

Porto Alegre, ano 1, nº 1, jan./jun. 1999, pp. 64 - 95

Alguns obstáculos a uma mutação "humanista" do direito penal

ALVARO PENNA PIRES

Professor do
Departamento de
Criminologia - Faculdade
de Ciências Sociais -
Universidade de Ottawa,
Ottawa, Canadá

Minha exposição terá por objeto certos embaraços ou obstáculos que surgem quando se tenta pensar em uma reforma de profundidade do direito criminal, que seja ao mesmo tempo "humanista"¹ e realista. Para entrar diretamente no assunto, digamos que eu parto de dois pressupostos estreitamente ligados que, por não poder apresentar convenientemente, quero pelo menos mencionar. O primeiro é que, em nossa sociedade contemporânea, o direito positivo em geral tem um papel importante a desempenhar na regulação de certos problemas e conflitos sociais, ainda que ele não constitua, via de regra, a solução definitiva nem necessariamente a mais eficaz ou, ainda, a mais desejável para esses problemas.

O segundo pressuposto é que nossa maneira de conceber a intervenção jurídica, particularmente em matéria penal, é excessivamente repressiva, obsoleta, ancorada em pressupostos filosóficos, sociológicos e psicológicos que reclamam uma revisão de fundo; e, o que é mais, ela é contraditória e inadequada em relação aos tipos de problemas de que os tribunais penais tratam. Estou consciente de que expresse assim um ponto de vista que está, senão em vias de extinção, pelo menos em dificuldades na hora atual. Esse ponto de vista, ao qual

1 Estou consciente de que a palavra "humanista" é equivocada em matéria penal, mas não encontrei outras para substituí-la. Espero que a seqüência do texto esclarecerá a significação dada aqui.

retornarei posteriormente, favorece a criatividade e a imaginação jurídica em matéria penal, mais do que a simples reprodução da maneira pensar dominante nos séculos XVIII e XIX. É claro que não se trata de uma petição de princípio contra tudo o que foi dito no passado, mas antes, de um desacordo sobre o que insistimos em querer conservar do passado em matéria penal, considerada nossa situação e nossos conhecimentos atuais.

Simplificando radicalmente as coisas, pode-se dizer, primeiro pela negativa, que ele se opõe a tudo o que obstaculiza formas de intervenção jurídica menos repressivas e menos coercitivas tanto em relação aos acusados quanto às vítimas. Em seguida, positivamente, esse ponto de vista quer favorecer uma profunda revisão crítica do direito penal, de modo a dar um novo impulso ao processo de humanização de modos jurídicos de resolução de conflitos em matéria penal, que se encontrou bloqueado, em pontos essenciais, desde o fim do século XIX. Segundo esta visão das coisas, seria chegado o momento de operar uma mutação importante na maneira de conceber o "direito criminal".

Para fazê-lo, é necessário, entre outras coisas, esclarecer certas problemáticas atuais relativas à nossa maneira de pensar o direito (penal). Apresentarei estas problemáticas sob a forma de "obstáculos" à mudança. Entendo por isso maneiras de organizar certos princípios, ou maneiras de pensar próprias da cultura jurídica dos séculos XVIII e XIX, que algumas pessoas percebem ainda hoje como sinais de um progresso inegável, ao passo que também se pode ver aí, de fato, uma espécie de recuo ou de deplorável bloqueio a um verdadeiro processo de humanização e de atualização do direito. Na realidade, os discursos contemporâneos sobre a reforma do direito penal são ainda fundamentalmente marcados por certos conhecimentos e concepções da modernidade. Ora, esses "conhecimentos", independentemente de sua contribuição para a evolução de nossa cultura jurídica em geral, tornaram-se hoje verdadeiros obstáculos "mentais" a uma mutação do direito: agem como sistemas de pensamento, que nos impedem de sair de uma certa rotina e de um certo espaço fechado que nós mesmos construímos e que agora nos sufocam.

Não sei se vocês já ouviram falar disso, mas construímos, em matéria penal, uma verdadeira "garrafa para moscas". Essas garrafas foram utilizadas para fazer certas experiências e serviram para elucidar de alguma maneira como reagimos, do ponto de vista do conhecimento, em algumas circunstâncias. Re-

tomo aqui a descrição feita por Watzlawick:

[essas garrafas] tinham uma larga abertura em forma de funil, dando a aparência de segurança às moscas que se aventuravam no gargalo sempre mais estreito do recipiente. Uma vez no bojo da garrafa, a única maneira de a mosca poder sair era servir-se do mesmo conduto estreito pelo qual entrara. Porém, vista de dentro, ele lhe parecia ainda mais estreito e perigoso do que o espaço no qual ela se encontrava prisioneira (1988, p. 269).

