

AS FONTES DO DIREITO PARA ALÉM DA JUSTIÇA ESTATAL*

Mauro José Gaglietti**
Daeane Zulian Dorst***

RESUMO

Trata-se acerca da significação do crime, da culpa, pena e da dor no âmbito da justiça criminal. Para tanto, percorrem-se alguns aspectos que caracterizam a história da teoria do crime, da criminalização e das penalidades, buscando-se as bases epistemológicas da Justiça Comunitária e da Justiça Estatal. Tal percurso associa-se à investigação de fatores contemporâneos que retroalimentam os diferentes paradigmas da justiça retributiva e da justiça restaurativa. Ganha destaque a discussão acerca do papel da lei canônica, do direito romano; as dimensões da revolução jurídica; e, finalmente, a mudança de paradigma assentado em uma nova definição de crime associada à violação de pessoas e de relacionamentos. Por fim, assinala-se que a lei penal, uma aquisição relativamente nova da sociedade ocidental, funciona sob pressupostos que, em muitos aspectos, estão em dissonância com os demais aspectos da vida.

PALAVRAS-CHAVE: crime, culpa, pena, dor, justiça criminal.

ABSTRACT

This article is about the meaning of crime, guilt, punishment and pain within the criminal justice system. To do so, there are some aspects that characterize the history of the theory of crime, criminalization and penalties, seeking the epistemological foundations of Community Justice and State Justice. This route is associated with the investigation of contemporary factors that fed back into the different paradigms of retributive justice and restorative justice. It is pointed out the discussion about the role of canonical law, Roman law, the dimensions

* Artigo recebido em: 28/06/2014.

Artigo aceito em: 16/11/2014.

** Professor do Mestrado em Direito e do Curso de Graduação em Direito da URI (Santo Ângelo/RS); Doutor em História/PUCRS, Mestre em Ciência Política/UFRGS; Professor e Pesquisador da IMED (Passo Fundo/RS); Coordenador do Projeto Justiça Comunitária em parceria com o Ministério da Justiça, Prefeitura Municipal de Passo Fundo e IMED; Professor Convidado do Curso de Direito da FAI/UCEFF (SC). Junto a PUCRS, é, também, pesquisador associado ao grupo de estudos e pesquisa ética e direitos humanos registrado no diretório do CNPq, sendo coordenado pela Profa. Dra. Beatriz Gershenson Aginsky. E-mail: maurogaglietti@bol.com.br | Blog: <http://maurogaglietti.imed.edu.br> | Blog: <http://justicacomunitariapf.blogspot.com>

*** Mestre em Direito/URI. Professora e pesquisadora da Universidade Federal de Rondônia/RO - UNIR. daeane.dorst@unir.br

of the legal revolution, and finally, the paradigm shift based on a new definition of crime associated with the violation of people and relationships. Finally, it is noted that the criminal law, a relatively new acquisition of Western society, works under assumptions that, in many aspects, are in dissonance with other aspects of life.

KEYWORDS: crime, guilt, punishment, pain, criminal justice.

SUMÁRIO

1. INTODUÇÃO

2. QUANDO A DOR É DOTADA DE PROPÓSITO

3 A CULPA LEGAL, E NÃO A CULPA FACTUAL, É O FUNDAMENTO DO PROCESSO PENAL

- 3.1 A justiça retributiva: quando alguns ganham e outros perdem;
 - 3.1.1 Estratégias desculpadoras, racionalização e estereótipos;
 - 3.1.2 Humilhação e sofrimento são da natureza da justiça?;
 - 3.1.3 Quando o procedimento tem precedência sobre o mérito;
 - 3.1.4 O crime como violação da lei;
 - 3.1.5 Sobre o crime e a justiça: um olhar polifocado na vítima;

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: COMO CIVILIZAR A LEI?

5. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho examina aspectos da vida humana no que se refere a culpa, a pena e a dor, no âmbito da justiça criminal. Constata-se que há abundante evidência de que os agressores, muitas vezes, agem livremente ou, pelo menos, não se admitem capazes de agir livremente. Assim, muitas pessoas na sociedade não se vêem como agentes livres, na direção de suas próprias vidas. Ao contrário, percebem-se como sendo moldadas por forças praticamente irresistíveis – seja por fatores socioeconômicos, seja pela providência. Nesse contexto, busca-se examinar os problemas decorrentes das formas assumidas pelos pressupostos teóricos sobre a liberdade e a responsabilidade na cultura ocidental. Tais pressupostos são básicos, na medida em que a liberdade e a responsabilidade pessoal são demasiadamente relevantes. Ressalta-se, outrossim, que o determinismo é inaceitável. No entanto, cabe destacar que existem problemas decorrentes das formas assumidas pelos referidos pressupostos na chamada cultura ocidental. Por exemplo, os conceitos jurídicos e do senso comum acerca da culpa que governam as reações ao crime, embora confusos, e, por vezes, até mesmo contraditórios, têm algo em comum: são centrados no individualismo extremado. Verifica-se, desse modo, que o sistema jurídico e os valores ocidentais são, via de regra, orientados para a crença no indivíduo como agente livre, dotado de livre arbítrio. Essa cosmovisão, pressuposto naturalizado na compreensão da justiça, acarreta a formulação do seguinte raciocínio: “se alguém cometeu um crime, esta pessoa o fez porque quis”. Portanto, “a punição é merecida, visto que a escolha foi livre”. Assim, “os

indivíduos respondem pessoal e individualmente por seus atos, tendo em vista que a culpa é individual”.

Para levar à diante tal problematização, percorrem-se alguns aspectos que caracterizam a história da teoria do crime e da penalidade, buscando-se as bases epistemológicas da Justiça Comunitária e da Justiça Estatal. Assim, um dos propósitos deste texto² é contribuir com a ampliação da percepção acerca dos avanços e das limitações, social e historicamente definidas, da educação jurídica, na medida em que esta é concebida como um “treinamento em simplificações” (CHRISTIE, 1984, p. 50-59). No âmbito da justiça criminal, por exemplo, a educação jurídica concentra-se nas regras e nos processos relativos à culpa, e os estudantes de Direito recebem escassa instrução no tocante à negociação e ao desenho da sentença. Portanto, poucos juízes e ainda menos advogados estudaram a fundo sobre o resultado apropriado para

² Este texto foi iniciado ainda em 2007 (e concluído em outubro de 2011), por ocasião da discussão sobre a necessidade de se ampliar a reflexão acerca dos métodos não adversariais de solução de conflito - justiça comunitária, mediação e práticas restaurativas - na disciplina *Ecologia Política*, ministrada pelo autor, no Mestrado em Direito na URI em Santo Ângelo (RS). A discussão contou com o aporte teórico buscado nos textos de Michel Foucault, Luiz Alberto Warat (jurista que atuou até 2010 no Mestrado em Direito da URI), Leonel Severo Rocha e João Martins Bertaso. Em 2009, a pesquisa ganhou aderência do doutorando da UNISINOS, Marcelino da Silva Meleu, que trabalhou conjuntamente com o autor desse texto na redação do Projeto “Justiça Comunitária”, aprovado pelo Ministério da Justiça e que está sendo implementado, desde julho de 2011, nos bairros Zachia e Valinhos, em Passo Fundo (disponível em: <<http://justicacomunitariapf.blogspot.com>>). Os aspectos aqui apresentados acerca da relação entre justiça retributiva e justiça restaurativa foram inspirados, sobretudo, no capítulo “Restorative justice and the philosophical theories of criminal punishment” escrito por Conrad G. Brunk em Hadley (Ed.), *The spiritual roots of restorative justice*, (Albany: State University of New York Press, 2001). Soma-se a essa obra, outra de caráter mais abrangente, que serviu de fonte bibliográfica e que contribuiu – sobremaneira - para pensar fora dos atuais paradigmas que têm hegemonizado as formas de concepção. Trata-se da obra de Ruper Ross, *Return to teh teachings* (New York: Penguin Books, 1996) que pesquisou as diferenças entre as visões de mundo do indígena norte-americano e do colonizador europeu. Outros aspectos relativos à punição e à retribuição e também sobre outras questões da justiça restaurativa é o resultado de pesquisa realizada entre 2007 e 2009 a partir das premissas levantadas na edição da *Utah Law Review*, v.23, n.1, e, também a discussão histórica levada à frente por David Cayley, autor da obra *The expanding prison: The crisis in crime and punishment and the search for alternatives*. Há, ainda, três livros que trabalham em maior profundidade o modo como o desenvolvimento do sistema legal ocidental e da teologia cristã influenciaram-se mutuamente, à medida que fortaleceu a natureza punitiva da cultura ocidental. Tais obras Timothy Gorringe, *God’s Just vengeance* (New York: Cambridge University Press, 1996), que examina a questão em tela na Idade Média cristã e em períodos posteriores. T. Richard Snyder trata o tema em uma perspectiva da religião protestante em *The protestant ethic and the spirit of punishment* (Grande rapids: Wm. B. Eerdmans, 2001); e Gil Bailie, em *Violence unveiled: Humanity at the crossroads* (New York: Crossroad, 1995).

os processos penais. Aqui, a preocupação central desvela-se na atitude de alguns profissionais que foram educados a dedicar pouco tempo às ações que poderiam prevenir a reincidência e os problemas futuros.

