



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS - CCSA
Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

JOÃO CARLOS CARVALHO DA SILVA

**A RECONSTRUÇÃO DO DISCURSO PENAL NA PÓS-MODERNIDADE:
PARA UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA**

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR MAURÍCIO GONÇALVES SALIBA

JACAREZINHO (PR) – 2011

JOÃO CARLOS CARVALHO DA SILVA

**A RECONSTRUÇÃO DO DISCURSO PENAL NA PÓS-MODERNIDADE:
PARA UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em
Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da
Justiça: Justiça e Exclusão) do Centro de Ciências
Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da
Universidade Estadual do Norte do Paraná, como
exigência parcial para a obtenção do título de Mestre
em Direito.

Orientador: Professor Doutor Maurício Gonçalves
Saliba

JOÃO CARLOS CARVALHO DA SILVA

**A RECONSTRUÇÃO DO DISCURSO PENAL NA PÓS-MODERNIDADE:
PARA UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; linha de pesquisa: Função Política do Direito) da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, defendida em 09 de dezembro de 2011 e aprovada por unanimidade por banca examinadora, constituída pelos doutores:

Banca Examinadora:

Presidente: Professor Doutor Maurício Gonçalves Saliba - UENP

Membro: Professor Doutor Gelson Amaro de Souza

Membro: Professor Doutor Renato Bernardi

Coordenador do Curso: Professor Doutor Vladimir Brega Filho

Jacarezinho, 09 de dezembro de 2011

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos movimentos sociais

AGRADECIMENTOS

A meus pais José Carlos e Magali, pela inabalável compreensão acerca dos inúmeros momentos de ausência;

A meus avós, pela torcida durante todo o trajeto, e a Tia Isabel, por todo o apoio e incentivo;

À Doutora Jacqueline Gregório Ferreira, pela ajuda, carinho e compreensão, bem como ao Nelson e a Selma, pelo suporte e hospitalidade;

Aos amigos de sempre, Adriano (Paçoca), Alander, Danilo e Edilson;

Aos colegas de mestrado, pelas valiosas lições e pelas boas risadas, em especial, aos colegas Fernando Alves de Brito, Washington Luiz Testa Júnior, Gustavo de Souza Preussler, Marco Aurélio Romagnoli Tavares, Vinícius José Correa Gonçalves e Jairo Néia Lima;

Ao corpo docente, pela partilha de valiosos ensinamentos;

Ao professor e orientador Maurício Gonçalves Saliba, pela serenidade, paciência e brilhantismo;

A professora Hildegard Taggesell Giostri, pelo importante auxílio na redação deste trabalho;

Ao Doutor Luiz Antonio Ribeiro Marins e aos colegas de secretaria da Justiça Federal de Marília, em especial Luciano F. B. Ramos e Adriane Yumi Sasai, pelo incentivo e suporte;

A Maria Natalina Costa, indispensável à realização deste trabalho;

Ao Professor Vladimir Brega Filho, pela oportunidade única.

Talvez o que hoje é utopia não são as alternativas ao direito penal, e sim o próprio direito penal e suas garantias; a utopia não é o abolicionismo, é o garantismo, inevitavelmente parcial e imperfeito.

Luigi Ferrajoli

A aprovação do presente trabalho não significará o endosso do conteúdo por parte do Professor Orientador, da Banca Examinadora, ou da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta.

SILVA, João Carlos Carvalho da. *A reconstrução do discurso penal na pós-modernidade: para uma análise crítica da Justiça Restaurativa*. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão, linha de pesquisa: Função Política do Direito – da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP: Jacarezinho, 2011.

RESUMO

O presente trabalho tem na Justiça Restaurativa o seu objeto de estudo, sendo seu escopo principal avaliar em que medida tal modelo de justiça é capaz de superar o paradigma punitivo do qual é tributário o sistema penal contemporâneo. O discurso penal tem sofrido de uma aguda crise de legitimação, revelada, notadamente, pelo aporte teórico nascido no seio da criminologia crítica. O pensamento criminológico crítico teceu poderosos argumentos que têm contribuído, desde a distante década de setenta, para demonstrar que o sistema penal, longe de cumprir suas metas programáticas, ostenta funções latentes que, em última análise, são responsáveis pela manutenção do *status quo*, pela reprodução da criminalidade e pela disseminação de uma ideologia funcional para com a sociedade capitalista. A Justiça Restaurativa, neste cenário, surge como promessa de superação do paradigma punitivo. Seu potencial restaurador, seu cuidado para com a vítima, a reintegração do infrator que se desenha em seu bojo, sua vocação para o diálogo e para o consenso, tudo isso são características que afirmam a possibilidade de construir uma justiça verdadeiramente digna. Todavia, a despeito do salutar otimismo que cerca a Justiça Restaurativa, a abordagem do tema requer cautela, não se prescindindo do devido olhar crítico. De fato, quando se insere o paradigma restaurativo no contexto histórico-evolutivo do sistema penal, cotejando-o com as respectivas condicionantes econômico-materiais, nota-se sua organicidade para com o projeto neoliberal e sua subjugação aos ideais filosóficos do pós-modernismo. Este último contempla entre seus postulados o relativismo epistemológico, que redundará na pulverização do discurso - incapaz de produzir análises totalizantes da sociedade. Sob a filosofia pós-moderna, a verdade se tornou uma questão de consenso e a tarefa da sociedade é criar laços comunitários, independentes da batuta do Estado, o qual se vê reduzido a mero obstáculo ao livre desenvolvimento do mercado. Assim, na medida em que se fragmenta a base, consolida-se a dominação no topo. A Justiça Restaurativa, nesta conjuntura, assume o posto de modelo de justiça neoliberal por excelência, afeita aos valores e ideais capitalistas e funcional para seus propósitos.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia crítica. Justiça Restaurativa. Globalização. Pós-modernismo.

SILVA, João Carlos Carvalho da. *Reconstruction of penal discourse in postmodernity: towards a critique of Restorative Justice*. Dissertation submitted to the Masters Degree Program in Law – Concentration Area: Theories of Justice: Justice and Exclusion, research line: Political function of Law - of Northern Paraná State University: Jacarezinho, 2011.

ABSTRACT

This work has in Restorative Justice its subject of study, and its main purpose is to assess in which proportion this model of justice is able to overcome the punitive paradigm from whom the contemporary penal system is confluent. The penal discourse has suffered an acute crisis of legitimacy, revealed, notably, by the theoretical approach born within the critical criminology. The critical criminological thought has woven powerful arguments that have contributed, since from the seventies, to demonstrate that the criminal justice system, far from fulfilling its programmatic goals, flaunts latent functions that ultimately are responsible for maintaining the status quo, for reproduction of the crime and the spread of a functional ideology to capitalist society. Restorative justice, in this scenario, is a promise of overcoming the punitive paradigm. Its restorative potential, its care for the victim, the offender's reintegration that emerges in its core, its vocation for dialogue and consensus, these are all characteristics that affirm the possibility of building a truly worthy justice. However, despite the healthy optimism about Restorative Justice, the approach to the subject requires caution, demanding critical examination. In fact, when the restorative paradigm is inserted in evolutionary-historical context of the penal system, comparing it with the respective economic and material conditions, it is noted its organicism to the neoliberal project and its subjugation to the philosophical ideals of postmodernism. The latter includes among its postulates epistemological relativism, which results in fragmentation of discourse - unable to produce totalizing analysis of society. Under the post-modern philosophy, the truth has become a matter of consensus and the society task is to create community ties, independent of the baton of State, which is reduced to mere obstacle to the free development of the market. So, as soon as the bottom is fragmented, the domination is consolidated at the top. Restorative Justice, at this juncture, assumes the post of neo-liberal model of justice par excellence, sympathetic to capitalist values and ideals and functional to their purposes.

KEY-WORDS: Critical criminology. Restorative Justice. Globalization. Postmodernism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 A DESLEGITIMAÇÃO DO DISCURSO JURÍDICO-PENAL.....	12
1.1 Elementos para a crítica do discurso penal.....	12
1.1.1 A tradição sociológica do conflito.....	12
1.1.2 O <i>labelling approach</i> e a crítica da ideologia penal.....	14
1.1.3 A criminologia crítica.....	35
1.2 As funções latentes da pena e do sistema penal.....	42
2 A RECONSTRUÇÃO DO DISCURSO PENAL: A JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	50
2.1 Notas introdutórias.....	50
2.2 Origens históricas da Justiça Restaurativa.....	51
2.3 O conceito de Justiça Restaurativa e o problema da rigidez.....	53
2.4 Justiça Restaurativa e Justiça Retributiva.....	56
2.5 Valores e princípios restaurativos.....	59
2.6 A vítima.....	61
2.7 Práticas restaurativas.....	64
2.7.1 Mediação vítima-ofensor.....	68
2.7.2 Círculos de sentença.....	70
2.7.3 Reparação do dano.....	72
2.8 Justiça Restaurativa no Brasil.....	73
2.9 Justiça Restaurativa e criminologia crítica.....	77
2.10 Críticas à Justiça Restaurativa.....	82
2.10.1 Da seletividade oficial à discriminação informal.....	82
2.10.2 Justiça e conflito: a função psicossocial do “foco na vítima”.....	85
2.10.3 Justiça Restaurativa e garantias processuais.....	89
3 PARA UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	93
3.1 Sociedade, Estado e Direito.....	93
3.2 Economia política do sistema penal.....	99
3.2.1 Feudalismo e transição capitalista: o modelo contratual.....	100
3.2.2 Consolidação do capital: o positivismo.....	106
3.2.3 Estado de Bem-estar e reestruturação capitalista: o pós-modernismo.....	112
3.2.3.1 Pós-modernismo.....	120
3.2.3.2 O controle social pós-fordista.....	127
3.2.4 A Justiça Restaurativa no interior do capitalismo neoliberal.....	133
3.2.4.1 Controle social pós-fordista II: a política penal repressiva.....	139
3.3 O direito e o caminho da emancipação.....	143
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	147
REFERÊNCIAS.....	149

INTRODUÇÃO

Tem ganhado espaço no cenário jurídico contemporâneo, especificamente na seara penal, um novo sistema de justiça que se pretende renovador. Trata-se da Justiça Restaurativa, um modelo que tem por objetivo superar o já combalido sistema penal. O presente trabalho busca aferir, pois, a capacidade do novo paradigma em realizar tal tarefa, procurando observar suas particularidades sob um viés crítico e voltado à concretização da dignidade humana.