Então, ela procurava a saída onde esta não estava, no caso, no espaço aparentemente mais aberto e mais seguro do fundo da garrafa, e acabava por morrer na garrafa, mesmo que a saída não estivesse arrolhada. Segundo Wittgenstein, continua Watzlawick: *seria necessário, em tal situação, convencer a mosca de que a única solução para seu dilema era de fato aquela que parecia a menos apropriada e a mais perigosa (1988, p. 269)*: era preciso retomar o caminho inverso, aventurar-se no gargalo estreito da garrafa para reconquistar sua liberdade. Porém o que aconteceria com nossa esperança de nos libertarmos *se todas as soluções que imaginamos sempre levam apenas à mesma coisa?...* (1988, p.269)².

Uma das heranças da modernidade – que se tornou contraproducente hoje – é exatamente esta “garrafa para moscas” em matéria jurídica. O direito é representado aqui de uma maneira dicotômica: um direito civil voltado para o mundo privado e doméstico ou para os interesses privados das partes em litígio e um direito criminal voltado para o mundo público e os interesses da coletividade, com exclusão dos interesses das partes (salvo se estes coincidem com os primeiros). O primeiro é imaginativo, flexível e criador: escuta a queixosa, aceita a negociação e a mediação entre as partes, partilha o meu e o seu buscando a justiça e a equidade, pode impor reparações e invoca prescrições de diversos tipos. O segundo é o primo pobre da família: mal equipado e limitado do ponto de vista das decisões possíveis para resolver os conflitos, foi atribuída a ele a simples função de distribuir o mal e de pagar na mesma moeda. Insatisfeitos com

2. Tomamos esta imagem de um outro trabalho. Ver Pires e Acosta (1994).

este papel, debatemo-nos no fundo da garrafa para fazer outra coisa, mas cada vez que nos voltamos para o gargalo da garrafa para sair, voltamos rapidamente para o fundo e recomeçamos a imaginar soluções, que reforçam muito mais as paredes dessa garrafa que nos sufoca. Eis o paradoxo.

Na verdade, desde Beccaria (1764), o discurso sobre as decisões jurídicas em matéria penal – e particularmente sobre as sanções – alicerça-se sobre uma nítida diferenciação entre a “justiça criminal” e a “justiça civil”. Esta oposição, por mais artificial que seja, constitui ainda o pano de fundo de nossa cultura jurídica: aprendemos não só a representar estes dois sistemas como “naturalmente” diferentes, mas mais fundamentalmente ainda, a lutar para conservá-los os mais distintos possível um do outro. No entanto, como dava a entender um jurista alemão, Radbruch (1959, p. 221), a evolução do direito penal deveria ir no sentido de transcender o próprio direito penal: *a melhor reforma do direito penal consistiria na substituição não de um direito penal melhor, mas, antes, de algo melhor*, conforme o caso, *mais humano e mais inteligente* (1959, p. 221). Sem dúvida, como acrescentava um filósofo do direito italiano: *o caminho que pode conduzir a tal “reforma” é longo e difícil* (Baratta, 1991, p. 21)³.

A noção de “obstáculo” tal como empregada aqui, não remete então a dificuldades políticas ou sociais externas – por exemplo, a falta de vontade política dos governos, etc. – mas a sistemas de pensamento que têm por efeito expulsar o que suscita problema no modelo de justiça concebido na época moderna.

Limitar-me-ei a mencionar cinco obstáculos a esta mutação “humanista” do direito. Por mais surpreendente que possa parecer, estes obstáculos são:

1. os direitos da pessoa;
2. o princípio da igualdade;
3. o princípio da necessidade de punir;
4. as “garantias jurídicas”;
5. o princípio “em nome da proteção da sociedade”.

Eu os apresentarei de propósito sob uma forma provocadora, com a finalidade de suscitar uma tomada de consciência dos aspectos problemáticos

3 Foi Baratta que nos chamou a atenção sobre essa passagem de Radbruch.

de certas intenções atuais. Evidentemente, não se deve esperar que eu desenvolva todos os pontos de discussão que eles provocam. Meu objetivo é muito mais modesto: quero simplesmente questionar certos princípios ou maneiras de pensar que são tidas por conhecimento e que causam um certo embaraço, mas que não ousamos discutir abertamente. Essas questões me parecem muito importantes e perturbadoras; é por isso que vale a pena falar delas. Peço a vocês, portanto, que me apresentem, no fim de minha exposição, todas as críticas e objeções possíveis para que possamos fazer alguns progressos nesta matéria. Com efeito, estou convencido de que não ganhamos grande coisa contornando sistematicamente essas questões só porque é difícil discuti-las abertamente.

