

não se está ainda pronto para modificar as regras do jogo. Por exemplo: é curioso ver como se aceita que se possa pagar de seu próprio bolso um advogado em matéria penal. É sem dúvida um caso flagrante de desigualdade nas condições de defesa. O sistema de fiança é um outro caso particular. Como na justiça penal, os mecanismos são tão importantes, poder-se-ia crer que uma sociedade que se preocupa realmente com a igualdade na justiça teria começado por organizar o mais rapidamente possível um sistema de seguros semelhante ao do seguro-saúde em que os médicos não podem receber honorários de sua clientela¹⁵. Mas este não é o caso.

Em contrapartida, a idéia de punir todos e cada um de maneira formalmente "igual" tornou-se uma obsessão. A tal ponto que a busca do justo e do bom tornou-se secundária ou uma simples consequência da decisão "uniforme": "se você decide de maneira igual, você faz justiça", eis o que se tenta fazer crer. E "igual" quer dizer "decisão igualmente severa" e não "igualmente moderada". Não só punir tornou-se meu "belo cuidado"¹⁶, mas é preciso ainda avaliar a infelicidade de maneira igual; deste modo, acredita-se, ninguém vai mais apresentar queixa e, se alguém ainda ousar fazê-lo, essa queixa não será mais legítima. Desde então, perguntei-me se este traço cultural não podia ajudar-me a compreender a reação dessa autoridade, pois a justiça penal atual pune efetivamente um grande número de pessoas. Se meu espírito é invadido (entre outras coisas) pelo princípio da igualdade, posso vir a deplorar que haja pessoas que "escapam" a este sistema. Na verdade, por que não encaminhar ao sistema todo mundo que se pensa ter cometido uma ilegalidade e punir todos e todas? A lei seria assim, ao menos se supõe, "igual para todos". Vocês compreendem bem que tal princípio, articulado desta forma, reduz dramaticamente o alcance do princípio da moderação.

Permitam-me lembrar aqui um chiste, sem dúvida desrespeitoso, de Von Jhering, a propósito do princípio de igualdade. Para ele, esse princípio, em si mesmo, estava longe de ser uma grande vantagem e menos ainda o símbolo da justiça. E em certos aspectos, pode-se bem compreendê-lo, pois há pelo menos

15 Esta é a situação atual do Canadá. Os cidadãos e os imigrantes têm uma "carta-enfermidade" que lhes permite, com algumas exceções, dirigir-se gratuitamente ao médico de sua escolha. E este último não pode pedir nenhuma soma além daquela que o governo lhe paga. Isto seria uma infração.

16 Inspiramo-nos aqui no título de um número especial da *Revue de l'Université libre de Bruxelles* (1984, nº 1-3)

duas maneiras de tomar uma decisão para tornar as coisas iguais. Por exemplo, se uma pessoa tem dor de cabeça e a outra não, pode-se dar uma aspirina àquela que a tem ou golpear a cabeça daquela que não a tem. O resultado será a igualdade nos dois casos. Von Jhering (1877) se perguntava então *o que vale a igualdade como tal?* “Ela pode ser muito bem a igualdade na miséria (p. 245). A seus olhos, a igualdade sozinha é um mediocre critério de justiça. Por outro lado, “o amor da igualdade”, afirmava, “parece mais ter sua fonte profunda nos mais vergonhosos recônditos do coração humano: a malquerença e a inveja”. Com efeito, esse amor significa isto: ... *que ninguém seja mais feliz do que eu e, se sou infeliz, que todos os outros o sejam como eu!* (Von Jhering, 1877).

Esse chiste de Von Jhering é interessante de ser lembrado em um período em que parecemos venerar a igualdade por si mesma e perder de vista o fato de que a repressão é um mal – de que o sistema penal, como dizia a Comissão de reforma do direito (C.R.D.C., 1975), produz o “anti-bem-estar social” – e que a este título mais vale empregá-lo em última instância do que distribuí-lo para todo mundo por preocupação com igualdade (na desgraça). Ninguém duvida que o problema é muito complexo e que é necessário aprofundar todas estas linhas de reflexão para ver aonde elas podem levar-nos, mas tampouco é necessário esconder-se demasiado rápido atrás do princípio de igualdade, como se fosse possível encontrar aí de maneira mágica a solução para os conflitos sociais e para a noção de justiça.