Percebe-se, dessa forma, que a educação jurídica se volta, sobremaneira, ao exercício de uma incapacidade aprendida que leva a que o operador do direito, em vez de olhar todos os valores de uma situação, selecione exclusivamente os que “têm relevância jurídica”. Dito de outra forma, fatores sociais, éticos e pessoais são relevantes apenas na medida em que são definidos juridicamente como relevantes pelos altos escalões do sistema judicial e político. Depreende-se disso que o “ato criminoso” somente tem relevo à medida que adquire uma definição técnica e estrita.

Outro propósito é discutir, considerando novas evidências históricas, o advento da revolução jurídica na passagem da justiça comunitária para a justiça estatal. Nesses termos, apresentam-se novas visões sobre justiça criminal e, posteriormente, identifica-se na luta entre as estruturas religiosas e seculares a responsabilidade pelo modelo de justiça adotado na modernidade. Além disso, busca-se caracterizar a justiça comunitária e a justiça estatal como dois polos extremos que têm muitas gradações entre si. Num polo consta a justiça comunitária “pura” por meio da participação direta das partes interessadas, mediante acordos, negociação, mediação ou conciliação. No outro, a justiça torna-se um pouco mais formal, quando outras partes, possivelmente designadas pelas autoridades políticas, se envolvem como árbitros. Assim, as cortes de acusação são ainda mais formais, e nelas há uma função específica para o Estado. No final da escala, está o verdadeiro tribunal estatal, no qual o Estado se tornou a vítima, tendo a iniciativa – e, também, a

discricionariedade e o controle – da ação. Por fim, o texto se detém em algumas iniciativas do Estado brasileiro referentes ao acesso à justiça, sobretudo àqueles associados ao PRONASCI do Ministério da Justiça, sobretudo o Projeto Justiça Comunitária, e, mais especificamente, àquele que está sendo implementado em dois bairros no Sul do País.

2. QUANDO A DOR É DOTADA DE PROPÓSITO

Em nossa sociedade, a justiça é concebida, muitas vezes, como aplicação da lei, a justiça está contida na lei. Por decorrência, o crime é definido pela violação ou infração de uma lei. Nessa perspectiva, o que define a ofensa e aciona o processo criminal é alguém que cometeu um ato definido em lei como crime – e não a natureza do dano ou do conflito em si mesmos.

A ênfase no ato de violar a norma de direito penal é o que permite que tanto ofensa como culpa sejam definidas em termos estritamente legais. Assinala-se que as questões familiares e comunitárias (éticas e sociais) tornam-se secundárias e, em alguns casos, até irrelevantes. Desse modo, o contexto do ato é desconsiderado, exceto na medida de suas implicações legais. Isso quer dizer que os ofensores violam a lei do Estado e devem ser punidos. Nesse caso, os agentes estatais chamam para si a responsabilidade de conduzir o processo, e tudo isso a sociedade aceita como bastante natural e inevitável. Por que isso ocorre?

Ao que parece, o sistema penal que hoje é conhecido não existia na Europa medieval entre os séculos V e XV. Nenhuma legislação identificava certos atos como crimes, mas se atribuíam algumas punições a determinados

casos. Os processos não eram conduzidos por profissionais da área jurídica, e as autoridades políticas e judiciais tinham um papel reconhecido, porém limitado. Ainda que existissem várias cortes, no geral, todas funcionavam de acordo com os pressupostos e parâmetros de uma justiça mais ajustada à dinâmica das famílias e das comunidades. Recorria-se a elas com considerável relutância.

Por volta dos anos 1113, foi dado início a uma série de mudanças que, ao longo dos séculos seguintes, lançaram os fundamentos para uma abordagem drasticamente nova acerca do crime e da justiça. Essas mudanças levaram séculos para amadurecer e enfrentaram a resistência feroz de muitos. O novo modelo de justiça foi definitivamente implantado somente no século XIX. No entanto, esse processo complexo de transformações, embora demasiadamente longo e em geral ignorado pelos historiadores, constitui uma “revolução jurídica” (BERMAN, 1983)³.

Autoridades políticas de períodos anteriores haviam se sentido obrigadas a moldar a “lei” segundo a estrutura das práticas e dos princípios consuetudinários. No final da Idade Média, começaram a reclamar o direito de fazer novas leis e derrogar as antigas. Assim, códigos legislativos formais, escritos que incorporavam novos princípios começaram a substituir os costumes. Nos séculos XVIII e XIX, um corpo legislativo especial foi criado para tratar de certos danos e disputas chamados crimes.

Novos argumentos e procedimentos passaram a abrir as possibilidades de intervenção e iniciativa estatal em certos tipos de processo. No continente

³ Mais recentemente, possui grande relevância, em termos de sistematização de um novo enfoque à história do direito e à sociologia do direito, a obra do sociólogo americano Howard Zehr (2005), cuja primeira edição data de 1990.

européu, começaram a aparecer procuradores de justiça associados ao Estado. Na Inglaterra, por exemplo, juízes de paz saíram do seu papel reativo, para assumir o comando de certos tipos de processos, inclusive recolhendo as provas pertinentes.

Na Europa continental, o estilo das cortes mudou de acusatório para inquisitório. Ali, a corte era responsável por iniciar as acusações, compilar evidências e determinar o resultado – frequentemente em segredo. Ainda, na Inglaterra, foi mantida uma estrutura acusatória, devido ao papel do júri e à retenção da forma de acusação privada. Nesse mesmo contexto, também os agentes do Estado substituíram o cidadão como autoridade orientadora nos processos criminais.

Em tais casos, a natureza do resultado começou a mudar. A punição passou a ter precedência sobre os acordos; as multas – recolhidas aos cofres públicos – substituíam as indenizações às vítimas; a tortura tornou-se, além de uma punição aceitável, uma ferramenta forense para descobrir a verdade. Salienta-se, ainda, que, em meio a toda essa metamorfose, os interesses das vítimas foram perdendo a importância que tinham nos séculos anteriores.

Desse modo, percebe-se que os funcionários e representantes do Estado foram, gradativamente, se insinuando, até a tomada total dos processos judiciais. De início, com as funções de investigação, paulatinamente, o Estado tornou-se acusador. Por fim, reivindicou a propriedade sobre tais processos. Assim, os advogados do Estado lançaram mão de uma variedade de recursos e argumentos jurídicos, alguns velhos e outros novos, para justificar seu envolvimento. Os procedimentos acusatórios haviam reconhecido que o modo “comum” de iniciar o processo era pelas vítimas ou por seus familiares.

Algumas jurisdições deixavam espaço para certas denúncias “extraordinárias” por parte da corte ou do Estado em algumas situações muito singulares. Como se verifica, o uso de tais recursos jurídicos foi combinado com argumentos novos. A coroa passou a impor sua pretensão de guardião da paz. Bastou mais um pequeno passo para alegar que, quando a paz fosse violada, o Estado seria a vítima. Não é de surpreender que o papel e as pretensões das vítimas tenham se perdido nesse processo.