Primeiro obstáculo: os direitos da pessoa

Para dar conta deste primeiro obstáculo, é preciso apreender a relação ambivalente, até mesmo contraditória, que o direito penal mantém com a problemática dos direitos da pessoa. Pode-se ver essa ambivalência fazendo a seguinte pergunta a todo discurso de reforma: desejamos apoiar-nos sobre os direitos da pessoa para humanizar e aperfeiçoar o direito (penal) e instalar formas mais flexíveis e menos repressivas de resolução dos conflitos ou, ao contrário, acredita-se que é preciso tornar-se cada vez mais repressivo para reagir contra as agressões aos direitos da pessoa?

a) A situação atual⁴

Vou evocar, antes de mais nada, preocupações familiares. Todos as conhecem bem. Em um passado bem recente, o relatório Ouimet (1969) recomendava uma vez mais uma reforma sistemática do direito penal e destacava na mesma ocasião que essa reforma deveria ser centrada no princípio segundo o qual o direito penal não deve intervir senão em última instância e da maneira mais moderada possível. O Ministro da Justiça de então, John Turner, ao criar a Comissão de reforma do direito do Canadá (C.R.D.C.), anunciava com entusiasmo que se entrava em uma fase de *revolução através da lei* (Turner, 1971, p. 2).

4 Para a reconstrução deste período, baseio-me livremente na pesquisa de Pierre Lalonde (1991).

Então, tinha-se bem claro que não só o sistema penal era, para nossa época, demasiado repressivo e inapto a administrar convenientemente os conflitos sociais, mas que ele punia, por viés ou por fatalidade, sobretudo as pessoas dos meios desfavorecidos: *it is the poor who suffer most from society masked in the trappings of the law*, escrevia Turner (1971, p. 5).

Não se tinha demasiadas ilusões sobre a capacidade do direito para resolver os problemas sociais. Ao contrário, tinha-se bem claro na mente seus limites. Porém acreditava-se que ele ainda era importante e que podia até, eventualmente, desempenhar um papel criativo e pioneiro na construção de uma sociedade mais humana e democrática, embora com a condição de levar a termo o exercício de uma revisão crítica (Lalande, 1991, p. 8).

A nova Comissão de reforma do direito do Canadá entendeu a mensagem. Em um destes documentos, o mais conhecido, ela (C.R.D.C., 1976) nos lembrava que *o direito penal é um instrumento brutal, que não se deve usar senão como último recurso* (p. 31)⁵.

Na sua opinião, o direito penal deveria perseguir *um ideal de humanidade, de liberdade e de justiça* (p. 7). Agrada-me crer que a ordem de apresentação desses ideais não foi o fruto de um acidente de escrita, mas que traduz bem, na época pelo menos, um certo espírito da reforma. Dai o empenho em lembrar que o direito criminal – pelo menos o novo direito que se quer introduzir – não tem como objeto senão a punição, e a insistência sobre a necessidade de desenvolver o *sentido da moderação* (p. 18). A Comissão dizia, então, que *o que importa não é o número de processos que passam pelas mãos do sistema, mas sim a natureza do sistema*. Era, pois, para ela, *uma questão de qualidade e não de quantidade* (p. 18). Ora, prossegue o relatório:

Para chegar a essa qualidade, devemos fazer prova de moderação tanto na criação das leis e das infrações penais quanto na imposição da responsabilidade penal, na seleção dos conflitos que são submetidos aos tribunais penais e no recurso à pena de última instância, a prisão. Em todos estes domínios, é melhor fazer menos do que mais [grifos nossos] (C.R.D.C., 1976).

5 Ver também, no mesmo sentido, o relatório da Commission canadienne sur la détermination de la peine (1987: 55).

Nas justificativas da reforma, era lembrado também freqüentemente que nosso Código criminal já tivera seu tempo. O mandado da Comissão ressaltava até que era preciso *desenvolver novos métodos e novos conceitos de direito que correspondessem à evolução das necessidades da sociedade*⁶. A tarefa era de envergadura: deviam ser repensados seus pressupostos filosóficos, que datavam dos séculos XVIII e XIX e que criavam agora um grande número de dificuldades. O que há de mais evidente? Nosso direito criminal atual foi pensado em função da situação, dos conhecimentos e das crenças em curso há mais de duzentos anos, e as sucessivas reformas parciais não corrigiram esses problemas. Cumpria, muito particularmente, eliminar a impressão de que a prisão era uma espécie de sanção "normal" (mais do que excepcional), reduzir a severidade das penas e o patamar das penas máximas, eliminar as penas mínimas, facilitar a desjudicialização, introduzir a mediação e a compensação, e assim por diante. Em suma, fazer uma reforma em que o ideal de humanização e a redução do recurso ao encarceramento estejam no centro das preocupações.