A reflexão em torno da questão punitiva, embora secular, continua a despertar acesas discussões nos círculos acadêmicos. O resultado prático dos embates teóricos ganha relevância quando transposto para países de capitalismo periférico, marcados pela exclusão social e pela sistemática violação/inefetivação de direitos. É preciso vislumbrar as interfaces entre o sistema punitivo, a pena de prisão e o capitalismo como exigência de melhor conhecer a realidade circundante na busca de possibilidades emancipatórias.

A hipótese levantada neste trabalho é a de que a subordinação do universo jurídico à estrutura econômica e social cria para a Justiça Restaurativa um obstáculo difícil de ser ultrapassado: a Justiça Restaurativa, enquanto teoria do direito e do controle social, existe e se desenvolve precisamente no mundo jurídico que, por sua vez, reflete, direta ou indiretamente, a estrutura material da sociedade. Por esta razão, o novo modelo seria incapaz de superar satisfatoriamente o paradigma punitivo do sistema penal, pois estaria igualmente vinculado às estruturas de poder existentes na sociedade capitalista.

A fim de compreender o exato papel do modelo restaurativo, o primeiro capítulo trata da crise de legitimidade de que tem padecido o sistema penal, partindo de importantes teses produzidas no cerne do pensamento crítico, que desencadeou a formulação de uma nova criminologia (criminologia crítica), formatada pelas teorias sociológicas do conflito e pelo *labelling approach* e cujo papel foi fundamental para a crítica do sistema penal vigente, tributário do positivismo criminológico. São frutos desse novo paradigma, por exemplo, o ceticismo dirigido à ideia da ressocialização, bem como a crença de que já se vive, de certo modo, em uma sociedade sem direito penal (a grande quantia de crimes a desvendar e punir, bem como o elevado número de mandados de prisão por cumprir, seriam exemplos desse déficit de atuação do direito penal). Diante da evidência de que o direito penal não cumpre suas funções declaradas, só resta afirmar que sua verdadeira finalidade repousa em funções latentes, as quais visam à manutenção do *status quo*, revelando seu caráter ideológico e seletivo. E é essa a conclusão a que chegou a criminologia crítica.

É com a promessa de superar esse modelo punitivista e anacrônico que, no segundo capítulo, introduz-se a Justiça Restaurativa, modelo assentado no diálogo e que tem por principal meta o resgate da vítima no processo penal - sem que se esqueça, é preciso salientar, da responsabilização do infrator. Embora não possua um conceito único e bem delimitado, trata-se de um processo colaborativo que envolve aqueles que foram afetados mais diretamente por um crime para determinar qual a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão. Neste capítulo são traçados os principais fundamentos do novo paradigma, seu conceito, objetivos e valores. Igualmente, são apresentadas algumas experiências práticas de programas restaurativos, a fim de que se possa melhor compreender as dificuldades que circundam a concretização dos ideais restaurativos.

Mas a Justiça Restaurativa recebe, também, inúmeras críticas. Uma das principais se refere à mitigação das garantias processuais. Quando se deixa a cargo das partes a resolução de um conflito, pode-se dar margem à violação de garantias conquistadas ao longo dos séculos, tais como a proporcionalidade entre o crime e a pena e o princípio da legalidade.

No terceiro capítulo, com o objetivo de estabelecer uma compreensão mais completa acerca do tema, procura-se inserir a Justiça Restaurativa em um espectro teórico mais amplo, atento à evolução histórica do controle social, pretendendo-se, com isso, produzir uma espécie de “economia política da punição”, para a qual a Justiça Restaurativa tem, também, sua importância. Trata-se de abordar o paradigma restaurativo de maneira a cotejá-lo com a respectiva estrutura socioeconômica, a fim de averiguar a existência de uma relação causal entre ambos – estrutura e superestrutura.

Assim, se na Idade Média o modo de produção feudal engendrou a fragmentação social e política, bem como propiciou medidas punitivas de caráter comunitário e inclusivo, é certo que o modo de produção capitalista do século XVII foi determinante para a centralização do poder e o surgimento de uma sociedade individualista, que produziram, no âmbito do sistema punitivo, as casas de correção e as prisões.

Portanto, a análise das conexões que se estabelecem entre o modo de produção econômico e as políticas punitivas constitui é fundamental para a compreensão destas últimas e sua problematização ganha relevância na sociedade atual, marcada por um nefasto paradoxo: a par da incrível potência das forças produtivas subsiste uma sociedade profundamente desigual, incapaz de sanar as mazelas sociais mais elementares.

1 A DESLEGITIMAÇÃO DO DISCURSO JURÍDICO-PENAL

1.1 Elementos para a crítica do discurso penal

1.1.1 A tradição sociológica do conflito

A vertente etiológico-positivista de criminologia vigorou no cenário jurídico ocidental até meados do século passado. Enquanto modelo teórico-explicativo, sua principal meta era o conhecimento das causas do fenómeno criminal – que buscava mediante métodos empírico-científicos.

Assentada na tradição sociológica do consenso, a criminologia positivista subscrevia a noção de que cada sistema social era representado por uma associação de pessoas que compartilhavam os mesmos objetivos e valores e se uniam a fim de melhor implementá-los. De acordo com esta visão, a sociedade seria composta por um conjunto harmónico de instituições e cada elemento social possuiria uma função definida, apta a contribuir para a harmonia global.¹

Não tardou até que uma segunda vertente criminológica se desenvolvesse com esteio em uma concepção sociológica oposta à primeira, a saber, a tradição do conflito. De acordo com a perspectiva conflitual, a sociedade compreenderia uma pluralidade de grupos e interesses nem sempre convergentes e, em razão disso, a ordem social só poderia existir se fundada na coerção e subjugação de uns indivíduos por outros.

Assim, a partir da década de 60, o pensamento criminológico passou a tomar emprestado das teorias sociológicas do conflito conhecimentos que lhe permitiram reconhecer na sociedade uma estrutura antagónica e, a partir daí, renovar o seu cabedal teórico.²

O pensamento de Karl Marx, mais do que qualquer outro, é representativo da tradição do conflito. Outros autores, igualmente, seguiram a linha conflitual, como é o caso de Max Weber e, mais recentemente, Ralf Dahrendorf. A expressão mais madura de uma teoria da criminalidade assentada sobre as bases do conflito, no entanto, é a proposta por Georg Vold. Enxergando o direito e o Estado como instrumentos de resolução de conflitos sociais, apontou a pena e a criminalização como sendo estratégias que permitiriam ao grupo político

¹ Esta vertente da sociologia, por certo, não defende a existência concreta de uma tal harmonia, mas que a ordem social deva ser concebida nos termos desse consenso (SHECAIRA, 2008, p. 138-139).

² Tal como no modelo consensual, aqui a conflitividade também era um dado heurístico (metodológico) e não um juízo factual (AZEVEDO, 2000, p.79- 81).

mais forte definir como ilegais os comportamentos do grupo contrário e assim consolidar sua hegemonia (BARATTA, 2002, p. 128).

Nesse sentido, o comportamento criminoso não diferiria, essencialmente, de um comportamento normal. A caracterização de um ato como desviado, ao contrário dependeria de uma organização social em que os grupos politicamente superiores são capazes de endossar certos valores na medida em que rotulam outros como sendo criminosos. O que interessa, na verdade, é o poder de definir dado comportamento como ilegal (BARATTA, 2002, p. 126-128).

Seguindo esta linha de pensamento e aprofundando a relação entre sociologia do conflito e crime, Austin Turk parte da premissa de que a criminalidade é um *status* social atribuído a uma pessoa por quem tem poder de definição.

A atribuição de *status* de desviante, uma vez realizada pelas instâncias oficiais – dado que a própria estrutura formal do crime é estabelecida pelo Estado – permite relacionar o estudo da criminalidade ao papel que as autoridades legais exercem na criação, interpretação e aplicação de normas jurídicas. Abre-se o caminho, portanto, para que a criminalidade seja compreendida como o resultado de um complexo sistema de definição, perpetrado segundo as contingências das disputas entre grupos sociais – e não como simples decorrência da infração de uma norma penal.

As teorias do conflito, ao entenderem que a coesão dos sistemas sociais se faz e se mantém pela força, mostram-se mais promissoras do ponto de vista teórico, porquanto afinadas com a realidade social e desvencilhadas do romantismo presente na óptica consensual. Enquanto esta se baseia na unidade axiológica entre os membros da sociedade, as teorias do conflito observam que a vida em sociedade é marcada por disputas, das quais se levantam os politicamente mais fortes. Estes, por sua vez, apoiando-se nos aparatos estatais, utilizam-se do direito penal como mecanismo de controle e criminalização (ANDRADE, 2003, p. 213).

Embora não tenham desenvolvido uma análise profunda, que partisse da esfera política em direção à individualização das condições estruturais da sociedade, tais teorias foram responsáveis pela compreensão do “desvio” não mais como relação antagônica do indivíduo com a sociedade, mas como relação conflituosa entre grupos sociais, desvendando a relação entre conflito social e criminalização (BARATTA, 2002, p. 143-145).

A partir desta perspectiva, a criminologia passou a adotar uma postura conflitual e pôde romper com a análise positivista da criminalidade.

1.1.2 O *labelling approach*³ e a crítica da ideologia penal

Uma das principais teorias tributárias da perspectiva conflitual é o *labelling approach*. Também conhecido por teoria do etiquetamento ou da rotulação, preconiza que o crime nada mais é do que um rótulo imposto sobre alguém por quem tem o poder de aplicação da lei. Tal vertente levantou importantes críticas ao pensamento criminológico dos anos 60, marcadamente influenciado pelo mencionado paradigma etiológico-positivista de criminologia.

A criminologia positivista, formatada sob os auspícios da Escola Positivista – representada por Lombroso, Ferri e Garofalo – ensejou a formulação de uma perspectiva teórica que Alessandro Baratta denominou de “ideologia da defesa social” (BARATTA, 2002, p. 41-43).

Nascida contemporaneamente à revolução burguesa, tal ideologia vicejou no setor especificamente penal. A Escola Positivista a recebeu da Escola Clássica e a modificou em algumas de suas premissas, conferindo-lhe uma longevidade que alcançou o momento atual da sociologia criminal.

A ideologia da defesa social prega que o Estado é a instituição legítima a combater uma minoria desviada, composta por pessoas naturalmente propensas a quebrar as regras sociais definidas no interesse de todos, de modo a resguardar a sociedade por meio da prevenção ao crime.