Terceiro obstáculo: a obrigação de punir

O pensamento filosófico e jurídico da época das Luzes criou um nó górdio tenaz em torno da idéia de punir. Através da multiplicação de uma série de discursos específicos sobre a punição, sobre o contrato social, a separação entre o público e o privado (ou o doméstico), o civil e o penal, etc., ele contribuiu para criar um dispositivo complexo que teve por efeito justificar mais do que o necessário o recurso à punição. Ele nos legou, um pouco talvez apesar dele, uma “razão punitiva”. Uma das grandes novidades da época moderna no saber moral e jurídico foi então difundir a convicção de que a punição era não só um mal necessário – no sentido banal de qualquer coisa da qual, em certa medida, não

se poderia prescindir – mas um “mal necessário” no sentido pleno da expressão: um mal ao qual é *sempre necessário recorrer*. De fato, começou-se a ver a punição como uma vantagem, um valor, um dever prático dos governos, até mesmo um dever moral e um dever jurídico. A punição, respeitadas certas condições elementares como sua inscrição em uma lei e sua aplicação por um tribunal legítimo, tornava-se um mal necessário *desejado e buscado* como se fosse um verdadeiro ideal a realizar. É haver colocado a pena no plano dos ideais de sociedade, eis um dos formidáveis presentes gregos do pensamento moderno.

É surpreendente ver como as duas grandes correntes filosóficas da época moderna, que inventaram as teorias da pena em sua acepção contemporânea, contribuíram, de mãos dadas, para esse resultado. Beccaria (1764, pp. 105-107), um utilitarista, afirmou que era preciso punir todas as pequenas ilegalidades penais para não enfraquecer o efeito de dissuasão (exigência política e prática). Kant (1797), um retributivista, acrescentou a obrigação moral. Para ele, Beccaria tinha razão de querer punir, mas sua justificativa não era correta; não se punia para dissuadir ou até por um outro fim utilitário qualquer, mas em razão de um imperativo moral categórico: ainda que a pena fosse inteiramente inútil, cumpria pagar na mesma moeda. Anselm von Feuerbach (1801, p. 41), um utilitarista também, fecha o círculo da razão punitiva: transforma a exigência prática e moral em uma *conseqüência jurídica ‘necessária’ da transgressão*¹⁷. E desejava que isto fosse reconhecido como um princípio do direito criminal. Em suma, no início do século XIX, já se tinha em nossa cultura jurídica pelo menos três “boas” razões de punir sem trégua: uma necessidade prática, uma necessidade moral e uma necessidade jurídica. Vocês podem combiná-las ou escolher sua preferida.

Vê-se bem como esse princípio de uma necessidade (prático-política, moral ou jurídico-penal) de punir vem reforçar este outro obstáculo, representado por esta maneira de conceber o princípio da igualdade antes indicado. Esses discursos se entremesclam: é preciso punir para ser eficaz, para respeitar a moral, para realizar o direito (penal) e, ademais, por preocupação com igualdade. O nó repressivo está bem apertado e o princípio da última instância ou da moderação acaba de ser sufocado.

17 Ele vai criar o brocardo: *nullum crimen sine poena legali*. Sua interpretação desse brocardo parece ser a seguinte: a todo ato incriminado deve seguir uma pena legal (é preciso talvez entender aqui que uma pena, no sentido popular de sofrimento, não é suficiente). Em alemão: *Denn durch das Gesetz wird na die bestimmte Rechtsverletzung das Uebel als eine notwendige rechtliche Folge geknüpft* (o grifo é nosso).

Não quero dizer que não houve uma tradição filosófica e posições jurídicas menos impositivas do que aquelas que indiquei, mas não posso desenvolvê-las aqui. Contentar-me-ei de evocar uma contribuição importante de Del Vecchio (1951) na contracorrente dessas tendências repressivas.

O princípio moral da retribuição do mal pelo mal foi afirmado especialmente, já vimos, por Kant (1797). Ora, esse princípio é discutível e discutido. É certo, nota Del Vecchio, que toda ação realizada relativamente a outrem implica a aprovação da recíproca, isto é, torna esta juridicamente possível; porém, não a torna, contudo, necessária (um dever), pois que não há nenhuma obrigação de se prevalecer, até seu limite, de tal aprovação (Del Vecchio, 1955, p. 138). O sujeito que sofreu o dano dispõe de outras possibilidades igualmente jurídicas de resolver seu problema, como a de se satisfazer com uma reação atenuada ou simbólica, ou ainda, perdoar o dano sofrido, especialmente quando o autor do dito dano se mostra arrependido ou o repara, desde que isso seja possível. Del Vecchio refere que a própria tradição moral cristã recomenda o perdão em tais circunstâncias. Diz também que é preciso ter em mente aqui certas verdades elementares do direito: da mesma forma que a renúncia a um direito, como o perdão de uma dívida, não nega o direito em si mesmo, mas ao contrário, afirma-o, a renúncia à possibilidade de se desforrar não nega a justiça, mas a afirma. A moral *permite*, mas não *impõe*, a punição, e é preciso interpretar o direito neste sentido. O conceito de *autorização de punir* nos limites do mal injusto, vem então substituir o critério de obrigação de punir, que constitui uma asserção não demonstrada (Del Vecchio, 1955, p.139).