Com efeito, escrevia Hartt na *Revue du Barreau canadien*:

in a free, pluralistic society every citizen should be free to adopt his own ethic, choose his own life style, and live his own life; provided that he does not fall bellow a minimum standard of acceptable public order...

A basic problem today is our over-reliance on institutions of the state to solve problems; too often, and unjustifiably, we demand that the law alone provide the answers to problems of human living. My point is that in the future the thrust of the law should not supress dissent and disorder, but rather to provide a milieu which will allow and encourage inevitable conflicts to be worked out and resolved within a framework of basic norms substantially shared by all members of the society(Hartt, 1973, p. 61)⁷.

6 Extrato do artigo 11 da Lei sobre a Comissão de reforma do direito do Canadá, S.R.C. 1970.

7 Esta passagem foi também citada por Lalonde (1991: 13).

Durante um certo tempo, tudo levava a crer que estávamos voltados para o gargalo da garrafa para moscas.

Porém, que contraste! E que brusca mudança de rumo! Uma concepção menos ilusória do direito criminal como solução para os problemas sociais; uma consciência de que os pobres eram aqueles que sofriam mais com esse direito; uma convicção de que era preciso redescobrir ou inventar novos métodos e novos conceitos, bem como contribuir para o desenvolvimento da moderação e para a desjudicialização: eis o que pensavam os homens e as mulheres nesses magros vinte anos que decorreram entre a metade dos anos 1960 e a metade dos anos 1980 aproximadamente. Uma confiança cega na capacidade das instituições jurídicas para resolver os problemas sociais; uma convicção no valor das penas mínimas e na possibilidade de “tomar igual” a distribuição do mal punindo também as classes médias (na falta de atingir as camadas superiores com o mesmo rigor); uma convicção, enfim, de que para proteger nossos valores fundamentais, era necessário utilizar sistematicamente a força coercitiva do sistema penal: eis o que se começou a pensar depois que nos tomamos, segundo alguns, “mais realistas”.

Quem podia prever que, antes mesmo do fim dos anos 1980, todos os ideais dos anos 1970 seriam colocados no index, inclusive este pequeno relatório, agora embaraçoso, da Comissão de reforma do direito do Canadá (1976)? Por ocasião da publicação do projeto do novo Código criminal pela própria Comissão, em 1986, a maioria dos membros recusou-se a introduzir um preâmbulo que evocava o princípio da moderação. Por diversas razões, sem dúvida, esse preâmbulo foi julgado *inútil e inoportuno simultaneamente* (C.R.D.C., 1986, p. 7). Certamente nem tudo parecia perdido ainda. O relatório da Comissão canadense sobre a determinação da pena, publicado no ano seguinte, não achava embaraçoso insistir sobre o princípio da moderação. Porém isto parecia então uma espécie de último balbúcio de um projeto de humanização do direito, ao menos por algum tempo vindouro.

De uma só vez, os métodos, os princípios e os conceitos dos séculos XVIII e XIX tornaram-se convenientes para nossa sociedade democrática atual. Evidentemente, era necessário desligá-los aqui e ali de alguns preconceitos do passado para garantir que as penas seriam “iguais”, pois todas as pessoas devem sofrer igualmente diante da lei; era necessário, claro, harmonizar um pouco o

Código com a Constituição canadense, eliminar os mais evidentes anacronismos e simplificar a linguagem para que todo mundo compreenda bem o que se quer punir; e cumprir completar o conjunto através de medidas para atrair as vítimas para o sistema penal e para levar a polícia até às vítimas, com ou sem seu consentimento. O que conta novamente é a grande quantidade de processos, mais do que a qualidade da intervenção, tudo em nome dos direitos da pessoa.

b) A sociedade de santos

No século XVIII, exatamente quando se começou a pensar o direito criminal como um sistema autônomo, separado do direito civil, houve um momento de ambigüidade, de hesitação: considerando parcialmente o estado selvagem da punição legal no *Ancien Régime*, acreditou-se que os direitos da pessoa deviam ser postos à disposição para “moderar” a dimensão repressiva do direito. Com certeza, é verdade que um bom número de reformadores desse século eram mais favoráveis a uma repressão maior. É verdade também que o projeto de “moderação” do direito encontrou logo seus limites. Muito rapidamente, aqueles mesmo que o apoiavam ficaram “satisfeitos” com a moderação ou imaginaram limites bastante estritos para aquela: limites estritos ao direito de indulto, à impossibilidade de transigir e de reparar em matéria penal, à invenção da crença segundo a qual a punição era uma obrigação dos governos, etc. .