Na continuidade de tal percurso, entre 1470 e 1500, aproximadamente, solidificaram-se as bases da justiça estatal na Europa, por intermédio de novos códigos penais que inauguraram a descrição de certas transgressões e a indicação das punições. Destaca-se que algumas dessas penas eram extremamente severas, incluindo-se a tortura e a morte. As sanções econômicas, por sua vez, também podiam ser impostas em muitas circunstâncias. Assinala-se, assim, que houve uma ampliação das dimensões estatais de certas ofensas mediante o aumento do poder do Estado⁴.

Dois outros fatores históricos contribuíram para a promoção dessa tendência favorável a sanções punitivas administradas pelo Estado: a Reforma Protestante no século XVI e a Revolução Francesa no século XVIII. No primeiro caso, Lutero, com base nos ideais calvinistas, defendia o papel do Estado na administração de punições como agente de Deus, cuja imagem de juiz punitivo enfatizava, com vistas a conferir ao Estado função de garantidor da ordem moral. No segundo caso, o Iluminismo e a Revolução Francesa consolidaram, de vez, a presença do Estado nos processos judiciais. Por volta de 1790, o Estado já reclamava poder absoluto, que exercia de modo incrivelmente

⁴ Além das fontes citadas anteriormente, destacam-se, para esse caso concreto, as pesquisas de Michael Ignatieff (1981, p. 75-105); e Jacques Ellul (1969).

arbitrário e abusivo. Torturas e penas quase inimagináveis eram comuns – não apenas para os “criminosos” devidamente julgados e condenados, mas também para suspeitos e inimigos políticos. Nesse período, a coroa se declarava acima da lei, e esta era constituída de costumes e princípios, lógica e arbitrariedade, interesses particulares e imperativos públicos.

A Revolução Francesa foi concebida à base do pensamento iluminista, de acordo com o qual a religião continha superstições ilógicas, portanto irracionais, e defendiam a forma jurídica secular baseada na lei natural e nos princípios e fundamentos da ciência. Assim, os revolucionários iluministas tentaram implantar uma visão de mundo no qual a lei deveria estar acima dos governos e possuir um conteúdo fundamentado em uma racionalidade. Segundo essa visão, as leis deveriam refletir a vontade da sociedade em geral, e aos governos caberia a atribuição maior de articular e administrar essas leis. A nova lógica, então, era o contrato social com novas responsabilidades estendidas para segmentos sociais bem mais amplos da população e voltado para o direito. Constata-se que os pensadores iluministas, em sua maioria, não eram democratas, mas tinham a visão de construir um governo como representante dos interesses da sociedade em geral, e não de alguns grupos ou da família real exclusivamente.

Dessa maneira, o pensamento iluminista e os desdobramentos práticos que se seguiram reforçaram a tendência de definir as ofensas em termos de violação da lei, ao invés de em virtude do dano real. Diante de danos mais graves, a ênfase recaía cada vez mais sobre a esfera pública em detrimento da privada. Se o Estado representasse a vontade geral, ficaria mais fácil justificar sua definição do Estado-vítima e entregar-lhe o monopólio das intervenções

jurídicas. Mais importante, o Iluminismo trouxe consigo a nova física da dor (YOUNG, 1984, p. 150-69).

3. A CULPA LEGAL, E NÃO A CULPA FACTUAL, É O FUNDAMENTO DO PROCESSO PENAL

Como evidenciado até aqui, os desenvolvimentos ocorridos nos séculos XVIII e XIX foram importantes na formulação do modelo atual de justiça retributiva. Assim, o Estado ganhou nova legitimidade e, também, novos mecanismos para exercer o poder. O direito foi revestido de uma santidade inédita, que tornou a transgressão algo mais repreensível, e suas consequências, mais “merecidas”. Os reformadores, dessa maneira, não questionaram a ideia de que, quando um mal é cometido, a dor deve ser administrada. Ao contrário, proporcionaram novos fundamentos e justificativas, instituindo as diretrizes racionais para a administração da dor e os mecanismos para a aplicação das punições.

Essa nova engenharia da dor foi sendo, então, gestada/administrada às portas fechadas nas prisões pelo Estado (SPIERENBURG, 1984), de modo que a pena de privação de liberdade é que permitia graduar o tempo de punição segundo a gravidade da ofensa. Depreende-se disso que as prisões constituíam um meio de dosar a punição em unidades de tempo, oferecendo uma aparência de racionalidade e mesmo de ciência à aplicação da dor (FOUCAULT, 1977)⁵.

⁵ Os *quakers* americanos, por exemplo, que defendiam a prisão, o faziam na expectativa de incentivar o arrependimento e a conversão. Justificativas posteriores caracterizavam as prisões como laboratórios para mudar comportamentos e padrões mentais e para reformar personalidades. Muitas outras razões foram

No início da Idade Moderna, as formas de punição visavam, sobremaneira, ao corpo, muitas vezes fazendo uso de tecnologias que causavam intenso sofrimento físico e psíquico aos encarcerados. Portanto, a utilização moderna da prisão buscava atingir, principalmente, a alma (FOUCAULT, 1975, 1996)⁶. Isso se deu em virtude do poder do Estado, à medida que monopolizou todo o procedimento judiciário de liquidação interindividual no inquérito e que passou a exigir reparação por meio de mecanismos pecuniários concebidos como multas e confiscos de bens. Tais recursos ampliaram a fortuna dos soberanos do Estado à proporção que retiravam dos indivíduos o direito de resolver, regular (ou não) seus litígios. O resultado disso é que as comunidades passaram se submeter a um poder exterior a ela – o poder se exerce fazendo perguntas –, que se impõe como poder judiciário.

Assinala-se que, até o século XII, se desconhecia, por exemplo, uma ação pública representando a sociedade. Na verdade, o que havia era uma luta

criadas para servir de justificativas ao uso das prisões, a fim de infligir “dor dotada de propósito” (FOUCAULT, 1977).

⁶ O Sistema Pensilvânico ou Celular é o mais antigo e mais duro dos sistemas. O Sistema Celular tinha como características o isolamento, a oração e a abstinência de qualquer forma de vício, quais sejam, bebidas alcoólicas, cigarros, entre outros, além do incentivo à religião. Eram princípios basilares para que os litigantes fossem conduzidos do erro à virtude e à felicidade. Essa instituição aplicou o *solitary confinement* (confinamento solitário), atualmente conhecido como “solitária”, aos presos, que, sendo muito perigosos, ficavam em celas isoladas, enquanto os outros eram mantidos em celas comuns. A estes era permitido trabalhar conjuntamente durante o dia, de qualquer maneira, sempre aplicando um rigoroso controle do silêncio. O fundador da Colônia da Pensilvânia, Guilherme Penn, prescreveu o estabelecimento de leis inglesas a mando do Rei Carlos II, submetendo à Assembleia Colonial da Pensilvânia o que se chamou de a “Grande Lei”, que objetivava a atenuação da legislação penal inglesa, a qual se dava de duas maneiras: a atuação da lei cujos princípios repudiam todo e qualquer ato violento, limitando a pena de morte apenas para o homicídio, e substitui as penas corporais e mutilantes por penas privativas de liberdade e trabalhos forçados. Em segundo lugar, melhora a situação das pessoas que se encontravam privadas da liberdade de ir e vir, tendo como base negativa o que havia visto nas prisões inglesas, onde a promiscuidade e a corrupção eram exorbitantes. Com a morte de Penn, a Assembleia foi convencida pelo governador a introduzir a lei inglesa, porém o seu legado não foi totalmente deixado de lado, servindo de base para o surgimento de associações destinadas a suavizar as condições dos presos e reformar as prisões. Por influência destas, em 1786, houve a modificação do Código Penal, e os trabalhos forçados foram abolidos. A pena de morte passou a ser aplicada em poucos casos, criando-se um consenso que as penas restritivas de liberdade deveriam contribuir para uma ressocialização dos condenados. A primeira prisão norte-americana foi construída em 1776, recebendo o nome de *Walnut Street Jail*. Ver Bitencourt (2001).

entre indivíduos, famílias ou grupos que poderia terminar numa transação econômica ou em morte⁷. Assim, na Idade Média europeia, a liquidação era realizada entre indivíduos, grupos, famílias sem haver a necessidade de passar pelo Estado, por intermédio dos funcionários do poder judiciário. Essa forma judiciária desapareceu, gradativamente, na medida em que a circulação de bens era precária. Naquele período, os bens que mais circulavam no comércio eram os adquiridos por intermédio da herança, dos testamentos, do roubo, do furto, da ocupação de terras, de castelos, de cidades, da contestação militar, das guerras, sempre no âmbito da comunidade e extrajudicialmente. Ocorre que à medida que a contestação judiciária assegurava a circulação de bens no comércio, o direito de controlar tal contestação foi sendo confiscado pelos grupos mais ricos e poderosos das localidades.