Conforme classificação de Baratta, o conteúdo dessa ideologia resume-se nos postulados da legitimidade, do maniqueísmo, da culpabilidade, da prevenção, da igualdade, do interesse social e do delito natural (BARATTA, 2002, p. 43).⁴

Mais do que categorias jurídicas ou técnicas legislativas, estes elementos funcionam, antes, como princípios justificadores e racionalizantes do direito penal e é sobre eles que o *labelling approach* deitará sua atenção.

Para avaliar criticamente estes postulados, o *labelling* desloca o objeto da ciência criminológica do fenômeno da criminalidade, em si, para os próprios processos de

³ A expressão em inglês pode ser traduzida por “teoria do etiquetamento”.

⁴ a) *Legitimidade*: o Estado é a instituição legítima para combater a criminalidade e o faz por meio de instâncias oficiais tais como a legislação e a prisão; b) *maniqueísmo*: o desvio encarna o mal, enquanto a sociedade representa o bem; c) *culpabilidade*: o delito denota uma personalidade desvirtuada e contrária aos valores sociais; d) *prevenção*: a pena deve prevenir o crime mediante a intimidação em abstrato e a ressocialização em concreto; e) *igualdade*: a lei penal é igual para todos. Todo e qualquer autor de comportamentos desviados que viole normas penais tem as mesmas chances de sofrer as consequências do processo de criminalização; f) *interesse social e delito natural*: os interesses protegidos pela lei penal são de interesse de todos os cidadãos.

criminalização. Para ele, a criminalidade não é uma característica inerente à conduta humana, nem uma realidade ontológica anterior à produção legislativa do Estado (criação de tipos penais e repressão das condutas pelas agências de poder). Ao contrário, o delito deve sua existência justamente à atuação estatal criminalizante.

A conduta delituosa é, portanto, o resultado da reação das agências de poder do Estado (Polícia, Ministério Público e Judiciário) à conduta desviante.

Tal concepção, na verdade, é uma aplicação mais específica – e nem por isso incorreta – do preceito segundo o qual toda conduta desviada é assim considerada em virtude da reação social que ela provoca. Na formulação de Howard Becker, “deviance is *not* a quality of the act the person commits, but rather a consequence of the application by others of rules and sanctions to an ‘offender’” (BECKER, 1963, p. 09).⁵ Para o autor, “whether an act is deviant, then, depends on how other people react to it”. E continua: “the degree to which an act will be treated as deviant depends also on who commits the act and who feels he has been harmed by it” (BECKER, 1963, p. 11-12).⁶

Portanto, a “desviação” não é imanente ao sujeito ou à ação praticada, mas o resultado de sanções aplicadas pelos demais membros da comunidade ao agente da ação.

Não obstante, a definição do que é um ato desviante é variável, uma vez que não há leis sociais imutáveis (o que se depreende da fluidez das relações sociais e o caráter flexível da sociedade, que se vê aberta à intervenção dos indivíduos) (DOMINGUES, 2008, p. 29). Por esta razão, “o comportamento que permite mandar alguém à prisão é o mesmo que autoriza a qualificar outro como honesto”. Isso porque a valoração do ato depende tanto das circunstâncias em que ele ocorreu quanto do julgamento - subjetivo - da audiência que o testemunhou (SHECAIRA, 2008, p. 290).

Diante dessa abordagem conceitual, a criminalidade passa a ser apreendida como um fenômeno majoritário e ubíquo, porquanto praticado pela grande maioria dos membros da comunidade, nos diversos segmentos sociais.

Todavia, embora assim o seja, nem todos os cidadãos receberam o mesmo tratamento pela lei penal. Há que se desvendar, portanto, quais os motivos para que isso ocorra. Visando obter uma resposta, a problemática principal do *labelling approach* radicar-se-á no processo de

⁵ Em tradução livre: “o desvio não é uma qualidade do ato praticado pela pessoa, mas consequência da aplicação, por outros, de regras e sanções a um ofensor”.

⁶ “Se um ato é desviante ou não isso depende de como as outras pessoas reagem a ele”. Ainda, “a definição de quão desviante é considerado o ato depende também de quem o cometeu e de quem se sentiu prejudicado por ele”.

interação social pelo qual é possível qualificar um indivíduo como delinquente, transformando-o de cidadão em criminoso.

A abordagem encetada pela teoria do etiquetamento tem como ponto central a análise dos mecanismos que definem a etiqueta de criminoso e que, por conseguinte, estabelecem o próprio espectro da criminalidade. Por esta razão, focaliza desde a produção legislativa até a atuação concreta das agências de poder (Polícia, Ministério Público e Judiciário). Ao *labelling* não interessa saber qual o perfil de um criminoso ou por que ele delinque. Procura-se apontar, isto sim, os variados mecanismos pelos quais se impõe a alguém o *status* de criminoso, as consequências dessa imposição, bem como a sua (i)legitimidade. Para tanto, a teoria do etiquetamento desloca a investigação dos controlados para os controladores do sistema (ANDRADE, 2003, p. 45).

Três vertentes sociológicas contemporâneas contribuíram para o desenvolvimento do *labelling approach*: o interacionismo simbólico (representada por H. Becker, E. Goffman, E.M. Lemert e F. Sack), a etnometodologia (representada por A. Cicourel e H. Garfinkel) e a sociologia do conflito, acima tratada (representada por G. B. Vold e A. T. Turk).

A primeira e segunda vertentes preocuparam-se com a dimensão da “definição” presente no *labelling* (condições intersubjetivas da atribuição do rótulo de “desviado” a um comportamento ou indivíduo); a terceira, a seu turno, cuidou da dimensão do “poder” (que confere validade a determinadas definições).

A expressão “interação simbólica” foi cunhada por Herbert Blumer em 1937 e passou a fazer parte do glossário sociológico desde então. O interacionismo simbólico é caracterizado como a sucessão de ações que se dão reciprocamente entre os indivíduos da sociedade, sendo que a própria sociedade e suas instituições só podem ser analisadas em face da interação entre seus membros (LAGO, 1996, p. 45).

A realidade social reflete um conjunto de interações entre os indivíduos, que ganham um significado abstrato, o qual se propaga entre as pessoas pela linguagem. Como o processo de socialização em que toma parte o indivíduo se dá por meio da comunicação, afirma-se que a interação que ocorre neste processo acontece simbolicamente. Com efeito:

as *representações sociais* são construídas e transformadas nas trocas humanas e contatos sociais, leituras, conversas, estudos e dia-a-dia. Elas formam paradigmas que são replicados e se automatizam nas ações. São mais do que meras opiniões específicas e passageiras sobre determinados assuntos. São mais do que tomadas de posição a favor ou contra algo. São teorias sobre a realidade. São justificativas para as opiniões ou tomadas de posição. [...]. São redes de significações. Entretanto, não são estáticas. Elas se transformam. E o processo dessa transformação se dá através da troca, da comunicação (FRADE, 2008, p. 84).

A realidade, pois, é “constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem” (ANDRADE, 2003, p. 204).

Portanto, a sociedade não é uma realidade objetiva, tampouco uma estrutura, mas uma realidade socialmente construída por meio de métodos de definição de sentido, mediante um processo no qual as situações são definidas a partir de uma negociação constata de perspectivas (COLLINS, 2009, p. 222). Assim,

não é o comportamento, por si mesmo, que desencadeia uma reação segundo a qual um sujeito opera a distinção entre ‘normal’ e ‘desviante’, mas somente a sua *interpretação*, a qual torna este comportamento uma ação provida de significado (BARATTA, 2002, p. 94).

A seu turno, o objeto da etnometodologia é o próprio método pelo qual o sujeito dá sentido às suas experiências. Etnografia quer dizer “estudo observacional de”; “metodologia”, por sua vez, refere-se ao método utilizado para obter sentido a partir da experiência. Por isso, inferências sobre o mundo devem partir de observações diretas, devendo o próprio observador e sua forma particular de ver o mundo estar incluídos nelas (COLLINS, 2009, p. 229).

Para Garfinkel, embora real e socialmente construído, o mundo é inatingível. Ele existe, mas como um produto de interpretações sociais. Segundo o autor, o mundo no qual se vive, o “mundo da vida”, possui uma existência que não se confunde com a representação social deste mesmo mundo (*apud* COLLINS, 2009, p. 231). Conforme ensina Collins:

o mundo de Garfinkel é um mundo com vários níveis. Há o mundo em si mesmo, e há o mundo tal como nós refletimos sobre ele. A reflexão invariavelmente transforma aquilo que o mundo é para nós; não conseguimos saber o que é o mundo independentemente de nossa reflexão, do mesmo modo que não temos como saber como são as coisas quando não estamos olhando para elas (COLLINS, 2009, p. 231).

Por fim, a realidade social consistiria nos próprios métodos utilizados para explicá-la.

Com base no conjunto de conhecimentos desenvolvidos a partir do interacionismo e da etnometodologia, é lícito afirmar que o desvio é o processo pelo qual alguns indivíduos *interpretam* um comportamento como desviante, *definem* uma pessoa cujo comportamento se amolda a esta interpretação e *procedem* a um tratamento específico em relação a esta pessoa (KITSUSE *apud* BARATTA, 1999, p. 94). Assim, não é o comportamento em si que gera a reação estigmatizante, mas a interpretação deste comportamento, que confere sentido à ação.

De acordo com o interacionismo e a etnometodologia, portanto, o delito é uma construção social que se obtém “mediante um processo de definição e de tipificação por parte dos indivíduos e grupos diversos” (ANDRADE, 2003, p. 204).

Neste sentido, Nils Christie (1997, p. 248) chega a afirmar que o crime não existe, mas é criado por meio de processos sociais que conferem sentido às ações. Em suas palavras:

atos não são, eles se tornam alguma coisa. O mesmo acontece com o crime. O crime não existe. É criado. Primeiro, existem atos. Segue-se depois um longo processo de atribuir significado a esses atos. A distância social tem uma importância particular. A distância aumenta a tendência de atribuir a certos atos o significado de crimes, e às pessoas o simples atributo de criminosas (*apud* SHECAIRA, 2008, p. 341-343).

Assim, uma mesma atitude ganha diferentes significados dependendo do contexto onde ocorre. Tomando emprestada a ilustração de Christie, é possível mencionar, como exemplo o caso em que o irmão mais velho se envolve em uma celeuma com o caçula e, da disputa, resulta um revés a este último. A situação toda não pedirá mais do que uma moderada repreensão por parte dos pais. Todavia, perante a legislação criminal, ela não deixa de configurar um ato infracional. É lícito dizer, portanto, que se os mesmos fatos envolvessem desconhecidos e se dessem num ambiente público, como a rua, aceitar-se-ia a reação penal e a consequente punição (CHRISTIE, 1997, p. 248).