Todavia o embaraço face às relações entre o sistema penal e os direitos da pessoa jamais desapareceu completamente do debate e até atravessou todo o século XIX. É possível que tenha atravessado também todo o nosso século, ainda que esse embaraço tenha tido seu auge nos anos 1965 -1985 aproximadamente. Faço referência a isto porque houve, no fim do século XIX, um debate muito interessante para meus propósitos em torno de uma poderosa metáfora: aquela de uma “sociedade dos santos”. Este debate se desenrolou entre dois personagens célebres: Émile Durkheim e Gabriel Tarde.

Eis aqui, sucintamente, as perguntas que se desejava responder: o que aconteceria ao crime e à pena em uma sociedade cuja consciência moral coletiva fosse superdesenvolvida? Pode-se dizer que em tal sociedade imaginária não haveria mais crimes nem penas? Para responder a isso, Durkheim inventou a metáfora da sociedade dos santos.

Em uma primeira tentativa de resposta, ele sustentou que, em tal sociedade, a consciência moral seria tão unânime e de uma tal intensidade que não se cometeria mais um único homicídio, um só furto, nem o menor atentado ao pudor. Contudo, na sua opinião, o “crime” não desapareceria por isso, mas somente mudaria de forma. É que essa consciência moral pública se tornaria então de tal forma exigente (e intolerante) que simplesmente deslocaria o objeto de sua reprovação; em vez de censurar somente o indelicado e de punir o ladrão, ela se poria a reagir com mais vivacidade relativamente aos mais leves atos de imoralidade ou de indelicadeza. Esses atos então se tornariam crimes e possivelmente não se aceitariam mais excusas nem reparações civis em relação a eles (Durkheim, 1894, p. 160-162)⁸. Em suma, essa sociedade de santos, que não conhece mais “verdadeiros crimes”, inventaria outros; os pequenos atos indesejáveis se tornariam, neste contexto, novos “mala in se”. Eis o paradoxo e o círculo vicioso da consciência moral: quanto mais evolui e se torna “humana”, mais se torna intolerante com relação às pequenas coisas, até mesmo, por extensão, “inumana”. Nesta primeira resposta, o próprio Durkheim deu a entender que essa sociedade de santos poderia tornar-se mais repressiva. Daí a radicalidade do paradoxo: em uma sociedade de santo, pune-se mais forte, ou se punem mais pesadamente as pequenas fraquezas.

Explicitemos, antes de prosseguir, a ambivalência e a ambigüidade desta resposta. De uma parte ela dá “boa consciência” à razão punitiva da época: a prova de que sou um verdadeiro santo é que não tolero nenhum pecadilho na sociedade e que estou bem disposto a reprimi-los severamente. De outra parte, essa metáfora parece descrever bem corretamente uma terrível e inquietante realidade: certas pessoas crêem e agem efetivamente desta maneira, como se estivessem em uma sociedade de santos tal como imaginada por Durkheim. Elas se interessam tanto por certos valores que são sensíveis ao menor desvio e estão dispostas a tudo para fazê-los respeitar, mesmo que seja preciso atacar os próprios valores defendidos em cada caso concreto de transgressão. Assim, dá-se tanto valor à vida, que se reivindica a pena de morte; dá-se tanto valor à integridade física que se sustentam longas penas de prisão, etc. Este tipo de “san-

8 Como veremos mais adiante, esta última parte do pensamento de Durkheim é ambígua. Estou de acordo com a leitura de Tarde, segundo a qual Durkheim dá a entender, nesse momento, que em tal sociedade de santos, seriam incriminados com uma severidade extravagante os mais leves atos de violência, de imoralidade ou de indelicadeza. Porém Durkheim diz que não foi isto que ele quis dizer.

to" suscita, então, um problema particular: em lugar de contribuir para a pacificação das relações sociais e para a humanização dos modos de resolução de conflito, ele é um santo belicoso, um santo que ama as cruzadas e as caças às bruxas.