Quarto obstáculo: as garantias jurídicas

Este obstáculo é de outra ordem, e ainda compreendo mal como e por que exatamente ele desempenha um papel de obstáculo face às propostas que visam uma reforma humanista do direito. Digamos que o sistema penal, como todo sistema complexo em geral, não tem só aspectos negativos e repressivos: tem também aspectos positivos. Todavia a presença de aspectos positivos não é suficiente para tornar positivo, *em seu conjunto*, um sistema qualquer. Cumpre distinguir o *sistema* como um todo, em que certas características acabam por

prevalecer sobre outras, destes *atributos* considerados separadamente. Há, portanto, o sistema e os atributos.

Ao longo da existência da justiça penal, chegou-se a ter algumas boas idéias e a imaginar procedimentos, regras e garantias jurídicas de funcionamento visando controlar certos efeitos negativos ou inaceitáveis do sistema. Este conjunto de mecanismos podem ser, em si mesmos, "positivos".

Evidentemente, algumas dessas garantias não são propriamente "penais", mas, antes, constitucionais. Contudo, por razões ao mesmo tempo complexas e compreensíveis, são identificadas à justiça penal mais do que a todo o direito. Por exemplo, na Declaração francesa dos direitos e deveres do homem e do cidadão, de 22 de agosto de 1795, no artigo 14, estatui-se que "nenhuma lei, nem criminal nem civil, pode ter efeito retroativo". Constata-se então que o princípio da legalidade, ou da anterioridade da lei em relação aos litígios, é, de um lado, de natureza constitucional e que, de outro, ultrapassa o âmbito do direito penal. É bem verdade que alguns códigos criminais "importaram" essas regras constitucionais em sua parte "geral", transformando-as deste modo, também, em regras "internas" da justiça penal. Eis aí uma primeira razão possível para atribuir essas garantias ao sistema penal, mais do que ao direito todo. Uma outra razão possível para se ter associado essas medidas ao penal é que um bom número delas concernem aos limites do controle coercitivo do Estado e são, às vezes, associadas ao funcionamento de um órgão que age, entre outras coisas, a título de justiça penal, como a polícia, etc. . De fato, poder-se-ia discutir por muito tempo para saber se essas garantias dependem ao certo do direito administrativo ou do direito penal.

Com certeza, algumas dessas regras de funcionamento estão longe de produzir todos os efeitos positivos desejados porque, às vezes, são neutralizadas ou até derogadas por outras práticas da justiça penal ou pelo conjunto do funcionamento da sociedade; ou então, porque a situação se transformou tanto desde que elas foram criadas que perderam, via de regra, sua eficácia.

A publicidade do procedimento penal é um bom exemplo. Quando esse princípio foi criado, temiam-se os abusos de poder que o segredo dos procedimentos podia favorecer. Porém, na época das mídias, esta vantagem logo se transformou em uma espécie de suplício adicional: deseja-se "ver" o drama ao vivo, não para fiscalizar o funcionamento do poder, mas para desfrutar a infelici-

dade dos outros. E se descobre uma nova utilidade para esse mal: serve para dissuadir, para aliviar nossos impulsos de vingança, para reforçar nossos valores coletivos, e assim por diante. Esse desejo mais torna-se até um direito: o direito à liberdade de informação. Um filósofo alemão escrevia em um momento de desânimo:

Assim, é uma questão supérflua, a de saber se o procedimento se desenrola de forma liberal ou conforme a maneira rígida; se os advogados e os jurados não deixam o réu sozinho, de algum modo. O próprio tribunal é demoníaco, e de maneira tão intransponível que um melhoramento tão benéfico quanto a publicidade do procedimento se transformou praticamente, no século da imprensa, em uma pena adicional, em pelourinho de uma nova espécie, em pelourinho impresso (Bloch, 1961, pp. 250 -251).

Quanto a A.H. Campbell, perguntava-se, em uma nota acrescentada ao trabalho de Del Vecchio, qual poderia ser o efeito positivo contemporâneo do princípio sagrado (pelo menos nos países que seguem a tradição do direito romano) da legalidade: a proliferação de leis que criam novas infrações penais foi tão grande que “em qualquer sistema [direito romano ou *common law*], *nulla poena sine lege* é uma garantia medíocre quando as *leges* são numerosas ou redigidas em termos amplos e vagos” (em latim no original; in Del Vecchio, 1951, p. 202). Holdsworth seria também de opinião que os tribunais, quando funcionam com um senso de responsabilidade que favorece a liberdade dos indivíduos, são mais restritivos na tendência a ampliar as leis do que os parlamentos (ver a nota de Campbell citada acima). E isto não me parece absurdo. Von Jhering (1877) fez uma crítica do princípio da legalidade em outra direção: ele se pergunta se esse princípio, se fosse seguido à risca, não poderia deixar sem solução de nenhuma espécie reivindicações ou queixas justificadas. A história da jurisprudência demonstrou, aliás, que acontece aos tribunais penais, tanto na tradi-

ção da *common law* quanto na do direito romano, ampliam quase até ao absurdo certas definições legais para "fazer entrar" uma queixa que, de outra forma, não poderia ser acolhida¹⁸.