Percebe-se, com base no exposto, que o inquérito – que surge no século XII na Europa em razão das transformações políticas e nas relações de poder – reorganizou todas as práticas judiciárias na Idade Média, da época clássica e da modernidade. Conclui-se, assim, que o procedimento do inquérito não é resultante apenas do progresso da racionalidade⁸, mas de toda uma nova estrutura política que se tornou possível e necessária em termos de processo no domínio do judiciário. De modo que, o inquérito na Europa Medieval se tornou um procedimento de governo, uma técnica de administração, na

⁷ Michel Foucault (1996) relata que, até o século XII, os litígios eram regulamentados pelo jogo da prova. *A verdade e as formas jurídicas* é um conjunto de cinco conferências – pronunciadas na PUC do Rio de Janeiro, em 1973, e mais tarde publicadas pela editora da própria Universidade – que aborda a formação dos domínios de saber com fundamento em práticas sociais que fizeram aparecer novos objetos, novos conhecimentos e novas formas de sujeitos do conhecimento. Partindo-se de como os seres humanos arbitram os danos e as responsabilidades na história do Ocidente – as práticas judiciárias –, a sociedade definiu tipos de subjetividades – formas de saber, formas das pessoas se relacionarem e um modo de se conceber e acreditar em uma verdade –, que deram origem a um certo saber humano que em muito contribuiu para a construção da individualidade no século XIX.

⁸ A palavra “processo” tem origem no latim *procedere*, “avançar, mover adiante”, de *pro*, “à frente”, mais *cedere*, “ir”. Um processo, em qualquer assunto, implica um conjunto ordenado de passos no tempo para se chegar a um objetivo. Portanto, é um método considerado científico.

realidade, uma maneira de se exercer o poder. A Igreja – única instituição que fazia uso das técnicas do inquérito durante o período da Inquisição – introduziu o inquérito no Direito na Idade Média, substituindo o flagrante delito⁹, cujo *status* foi preservado, mediante a obtenção de pessoas dispostas a confirmar que “testemunharam” uma dada situação, que estão a par e podem jurar sobre um determinado delito praticado por um indivíduo. Desse modo, por intermédio do depoimento de testemunhas consideradas justas, sérias, representantes da comunidade, poder-se-ia averiguar o que realmente aconteceu.

E é exatamente nesse contexto que surgem a noção de infração e a figura do procurador – representante do rei, lesado pela simples forma de ter havido um delito ou um crime, passando o dano a ser uma ofensa contra o soberano como representante do Estado. Em outros termos, a sociedade é atingida, na medida em que se concebe que o dano é contra a ordem e a lei.

A experiência nos EUA, por exemplo, da justiça formal centrada no Estado é um dos casos mais elucidativos de que se tem notícia (GITTLER, 1984). Relatos sobre a justiça naquele país enfatizam o desenvolvimento precoce de formas públicas e legalizadas de justiça, situando sua origem no período pré-revolução (antes de 1776). No entanto, estudos recentes revelaram que os procuradores públicos tinham papéis bastante limitados, tendo em vista que não gozavam de autonomia para iniciar ou encerrar um processo criminal até a metade o final do século XIX e início do século XX. Em vez disso, outras modalidades de justiça (incluindo mediação, arbitragem e procedimentos cíveis) eram adotadas por um conjunto numericamente expressivo da sociedade e persistiram, inclusive, depois de a justiça estatal triunfar. A

⁹ Situação jurídica em que o agente é preso quando está cometendo a infração penal ou acaba de cometê-la. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

restituição, por exemplo, era uma modalidade muito utilizada, ao menos para os crimes patrimoniais, e as vítimas eram parte ativa nos processos. Por fim, o estabelecimento de procuradores públicos com amplos poderes e discricionariedade e a disponibilidade de penitenciárias foram parte importante nesse processo, ao longo do qual a justiça estatal tornou-se hegemônica no mundo ocidental, em particular, nos Estados Unidos e na Europa (CHRISTIE, 1995). Com efeito, a sociedade contemporânea tem seu espaço disciplinar inaugurado¹⁰ com o advento de práticas penais que caracterizam a atual organização social, as relações de poder subjacentes às referidas práticas, as formas de saber, os tipos de conhecimento produzidos acerca do exposto, bem como os tipos de sujeitos de conhecimento que emergem nessas relações de poder.

No final do século XVIII e início do XIX surgiu um fato histórico contendo dois aspectos aparentemente contraditórios: a reorganização do sistema judiciário e penal com singularidades em vários países do mundo. Na Grã-Bretanha, por exemplo, as formas de justiça permaneceram relativamente estáveis, ao passo que o conteúdo das leis, o conjunto de condutas penalmente repreensíveis se modificaram profundamente. No século XVIII, havia na Inglaterra, aproximadamente, 313 condutas capazes de levar alguém à forca. Tal situação tornava o código penal inglês, naquele período, como um dos mais bárbaros que a história das civilizações conheceu. Essa situação foi profundamente modificada no começo do século XIX, sem que as formas e instituições judiciárias inglesas se modificassem profundamente (CHRISTIE, 1982) .

¹⁰ Define a sociedade contemporânea como “sociedade disciplinar” (FOUCAULT, 1996, p. 79-83).

Na França, ao contrário, ocorreram modificações muito profundas nas instituições penais, sem que o conteúdo da lei penal, entretanto, tenha se modificado a partir da reelaboração teórica em Beccaria, Bentham, Brissot, Lepeletier de Saint-Fargeau e em legisladores do Código Penal francês da época pós-Revolução de 1789. Assim, o sistema penal definido por esses legisladores estava assentado no princípio fundamental de acordo com o qual o crime/infração, no sentido criminal/penal do termo, não deveria mais estar associado à falta moral ou religiosa. Ou seja, concebia-se, até aquele momento, que a falta era uma infração à lei natural, à lei religiosa, à lei moral. Então, passou-se a interpretar o crime/infração penal como um modo de rompimento com a lei criada pelo lado legislativo do poder político. Nesses termos, criou-se a seguinte definição: para que haja infração penal é preciso haver um poder político, uma lei e que essa lei tenha sido efetivamente formulada. Deduzi-se, assim, que antes de a lei existir, não pode haver crime, e as penalidades poderão ser utilizadas para as pessoas cuja conduta for efetivamente definida como repreensível pela lei. Em outras palavras, uma lei penal passou a definir como repreensível o que é nocivo à sociedade, definindo negativamente o que é útil a ela. Em vista disso, o crime é considerado como um ato que danifica o conjunto social, caracterização que define o criminoso como alguém que rompeu o “contrato social”. De modo que, o indivíduo que rompeu o pacto social passa a ser considerado um inimigo interno (FOUCAULT, 1996).

Diante de tal panorama, surge a necessidade de uma legislação penal voltada apenas à permissão da reparação da perturbação causada à

sociedade. Assim, a lei penal deve reparar o mal ou impedir que males semelhantes possam ser cometidos contra o corpo social.

