatória”. Ao que tudo indica ele sabia do que estava falando, pois, segundo o próprio testemunho, “assistiu” à sua aplicação “duas vezes, uma delas a propósito do caso de um indivíduo acusado de quinze assassinatos” (MELLOR, 1961, p. 185). Quanto a Pothier, no panegírico fúnebre feito em sua homenagem, o oficiante escreveu que seus pares “evitava[m] distribuir-lhe processos criminais nos quais se previa que a questão podia ser ordenada, porque ele não era capaz de suportar o espetáculo” (MELLOR, 1961, p. 186).

## 7. Para concluir

Haveria ainda muito o que dizer sobre essa – se me permitem o jogo de palavras – *questão*. Por exemplo: se as críticas à tortura são bem mais antigas do que a versão hagiográfica que imputa sua abolição à influência de “hábeis publicistas” como Voltaire e Beccaria sobre a “consciência da Europa” na segunda metade do século XVIII, caberia perguntar: por que só então ela ocorreu? Alec Mellor faz algumas considerações interessantes nesse sentido. Ele lembra, primeiramente, que “quase todos os antigos abolicionistas são teólogos ou humanistas, sábios que escrevem frequentemente em latim, para uma elite restrita”. Diferente disso é o contexto em que é publicado o “opúsculo de Beccaria”, escrito em língua vernácula e “agradável de ler, acessível a todos”. “Além disso – continua –, a sociedade do século XVIII prestava-se maravilhosamente à difusão do que foi chamado de ideias-forças” (MELLOR, 1961, p. 136-137). Essa é uma realidade bastante conhecida. No século XVIII, diferentemente do tempo modorrento em que viveu Montaigne, os burgos cresciam, a imprensa escrita proliferava, os *cafés* se multiplicavam reverberando as “ideias francesas” da *Grande encyclopédie* de Diderot e de autores subversivos como Voltaire etc. Numa palavra, já havia, no sentido moderno do termo, uma “opinião pública” – expressão que vimos constar na *Declaração* de Louis XVI abolindo a “questão prévia” –, e essa opinião era cada vez mais hostil ao *Ancien Régime* e às suas práticas judiciais desumanas.

Mas por que se adensou uma forte corrente de opinião contra os suplícios e as torturas – dito de um modo mais *empírico*: por que mais e mais pessoas desenvolveram um sentimento de “repugnância” (SPIERENBURG, 1984, p. 184) ante essas práticas –, há controvérsias. Um historiador da envergadura de Paul Veyne (1978, p. 387), por exemplo, num texto dedicado a Foucault e simpático às suas teses, observa que, desde a época dos combates de gladiadores, “a multidão sempre se precipitou para ver os suplícios”; e, de um jeito um tanto debochado, diz que “o humanitarismo só existe em uma pequena minoria de pessoas com nervos fracos”. De fato, quando a Revolução Francesa enterrou de vez os suplícios em 1791, não haviam transcorrido senão pouco mais de 30 anos desde que uma multidão ululante afluía à praça pública em que Damiens foi trucidado. Pouco se sabe sobre o que sentiam essas pessoas. Até porque a famosa plebe rude e ignara não costuma escrever livros. Quem os escreve é um Casanova, que lá estava, e que sentiu repugnância. É legítimo se perguntar: não teria havido outros espectadores que de lá também saíram enojados?

Seja como for, o fato é que os “publicistas” que clamavam pelo fim desses horrores, apesar de constituírem numericamente uma minoria, compunham um grupo sociologicamente importante por sua capacidade – como, aliás, ocorre em todos os tempos e lugares – de influir nas decisões emanadas da esfera pública. Um simples exemplo. No curso da campanha desenvolvida por Voltaire pela reabilitação de Calas, o caso tinha se tornado uma *cause célèbre*, o que levou o próprio rei – Louis XV – a conceder uma audiência à infeliz família do supliciado. E veio a reabilitação. Mais tarde, já no reinado de Louis VI, vieram as abolições das “questões”. Teria havido alguma relação entre esses eventos pertencentes ao mesmo “ar do tempo”? É possível. Se sim, a lição que fica é a de que argumentos morais não são puramente “ideias”, na medida em que têm uma *materialidade* atestada pelo fato de que, em seu nome, algumas pessoas agem – e, ao agirem, algumas interferem no mundo. Mas o mundo gira, e nem sempre no sentido que os humanistas desejam.

\*\*\*

Em 1874, Victor Hugo disse uma frase célebre: “a tortura deixou de existir”. Em 1958, Jean-Paul Sartre escreveu outra igualmente famosa: “a tortura é uma praga que infecta toda nossa era”. As duas frases assinalam dois fenômenos históricos conhecidos: de um lado, a abolição da tortura, de direito e de fato, em todos os países europeus

entre o final do século XVIII e as primeiras décadas do século XX; de outro, o seu reaparecimento – não de direito, mas de fato – como prática que muitos desses mesmos países adotaram em diversos momentos de sua história no século passado. Os historiadores são unânimes: entre fins do século XVIII e o aparecimento dos Estados totalitários depois da Primeira Guerra Mundial, a tortura tinha cessado de existir na Europa. Passado pouco mais de um século da sua abolição, porém, ela foi trazida de volta pelos regimes totalitários – o comunismo e o nazismo, notadamente – que fizeram da tortura um instrumento de combate aos respectivos “inimigos internos”. Em seguida à Segunda Guerra Mundial, os dois maiores países da Europa Ocidental saídos vencedores do conflito, a França e a Inglaterra, depois de promoverem com a União Soviética e os Estados Unidos o Julgamento de Nuremberg, caíram nas décadas seguintes na mesma tentação de empregar métodos pelos quais condenaram os vencidos da véspera: os franceses nas guerras de libertação nacional na Indochina e na Argélia, já nos anos 1950; e, nos anos 1960, os ingleses na Irlanda do Norte. Mais recentemente, já em pleno século XXI, os Estados Unidos valeram-se da tortura aplicada por seus *experts* em prisões instaladas fora do território norte-americano nas guerras que promoveram depois dos ataques terroristas de setembro de 2001.