Seja como for, pode-se ainda assim reconhecer que há aspectos positivos que foram introduzidos na justiça penal, mesmo que necessitem agora de uma grande reforma para fazê-los valer ou para substituí-los por uma outra maneira de encarar as coisas¹⁹. Ora, o que me parece paradoxal é que certos juristas e reformadores querem conservar o sistema penal mais ou menos como ele é hoje por temor de perder estas "vantagens" cuja eficácia se começa seriamente a pôr em dúvida e como se não houvesse outras maneiras de redefinir as coisas ou de conservar o que parece válido ainda.

Demos um exemplo. O Estado poderia conservar a ação pública em matéria de furtos como um "serviço" oferecido às vítimas, mais do que como um serviço que a administração pública oferece a si mesma. Então, a polícia conservaria sua função de identificar as pessoas responsáveis, pois as vítimas não estão em situação de fazê-lo, mas estas teriam o direito de transigir, de escolher uma indenização, de se oporem a uma pena de prisão, etc., a título de parte imediatamente interessada e do princípio da moderação. Como acontece em matéria civil, o juiz poderia opor-se também às demandas excessivas ou desproporcionadas de certas vítimas. Em suma, pode-se renunciar à idéia de uma administração que se impõe completamente à vontade das partes em nome do bem público abstrato e incerto sem renunciar por isso à idéia de uma ação pública como "acesso à justiça". E se pode também discutir se vale ou não a pena prever exceções a esta capacidade de dispor dos processos em certos tipos de litígio que implicam, por exemplo, o "crime organizado", os atentados terroristas cometidos por grupos ligados ao Estado ou à sociedade civil etc.

Os "pontos positivos" do direito criminal não se tornam então um obstáculo, senão quando são dados como pretexto para recusar modificações importantes, suscetíveis de serem ainda mais positivas em favor da moderação e que

18 Ver, a este respeito, o estudo clássico de Hall (1935), para a *common law* e o mais recente, de Tulkens (1990) para o direito romano. 18 Ver, a este respeito, o estudo clássico de Hall (1935), para a *common law* e o mais recente, de Tulkens (1990) para o direito romano.

19 Por exemplo, como é a publicidade que se tornou o problema, a regra do segredo pode tornar-se eventualmente uma nova garantia jurídica facultativa. Se as pessoas inculpadas temem o arbitrário dos tribunais, elas podem escolher a publicidade, mas se elas temem mais o arbitrário da imprensa, o que é hoje mais verossímil, elas podem escolher a privacidade.

não são necessariamente incompatíveis com esses aspectos positivos que se desejaria conservar.

Quinto obstáculo: o princípio “em nome da proteção da sociedade”

Volto-me agora para um outro princípio que frequentemente é empregado de tal maneira que faz um desvio no princípio da moderação e reforça a idéia segundo a qual a justiça penal deve tratar *todos* os casos conhecidos de transgressão às leis. Em suma, a idéia de que a quantidade dos casos é muito importante.

Houve, no século XVIII²⁰, pelo menos duas grandes linhas de pensamento ligadas às teorias da pena, sustentando que a solução para certos problemas sociais passa por uma aplicação necessária e estrita da lei penal: o utilitarismo penal clássico (com Beccaria e Bentham entre outros) e o que Radzinowicz (1948, p. 231) delicadamente chamou a “doutrina da severidade máxima”. Esses sistemas de pensamento estavam de acordo sobre a idéia de que, na medida do possível, não se devia deixar escapar nada ao braço secular da lei. Como escrevia um dos ilustres representantes da doutrina da severidade máxima, *the honour and welfare of the kingdom... must depend on a due administration of the laws* (Madan, 1785, p. 1). Pois o efeito de dissuasão e a eficácia das leis dependem disso; e, com este efeito, todo o bem-estar do povo. “fiscalização, severidade (ou aplicação estrita) e atividade” era sua divisa. Conforme estes pontos de vista, não se podia – salvo em instâncias realmente excepcionais – nem perdoar, nem resolver diferentemente os conflitos; deviam-se aplicar de maneira estrita os rigores da lei.