A prisão – não pertence ao projeto teórico da reforma da penalidade do século XVIII –, surgida no início do século XIX, como uma instituição de fato, quase sem justificação teórica, foi se transformando em uma pena cada vez mais comum, até generalizar-se no século XIX. A legislação penal também sofreu uma inflexão ampla no que concerne à função social. Ela não procurará mais visar ao que é socialmente útil, ao contrário, buscará ajustar-se ao indivíduo. Podem-se citar, a título de ilustração, as grandes reformas da legislação penal na França e demais países europeus, entre 1825 e 1860, que consistiram na organização do que se permite denominar “circunstâncias atenuantes”: o fato de a aplicação rigorosa da lei, tal como se acha no Código, poder ser modificada por determinação do juiz ou do júri e a depender do indivíduo em julgamento. Desse modo, o princípio de uma lei universal representando tão apenas os interesses sociais é consideravelmente falseado pela utilização das circunstâncias atenuantes que vão assumindo relevância cada vez maior. No século XIX, a penalidade tem como propósito menos a defesa geral da sociedade que o controle e a reforma psicológica e moral das atitudes e dos comportamentos dos indivíduos. Trata-se, pois, de algo muito diferente do que havia teorizado Beccaria, um século antes, ao destacar que não haveria punição sem uma lei explícita e sem um comportamento explícito violando essa lei (ROTHMAN, 1971, 1980).

Assim, a grande noção da criminologia e da penalidade em fins do século XIX foi a de que toda a penalidade passa a ser um controle, não tanto sobre se o que as pessoas fizeram está em conformidade ou não com a lei,

mas no âmbito do que estão sujeitas a fazer, do que estão na iminência de fazer; ou seja, não ao nível das infrações efetivas a uma lei efetiva, mas das virtualidades de comportamento que elas representam. À justiça se atribui a função de não mais punir as infrações dos indivíduos, mas de corrigir suas virtualidades. Para tanto, o judiciário precisou interligar várias instituições em teia, instituições essas que não estão abrigadas no poder judiciário, para desempenhar a função do próprio judiciário. O desdobramento dessa questão resume-se da seguinte forma: a instituição penal não pode mais estar sujeita a um poder autônomo, o poder judiciário. Chega-se, desse modo, ao que Montesquieu formulou acerca da independência dos poderes judiciário, executivo e legislativo: além da justiça, foi necessário buscar outras instituições ligadas ao poder executivo, como foi o caso da polícia, e toda uma rede composta por organizações de vigilância e correção – a polícia para a vigilância, as instituições psicológicas e psiquiátricas para a correção no âmbito de hospitais, asilos etc., instituições pedagógicas, como as escolas, e assim por diante.

Para recapitular o que se tratou até aqui, o inquérito, contemporaneamente falando, foi cedendo lugar ao *panoptismo* (BENTHAM, 1984). O primeiro era um procedimento pelo qual, na prática judiciária, se procurava saber o que havia ocorrido. Tratava-se de reatualizar um acontecimento passado por meio de testemunhos apresentados por pessoas que, por uma ou outra razão - por sua sabedoria ou pelo fato de terem presenciado o acontecimento – eram tidas como capazes de saber.

No *Panótico*, vai-se produzir algo totalmente diferente (BENTHAM, 1984). Aqui, não há mais inquérito, mas vigilância, controle, exame. Não se

trata de reconstituir um acontecimento, mas de algo, ou antes, de alguém que se deve vigiar sem interrupção e totalmente. Ocorre a vigilância permanente dos indivíduos por parte de alguém que exerce sobre eles um poder – professor, diretor, chefe, gerente, médico, psiquiatra – e, que, enquanto exerce esse poder, tem a possibilidade tanto de vigiar quanto de constituir, acerca daqueles que vigia, a respeito deles, um saber que se ordena em torno da norma, em termos do que é normal ou não, correto ou não, do que se deve ou não fazer.

3.1 A JUSTIÇA RETRIBUTIVA: QUANDO ALGUNS GANHAM E OUTROS PERDEM

Retoma-se, para efeito deste trabalho, o que já foi inicialmente abordado. Assinala-se, assim, que o conceito de justiça retributiva começou a ser questionado no século XVIII, especialmente por Cesare Beccaria (1738-1794) e Jeremy Bentham (1748-1832). A partir do século XIX, foi ganhando força a noção utilitarista de que a pena tem como objetivo não a punição pela punição, mas a manutenção da ordem pública. O criminoso deve sofrer uma sanção para desencorajar outras pessoas a imitá-lo. Daí a necessidade de julgamentos públicos e de algum modo ritualizados - o famoso "*due process of law*" (devido processo legal). A pena já não precisa ser tão "cruel" como a ofensa que pretende coibir.

Acredita-se, via de regra, que as prisões foram originalmente criadas como alternativas mais humanas aos castigos corporais e à pena de morte. Assim, o encarceramento deveria atender às necessidades sociais de punição e proteção e, ao mesmo tempo, promover a reeducação dos ofensores.

Todavia, poucos anos após a sua implementação, as prisões tornaram-se sede de horrores, nascendo, por decorrência desse desvio, o movimento para a reformulação do sistema prisional.

3.1.1 Estratégias desculpadoras, racionalização e estereótipos

Quando se identifica algo como um crime, vários pressupostos básicos são acionados com vistas a contribuir para formar a reação das pessoas. Desse modo, presume-se, em primeiro lugar, que a culpa deve ser estabelecida, assumindo o centro de todo o processo penal. Assim, o conceito de culpa, ao conduzir o processo judicial, torna-o limitado, técnico em demasia, caracterizando-o, também, como altamente descritivo (objetivo). Nesses termos, o referido processo é guiado para formular as seguintes perguntas: o acusado (ou a acusada) cometeu os atos descritos em lei? Ele ou ela tinha a intenção de cometer tal ato? Os atos são contrários à lei? Em síntese, a culpa legal questiona somente se a pessoa acusada de fato cometeu aquele ato e, em caso positivo, se esta pessoa é imputável diante da lei. Uma vez estabelecida a culpa, o resultado final recebe pouca atenção, diminuindo, assim, a preocupação com salvaguardas processuais e a garantia e a efetividade dos direitos humanos.

Sendo assim, a preocupação com a determinação da culpa significa que todos os olhares tendem a voltarem-se para o passado. Determinadas perguntas - tais como: O que aconteceu? Quem fez isso? – têm precedência sobre a questão do que fazer para resolver os problemas que o ofensor criou (e os problemas que levaram à ofensa). Diante disso, percebe-se que, no interior

do sistema jurídico, a transgressão e as questões de culpa, na realidade, são colocadas de uma forma muito distinta daquela como são vivenciadas pela vítima e pelo ofensor. Ao que se tem observado, a denúncia poderá guardar pouca semelhança com a ofensa de fato cometida, e a linguagem de culpa e inocência poderá estar desvinculada com o fato ocorrido (CHRISTIE, 1982, p. 40-50)¹¹. Em outras palavras, do ponto de vista legal, culpa e inocência são mutuamente excludentes. A gravidade do delito pode variar, mas no final não há graus de culpa. Ou se é culpado ou não, ou seja, alguns ganham e outros perdem. Conclusão: a mensagem oculta que é passada é que os seres humanos podem ser avaliados em termos de dicotomias simplistas¹².

O olhar para o passado, descrito acima, torna o ofensor, no caso, marcado e caracterizado pelo delito que cometeu, não importando as boas qualidades que já tenha ou venha a desenvolver. O fato de ter cometido um delito definirá suas possibilidades de emprego, seu potencial profissional e o resto de sua vida. Sua culpa (e não suas outras qualidades) determinará, ao

¹¹ O acusado pode ser acusado de algo que soa muito diferente do que ele fez. No sistema jurídico dos EUA, por exemplo, o acusado logo percebe que as acusações podem resultar de negociação entre seu advogado e o promotor. Mesmo que tenha cometido um delito, poderá não ser juridicamente culpado e será aconselhado a declarar-se “inocente”. Talvez comece, assim, a acreditar que de fato não é culpado. E mesmo que ele seja juridicamente culpado, seu advogado talvez o aconselhe a declarar-se “inocente”. No âmbito do direito, há a possibilidade de se nublar a realidade ética e vivencial da culpa e da inocência. Dessa maneira, “inocente” significa, na linguagem jurídica, “quero um julgamento”, ou “preciso de mais tempo”. O advogado do ofensor poderá, por exemplo, conversar com ele sobre culpa em termos jurídicos, o processo o incentivar a negar sua culpa, salvo se ele for tecnicamente culpado, ou não tiver outra escolha. Ao mesmo tempo, ele poderá ser atendido por um psicólogo ou terapeuta, que o ajudará a compreender seu comportamento em termos psicológicos, talvez silenciando seu sentido de responsabilidade pessoal. Ele poderá, também, ter contato com o pastor (ou padre), que falará de culpa em termos morais e de perdão, graça e bondade de Deus. Esse religioso talvez sugira que sua culpa é real, não apenas técnica, mas que é possível encontrar uma solução. E haverá, ainda, outras pessoas, como os carcereiros, que transmitirão o conceito popular de culpa, segundo o qual ela é real e não passa – o ofensor é, de fato, uma pessoa “má”. Portanto, o conceito jurídico de culpa é altamente técnico e distante da experiência da vida real. Assim, os ofensores são constantemente confrontados pela terminologia da culpa, mas a eles são negadas a linguagem e a clareza de significado que permitiriam atingir a compreensão plena do que ocorreu. Além disso, faltam mecanismos de resolução. Ver Christie (1982, p. 40-50).