A partir de um episódio “trágico” envolvendo dois ou mais indivíduos, criam-se abstrações como *crime*, *criminoso* e *vítima* e, com base nestas abstrações, faz-se atuar a justiça penal, de modo que o acontecimento seja mitificado e mistificado, até que as verdadeiras experiências e motivações desapareçam (ZEHR, 2008, p. 18).

Por sua vez, no âmbito da macrosociologia, o *labelling* é tributário da tradição do conflito, segundo a qual a ordem que vige na sociedade é respaldada na coerção e subjugação, opondo-se, consequentemente, às teorias do consenso, para quem a finalidade da sociedade é atingir um funcionamento equilibrado de suas instituições, proporcionando aos indivíduos alcançarem objetivos comuns sob a égide das regras sociais dominantes.

Há que se mencionar, todavia, que o *labelling approach* é eminentemente um movimento microsociológico, afeto às interações sociais fluidas e ao caráter mutável da sociedade. Difere, portanto, da tradição do conflito, apegada ao materialismo e à história e atenta às mudanças sociais de longo prazo.

Seria correto, pois, aproximar pensamentos tão diversos sob uma rubrica comum?

Randall Collins aduz que o microinteracionismo se opõe à rigidez materialista da teoria do conflito. Conclui que “a tradição microinteracionista [...] não tem muito o que dizer

sobre as macroestruturas e, muitas vezes, chega até mesmo a negar que estas realmente existem” (COLLINS, 2009, p. 167).

Baratta, a seu turno, aduz que “uma atitude microsociológica quanto ao objeto, [...] é compatível com uma atitude macrosociológica quanto ao horizonte explicativo e interpretativo adotado em face dos fenômenos setoriais” (BARATTA, 2002, p. 26).

O certo é que ambas as posturas apresentam elementos explicativos importantes para a compreensão da sociedade. A adição da perspectiva “macro” ao interacionismo simbólico tem a vantagem de permitir observar um cenário social mais amplo, possibilitando que se interpretem fenômenos locais e cotidianos à luz de elementos econômicos, jurídicos e políticos.

Com efeito, as teorias do conflito desenvolvem a dimensão política no *labelling approach*,

reconduzindo-a das estruturas paritárias dos pequenos grupos e dos processos informais de interações que se desenvolvem no seu interior às estruturas gerais da sociedade e aos seus conflitos de interesse e hegemonia que aparecem como princípio explicativo fundamental dos processos de criminalização (ANDRADE, 2003, p. 213).

São as teorias do conflito, pois, que acabam por desenvolver a dimensão de poder que complementa a dimensão da definição criada pela microsociologia interacionista.

Nesta perspectiva, o *labelling approach* acaba por significar uma dupla ruptura com o modelo tradicional de criminologia: metodológica (ao deslocar o problema do crime do plano da “ação” para o da “reação”) e epistemológica (ao alterar os próprios conceitos de crime e criminoso) (SHECAIRA, 2004, p. 290).

1.1.2.1 Criminalização e seletividade

O percurso teórico traçado pelo *labelling approach* se desenrola por dois caminhos explicativos.

Em primeiro lugar, o *labelling* trata do fenômeno da criminalização, primária e secundária, assumindo-a como fator decisivo para a determinação da criminalidade.

Depois, o foco da teoria recai sobre o impacto causado no indivíduo pela imposição do *status* de criminoso, que redundará na desviação secundária e, eventualmente, na carreira criminosa.

A seletividade presente no direito penal decorre, por um lado, da limitação operacional inerente ao sistema penal, que não cumpre sua programação legal. Por outro lado, se o aparelho penal realmente reprimisse todo e qualquer ilícito penal, praticamente toda população seria criminalizada e não haveria recursos suficientes para dar conta de toda a demanda (ANDRADE, 2003, p. 265).

No Brasil, por exemplo, é grave a situação penitenciária, que enfrenta quadros de superlotação, estruturas precárias, violência e corrupção. Dados do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, referentes ao primeiro semestre do ano de 2010, apontam um déficit de 194.650 vagas no sistema penitenciário brasileiro. Ainda assim, há milhares de mandados de prisão por cumprir (não há dados específicos, mas as especulações apontam desde 50 mil a 350 mil).⁷

Desse modo, como condição de exequibilidade, o sistema penal exclui certas condutas de seu âmbito de atuação, selecionando outras para fazer incidir sobre elas a sanção estatal.

A análise de estatísticas carcerárias, por sua vez, aponta ineludivelmente para a “preferência” do sistema penal por certas classes sociais (pobres, analfabetos, excluídos). Portanto, a atuação seletiva do sistema acaba por manter o setor desfavorecido sempre à margem.⁸

A seletividade inicia-se no momento da criminalização primária, a saber, no momento em que os órgãos responsáveis editam leis criminalizantes. Conforme apontam Zaffaroni e Pierangeli, “é indiscutível que em toda sociedade existe uma estrutura de poder e segmentos ou setores mais próximos – ou hegemônicos – e outros mais aliçados – marginalizados – do poder”. Nessa estrutura, a classe dominante encontra-se em local privilegiado, próxima aos centros de decisão e com grande poder de pressão sobre a produção legislativa. Conquanto cada classe social apresente seus próprios anseios e discursos peculiares, a ideologia dominante é a da classe dominante. Para que tal estrutura se sustente, é preciso que os valores da classe hegemônica estejam sobrepostos aos das classes dominadas, o que se faz com o auxílio do controle social, especificamente de sua parte punitiva, o sistema penal (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 76).

⁷ Dados de junho de 2010 demonstram que a população carcerária é de 494.237, enquanto o número de vagas é de apenas 299.587.

⁸ Dentre os presos/internados custodiados no sistema penitenciário (440.864), aproximadamente 60% (263.917) não possui, sequer, ensino fundamental completo. Dos 305.262 crimes, tentados ou consumados, com previsão no Código Penal, 222.578 foram contra o patrimônio. Além disso, os negros e pardos, apesar de constituírem 42,6% da população brasileira (ARANÃO, 2010), representam 56% da população carcerária (DEPEN, 2010).

Os legisladores possuem intenções um tanto particulares, porquanto se preocupam com a manutenção de uma ordem específica. Por esta razão, aquelas ações que mais provavelmente serão cometidas por aqueles que não integram essa “ordem” têm mais chances de serem criminalizadas (BAUMAN, 1999, p. 131).

Os tipos legais, quando se referem a comportamentos típicos da classe subalterna, “formam uma rede muito fina”, ao passo que quando tratam da criminalidade econômica, esta rede é “frequentemente muito larga” (BARATTA, 2002, p. 165).

Os sistemas de valores expressos pela legislação penal é reflexo de uma cultura burguesa-individualista, que enfatiza a necessidade de proteção do patrimônio privado e, a partir daí, volta-se predominantemente para criminosos marginalizados e despossuídos. “As malhas do tipo (penal) são, em geral, mais sutis no caso dos delitos próprios das classes sociais mais baixas do que no caso dos delitos de ‘colarinho branco’.” Por exemplo, é difícil que ocorra um furto que não seja agravado (BARATTA, 2002, p. 176).

Laura Frade, em pesquisa referente à produção legislativa criminal, procurou descobrir, no imaginário dos legisladores da quinquagésima segunda legislatura do Congresso Nacional, as ideias e representações sobre o crime.

Após análise de centenas de projetos de lei, bem como de entrevistas com membros das casas legislativas, colhendo informações sobre o que pensavam sobre temas ligados à criminalidade, constatou que, embora haja várias tendências teóricas no que diz respeito ao crime, tais tendências não aparecem efetivamente na prática legiferante. Ficam adstritas tão-somente ao discurso político.

Por exemplo, embora a questão econômica e o desemprego sejam considerados fatores importantes para a constituição de uma base para a criminalidade, pouco se discutiu sobre a participação da elite no processo de reprodução das desigualdades sociais (FRADE, 2008, p. 93).

Prevalece, portanto, uma postura elitista e punitivista em relação ao crime, que permite, como seu reverso, a replicação da impunidade dos grupos poderosos, com os quais os legisladores se identificam (FRADE, 2008, p. 108). Desse modo, pôde a autora concluir que:

o Parlamento brasileiro se alinhou [...] em termos de produção legal, com as ideias neo-conservadoras, que tomam os governos e os Estados no mundo. Focadas no endurecimento da legislação e a criação de mecanismos de controle social ainda mais rígidos (FRADE, 2008, p. 108).

Há uma falha na identificação do criminoso por parte dos congressistas. Para eles, o bandido é aquele de baixa instrução, desviado dos padrões morais da sociedade. Por esta razão, ele é sempre identificado como sendo o “outro”. Corolário dessa falha de representações é a criação de leis mais severas e direcionadas apenas aos “outros”.

Objetivamente, trata-se de aduzir, em negação ao princípio do interesse social e delito natural, que:

os interesses que estão na base da formação e da aplicação do direito penal são os interesses daqueles grupos que têm o poder de influir sobre os processos de criminalização – os interesses protegidos através do direito penal não são, pois, interesses comuns a todos os cidadãos (BARATTA, 2002, p. 119).

Não há, portanto, um “delito natural” a ser identificado pelo Legislativo, já que os tipos penais são produto do próprio legislador. Igualmente, não se pode afirmar que a lei defende todos os interesses sociais, visto que apenas e tão-somente os interesses hegemônicos é que são convenientemente tutelados. Trata-se da seletividade quantitativa: dentre uma totalidade de comportamentos, apenas os que interessam à classe hegemônica é que são selecionados pelo Poder Legislativo.

Esta primeira seletividade (quantitativa) é sucedida pela denominada seletividade qualitativa, que se desenvolve no momento da criminalização secundária. Ela se dá quando os agentes do sistema penal atuam sobre os infratores nos casos concretos.

Lançando-se um olhar sobre a realidade carcerária poder-se-ia pensar que os membros de classes privilegiadas não delinquem, ou, se o fazem, é com menor frequência. Mas a verdade é que os grupos poderosos, ao passo em que decidem o rumo da criminalização, conseguem subtrair-se a ela, de modo que o pertencimento a uma classe é o que determinará as possibilidades de ser rotulado como delinquente.

Consoante Alessandro Baratta (2002, p. 111),

o poder de atribuir a qualidade de criminoso é detido por um grupo específico de funcionários que, pelos critérios segundo os quais são recrutados e pelo tipo de especialização a que são submetidos, exprimem certos estratos sociais e determinadas constelações de interesses.