Um dos projetos desses autores era então de chegar a reduzir o mais possível o poder discricionário (de moderação) dos juízes – e se pode aditar, dos profissionais em geral. Queria-se que o poder dos políticos, na figura mítica do Legislador, pudesse exercer-se sem entraves em toda sua radicalidade. Na época do “Blood Code”, os representantes da doutrina da severidade máxima estavam, com algumas exceções,²¹ satisfeitos com as leis. Julgava-se que o legislador

20 Para dizer a verdade, ignoro se a origem da crença é ainda mais antiga, pois estou menos familiarizado com o pensamento jurídico dos séculos precedentes. Seja o que for, parece-me que ela toma uma visibilidade particular a partir do século XVIII.

tinha sido “sábio” e feito o máximo para criar leis “com dentes”, leis que provocavam o terror no espírito das pessoas. Comparava-se então, com orgulho, o conjunto de leis penais promulgadas pelo parlamento a uma caixa de cobras muito perigosas. Mas aí! os tribunais – e, por extensão, todas as pessoas que impediam essas cobras de morder – tinham reduzido esses belos animais ao papel de simples fantoches; seu veneno tinha sido tirado e, pior ainda, os mais astutos delinquentes já tinham aprendido isso e espalhavam a notícia com a maior violência em todo o reino. Madam lastimava: *their sting is gone, their fangs are out, their terror is lost* (1785, pp. 16-18; 36-37).

Convém, agora, indagar-se até que ponto nos liberamos definitivamente desta maneira de ver as coisas. Na verdade, parece-me que se pensa ainda que a incriminação efetiva é uma parte necessária e essencial da solução para alguns problemas e que é preciso imaginar toda sorte de estratagemas possíveis para persuadir, até mesmo obrigar, as vítimas a apresentar queixa ou para levar os outros cidadãos da Cidade a denunciar todas as ocorrências suspeitas às autoridades legais. A denúncia e a condenação seriam vistas ainda como o ponto capital da solução destes problemas. Enfim, quer-se decidir pelos outros em nome do bem-estar de todos.

No passado, as primeiras formulações da doutrina da severidade máxima se dirigiam para problemas mais ou menos específicos, como o assalto à mão armada, o arrombamento, o furto e as diferentes formas de homicídio. Em sua forma contemporânea, além da fórmula de origem, combinam-se também frequentemente certas formas de situações problemáticas com um grupo de pessoas específicas que se tem de “proteger” de forma especial. Tal parece ser a sorte dos jovens e das mulheres (sobretudo imigrantes). Aqui se está perfeitamente à vontade, pois nesses dois domínios, a idéia de “decidir em seu nome” nem mesmo choca nossa consciência democrática atual. Nesses dois casos, estamos convencidos de que esses grupos não “sabem o que querem” ou o que eles devem querer. É preciso então apropriar-se de seu poder de decisão para estar seguro de que eles estarão convenientemente “protegidos”. Felizmente,

21 Ver, por exemplo, este pequeno documento anônimo publicado no início do século XVIII: *“Hanging, not punishment enough, for murderers, highway men, and house-breakers. Offered to the consideration of the two Houses of Parliament”*, London, 1701. Radzinowicz (1948) fala disso e indica que o autor é um homem com uma boa educação e um bom conhecimento do sistema de justiça criminal. O nome “James Robertson” é escrito a mão na caixa do microfilme deste texto e está disponível na Harvard Law School Library, bem como na Universidade de York.

esta situação começa a mudar um pouco relativamente às mulheres, mas ela é ainda bastante persistente relativamente aos jovens. Porém onde se manifestam mais claramente certas representações da doutrina da severidade máxima é a respeito dos grupos profissionais e dos cidadãos em geral. Estamos tão convencidos de que a salvação se encontra no sistema penal que vamos até o ponto de sustentar que os profissionais no domínio da intervenção social (psicólogos, assistentes sociais, criminologistas, médicos etc.) não sabem tampouco tomar a "decisão correta"; eles deixam escapar demasiados casos. É preciso então decidir também por esses grupos em nome de todos.

A partir de uma pesquisa avaliativa que desenvolvi com Sylvie Vallières em um programa de informação jurídica no Quebec (Pires e Vallières, 1986), relatarei um caso particular concernente aos jovens. Ver-se-á que esta orientação, em sua forma mais extrema, está em vigor ainda hoje. E mostrarei como ela produz uma série de dilemas, paradoxos, absurdos e contradições – não sei exatamente como chamá-los – para o desenvolvimento de uma "vida boa". Vários autores tinham chamado a atenção, e em muitas oportunidades, sobre o fato de que o sistema penal é particularmente inadequado e "maçudo" para resolver uma situação-problema que implica pessoas que não se conhecem (e, às vezes, que se amam também) e que, ademais, podem eventualmente continuar a manter relações entre elas²². A despeito disso, para "proteger" os jovens, organizou-se o dispositivo seguinte.