No caso de países periféricos como o Brasil, a história é outra. Submetidos à influência cultural europeia no momento da nossa independência, a tortura foi também oficialmente abolida entre nós pela Constituição do Império de 1824. Aqui, todavia, essa abolição foi quase sempre um ato de fachada ou, em todo caso, válida apenas para os bem-nascidos, enquanto a massa de desprivilegiados continuou, como sempre – e até os dias de hoje –, submetida ao arbítrio policial e ao seu arsenal de maus-tratos de todos conhecido. Outro é o caso, pelas repercussões e consequências, quando, em períodos de exceção, as classes médias e mesmo altas perdem momentaneamente suas imunidades sociais e caem no rol das “classes torturáveis” – para usar uma expressão do escritor inglês Graham Greene (1959) no romance *Nosso homem em Havana*. Foi o que aconteceu na ditadura do Estado Novo de Getúlio Vargas, e foi o que voltou a acontecer durante a ditadura instalada pelos militares, sobretudo após a edição do Ato Institucional nº 5 (AI-5), quando a tortura passou a fazer parte do arsenal “normal” do regime para combater seus opositores – tenham eles aderido à luta armada ou não.

· LUCIANO OLIVEIRA

Mas tudo isso é outra história, e assunto para outra ocasião. Neste texto, apenas quis explorar – fazendo da abolição da tortura judicial no século XVIII uma espécie de estudo de caso – a existência, na modernidade, de algo que chamei de “sensibilidade moderna” – um fenômeno aparentemente “imaterial”, mas capaz de produzir efeitos *materiais*. Numa cultura acadêmica fortemente influenciada pela “suspeição” foucaultiana como a nossa – em que chega a ser um cacoete a conhecida pergunta: “Mas o que é que está por trás disso?” –, a ideia de uma sensibilidade que não suporta a infligência de sofrimento físico como fator explicativo de acontecimentos históricos não costuma merecer crédito. Quis atribuir-lhe algum explorando a crônica da abolição dos suplícios e da tortura no século XVIII, acontecimento que, a meu ver, mostra que se trata de uma ideia heurísticamente *valiosa* – histórica e sociologicamente falando. Para além – ou para aquém – disso, ela me é pessoalmente *valiosa* porque, como Montaigne, Montesquieu, Voltaire e Beccaria, considero que torturar ou supliciar alguém é o *nec plus ultra* da crueldade – infligir deliberadamente dores insuportáveis num corpo – e da covardia – porque se trata de um corpo imobilizado! Paul Veyne tinha razão: eu sou um homem de nervos fracos.

## REFERÊNCIAS

- BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Edipro, 2015.
- BURKE, P. *A Escola dos Annales (1929-1989): a revolução francesa da historiografia*. São Paulo: Edusp, 2010.
- CASANOVA. *Mémoires de J. Casanova de Seingalt écrits par lui-même*. Paris: Garnier, [s. d.].
- FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 2014.
- GARLAND, D. *Castigo y sociedad moderna*. Coyacán, Madrid: Siglo Veintiuno Editores, 1999.
- GAY, P. *A educação dos sentidos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. (Coleção A experiência burguesa: da rainha Vitória a Freud).
- GREENE, G. *Nosso homem em Havana*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1959.
- HUNT, L. *A invenção dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- LANGBEIN, J. H. *Torture and the law of proof*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006.
- LASKI, H. *El liberalismo europeo*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económico, 1953.
- MARAT, J.-P. *Plano de legislação criminal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- MELLOR, A. *La torture: son histoire, son abolition, as réapparition au XXème siècle*. Tours: Maison Mame, 1961.

MONTAIGNE, M. de. *Ensaaios*. São Paulo: Abril, 1972. (Os pensadores).

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

OLIVEIRA, L. *Imagens da democracia: os direitos humanos e o pensamento político de esquerda no Brasil*. Recife: Pindorama, 1995.

OLIVEIRA, L. Quando Casanova virou o rosto e tapou os ouvidos. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 8, n. 3, 2021, p. 8-28.

PETERS, E. *Tortura*. São Paulo: Ática, 1989.

SPIERENBURG, P. *The spectacle of suffering*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

TOCQUEVILLE, A. de. *De la démocratie en Amérique*. Paris: Garnier-Flammarion, 1981.

VEYNE, P. Foucault révolutionne l'histoire. In: VEYNE, P. *Comment on écrit l'Histoire*. Paris: Éditions du Seuil, 1978. (Points Histoire).

VOLTAIRE. *Dictionnaire philosophique*. Paris: Garnier-Flammarion, 1964.

WARAT, L. A. *Introdução Geral ao Direito - I*. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 1994.