Dessa forma, quem mais sofre com a repressão penal são os integrantes das classes pobres. De fato, o sistema penal orienta-se por estereótipos, formulados no imaginário popular com base nos setores marginalizados, fazendo com que o sistema penal busque, na persecução da criminalidade, as *figuras* da delinquência.

Por outro lado, os crimes de colarinho branco são difíceis de detectar e sua punição é rara. São condutas que envolvem transações complexas, não palpáveis e imateriais, que

gozam de certa blindagem perante a sociedade, a qual é garantida pelo uso eufemismos linguísticos e jargões técnicos. Assim, “roubar os recursos de nações inteiras é chamado de ‘promoção do livre-comércio’; roubar famílias e comunidades inteiras de seu meio de subsistência é chamado ‘enxugamento’ ou simplesmente ‘racionalização’.” (BAUMAN, 1999, p. 131).

Além disso, fatores sociais – prestígio social, penas não estigmatizantes –, jurídico-formais – foro privilegiado – e econômicos – renomados advogados, pressão sobre os denunciadores – acabam por aumentar as possibilidades de sujeitos ativos destes delitos escaparem à responsabilidade penal.

Uma das consequências dessa dupla seletividade (quantitativa e qualitativa), é que as agências de controle, ao passo em que se voltam a determinados tipos de condutas e pessoas, retiram do âmbito de incidência da lei penal as classes detentoras de certas formas de poder (econômico, político ou cultural), alimentando, mais uma vez, a atuação seletiva do sistema penal.

Forçoso é concluir, em crítica ao mito da igualdade no direito penal, que os grupos poderosos impõem ao sistema uma quase total impunidade das próprias condutas criminosas, o que permite questionar, com Sutherland, se “é criminalidade a criminalidade de colarinho branco”.

1.1.2.2 Pena e estigmatização

Superados os dois momentos da criminalização, o *labelling* encampa importante crítica ao modelo de penas vigente, que utopicamente se diz ressocializador. Denuncia o sofrimento e a estigmatização⁹ provocados pela pena que, não raro, empurra o infrator para a delinquência:

perdendo o direito de se locomover livremente, o preso perde sua identidade social e a possibilidade de escolha entre as alternativas de comportamento, o exercício da propriedade de certos bens materiais, a possibilidade de relação normal com as pessoas e uma série de outras características do comportamento comum (SHECAIRA, 1997, p. 173).

⁹ “Os gregos, que tinham bastante conhecimento de recursos visuais, criaram o termo estigma para se referirem a sinais corporais com os quais se procurava evidenciar alguma coisa de extraordinário ou mau sobre o status moral de quem os apresentava. Os sinais eram feitos com cortes ou fogo no corpo e avisavam que o portador era um escravo, um criminoso ou traidor – uma pessoa marcada, ritualmente poluída, que devia ser evitada, especialmente em lugares públicos” (GOFFMAN, 1988, p. 11).

O aprisionamento retira uma parcela da dignidade do preso, fato que interfere em sua relação familiar e altera a imagem de que goza na própria sociedade. Ao ingressar na prisão, o indivíduo é privado de seus pertences pessoais e passa a utilizar um uniforme padrão, sendo considerado apenas mais um número nos prontuários e registros. No ambiente carcerário, sofrerá rituais de violência física e sexual, o que o conduzirá à perda do sentimento de segurança e provocará seu desfiguramento pessoal.¹⁰

A pena acaba por rotular e isso faz com que os rotulados assumam as características que lhes são impingidas. E não é difícil crer que ocorra a identificação e assunção pelo réu do rótulo que lhe é imposto. O indivíduo estigmatizado tende a passar por modificações na sua concepção do “eu” e por inúmeras experiências de aprendizagem social que reforçam sua condição “desviante” (SHECAIRA, 2008, p. 287).

Segundo Goffman,

as pessoas que têm um estigma particular tendem a ter experiências semelhantes de aprendizagem relativa à sua condição e a sofrer mudanças semelhantes na concepção do eu – uma ‘carreira moral’ semelhante, que é não só causa como efeito do compromisso com uma seqüência semelhante de ajustamentos pessoais (GOFFMAN, 1988, p. 41).

Como resultado da intervenção punitiva por meio das agências de controle do Estado e da prisão, há um processo de degradação pessoal do indivíduo e consolidação da identidade desviante do condenado, ensejando o surgimento de uma “carreira criminosa” que joga por terra a pretensa função preventiva e ressocializadora da pena.

A assunção pelo agente do papel de desviante é uma das mais nefastas consequências do processo de criminalização seletiva. Esse processo é chamado pelos teóricos do *labelling approach* de *role engulfment*. Quanto mais o indivíduo se integra ao seu personagem, mais aumentam as chances de ele assumir a identidade que lhe é impingida pela sociedade (SHECAIRA, 2008, p. 294).

As cerimônias degradantes que têm lugar na ritualística processual penal também exercem um papel importante na concepção do indivíduo sobre o “eu” e na criação de uma identidade “desviante” que rotula o sujeito.

¹⁰ Conforme lembra Shecaira (2008, p. 299), em alguns distritos policiais existe um processo de subjugação de novos detentos que consiste em fazê-los evacuar diante dos seus colegas de cela, ocupada por cerca de cinquenta condenados.

Ademais, o processo, a condenação e a prisão constituem verdadeiros bens negativos que recaem sobre o apenado como um rótulo, estigmatizando-o perante a sociedade e si mesmo, reduzindo drasticamente as eventuais possibilidades de reintegração social.¹¹

Katherine Beckett recorre à pesquisa NLSY¹² para informar os efeitos da prisão sobre emprego e salário. A fim de medir a variação destes fatores, eles são analisados antes e depois de um encarceramento. A média de semanas trabalhadas durante um ano é de 30, antes do encarceramento. Após a passagem pela prisão, esse número se reduz a 15. O impacto sobre o salário também é evidente e sua uma redução gira em torno de 50% (WESTERN; BECKETT; HARDING, 2002, p. 48).

Basta uma ofensa criminal para que a pessoa seja estigmatizada como criminosa e rotulada como “ladra” ou “drogada”, ainda que não tenha gasto “mais do que um momento nessas atividades” (SHECAIRA, 2008, p. 293). Inferir a personalidade do indivíduo a partir de sua criminalização trata-se de um reducionismo inadequado que gera consequências nefastas para a configuração do estereótipo criminoso.

No Brasil, o caso da Escola Base é paradigmático. No episódio, a mídia acusou, de maneira temerária, os donos de uma escola infantil de cometerem abusos contra crianças. Os proprietários foram presos e seus rostos estampados nas capas dos jornais. A escola foi depredada e suas reputações destruídas. Juridicamente, sequer houvera denúncia por parte do Ministério Público. Cinco anos após a ocorrência do episódio, seis dos envolvidos (inocentes) não haviam conseguido emprego ou qualquer indenização.¹³

Os resultados do *labelling approach*, portanto, colocam em dúvida o postulado da prevenção, demonstrando que o sistema penal, antes de produzir um efeito reeducativo sobre o delinquente, determina, na maioria dos casos, “uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa” (BARATTA, 2002, p. 90).

1.1.2.3 A cifra negra

¹¹ Essa constatação não é, de modo algum, recente, visto que desde Bentham se tem afirmado o caráter criminógeno da prisão (SHECAIRA, 2008, p. 285).

¹² “O NLSY é uma pesquisa por amostragem permanente feito com jovens de 14 a 22 anos em 1979 [...]. Esta pesquisa é atualizada todo ano e utilizamos um fichário cumulativo de dados para os anos de 1979-1994, a fim de medir os efeitos da variável prisão sobre o emprego e salários” (WESTERN; BECKETT; HARDING, 2002, p. 47-48).

¹³ Uma análise pormenorizada dos fatos pode ser encontrada em “O devido processo legal e a liberdade de imprensa” (PASQUALINI, 2009).

As descobertas acerca da desigualdade na aplicação da lei foram possíveis a partir do conhecimento da “cifra negra”, termo este que quer significar a defasagem da criminalidade estatística em relação às condutas delituosas efetivamente praticadas.

Há procedimentos que, embora não permitam descobrir o número real da criminalidade, permitem ter noção da cifra que o representa. Pesquisas de autodenúncia¹⁴ e entrevistas com vítimas têm um papel importante nessa descoberta. Por meio de estudos como estes percebeu-se que a prática de crimes diverge em muito dos números apresentados nas estatísticas da polícia ou do Judiciário, o que corrobora a ideia de Hulsman (2004, p. 48) de que a criminalização não é a regra, mas a exceção.

A partir de tais pesquisas foi possível concluir que a criminalidade real é aproximadamente o dobro da registrada; que a cifra negra varia segundo o tipo de delito; que as condutas delitivas são ubíquas, podendo ser praticadas por qualquer pessoa e que as carreiras criminosas, ao contrário, não são ubíquas, visto que não se distribuem igualmente pelas camadas sociais (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 2001, p. 141).

Assim, as estatísticas não servem para indicar o número de delitos cometidos (criminalidade real), um dado provavelmente inalcançável, mas sim para indicar como é distribuído o fenômeno da criminalização.

Raúl Cervini aponta que uma das críticas mais certeiras à criminologia positivista refere-se ao fato de que esta, fundamentada nas estatísticas oficiais, focava seu estudo nas populações carcerárias, vendo nelas um elemento representativo da delinquência real (CERVINI, 1995, p. 164).

Todavia,

os sujeitos que [a criminologia positivista] observava clinicamente para construir a teoria das causas da criminalidade eram indivíduos caídos na engrenagem judiciária e administrativa da justiça penal, sobretudo os clientes do cárcere e do manicômio judiciário, indivíduos selecionados daquele complexo sistema de filtros sucessivos que é o sistema penal (BARATTA, 2002, p. 40).

Portanto, a existência de uma “cifra negra” macula as estatísticas sobre criminalidade, tendo em vista que grande parte dos crimes nem chega ao conhecimento das autoridades e, quando as agências de poder tomam ciência da prática de um delito, promovem uma atuação seletiva.

¹⁴ Nesse tipo de pesquisa, interroga-se um grupo de pessoas acerca de ilícitos por elas cometidos independentemente do fato de terem sido processadas, de modo a colher dados seguros acerca da existência da cifra negra (CERVINI, 1995, p. 168).

As estatísticas, pois, apresentam distorcidamente o fenômeno da criminalidade, de modo a quase ignorar a existência do crime nas classes dominantes e a enfatizá-la nas subalternas (ANDRADE, 2003, p. 264).