O artigo 39 da *Lei sobre a proteção da juventude*, no Quebec, atacava pela primeira vez o princípio da moderação incorporando um dos princípios-chave da doutrina da severidade máxima do século XVIII. Na verdade, ele cria a obrigação de apresentar queixa. Segundo esse artigo, em caso de suspeita de abuso sexual e de maus tratos físicos, *todo mundo*, até as pessoas ligadas por um segredo profissional, deve denunciar o caso à Direção da proteção à infância e juventude (D.P.). Se um jovem contou isso confidencialmente a vocês pedindo ajuda, *é necessário então revelar o segredo* ao Estado. A Lei introduz uma pequena nuance. Quando se trata simplesmente de maus tratos em geral (nem físico, nem sexual), todas as pessoas cujo trabalho tem uma relação com os jovens (professores, assistentes sociais, psicólogos, médicos, etc.) são então *obrigados* a revelar o segredo ou remeter o caso ao sistema; as outras pessoas

22 Ver, a título de exemplo, Becker (1975), Hulsman e Bemat de Celis (1982), Hulsman (1991), Landreville, Blankevoort e Pires (1981).

podem guardar o segredo, mas não têm obrigação de fazê-lo.

Paralelamente a esta lei, havia em Ontario e em alguns lugares no Quebec, na época dessa pesquisa, uma política efetiva de remessa ao sistema através dos acordos mais ou menos formais entre vários órgãos dedicados ao bem-estar dos jovens e a polícia local²³. Segundo esses acordos, devia-se comunicar à polícia todos os casos conhecidos de mau tratamento físico ou sexual. Frequentemente, estava entendido que o interveniente devia chegar na casa do jovem já acompanhado pelo policial. A finalidade desta "ação conjunta" era aparentemente evitar para o jovem o trauma de repetir duas vezes a mesma história. Evidentemente, supõe-se aqui que se ia recorrer ao judiciário de qualquer maneira, pois em caso contrário, o jovem não teria necessariamente de repetir sua história. Vocês vêem como o problema é delicado e toca nossa sensibilidade.

Eis agora os paradoxos que isso suscita. Este programa de educação e de informação jurídica tinha por objeto especialmente os direitos da pessoa. Visava difundir esses direitos junto a alguns grupos alvos da população (jovens, socialmente assistidos, idosos, etc.)²⁴. Farei referência exclusivamente a uma pequena parte de nossa experiência relativa ao segmento concernente aos jovens. Faziam-se então várias sessões de informação em uma dezena de escolas, para jovens do secundário, níveis 2 a 5 (inclusive).

Por ocasião da apresentação da Carta quebequense, insistia-se muito naturalmente sobre o fato de que ela aparentemente reconhecia aos jovens, entre outros, o direito de salvaguardar sua vida privada (art. 49), o direito de ser protegido (art. 39), o direito de beneficiar-se do segredo profissional (art. 9) e o direito à informação completa (art. 66). Um jurista conhece bem os limites de uma Carta de direitos e os conflitos usuais com as leis ordinárias. Mesmo que estas últimas sejam "inferiores" às Cartas na hierarquia das leis, elas são "superiores" na prática, por muito tempo, até que os tribunais as anulem. Elas aportam então restrições, às vezes importantes, aos direitos reconhecidos nas Cartas e podem até tirar com uma mão o que a outra deu (Mourgeon, 1978). Porém quero, acima de tudo, mostrar aqui que o "direito de ser protegido" se transforma em uma "obrigação de se deixar proteger" e que esta adquire precedência sobre os (outros) direitos.

23. Houve também no Quebec, "mesas de acordo" a respeito da violência contra as mulheres, que implicavam, na mesma ocasião, a polícia. Ver Laplante (1993).

24. Um relatório foi publicado pelo Ministério da Justiça (Pires e Vallières, 1986).

Tornou-se evidente, ao longo das observações, que o programa - que por outro lado era muito interessante - tinha algumas "lacunas", se posso dizer assim. Eis o problema. Assinalamos em um de nossos encontros com os participantes que as informações dadas referentes ao direito de ser protegido, o direito ao segredo profissional e o direito à salvaguarda da vida privada não estavam claros e completos conforme a exigência do artigo 66 da Carta sobre o direito à informação. Com efeito, não se apresentava aos jovens os limites do direito ao segredo profissional e do direito à proteção da vida privada em caso de abuso físico ou sexual. O jovem devia saber que se ele contasse uma experiência desse gênero a seu professor, à psicóloga da escola etc., todos esses profissionais seriam obrigados, em princípio, a revelar seu segredo ao serviço de proteção da juventude e à polícia; que um assistente social viria então à sua casa com a polícia, etc. Para dar uma informação completa conforme seu direito, era preciso ainda dizer que, uma vez rompido o segredo, eles perdiam todo controle sobre o processo e sobre a direção dos acontecimentos. Por que não mostrar então aos jovens os limites de seus direitos? Por que induzi-los em erro deixando-os supor que têm um direito ao sigilo profissional quando em casos muito importantes para suas vidas eles não o têm? Por que não expor-lhes abertamente o belo "remédio" que imaginamos para "resolver" seus problemas? Por que não lhes mostrar que a Lei limitou paradoxalmente o campo de ação daqueles e daquelas que podem ajudá-los?