Fechemos o parêntese. Já Tarde reagiu contra essa primeira resposta de Durkheim. Ele a achou simplesmente absurda e grosseira. Segundo ele, o senhor Durkheim quer fazer-nos crer que nessa sociedade de santos *na falta de pecados mortais, as pessoas são condenadas ao cilício e ao jejum pelos mais veniais dos pecadilhos!* (Tarde, 1895, p. 151). Porém, diz ele:

será tão evidente que, no caso em que não tivéssemos mais verdadeiros delitos a punir, voltaríamos pouco a pouco à ferocidade antiga? Creio antes, e me parece mais plausível, pensar que, tendo perdido o hábito de punir, não faríamos mais o esforço de castigar segundo as leis uma falta grave acidentalmente cometida (Tarde, 1895, p. 151).

A réplica de Tarde, em todo caso, tal como quero entender, desloca nossa atenção do crime para a pena. Tenta mostrar que punimos porque formamos o *hábito* de punir e não porque nossa consciência ética é ferida por certos atos. Pode-se ser ferido e responder diferentemente. Em sua opinião, em uma sociedade de santos, não só haveria menos problemas graves, mas haveria também muito menos "reações graves" ou repressivas, mesmo diante de um fato grave ocasionalmente cometido. Tarde mostra o outro lado da moeda: será que uma verdadeira evolução da consciência ética não deveria levar-nos a ser mais críticos a respeito de nossas próprias reações, mesmo quando elas poderiam ser, ao menos em parte, justificadas por uma agressão injusta?

Durkheim se dá conta do problema e corrige ou, em todo caso, precisa mais seu ponto de vista. Em sua resposta a Tarde, pretende que não disse que se a reprovação em relação a certos atos fosse mais severa, segue-se que eles seriam punidos mais severamente. Durkheim insiste então que se deve, de fato, distinguir entre *reprovação* e *repressão*, pois essas duas ordens de coisas não variam (necessariamente) uma como a outra. Por exemplo, podem-se censurar

com mais severidade certos atos e, ao mesmo tempo, reprimi-los menos severamente. Na verdade, diz ele, isso acontece porque *o sentimento coletivo que o crime fere é igualmente ferido pela pena* (Durkheim, 1895, pp. 519-520). Com uma autêntica evolução da consciência moral, deveria estabelecer-se então uma espécie de compensação que impede a punição (a reação) de aumentar como a intensidade da censura: *temos mais piedade da vítima, mas temos também mais piedade dos culpados*. Como as penas são bastante severas, é normal então que, durante algum tempo, se tenha a impressão de que os culpados se beneficiam mais dos progressos da consciência ética do que as vítimas, tendo-se em conta unicamente a redução das penas⁹. No fim do debate, a distância entre a posição de Durkheim e a de Tarde é muito menos evidente: *...eis, (escreve Durkheim) como a penalidade diminui à medida que a consciência moral se torna, sobre este mesmo ponto, mais exigente* (1895, p. 520).

Quando se considera esse debate como um todo, vê-se que eles construíram, cada um por sua vez, *duas metáforas* da sociedade de santos. Na primeira, os santos são repressivos justamente porque se interessam empenham pelos direitos da pessoa; na segunda, a que marca o fim do debate, os santos não são repressivos porque fazem uma autocritica antecipada de sua própria reação e se põem a procurar formas menos violentas de resolução dos conflitos; eles e elas usam os direitos da pessoa para evitar uma reação repressiva.

No fundo, não há ganhador nem perdedor nesse debate. Pode-se até dizer que as duas metáforas podem estar corretas por seu turno, do ponto de vista descritivo, conforme a conjuntura considerada. Com efeito, quando olhamos nossa situação atual, parece que é a primeira metáfora de Durkheim que corresponde mais à evolução dos fatos. Observando a maneira como alguns querem defender os direitos da pessoa aumentando a força de repressão do direito criminal, é, infelizmente, o primeiro Durkheim que parece ter razão. Quando se considera mais os propósitos de reforma dos anos 1970, é a segunda metáfora que parece ter primazia. Tudo depende do tipo de sociedade de santos que se quer construir.

Seja como for, pode-se agora ver claramente em que sentido os "direitos da pessoa" são um verdadeiro obstáculo a uma mutação humanista e realista do direito (criminal): quando se utilizam esses direitos para demandar ou justificar

9 Esta última frase atribui a Durkheim um pouco mais do que ele próprio diz, mas não cremos trair seu pensamento.

uma repressão maior, o aumento das penas, as penas mínimas, a obrigação de punir, etc.; quando se sustenta que é não respeitável e socialmente intolerável pensar na reconciliação, na mediação ou na compensação a respeito de todos os "crimes graves". Pois, nesses casos, confunde-se repressão com repressão e esquece-se que a noção de gravidade é um envelope vazio: em uma sociedade de santos, pode-se julgar "grave", guardadas as proporções, até a menor agressão física ou psicológica.