Estas distorções são utilizadas para sustentar teses que aproximam a delinquência a certas características sociais da classe pobre, permitindo a identificação do típico pobre/criminoso, como se a criminalidade fosse atributo exclusivo de uma “classe inferior”.

A criminologia positivista, pautando-se ora em circunstâncias bioantropológicas, ora em aspectos sociológicos, encarava a criminalidade como realidade ontológica anterior à reação social (criminalizações), estudando as causas do crime sem levar em conta os mecanismos do direito penal e a reação social ao delito.

Agindo assim, a criminologia positivista acabava por sofismar os mecanismos de seleção ao justificá-los cientificamente, potencializando a seletividade penal.

Evidencia-se, destarte, que tal modelo criminológico, ao restringir seu estudo sobre as condutas criminalizadas, deixava o sistema penal fora de seu alcance e, ao fazê-lo, aceitava a ideologia nele contida. A criminologia tradicional, portanto, era subordinada ao direito/sistema penal e, em última análise, servia para legitimá-lo (BARATTA, 2002, p. 40; ZAFFARONI, 2006, p. 140):

estudando a criminalidade como isso que o sistema penal declara combater, e não a forma pela qual este define aquela, a criminologia tradicional opera como uma instância do sistema, não como um teoria científica sobre este. Sua contribuição para a racionalização do sistema é, também e principalmente, uma contribuição para sua legitimação (BARATTA, 2002, p. 214).

Destarte, resta manchada a pureza teórica da criminologia tradicional que, de ciência explicativa da realidade prisional, passa a teoria legitimadora do discurso penal. Não há, pois, um método confiável que permita distinguir os criminosos daqueles que não o são; a criminalidade torna-se um dado corriqueiro da vida cotidiana e a prisão apenas separa dois mundos que, em verdade, são inseparáveis (HASSEMER; CONDE, 2001, p. 137).

Nos dizeres de Hassemer e Muñoz Conde (2001, p. 138, tradução livre):

se a fronteira mencionada [entre criminosos e não-criminosos] é aparente e se a criminalidade é normal e se estende, por igual, entre todas as camadas da população, os condenados e aquelas pessoas que se encontram, por exemplo, nas instituições penitenciárias não estariam nessa situação por sua condição real de delinquentes,

mas simplesmente como consequência de uma *definición*; ou seja, porque, por diversas razões, foi-lhes imputada essa condição.¹⁵

Por outro lado, é no reconhecimento da criminalidade de colarinho branco que se pode concluir pela falha da ideologia dominante no discurso da criminologia tradicional, pois resta explícito que o crime não é atributo de uma “minoría desviada”, mas da maioria dos integrantes da sociedade.

Desta forma, sob uma visão crítica, a existência da cifra oculta da criminalidade implica a deslegitimação do discurso etiológico que pretenda se valer destas estatísticas para afirmar que certas classes são mais propensas à prática criminosa do que outras (ANDRADE, 2003, p. 264), eliminando-se, assim, o conteúdo maniqueísta e o postulado da culpabilidade presentes, ambos, na ideologia da defesa social.

1.1.2.4 Agências de controle

Conforme apontam Hassemer e Muñoz Conde (2001, p. 158), “a lei, por si só, não pode assegurar por completo e com toda clareza sua própria aplicação”.¹⁶ A lei, por si, é incapaz de garantir aquilo que está dito em seu enunciado. É dependente da interpretação e aplicação por parte dos operadores do direito, que a manuseiam sob um ponto de vista subjetivo e particular.

Desse modo, é correto dizer que a subsunção da norma penal não se resume a uma operação lógico-formal. Ao contrário, as instâncias oficiais dispõem de grande margem de atuação frente ao conjunto normativo-abstrato. Desfrutando-se de liberdade para definir a ocorrência dos delitos, abre-se caminho à seletividade quando da criminalização secundária, que se dá, basicamente, em três momentos.

O primeiro filtro de poder do sistema penal é constatado no âmbito policial. Nem sempre os crimes chegam ao conhecimento da autoridade policial e, quando chegam, nem sempre são investigados ou solucionados.

¹⁵ No original: “Si la frontera mencionada solo es aparente y si la criminalidad es normal y se extiende por igual entre todas las capas de la población, la gente que es condenada y que se encuentra, por ejemplo, em las instituciones penitenciarias no lo estaría por su condición real de delincuentes, sino simplemente como consecuencia de uma *definición*; es decir, porque, por diversas razones, se les ha imputado dicha condición”.

¹⁶ No original: “La ley por sí sola no puede asegurar por completo y con toda claridad su propia aplicación”.

Há delitos de menor visibilidade, os quais não apresentam uma vítima direta e identificável, mas afrontam toda a coletividade. São condutas relativas ao meio-ambiente, à lavagem de dinheiro, a fraudes fiscais etc.

Há condutas, por sua vez, que apresentam maior grau de visibilidade, mas que nem sempre são relatadas à autoridade policial, seja por receio da vítima em ter de enfrentar o processo penal e/ou sofrer represálias por parte do autor; seja simplesmente pelo fato de a vítima não confiar na persecução penal ou, ainda, pelo pouco prejuízo sofrido com o delito (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 2001, p. 143).

No âmbito policial, há diversos fatores que condicionam a eficaz elucidação do fato delituoso. A inexistência de técnicas avançadas, laboratórios criminalísticos e profissionais habilitados, por exemplo, são elementos que concorrem para a morosidade da solução acerca da autoria e circunstâncias de um crime.

Assim, a atuação policial é o primeiro momento prático do *jus puniendi* e já se revela seletivo à medida que não consegue reprimir de maneira igualitária todas as condutas delituosas, vendo-se obrigada a deslocar seu aparato material e humano para determinados tipos de delitos, o que se refletirá nos relatórios estatísticos.

O Ministério Público atua como segundo filtro pois, detendo a qualidade de *dominus litis*, pauta sua atuação conforme as concepções que seus membros possuem acerca do direito e da criminalidade. É certo que não proporá ação penal no caso de discordar da criminalização de certas condutas, o que poderá fazer louvando-se em princípios garantistas (insignificância, bagatela etc.). Ainda, proporá penas mais severas baseando-se nesta ou naquela corrente doutrinária punitivista (movimento da lei e da ordem, por exemplo).

Há, também, fatores objetivos, de caráter jurídico, que impedem o oferecimento formal da acusação e fazem com que o delito se perca na cifra oculta, tais como a prescrição do delito ou da pena e a morte do agente.

O terceiro filtro de poder é realizado pelo Judiciário, quando da prolação da sentença. Todavia, nem todos os delitos conhecidos, investigados e denunciados encontram punição em uma sentença condenatória. Por razões de ordem jurídica, muitas vezes o réu é absolvido e o delito praticado não é contabilizado. Por exemplo, o caso em que são violadas garantias materiais ou processuais para a obtenção da prova, o que as torna imprestáveis para uma condenação judicial, porquanto consideradas ilícitas.

Assim, desde a prática do delito até a sentença penal condenatória, há várias oportunidades para que o delito se perca na cifra negra da criminalidade. Além disso, como ocorre também nos outros filtros de poder, há fatores vários que influenciam o modo pelo

qual as agências de controle lidam com o fenômeno criminal. Isso porque, conforme Baratta (2002, p. 177), pesquisas empíricas sugerem que juízes atuam diferentemente conforme a classe social a que pertença o jurisdicionado.

A discricionariedade judicial, que idealisticamente não poderia prevalecer num ordenamento sustentado pelo princípio da legalidade, encontra subsídio na vagueza da lei, proporcionada pela anemia conceitual de certos termos, tais como “periculosidade” e “conduta social” (ANDRADE, 2003, p. 272).

Segundo Salo de Carvalho (2003, p. 186), a análise da personalidade do réu tem caráter inquisitorial, porquanto confere ao magistrado enorme discricionariedade na formulação de juízos acerca da interioridade do sujeito, baseados quase sempre em meras probabilidades. Da mesma forma, diversos diagnósticos, exames e prognósticos que sustentam a decisão do juiz são confeccionados a partir de meras probabilidades, empiricamente inverificáveis.

Não é novidade, aduz Hassemer, que o juiz, tanto na apreciação do fato quanto no seu enquadramento jurídico, introduz, de maneira mais ou menos consciente, critérios subjetivos que não coincidem exatamente com os legais (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 2001, p. 158).

Esteretótipos e preconceitos influenciam o magistrado (e os demais agentes de controle) tanto no momento da apreciação do elemento subjetivo do tipo (dolo e culpa), quanto no da aferição da personalidade do agente; e a seleção atua desde a escolha dos fatos até sua valoração e qualificação jurídico-penal (BARATTA, 2002, p. 177).

Assim, “o mandamento abstrato da norma se desvia substancialmente quando passa pelo crivo de certos filtros altamente seletivos e discriminatórios que atuam guiados pelo critério do status social do infrator” (MOLINA, 2002, p. 133).

Segundo Wolkmer (2000, p. 185),

trata-se de uma postura equivocada daqueles que acreditam que os magistrados, na missão que lhes compete, mesmo pretendendo agir com inteira isenção e projetando a imagem da excelsa equidistância, são inteiramente orientados por diretrizes neutras e princípios inatacáveis que pairam acima das demandas abusivas, das desregrações múltiplas, dos interesses e conflitos de classes.

O julgador vale-se de um *second code* no qual repousam suas crenças e ideologias. Decidindo com base nelas, deixa-se guiar por estereótipos e pelo senso comum da criminalidade, adquirido em um processo de socialização “eivado de valores da cultura e do grupo social” a que pertence (FRADE, 2008, p. 36).

Destarte,

esses mesmos fiéis guardiões e protetores das ossificadas e empoeiradas codificações, quando da execução legal ou da revelação jurídica nos tribunais, oferecerão quase sempre uma atitude preconceituosa, estereotipada, modelada ideologicamente por um comportamento marcadamente conservador (WOLKMER, 2000, p. 185).

É no conceito de *second code* que se encontra uma zona de intersecção entre o controle social informal e o controle penal, de onde se vislumbra que os mecanismos seletivos presentes na sociedade são transportados ao universo jurídico penal, condicionando a atuação dos agentes do sistema (ANDRADE, 2003a, p. 53).