¹² Tal conceito de culpa ou responsabilidade concentra-se mais na explicação de por que a ofensa ocorreu, focalizando sua causalidade e previsibilidade, normalmente em termos sociais e psicológicos. Ver a obra de Tom Yoder Neufeld (1982).

que tudo indica, seu futuro. Nada dentro do processo criminal permitirá a superação desse fato – nem mesmo o pagamento da “dívida para com a sociedade” por meio do cumprimento da pena de privação de liberdade.

Em virtude do conceito individualista de culpa e liberdade compartilhado por amplos segmentos das sociedades ocidentais, presume-se que o indivíduo é livre para fazer escolhas, prevendo as consequências dessas mesmas escolhas. Deduz-se que a pessoa modificou seu comportamento, levando isso em consideração. Esses pressupostos passam ao largo da questão de se os indivíduos acreditam ser possuidores de tal liberdade. Parte-se, assim, da concepção de que têm a capacidade de prever consequências remotas. Presume-se que sejam capazes de fazer a ligação entre comportamentos e consequências. Ignora-se, também, a natureza da ação incorreta como padrão complexo de comportamento. Por fim, despreza-se o contexto social, econômico e psicológico no qual a ação se deu. Por isso, a justiça para os ofensores é conduzida sem referência à justiça social e sem questionar o *status quo*. Por decorrência, a punição será merecida, haja ou não o contexto de justiça social. Aqui, levanta-se, ainda, a hipótese de que essa concepção de culpa seja inevitável numa cultura de sociedades que tende a privilegiar a meritocracia, que define o valor em termos de sucesso material e social e que define o êxito e o fracasso em escalas estritamente individuais. Ou seja, julgam-se as pessoas em razão de seu acesso à riqueza e ao poder. Os excluídos de tais benesses são individualmente responsabilizados por isso, sendo percebidos como perdedores.

O mesmo vale para a culpa, quando definida como um defeito individual, ignorando, portanto, o contexto do comportamento do indivíduo.

Nesse caso, parte-se do pressuposto de que os ofensores tiveram várias oportunidades e, tendo escolhido as erradas, merecem ser rotulados como culpados. Em outras palavras, a fixação da culpa é central à noção de justiça nas sociedades ocidentais. Então, a administração da justiça é uma espécie de teatro no qual os temas culpa e inocência predominam. O julgamento ou a confissão de culpa formam o clímax dramático, sendo a sentença o desenlace. Dessa maneira, a justiça se preocupa com o passado em detrimento do futuro dos ofensores, das suas vítimas e respectivos familiares.

A pessoa que cometeu o delito deve ser responsabilizada pelos seus atos. Uma das dimensões dessa responsabilidade é compreender e assumir a autoria da ação incorreta. No entanto, algumas noções de culpa não estimulam esse tipo de responsabilidade e, na pior das hipóteses, dificultam-no. A falta de procedimentos para solucionar a culpa fomenta o uso de “estratégias desculpadoras”, entre as quais a racionalização e os estereótipos, como forma de evitar o pesado fardo que ela representa. Outra hipótese é que o ofensor poderá ser motivado a adotar a profecia contida no rótulo que lhe atribuem.

Enquanto o processo se concentra nas questões da culpa e da responsabilidade do réu, tende, também, a dispersar a responsabilidade pelos resultados e a negar questões de responsabilidade coletiva pelos delitos. Os principais tomadores de decisão (advogados, promotores, juízes, oficiais de justiça) são estimulados a se enxergarem como executores da lei que estão cumprindo um dever. Eles são levados a conferir a responsabilidade pelo desfecho do caso ao “sistema”; isto é, aqueles que “fazem” justiça podem negar sua responsabilidade pessoal pelos resultados. Igualmente, não são

estimulados a reconhecer aquilo que têm em comum com os ofensores, a saber, a condição de ser humano.

3.1.2 Humilhação e sofrimento são da natureza da justiça?

Conforme o exposto nos itens anteriores, o crime cria uma dívida moral que deve ser paga, sendo a justiça um processo que devolve o equilíbrio à balança. É como se existisse uma balança metafísica no universo que foi desequilibrada e precisa ser corrigida. Tal conceito de justiça tende a focalizar abstrações, em vez de se concentrar no mal que foi praticado. Parte do pressuposto de que, em cada caso, o necessário para acertar as contas é algo conhecido e atingível. Presume, ainda, que o necessário para ajustar essa balança é uma punição. As autoridades na esfera judiciária, por sua vez, percebem seu trabalho como o de dispensar níveis adequados de punição. Os ofensores são levados a acreditar que, ao aceitar a punição, estarão pagando sua dívida com a sociedade.

Entretanto, lançando-se um olhar mais aproximado ao fenômeno, constata-se que os ofensores têm dificuldades de acreditar que dessa maneira estarão de fato “pagando sua dívida”. O “pagamento” é demasiado abstrato e não há um reconhecimento público no final, quando a dívida já foi paga. Esse pagamento tampouco traz algum benefício para a comunidade. Aliás, custa-lhe muito dinheiro. Ao mesmo tempo, transmitir ao ofensor a mensagem “você fez mal a alguém, então nós faremos mal a você também”, simplesmente, aumenta a quantidade de mal neste mundo.

Max Weber já descreveu o Estado como a organização que chama para si o monopólio legítimo do uso da violência. Como se vê, há muito se reconhece que a ameaça de infligir dor àqueles que desobedecem está na base do sistema jurídico moderno. Assim, as instituições e os métodos do direito são parte integrante do ciclo da violência, estando longe de representarem uma solução para esse fenômeno.

3.1.3 Quando o procedimento tem precedência sobre o mérito

O processo é adversarial na medida em que fomenta o conflito de interesses entre as partes, acreditando que regular interesses opostos é um meio de proporcionar a emergência da verdade. Diante das regras e procedimentos, a isonomia ganha prioridade como teste de justiça. A intenção é de que os réus recebam tratamento igual. Enfatiza-se, assim, que é preciso notar duas características na isonomia. Em primeiro lugar, ela recai mais sobre a intenção do que sobre o resultado. Na prática, mesmo uma igualdade aproximada de resultados é difícil de obter, como se constata nas disparidades radicais evidentes no universo das populações prisionais e que esperam o cumprimento da sentença de morte. No entanto, é difícil questionar esses resultados, uma vez que não há como provar que houve intenção de tratar os réus de forma desigual.

A tendência da nossa sociedade de procurar profissionais para resolver seus problemas agora é reforçada, haja vista que é preciso alimentar a imensa máquina burocrática nascente que tem interesses próprios, bastante corporativos. Isso se deve, ao que tudo indica, ao processo penal, que,

enredado nas muitas voltas de suas complexas regras, depende de procuradores profissionais que representem o réu e o Estado, afastando, conseqüentemente, o processo de justiça dos indivíduos e da comunidade que foram afetados pelo delito. O desdobramento disso tudo recai na não participação da vítima e do ofensor no seu próprio processo. Em outros termos, a vítima e o agressor dependem, sempre, de procuradores ao longo de todo esse complexo procedimento.