Segundo obstáculo: o princípio da igualdade

Mais ou menos na metade dos anos 1970, assistiu-se à emergência de um discurso que valorizava muito o princípio da igualdade, e isto, sem dúvida, era "nobre". Quem quer uma sociedade desigual? Poucas pessoas ousariam responder "eu" a esta pergunta e ainda menos em matéria de funcionamento das instituições jurídicas. Seja. Porém o problema surge quando, em matéria penal, tenta-se ajustar esse princípio a outros, no caso, o da moderação, que sustenta, entre outras coisas, que o direito criminal *deve ser* um direito de "última instância" (*ultima ratio*). Esse princípio foi também chamado princípio de subsidiariedade do direito e, muito especialmente, do direito criminal e da pena.

Segundo esse princípio, a intervenção da legislação e, por conseguinte, dos tribunais, deveria ser excepcional. *A fortiori*, o direito criminal, que é considerado como a forma mais repressiva e estigmatizante de intervenção jurídica, não deve intervir – e sobretudo não deve intervir fortemente – lá onde as medidas alternativas ou outras formas menos violentas de resolução de conflitos são possíveis ou já foram postas em prática. Na doutrina alemã do fim do século XIX, esse princípio foi valorizado, entre outros, por Von Jhering (1877, p. 319), em uma obra clássica. A despeito das restrições que possam ser feitas hoje a algumas de suas formulações ou ao âmbito geral no qual ele as inscreve, encontram-se várias pistas de reflexão interessantes para meu propósito, pois ele examina, pelo menos parcialmente, a distinção entre o direito civil e o direito criminal e sustenta que *a aplicação de uma pena não poderia justificar-se, quando o direito possa ser realizado graças a outros meios* (Von Jhering, 1877, p. 319). Ele lembra também que o direito não é um fim em si, mas só um meio

de atingir o objetivo que – em seus termos – seria o de *estabelecer e assegurar as condições de vida da Sociedade* (Von Jhering, 12877, p. 280). Poder-se-ia escrever hoje, fazendo eco a certas contribuições feministas na ética, que a finalidade seria alcançar “boas condições de vida”¹⁰, o que significa que a finalidade é simultaneamente a “boa vida” e a “justa sociedade”¹¹. E isto vale tanto para o direito civil quanto para o direito penal. De outra parte, os juristas sabem que tanto em matéria civil quanto em matéria penal, os regramentos extrajudiciais de conflito são preferíveis às disputas perante um tribunal. Frequentemente, os juristas contribuem para esta tarefa de pacificação social evitando as salas dos tribunais. Como vimos, mais próximo de nós, esta orientação jurídica foi muito valorizada e desenvolvida em vários relatórios oficiais canadenses (Pires, 1986).

Poder-se-ia pensar que uma reforma humanista e realista do direito atual deveria aprofundar e levar adiante esta orientação geral, que visa conceber a intervenção em matéria de direito criminal e o recurso às penas graves e rígidas como um processo realmente de última instância. Ora, o que acontece atualmente? Podem-se identificar pelo menos alguns sinais de inquietude sobre este ponto.

Mencionarei aqui um *fait divers* (fato do dia) do domínio da crônica judiciária recente. Esta ilustração me interessa apenas na medida em que creio que ela é indicativa de uma certa “maneira de pensar” que emerge atualmente e que faz obstáculo às reformas humanistas em matéria penal e ao princípio da moderação ou da última instância. Se me engano, tanto melhor.

Recentemente os jornais canadenses falaram de diligências empreendidas por um representante da justiça criminal junto às autoridades eclesiásticas. Este representante estava indignado porque uma vítima, um homem de 35 anos retirara uma queixa feita à polícia em um litígio de abuso sexual. Segundo as informações disponíveis, vinte anos antes, esse homem teria sido alvo de abuso por um padre, quando ajudava a missa como sacristão. Em resposta à sua queixa, em 1992, isto é, vinte anos após os fatos alegados, houve um acordo extrajudicial entre a vítima e as autoridades eclesiásticas. Estas teriam pago indenizações em um montante de 32 000 dólares canadenses e teriam oferecido cobrir todas as despesas com a assistência psicológica julgada necessária. Parece