O estudo desse código extralegal demonstra que, além de proporcionar uma explicação da seletividade presente no atuar das agências de controle, ele constitui o ponto de intersecção entre a ideologia da sociedade e a ideologia do discurso penal. Isto porque o sistema penal "não realiza o processo de criminalização e estigmatização à margem ou inclusive contra os processos gerais de etiquetamento que têm lugar no seio do controle social informal", mas tem sua ideologia colonizada pelo senso comum da criminalidade. Em outras palavras, a seletividade na distribuição da justiça criminal é uma extensão da seletividade e desigualdade presentes nas relações entre os grupos da sociedade (ANDRADE, 2003, p. 210).

O *second code* é composto por aquilo que se chama de metarregra. Trata-se de regras sobre interpretação e aplicação das regras gerais dispostas no ordenamento jurídico e fazem parte de uma estrutura de conhecimentos produzida pela interação entre os membros da sociedade e, por isso, ligam-se a condições sociais objetivas (por exemplo, relações de propriedade), à cultura de uma forma geral e existem homogeneamente em toda sociedade (BARATTA, 2002, p. 105).

Segundo Baratta,

a hipótese da existência deste *second code* significa a refutação do caráter fortuito da desigual distribuição das definições criminais, e fornece um novo princípio condutor, que já tem dado ótimos frutos, para a pesquisa sociológico-jurídica. Esta é chamada a evidenciar o papel desenvolvido pelo direito, e em particular pelo direito penal, através da norma e da sua aplicação, na reprodução das relações sociais, especialmente na circunscrição e marginalização de uma população criminosa recrutada nos setores socialmente mais débeis do proletariado (BARATTA, 2002, p. 179).

Assim, a clientela do sistema penal é constituída principalmente de pobres não porque tenham maior propensão a delinquir, mas porque têm maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como criminosos, o que se deve, em grande medida, à atitude cognitiva dos controladores do sistema.

Desse modo, a atuação do magistrado também resta condicionada pelas metarregras, uma vez que ele é parte desta estrutura de interação social entre indivíduos.

Como ensina Nepomoceno (2004, p. 63),

o julgador partirá dessas convicções pessoais para o caso concreto, manipulando, conscientemente ou não, o material normativo e dogmático para então concretizar o que em sua mente é justo para a sociedade, para sua família ou, então, para si mesmo.

Fundamentando sua sentença na legislação e na dogmática penal/processual, confere legitimidade à decisão nela estampada, criando uma falsa impressão de justiça. Neste particular, a dogmática penal serve para revestir de legitimidade a atuação de uma vontade particular permeada de ideologias, as quais são auferidas ao longo de um processo de interação social.

1.1.2.5 Limitações: o *labelling approach* como teoria de médio alcance

O *labelling approach* tem importância ímpar no cenário crítico, uma vez que suas descobertas “têm provocado a irreversível ampliação do objeto de investigação criminológica” (MOLINA, 2002, p. 576). Conforme Zaffaroni (1991, p. 37), “a pertinência da crítica à teoria da rotulação, por parte daqueles que a consideram limitada, em nada diminui seu valor deslegitimante e demolidor do discurso jurídico-penal...”.

Todavia, quer parecer que o *labelling approach*, confinado que está a uma perspectiva microssociológica, não é capaz de “alcançar a própria estrutura condicionadora dos fenômenos que descreve e, a este respeito, diz-se que peca por certo agnosticismo” (ZAFFARONI, 2004, p. 305). Ao relacionar o poder de definição à interação simbólica, coloca de lado os fundamentos materiais e a análise histórica das estratégias punitivas (DI GIORGI, 2006, p. 34).

Nesse sentido, é possível deduzir que a reação social,

por si, é provocada por um comportamento concreto, este comportamento é tal que perturba o desenvolvimento habitual, normal, conforme às normas, das ações. Se se remonta o fio do argumento até sua origem, percebe-se que falta resposta à pergunta sobre porque este comportamento, e não outros, torna-se objeto de uma definição criminal (SMAUS *apud* BARATTA, 2002, p. 115).

O *labelling* é incapaz de determinar as leis sociais com base nas quais se distribui o poder de definição. A teoria do etiquetamento não desenvolveu a perspectiva dos contrastes

de interesses entre grupos sociais, ficando adstrita ao plano interindividual do conflito (BARATTA, 2002, p. 119).

Para suprir esta falha, une-se às teorias do conflito, as quais, tampouco, estão isentas de críticas. Um dos principais problemas relativos a estas últimas é que, conforme apontado por Molina (2002, p. 363), ao adotarem o método histórico, algumas delas descartam, em certa medida, o empirismo e, conseqüentemente, produzem afirmações generalizadoras, desprovidas de fundamento ou sem contato com a realidade. Nesse sentido,

as relações entre a infraestrutura e a superestrutura são difíceis de precisar quando se aplica a análise marxista a um problema social concreto, já que não é fácil poder determinar o sentido e o alcance que tem a interação entre a infra-estrutura e a superestrutura (BITENCOURT, 2001, p. 27).

Assim, é aceitável considerar que o conflito gere condutas criminosas. Porém, não é uma conclusão lógica a afirmação de que todo crime tenha por causa um conflito social. Afirmar que a infraestrutura explica qualquer processo social é por demais simplista. É possível, pois, acusar-se os teóricos do conflito de não enfrentarem satisfatoriamente a questão da relação entre um conflito e a ocorrência fática de um crime (BITENCOURT, 2001, p. 27; MOLINA, 2002, p. 363).

Dessas maneira, o *labelling* é capaz de descrever os variados mecanismos de criminalização, relacionando-os ao poder de definição que possuem certas esferas sociais, mas que não é capaz de explicar a realidade social nem o significado do desvio enquanto comportamento concreto (BARATTA, 2002, p. 116).

Isso significa que o teórico do etiquetamento não propõe uma conceituação “pura” do que seja um desvio. Tampouco oferece soluções para o problema da criminalidade, não se preocupando com as questões de controle e prevenção do delito. “Parece interessado tão-somente em descrever e criticar a ação do controle penal” (MOLINA, 2002, p. 576).

Quando chamado a se manifestar, o *labelling approach* apenas faz referência à necessidade de uma criminalização mais justa e igualitária, punindo-se os poderosos na mesma medida em que os excluídos. Todavia, a aplicação da pena para todos os seus merecedores ainda assim reclama um conceito de “conduta merecedora de punição”, o que não é explicitado pelo *labelling*, senão pelas teorias etiológicas (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 2001, p. 163).

Deixando-se de etiquetar criminosos, ainda haverá, no seio da sociedade, condutas lesivas de direitos. Por isso, é de se admitir que, por detrás dos processos de criminalização há

fatores e elementos concretos que influenciam e determinaram esta criminalização (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 2001, p. 163).

Com isso, o *labelling* é considerado uma teoria de médio alcance, porquanto se limita a descrever a realidade do sistema penal sem, contudo, delinear as premissas socioeconômicas que estão na gênese da criminalidade.¹⁷

Em interessante abordagem crítica, Hassemer e Muñoz Conde (2001, p. 164) apontam para o seguinte: a teoria do etiquetamento entende que o sistema penal é seletivo, uma vez que extrai do sem-número de crimes existentes (cifra oculta) certos tipos de crimes e criminosos. Todavia, “se la delincuencia fuese tan sólo resultado de una definición la zona oscura no podría darse” (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 2001, p. 163). Se só é crime o que é definido como tal, então não deveria haver uma cifra negra.

Vale dizer: o *labelling approach* pleiteia a existência de condutas não-criminalizadas que, em verdade, deveriam ter sido definidas como crime. No entanto, deixa de informar o porquê destas condutas merecerem criminalização. Em outras palavras, não apresenta um conceito material de delito, razão pela qual necessitam dos aportes teóricos da dogmática penal para identificar o que dever ser considerado crime.

A crítica possibilitada pela cifra negra pressupõe conhecimentos sobre a criminalidade que não fazem parte do cabedal teórico do *labelling approach*, uma vez que tais conhecimentos advêm de uma dogmática penal que, apesar de sua vagueza e maleabilidade, constitui-se na base jurídica sobre a qual os operadores do direito podem decidir, com clareza, que a contaminação de um rio é uma conduta punível e relações homossexuais não o são (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 2001, p. 163).

Portanto, há uma contradição nas propostas do *labelling approach*: ele considera que o crime é resultado de uma definição, ao mesmo tempo em que reconhece a existência de condutas criminosas que não foram assim definidas. Ou seja, o *labelling approach* se vale de duas noções de “crime”: aquela em que crime é o resultado da definição e outra em que crime é a conduta positivada na lei penal.

Todavia, esta contradição é apenas aparente. Isso porque a noção de crime esposada pelo *labelling approach* está interligada à noção de crime proposta pela dogmática penal. De fato, é justamente a existência de um discurso oficial a pregar um conceito legal de crime e a

¹⁷ Becker, uma década após a publicação de seu *Outsiders*, acrescentou à obra um capítulo denominado “Labelling theory reconsidered”, em que fez alguns aportes sobre seus escritos. Nele, apontou que, quando tratara do *labelling*, não tivera o objetivo de construir propriamente uma “teoria” do etiquetamento. Em suas palavras: “I never thought the original statements by myself and others warranted being called theories, at least not theories of the fully articulated kind they are now criticized for not being” (BECKER, 1973, p. 178).

reafirmar a atuação igualitária do sistema penal o que permite ao *labelling approach* constatar a ocorrência de condutas que, em condições normais, seriam consideradas crimes, mas que não o são em virtude da seletividade do sistema.

Logo, a teoria do etiquetamento se vale do conceito tradicional de delito para jogar luz sobre a real existência da cifra negra. Esta, a seu turno, será o alicerce da tese segundo a qual a delinquência é resultado de um processo de criminalização, sem o qual não haverá “crime”, ainda que haja uma conduta considerada desviante. Por esta razão, a crítica de Hassemer e Muñoz Conde merece ser rejeitada enquanto tal. Não obstante, ela tem a vantagem de apontar para a dependência da teoria do etiquetamento para com a lei penal.

A verdade é que o *labelling approach* tem perdido força. Nota-se o reconhecimento, por parte de setores da comunidade científica, de alguma legitimidade ao direito penal, o que tem provocado uma revalorização do modelo etiológico de criminologia. Essa tendência é visível no âmbito dos movimentos sociais que lutam contra os danos ao meio ambiente, a violência doméstica, a pornografia infantil etc., exigindo uma intervenção penal mais enérgica no que toca a estas matérias. No Brasil, assiste-se à criação de varas especializadas em crimes financeiros, ao recrudescimento penal no que tange à violência doméstica (Lei Maria da Penha) e tráfico de drogas.