É claro, a resposta de parte dos assistentes foi automática, e se podia antecipá-la: "se lhes fosse dito tudo isso, vocês acham que eles viriam ainda pedir ajuda?" O que fazer então? Respeitar o direito à informação ou continuar a dar um curso mutilado de informação jurídica para protegê-los apesar deles? Silêncio da parte deles, silêncio de nossa parte. Este tipo de lei tem por efeito fazer calar todo mundo.

Vocês vêem, espero, o mal-estar. É certamente louvável dizer aos jovens que "não precisa ter medo" de fazer valer seus direitos e que "não precisa sentir-se culpado de querer fazer cessar os ataques contra eles". Mas reconhecamos que há diferentes maneiras de fazer cessar ataques e que a lei não nos facilita a tarefa: pois, se o remédio se torna pior do que o mal, as pessoas interessadas bem podem ter vergonha e se sentirem culpados pelo remédio que oferecemos. De fato, se, na condição de jovem, aprendo que a proteção de

meus direitos pode tornar-se opressiva para mim mesmo e ir além de minhas necessidades, é compreensível que eu possa sentir-me culpado (antes ou depois) de me fazer "defender" daquela maneira. Em suma, a vergonha e o medo não têm a ver somente com a natureza do problema vivido, mas também com a natureza dos meios empregados para fazer respeitar nossos direitos.

Poder-se-ia objetar que os "jovens não sabem o que querem" e "que é preciso decidir por eles". Em si, este discurso já é portador de uma conotação totalitária suficiente para me deixar com uma sensação de incômodo e mal-estar. Porém aceitemos isso provisoriamente. A lei não pressupõe menos que os profissionais tampouco sabem decidir (salvo aqueles que trabalham para ela). Vocês não de convir que isso é mais embaraçoso. Deixa-se que trabalhem pessoas que não sabem decidir.

Não hesito em crer que se implantou este dispositivo diabólico para "bem fazer" e que as pessoas que querem obrigar todo mundo a apresentar queixa, a denunciar seu vizinho e a desencadear um sistema maçudo têm as melhores intenções do mundo. Porém, que resultado! O programa ficou com suas lacunas e nós todos presos no fundo da garrafa para moscas.

Como se vê, tem-se ainda, infelizmente, tendência a crer que os modos violentos de resolução dos conflitos são o apanágio exclusivo do mundo privado; que a partir do momento em que se penetra na esfera sagrada do público, do oficial, entra-se no melhor dos mundos. A violência cega cede aqui o lugar ao justo devido e à resposta racional e sadia. É que a violência organizada e visível é paradoxalmente mais difícil de ver, e cria ainda mais costume porque se instala na surdina em resposta a reivindicações irrepreensíveis e nobres. Na verdade, esquecemos bastante rapidamente que o recurso ao direito penal (e especialmente à prisão) em um número ainda muito elevado de casos não é um meio livre de toda violência. Ao contrário, o próprio sistema penal cria uma parte do problema, e a violência que ele produz passa muitas vezes despercebida ou é escamoteada pelos motivos nobres que invocamos para seu emprego.

Como nota Mourgeon (1978, p. 98), é sem dúvida uma visão idílica da lei a de crer que ela nunca tem um caráter opressivo e que o sistema de organização de defesa dos direitos é "neutra" ou – pior ainda – perfeitamente inofensiva em relação às pessoas, inclusive os titulares diretos dos direitos. E isto é ainda mais verdadeiro no que concerne ao direito penal. As pessoas que dirigem às

vezes cruzadas morais em torno de certos direitos, pedindo ao governo que faça uso de sua mais feroz força de repressão, esquecerem frequentemente que as fronteiras entre a virtude da lei e seu lado perverso são fáceis de transpor. Com efeito, é força reconhecer que em um número tristemente elevado de casos, o remédio pode ser tão mau ou pior do que o mal.

Referências bibliográficas

- BARATTA, A. (1991). Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal. *Déviance et Société*, XV, (1), pp. 307-345.
- BECCARIA, C. (1764). *Des délits et des peines*. Paris: Flammarion, 1979.
- BENHABIB, S. (1987). The Generalized and Concrete Other. The Kohlberg-Gilligan Controversy and Feminist Theory, dans Benhabib, S. et Cornell, D. (éds), *Feminism as Critique* (pp.77-95). Minneapolis: University of Minnesota Press.
- BLOCH, E. (1961). *Droit naturel et dignité humaine*. Paris: Payot (traduction française).
Commission canadienne sur la détermination de la peine (1987). *Réformer la sentence: une approche canadienne*. Ottawa: ministre des Approvisionnement et Services Canada.
Commission de réforme du droit du Canada (1975). *Bientôt là... Quatrième rapport annuel*. Ottawa: Information Canada.
Commission de réforme du droit pénal du Canada (1976). *Notre droit pénal. Rapport n. 3*. Ottawa: ministre des Approvisionnement et Services Canada.
Commission de réforme du droit du Canada (1986). *Pour une nouvelle codification du droit pénal (vol.1). Rapport au Parlement, n. 30*. Ottawa: C.R.D.C.
- DEL VECCHIO, G. (1955). *La justice - la vérité. Essai de philosophie juridique et morale*. Paris, Dalloz.
- DEL VECCHIO, G. (1951). *Justice, An Historical and Philosophical Essay*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1956.
- DURKHEIM, E. (1895). Crime et santé sociale. *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 39, pp. 518-523.
- DURKHEIM, E. (1894). *Les règles de la méthode sociologique*. Paris: Flammarion, 1988.
- HALL, J. (1935). *Theft, Law and Society*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, (revised edition), 1952.