10 Ver Benhabid (1987) e os desenvolvimentos em matéria penal por Parent e Digneffe (1994).

11 Ver a este respeito Ricoeur (1990, cap. 7 a 9).

que esse acordo visa pôr fim ao conflito e indenizar a vítima. As razões precisas da indignação do representante da justiça não estão claras nas notícias, mas sabe-se que estão ligadas à retirada da queixa e a este acordo amigável extrajudicial entre as partes. Esse acordo teria causado neste representante a impressão de que "não foi feito justiça". Ora, justamente neste caso, é muito difícil pensar que a justiça teria sido completamente abandonada, pois houve resolução de tipo "jurídico" (em sentido amplo) do conflito, mesmo que ela tenha sido realizada extrajudicialmente. Esta espécie de acordo é semelhante àqueles que os juízes das Varas cíveis põem em prática regularmente. Ora, a justiça civil é também verdadeiramente uma forma de *justiça*. As partes diretamente implicadas teriam podido recusar esta via, mas não o fizeram. Mesmo deixando de lado o problema do tempo decorrido e da ausência de prescrição no direito criminal canadense nesta matéria¹², pode-se dizer que a finalidade de pacificação social do direito foi alcançada e que se restabeleceu o equilíbrio reparando o mal feito com uma ação positiva (*bonum actionis propter malum actionis*)¹³.

Como destaca um filósofo do direito,

A justificação intrínseca da pena se encontra precisamente na função reparadora e reintegradora do direito lesado. (...) Pagar mal com o mal, na mesma medida, é a maneira mais fácil, mas não a mais certa, de restabelecer o equilíbrio destruído: o mal não se repara verdadeiramente senão pelo bem. Por conseguinte, é preciso afirmar o seguinte princípio: ao malum passionis [ação injusta], representada pelo delito, deve-se opor como uma exigência da justiça, não um malum actionis [uma reação pelo mal], segundo antiga fórmula, mas sim uma bonum actionis [uma reação pelo bem], isto é, uma atividade que se exerça em sentido contrário de parte do autor do delito, atividade que anu-

12 Como a queixa de abuso sexual foi apresentada em 1992, isto é, aproximadamente vinte anos após o fato alegado, a grande maioria dos códigos criminais atualmente em vigor na Europa continental e na América Latina já teriam tomado impossível uma ação penal em razão do tempo decorrido.

13 É a fórmula proposta por Del Vecchio (1955, p. 162).

la ou reduz seus efeitos, na medida em que a coisa é possível (Del Vecchio, 1955, pp. 142-143)¹⁴.

Seja o que for, esta questão me levou a refletir sobre o que, em nossa cultura jurídica contemporânea, e talvez também na conjuntura política atual, teria podido suscitar, facilitar ou reforçar este gênero de sentimento de indignação face a uma solução jurídica do conflito que favorece as partes e restabelece a paz social. A pergunta que me fiz foi então a seguinte: independentemente desta autoridade particular (já que o problema me parece mais geral), como se chegou a se fazer a idéia de que justiça é sinônimo de repressão severa e que, para proteger a sociedade é preciso absolutamente apelar para o direito criminal e para as penas graves? Pois, este “fait divers” nos permite ver como o princípio da “última instância” em matéria penal é mal compreendido, mal utilizado ou ainda inteiramente neutralizado por um aspecto qualquer de nossa cultura jurídico-penal. Há nesta cultura algo, um curto-circuito em alguma parte, que tem por efeito estreitar brutalmente nossa visão jurídica das coisas e nossa concepção da justiça e de uma vida boa. Subitamente, a justiça não pode ser obtida senão através do mal, no caso, a pena dura e grave, a réplica do mal pelo mal. Segundo esta maneira de pensar, a justiça do tipo civil não seria uma verdadeira justiça ou seria no máximo uma meia-justiça, uma justiça insuficiente, ainda que responda ao interesse das partes e seja razoável supor que esse acordo foi justo e conveniente, ainda mais porque a agressão data de vinte anos atrás.

A hipótese segundo a qual essa indignação é imputável à conjuntura atual de “caça às bruxas” realmente não me satisfaz. Ainda que esta fosse a conjuntura, bem me parece que algo mais profundo, mais dramático, mais enraizado em nossa cultura jurídico-penal atua aqui. Mas o que então? Voltei-me para o princípio da “igualdade”, tal como é compreendido e utilizado habitualmente em matéria penal, e para aquele da obrigação de punir. Voltarei a este último ponto mais adiante.

Vocês provavelmente já notaram que no domínio penal, reduz-se freqüentemente o princípio da igualdade ao momento da determinação da pena, que é a derradeira etapa do processo judicial. Esquece-se seguidamente que esse princípio se aplica a coisas muito mais importantes, a propósito das quais

14 Em inglês, ver Del Vecchio (1951, p. 182).