3.1.4 O crime como violação da lei

Em vez de se focalizar no dano efetivamente causado, ou na experiência vivida por vítima e ofensor, o processo se concentra na tentativa de enquadramento do ato na lei. Em vista disso, o que caracteriza e define a ofensa e dá início ao processo criminal é o cometimento de um ato definido em lei como crime – e não o dano ou o conflito.

Enfatiza-se, assim, que o ato de violar a norma de direito penal é o que permite que tanto a ofensa quanto a culpa sejam definidas em termos estritamente legais. O contexto do ato é desconsiderado, exceto na medida de suas implicações legais. Por decorrência – como já mencionado anteriormente –, as questões éticas e sociais tornam-se secundárias e, em alguns casos, até irrelevantes, ou seja, o “ato criminoso” é de importância decisiva e ganha uma definição técnica pontual.

3.1.5 Sobre o crime e a justiça: um olhar polifocado na vítima

Contemporaneamente, as vítimas não integram os elementos intrínsecos da definição de crime; muito menos o processo criminal promove reconciliação entre vítima e agressor, uma vez que o relacionamento entre essas partes não é visto como um problema importante. Considera-se, então, que no direito penal o crime se define como uma ofensa contra o Estado; logo este, e não o indivíduo é classificado como vítima. De acordo com esse raciocínio, portanto, somente o Estado é quem pode reagir.

Já que o Estado é vítima, a lei penal coloca os ofensores contra o Estado. Na prática, isso significa que um procurador profissional representando o ofensor (o advogado de defesa) é antagonista de um outro que representa o Estado (promotor de justiça), e há ainda um outro profissional (o juiz) que atua como árbitro.

Já que o Estado é vítima, não é de se admirar que as “verdadeiras” vítimas sejam sistematicamente deixadas de fora do processo e que suas necessidades e seus desejos sejam tão pouco acatados. Assiste-se, nesses termos, à abrangência do paradigma mais aceito e praticado, na medida em que pressupõe que o crime é, basicamente, uma violação da lei, e nessa perspectiva a justiça inicia seu procedimento pelo estabelecimento da culpa, buscando o justo castigo, cuja administração compete ao Estado, por intermédio da imposição da dor. Tais pressupostos e suas implicações contribuem para a explicação acerca de algumas lacunas e, sobretudo, para um certo direcionamento do olhar à vítima e seus respectivos familiares e círculo comunitário.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: COMO CIVILIZAR A LEI?

Depois de levar em consideração - para efeito nesse trabalho acerca da justiça criminal - alguns aspectos sobre a “física da dor”; o fundamento do processo penal; na culpa legal; a culpa factual; as estratégias desculpadoras; o processo histórico de racionalização; os estereótipos; a dinâmica de construção da humilhação e do sofrimento como parte integrante do conceito de justiça no mundo ocidental; a prevalência do processo em detrimento do mérito dos fatos jurídicos; a concepção de crime vinculada somente à lei e, por fim, o lugar da vítima no processo judicial, faz-se necessário pensar nos elementos epistemológicos associados, direta e indiretamente, ao conhecimento acerca do acesso à justiça a partir de uma mudança paradigmática.

Husserl, por exemplo, definia a fenomenologia como um “retorno às coisas”. Bachelard, por seu turno, alinhava-se à fenomenologia na medida em que, de um lado, mostrava que a ciência deveria ser uma “fenomenotécnica”; do outro, conduziu sua reflexão sobre a imaginação até o ponto de ela poder manifestar seu poder “ontológico”, sua densidade de ser. Assinalou, ainda, que o mundo é a provocação do ser humano à medida que se revela criador, fonte única, despertador de mundos: o da ciência e o da arte. É o ser que responde a todas as provocações, sobretudo àquela associada ao instante, pela criação e pela invenção. Despertar o mundo, eis a coragem da existência. E esta coragem é o trabalho da pesquisa e da invenção. Portanto, o essencial é que se permaneça sempre “em estado de apetite”. Assim, Bachelard revoluciona a epistemologia contemporânea na medida em que reconhece que “a ciência não é o pleonasmo da experiência” na medida em que ela faz produzida *contra* a

experiência. Em outras palavras: “O ponto de vista cria o objeto”. Quer dizer, o real nunca toma a iniciativa na medida em que os fatos não falam e só poderão responder algo quando a investigação interrogar. Assim, a epistemologia de Bachelard contribuiu, definitivamente, para que se destruísse a crença na imortalidade científica dos fatos e em sua imaculada concepção.

Diante do exposto, sobretudo, se se adotar a postura epistemológica de julgar que os fatos não falam por si e que precisam receber perguntas dos pesquisadores, esboçam-se, nesses termos, as seguintes indagações: O que aconteceria se o processo civil fosse modificado, buscando incluir certas salvaguardas? E se alguns casos fossem deslocados do processo penal para fazê-los correr por um processo civil modificado? Diferentemente do direito penal, o direito civil define os atos lesivos em termos de dano e obrigações, sem falar de culpa. Portanto, resultam desse procedimento o acordo e a restituição em vez da punição. Ele permite uma graduação da responsabilidade sem que o resultado seja definido como derrota/vitória. Na esfera do direito civil, o Estado não é vítima, as partes ganham o centro do palco, mantendo-se ao longo do processo significativo poder e responsabilidade. Como os resultados não são primordialmente punitivos, as salvaguardas procedimentais são menos rígidas, e os fatos relevantes, menos circunscritos.

Descortina-se, dessa maneira, que tanto o paradigma retributivo quanto o paradigma restaurativo poderiam ser oferecidos à comunidade. Quer-se buscar, com isso, a implementação de um sistema singular de duas vias inspirado no modelo japonês, porém adaptado às condições culturais de cada local, ou seja, um sistema híbrido. Uma das vias é um sistema criminal formal ao estilo ocidental com muitas características já familiares ao sistema vigente

na contemporaneidade. O processo concentra-se na culpa e punição, sendo regido por normas formais e operado por profissionais como procuradores públicos. Esse caminho é utilizado para muitos crimes. No entanto, poucos casos chegam a passar por todo o sistema, terminando num longo tempo de prisão ou outras penalidades severas. Os casos são constantemente deixados de lado. Aos olhos ocidentais o sistema parece ser excessivamente tolerante. Contudo, um padrão de confissão, arrependimento e absolvição domina cada etapa do sistema de manutenção da ordem no Japão. Os atores do processo não incluem apenas autoridades em novos papéis, mas também o ofensor e a vítima. Desde o primeiro interrogatório na polícia até a última audiência judicial para sentenciamento, a maioria dos acusados confessa, mostra arrependimento, negocia o perdão junto à vítima e se submete à clemência das autoridades. Em troca, são tratados com grande tolerância e, no mínimo ganham a perspectiva de absolvição institucional, saindo do processo formal de justiça (HALEY, 1995, P. 233-48). Nota-se que os casos saem do sistema jurídico formal em qualquer estágio do processo. Somente uma fração dos casos chega à denúncia, e uma parcela menor ainda acaba passando por todo o processo acusatório. Uma ínfima minoria chega ao encarceramento, e poucos ficam mais que um ano na prisão, o que não significa, porém, que os criminosos japoneses não sejam condenados, pois no Japão o índice de condenações chega a 99,5%.

No Brasil, por sua vez, o Estado por meio do Ministério da Justiça e do PRONASCI (Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania) está implementando, nos últimos três anos, cerca de 30 núcleos de Justiça Comunitária em diferentes cidades brasileiras que desenvolvem práticas

restaurativas e sessões de mediação, bem como o encaminhamento das pessoas necessitadas à rede social e colaboram com a ampliação das informações sobre os direitos humanos junto às comunidades. Desse modo, as lideranças das vilas e bairros estão sendo capacitadas para mediar conflitos e promover a coesão social¹³.