- HARTT, E.P. (1973). Some thoughts on the Criminal Law and the Future. *Revue du Barreau Canadien*, 51, pp. 59-70.
- HULSMAN, L. (1991). The Abolitionist Case: Alternative Crime Policies. *Israel Law Review*, 25, (3-4), pp. 681-709.
- HULSMAN, L., & Bernat de Celis, J. (1982). *Peines perdues. Le système pénal en question*. Paris: Le Centurion.
- KANT, E. (1797). *Métaphysique des moeurs (Première partie : Doctrine du droit)*. Paris: J. Vrin, 1979.
- LALANDE, P. (1991). La Commission de réforme du droit du Canada (1971-1989): de la modération dans le droit pénal... à la modération dans la réforme du droit. Montréal: École de criminologie, Université de Montréal.
- LANDREVILLE, P., Blankevoort, V. et Pires, A.P. (1981). *Les coûts sociaux du système pénal*. Montréal: rapport de recherche à l'intention du Solliciteur général du Canada, École de criminologie, Université de Montréal.
- LAPLANTE, J. (1993). *La violence familiale et son traitement*. Ottawa: rapport de recherche, Département de criminologie, Université d'Ottawa.
- MADAN, M. (1785). *Thoughts on Executive Justice, with respect to our Criminal Laws*. London, J. Dodsley.
- OUIMET, R. (Prés.) (1969). *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle: un lien à forger*. Ottawa: Imprimeur de la Reine.
- PARENT, C. et Dignoffo, F. (1994). Pour une éthique féministe de l'intervention pénale. *Carrefour. Revue de réflexion interdisciplinaire*, XVI, (2), pp.90-107.
- PARENT, C. (1992). La contribution féministe à l'étude de la déviance en criminologie. *Criminologie*, XXV, (2), pp. 73-91.
- PIRES, A. P. et Acosta, F. (1994). Les mouches et la bouteille à mouches : utilitarisme et rétributivisme classiques devant la question pénale. *Carrefour. Revue de réflexion interdisciplinaire*, XVI, (2), pp. 8-39.
- PIRES, A. P. (1986). *Critiques à la prison et principe de modération: inventaire d'extraits dans les documents canadiens*. Ottawa, rapport de recherche de la Commission canadienne sur la détermination de la peine, ministère de la Justice du Canada.
- PIRES, A. P. et Vallières, S. (1986). *Droits de la personne et information juridique : une recherche évaluative*. Ottawa, Direction générale de la recherche et du développement, ministère de la Justice du Canada.
- RADBRUCH, G. (1959). *Filosofia del derecho*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado

do (traduction espagnole).

- RADZINOWICZ, L. (1948). *A History of English Criminal Law and its Administration from 1750. Vol. I, The Movement for Reform*. London: Stevens & Sons Limited.
- RICOEUR, P. (1990). *Soi-même comme un autre*. Paris: Éditions du Seuil.
- TARDE, G. (1895). Criminalité et santé sociale. *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 39, pp. 148-162.
- TULKENS, F. (1990). Les coups et blessures volontaires : approche historique et critique, dans Collectif, *Acteur social et délinquance. Hommage à Christian Debuyst* (pp.165-190). Bruxelles: Pierre Mardaga, éditeur.
- TURNER, J. (1971). Law for the Seventies: A Manifesto for Law Reform. *McGill Law Journal*, 17, (1), pp. 1-10.
- VON FEUERBACH, A. R. (1801). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Giessen: Georg Friedrich Heyer's Verlag, 1847.
- VON JHERING, R. (1877). *L'évolution du droit*. Paris, Librairie A. Maresco, Aîné, Traduction sur la 8e édition allemande, 1901.
- WATZLAWICK, P. (1988). La mouche et la bouteille à mouches, dans P. Watzlawick (éd.), *L'invention de la réalité. Comment savons-nous ce que nous croyons savoir?* Paris: Seuil.

Resumo

O objetivo deste artigo é analisar certos obstáculos que aparecem quando se pretende refletir sobre uma profunda reforma do direito criminal, que seja ao mesmo tempo humanista e realista.