O desenvolvimento de caminhos jurídicos diferentes tem sido a estratégia utilizada também pela Casa Núcleo de Justiça Comunitária dos Bairros Zachia e Valinhos em Passo Fundo, no Rio Grande do Sul (Brasil). Esse projeto vem sendo empreendido com base na estrutura dos bairros para resolver disputas entre vizinhos e casais, buscando gestionar o conflito fora do “sistema”. O programa treina pessoas da comunidade para atuarem como agentes de mediação e de gestão de conflito e investe, sobretudo, na educação e no empoderamento da comunidade buscando ampliar os níveis de responsabilidade das pessoas que se envolvem em conflitos. Seu processo de mediação serve, por sua vez, como alternativa para as varas cíveis e criminais. Verifica-se, assim, que o Projeto Justiça Comunitária, em sua fase inicial na cidade de Passo Fundo, tendo acumulado mais de 90 dias de experiência, é

¹³ As lideranças comunitárias foram identificadas por meio de parcerias com a Defensoria Pública, Ministério Público, Tribunais de Justiça, a Secretaria de Reforma do Judiciário, as Prefeituras Municipais, Faculdades e Universidades. Assim, a mediação de conflitos pela comunidade está promovendo, ao que parece, a justiça de forma alternativa e pacífica. Na verdade, a intenção é realizar cerca de 375 mil atendimentos até o início de 2012. Nesses termos, a Justiça Comunitária é uma ação do Pronasci que busca estimular a comunidade a construir e a escolher seus próprios caminhos para a realização da justiça, de forma pacífica e solidária. Portanto, essa política pública, denominada Justiça Comunitária, visa à implantação ou o fortalecimento de núcleos por meio do financiamento de atividades de capacitação de agentes de mediação comunitária, aquisição de equipamentos, contratação de profissionais e adequações de espaços físicos. O site do próprio Ministério da Justiça aponta para a Secretaria de Reforma do Judiciário como principal órgão apoiador dos projetos que tendem a facilitar o acesso à justiça, por meio de convênios com defensorias públicas, governos estaduais, municipais, ministérios públicos, tribunais de Justiça e sociedade civil que possuam como foco e objetivo o desenvolvimento de formas negociadas de resolução de conflitos e dos direitos do cidadão. Desse modo, a mediação comunitária é uma das mais importantes ferramentas para a promoção do empoderamento e da emancipação social.

um modo de educar e fortalecer a comunidade, a fim de que ela resolva seus próprios problemas.

Por fim, assinala-se que uma das fraquezas da teoria de Thomas Kuhn sobre mudanças de paradigma é que essas mudanças são tratadas como se fossem uma atividade intelectual, negligenciando a sua dinâmica política e institucional. Os interesses políticos e institucionais, certamente, afetam a ocorrência ou não das mudanças e a forma que elas finalmente assumem. Portanto, o paradigma retributivo está fortemente associado aos interesses e às funções do Estado moderno, e isso terá impacto decisivo sobre a possibilidade de mudança e, se ela ocorrer, sobre a forma que irá assumir. Sabe-se que a história da mudança na área do direito e da justiça não é muito animadora. Os esforços nesse sentido foram frequentemente cooptados e desviados de suas visões originais, por vezes de modo perverso e nocivo. O histórico acerca da origem das prisões é um caso típico, e deve servir de lembrete e aviso permanente àqueles dentre os que pensam em mudanças. Talvez essas “melhorias” tenham dado errado porque não questionaram os pressupostos fundamentais, como foi exposto acima. Considera-se, assim, que a questão é por demais complexa e exige que se busque uma reflexão para além da forma dominante de pensar que só olha para aquilo que deseja enxergar: a punição como resposta única aos agressores mediante o foco no culpado e não nos danos causados à vítima e a seus familiares, sem, no entanto, levar em consideração os seus desejos e necessidades materiais.

5. REFERÊNCIAS

BAILIE, Gil. **Violence unveiled**: humanity at the crossroads. New York: Crossroad, 1995.

BENTHAM, Jeremy. ***Uma introdução aos princípios da moral e da legislação***. Trad. Luiz João Baraúna. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BERMAN, Harold J. ***Law and revolution: the formation of the western legal tradition***. Cambridge, EUA: Harvard University Press, 1983.

BITENCOURT, Cezar Roberto. ***Falência da pena de prisão: causas e alternativas***. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRUNK, Conrad G. ***The spiritual roots of restorative justice***. Albany: State University of New York Press, 2001.

CAYLEY, David. ***The expanding prison: the crisis in crime and punishment and the search for alternatives***. Pilgrim Pr. 1999.

CHRISTIE, Nils. ***Limits to pain***. Oxford: Martin Robertson, 1982.

_____. New perspectives on crime and justice, **Issue**, n. 1. Akron: Mennonite Central Committee, p. 50-59, 1984.

_____. ***Crime Control as Industry: Towards GULAGS, Western Style***. London: Routledge, 1995.

ELLUL, Jacques. ***The theological foundations of law***. Nova York: Seabury Press, 1969.

FOUCAULT, Michel. ***Vigiar e punir: história da violência nas prisões***. Petrópolis: Vozes, 1975.

_____. ***Vigiar e punir: o nascimento da prisão***. Petrópolis: Vozes, 1977.

_____. ***Microfísica del poder***. 2. ed. Madrid: La Piqueta, 1979.

_____. ***Power/Knowledge: Selected Interviews, 1972-1977***. Toronto: Random House, 1981.

_____. Technologies of the self. In: MARTIN, L.; GUTMAN, H.; HUTTON, P. (Orgs.). ***Technologies of the Self: a seminar with Michel Foucault***, Massachusetts: The University of Massachusetts Press, 1988. p. 16-49.

_____. About the beginning of the hermeneutics of the self: two lectures at Darmouth, ***Political Theory***, v. 21, n. 2, p. 198-227, 1993.

_____. ***História da sexualidade I: a vontade de saber***. Lisboa: Relógio d'Água, 1994a.

_____. **História da Sexualidade II: o uso dos prazeres.** Lisboa: Relógio d'Água, 1994b.

_____. **História da Sexualidade III: o cuidado de si.** Lisboa: Relógio d'Água, 1994c.

_____. **A verdade e as formas jurídicas.** Rio de Janeiro: Nau, 1996.

GITTLER, Josephine. **Expanding the Role of the Victim in a Criminal Action:** an overview of issues and problems. 11 PEPP. L. REV. 117, 1984.

GORRINGE, Timothy. **God's Just vengeance.** New York: Cambridge University Press, 1996.

HALEY, Jonh O. Victim-Offender Mediation: Lessons from the japanese experiense. **Mediation Quarterly**, v. 12, n. 3 (num. esp.), primavera de 1995.

IGNATIEFF, Michael. State, civil society, and total institutions: a critique of recent social histories of punishment. In: COHEN; SCULL (Eds.). **Social control and the State.** London: Routledge, 1981, p. 75-105.

MOHR, Renate M. A feminist's anlysis of the objectives and alternatives Re: Punishment. In: **CONFERENCE ON FEMINIST PERSPECTIVES ON CRIMINAL LAW REFORM**, Ottawa, 1987.

NEUFELD, Tom Yoder. **Guilt and humannes:** the significance of guilt for the humanization of the Judicial-Correctional System. Kingston: Queen's Theological College, 1982.

ROSS, Ruper. **Return to teh teachings.** New York: Penguin Books, 1996.

ROTHMAN, David J. **The Discovery of the Asylum:** social order and disorder in the New Republic. Boston: Little; Brown, 1971.

_____. **Conscience and Convenience: *the* asylum and its alternative in progressive America.** Boston: Little; Brown, 1980.

SNYDER, T. Richard. **The protestant ethic and the spirit of punishment.** Grande Rapids: WM. B. Eerdemans, 2001.

SPIERENBURG, P. **The spectacle of suffering:** executions and the evolution of repression. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

Utah Law Review, v.23, n.1. The University of Utah, 2001.

YOUNG, Davi B. Young. Let us content ourselves with praising the work white drawing the veil its principles: eighteenth-century reactions to Beccaria's. On crime and punishment, **Justice Quarterly**, v. 1, n. 2, p. 150-69, jun. 1984.

ZEHR, Howard. **Changing lenses: a new focus for crime and justice**. Scottdale, Pa: Herald Press, 2005.