A par do reconhecimento de certa legitimidade ao direito penal, a incapacidade da teoria do etiquetamento em descobrir as causas da criminalidade tem conduzido a um revigoramento do discurso penal, com a respectiva relegitimação do modelo positivista. Nesse contexto, surgem panoramas favoráveis a movimentos de tolerância zero, lei e ordem e direito penal do inimigo.

Todavia, o saldo destes embates teóricos é que a criminologia não mais pode negar as contribuições que trouxe o *labelling approach*. Ademais, este deve re-elaborar seu paradigma científico a fim de enquadrar em seu objeto de estudos importantes questões como o combate à criminalidade.

1.1.3 A criminologia crítica

No *labelling approach*, o grau de abstração é insuficiente em relação à estrutura econômica, dado que focaliza a criminalização em si, sem buscar suas determinantes estruturais. Não se explicam as razões políticas que levam determinado comportamento a ser

criminalizado, de modo que a criminalidade, para além de aparência, constitui-se em um “inexplicável acidente”.

Por outro lado, a abordagem conflitual falha ao se contentar com os sujeitos que aparecem na superfície do conflito, empiricamente verificáveis, deixando de lado a busca da lógica objetiva por trás desses sujeitos, “confundindo assim os atores dos processos econômicos (indivíduos e grupos) com os seus *sujeitos* reais (o *capital* [...] e o *trabalho assalariado*)”. Muitas vezes, a ação dos grupos é imediatamente assimilada como ação do Estado, de modo que “os mecanismos específicos e os diversos canais mediante os quais determinados interesses se institucionalizam e chegam a instrumentalizar as instâncias legais do poder político, permanecem [...] fora da teoria” (BARATTA, 2002, p. 135-140).

Todavia, a confluência dos modelos sociológicos do *labelling approach* e das teorias do conflito, cada qual com suas limitações, permitiu a construção de um novo modelo de criminologia: a criminologia crítica, também chamada nova criminologia ou criminologia radical, empenhado em desvendar as condições objetivas e estruturais que estão na base dos fenômenos de desvio (ANDRADE, 2003, p. 217).

A criminologia positivista pautava-se em um enfoque biopsicológico e pretendia explicar os comportamentos criminalizados tomando por base uma noção de crime como fenômeno preconstituído em relação à reação penal. Almejava, ainda, conhecer as causas do crime. Com a criminologia crítica, porém, há o deslocamento do foco do autor para os elementos estruturais e funcionais, de natureza objetiva, que estão na base do comportamento desviado. Também, não se buscam as causas do desvio, mas os mecanismos, oficiais ou não, mediante os quais se constrói o desvio enquanto parte da realidade social (BARATTA, 2002, P. 160).

O progresso operado pela criminologia crítica na análise do sistema penal consiste em adentrar a lógica da desigualdade social para compreendê-la e relacioná-la aos processos seletivos de criminalização. O fenômeno da seletividade é inserido num contexto macrossocial, o que permite vinculá-lo à questão da desigualdade social, que atinge um patamar estrutural nas sociedades capitalistas (ANDRADE, 2003, p. 270).

É o que aponta Nilo Batista (2004, p. 33):

a criminologia crítica insere o sistema penal – e sua base normativa, o direito penal – na disciplina de uma sociedade de classes historicamente determinada e trata de investigar, no discurso penal, as funções ideológicas de proclamar uma igualdade e neutralidade determinadas pela prática.

É certo que a seletividade presente na atuação das agências de poder é um fenômeno complexo, cuja efetivação varia conforme o tipo de infração e de reação social no caso concreto. Todavia, a partir de uma visão mais ampla das relações de poder que se estabelecem entre os diversos grupos sociais, é possível observar, subjacentes a estas relações, os mesmos mecanismos de interação e poder que dão conta da desigualdade socioeconômica e da desigual distribuição de bens e oportunidades entre os indivíduos (SACK *apud* ANDRADE 2003, p. 276; BARATTA, 2002, p. 106).

Para Juarez Cirino (1981, p. 33),

o progresso científico da Criminologia Radical foi demonstrar a relação funcional entre os mecanismos seletivos do processo de criminalização e a lei do desenvolvimento histórico da formação econômico-capitalista: a relação *cárcere* (instituição central de controle) e *fábrica* (instituição central do capitalismo) é a matriz histórica da sociedade capitalista, desde a transformação do camponês em trabalhador livre, adaptado à fábrica, até o modo de produção capitalista.

A abordagem teórica oferecida pela criminologia crítica desloca a problemática do âmbito do infrator para as relações de classe inseridas em um determinado contexto econômico. Nesse sentido, é certo que a posição social do autor é fator decisivo no processo de criminalização (SANTOS, 1981, p. 87).

Inegável é a contribuição marxista para este pensamento, uma vez que se passa a reconhecer no modo de produção capitalista o fator decisivo para a atuação penal. Assim, a partir desta perspectiva, a criminologia adota uma postura conflitual, que opta por uma metodologia histórico-sistemática para o estudo do crime, cujo enfoque se baseia na:

análise do desenvolvimento histórico das instituições do controle social da sociedade capitalista, com o que pretendem demonstrar que as mudanças na legislação e nos portadores do controle social correspondem à evolução do capitalismo enquanto sistema econômico (AZEVEDO, 2000, p. 81).

Trazer a tradição do conflito e o pensamento marxista para a criminologia permitiu “situar la delincuencia y la desviación social en un contexto más amplio, en relación con las estructuras sociales y con el desarrollo de las relaciones de producción y distribución” (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 2001, p. 151).

A mudança de posicionamento em face da criminologia tradicional positivista tem importância fundamental para a independência da nova criminologia. De fato, ela não mais se restringe ao objeto “direito penal”, mas atua sobre os seus mecanismos de criminalização.

A criminologia crítica tem seu marco inicial na obra de George Rusche e Otto Kirchheimer, denominada “Punição e Estrutura Social”. O livro, que integra o pensamento da

Escola de Frankfurt, pretendeu estabelecer uma relação entre a punição e o modo de produção capitalista (SHECAIRA, 2008, p. 322).

Mais adiante, na década de 70, nascem importantes grupos de criminólogos, tanto nos EUA (*Union Ofensor Radical Criminologists*), como na Inglaterra (*National Deviance Conference*), que pretendem retomar e aprofundar as ideias inicialmente apresentadas por Rusche e Kirchheimer. Surgem autores de destaque, como Taylor, Walton e Young. Também, Thomas Mathiesen com sua vertente abolicionista na Escandinávia. Na Inglaterra, particularmente, os debates têm como premissa a necessidade de eliminação das desigualdades sociais, sustentando-se que a solução do problema da criminalidade depende do fim da exploração econômica e da opressão política.

Na Itália, destacam-se Alessandro Baratta, Dario Melossi e Massimo Pavarini, conhecidos como integrantes da Escola de Bolonha, que tinha por objetivo praticar uma criminologia do tipo marxista. Também Jock Young e seus companheiros seguiam uma vertente marxista, sustentando que o delito era um fenômeno condicionado ao modo de produção capitalista, num cenário em que o Direito é uma ideologia que só pode ser desvendada a partir de uma metodologia histórico-dialética (SHECAIRA, 2008, p. 326).

Logo, a criminologia crítica desdobrou-se em diferentes versões. Uma delas é o neorrealismo de esquerda, vertente que pleiteia, no tocante ao controle social, a redução do controle penal em algumas áreas e sua expansão em outras, como, por exemplo, os delitos que atingem mais diretamente a classe trabalhadora. Trata-se, pois, de uma nova forma de punitivismo, direcionada aos setores hegemônicos da sociedade.

Os adeptos do neorrealismo defendem, ainda, a reinserção do criminoso por meio de penas alternativas, nos moldes de uma prevenção-geral positiva, pretendendo dar atenção às instituições “*comunidade e polícia*, para traçar uma política criminal setorial que trata de representar os interesses da localidade, do bairro, independentemente da estratificação social” (SHECAIRA, 2008, p. 334).

Demonstram certo saudosismo ao defenderem a necessidade do estudo da etiologia do crime, bem como a necessidade da manutenção da prisão para casos extremos, em que a liberdade do infrator deixa a população em risco. Apontam, todavia, para a necessidade de resgate da figura da vítima, há muito extirpada do direito penal, o que, em conjunto com a promoção de medidas comunitárias de resolução de conflitos, constitui-se em um dos fatores que alimentarão um modelo restaurativo de justiça.

Outra corrente é a do minimalismo penal. Os que se filiam a ela questionam o sistema de exploração que tem lugar na sociedade capitalista. Segundo eles, é preciso pensar

uma criminalidade dos oprimidos: racismo, colarinho-branco, ecocídio etc. Por outro lado, preconizam a não-intervenção do aparato penal para certos casos (SHECAIRA, 2008, p. 339).

Desse modo, uma das bandeiras do minimalismo é a utilização do direito penal como proteção do mais fraco. A punição que recai sobre o réu evitaria penas desproporcionais por parte da vítima ou da comunidade (SHECAIRA, 2008, p. 339). São propostas minimalistas: a) transformação radical da sociedade como maneira de combate ao crime, numa clara intenção de superar as relações de produção capitalistas; b) redução do controle penal em algumas áreas e expansão em outras; c) defesa do caráter fragmentário, de *ultima ratio* e acessoriedade do direito penal.

O minimalismo é acusado pelos neorrealistas de não buscar as causas do delito. Todavia, em defesa, assumem que não se pode perquirir a causa de um delito como se perquire a causa de um fenômeno natural; é um erro epistemológico, já que “o delito não existe por ‘natureza’, mas sim por definição legal” (SHECAIRA, 2008, p. 338).

Por fim, tem-se o abolicionismo penal como o mais radical dos três principais posicionamentos que nasceram no interior da criminologia crítica.

O abolicionismo é tributário, em grande medida, do *labelling approach*, florescendo na década de setenta, quando surgem movimentos libertários na Suécia, Noruega, Alemanha, Inglaterra e França. destacando-se, autores como Louk Hulsman e Nils Christie, cada qual pensando um tipo de abolicionismo.

De maneira geral, estes autores apontam como motivo para a abolição do sistema penal os seguintes (SHECAIRA, 2008, p. 344-349):

a) Ilegitimidade da pena. A pena é ilegítima, pois suas finalidades não são atingidas. O preso acaba por internalizar os valores do presídio, o que destrói sua personalidade e provoca a reincidência. De igual forma, o sistema penal como um todo é anômico, porquanto não cumpre suas funções;

b) Reprodução da criminalidade. O sistema penal reproduz o crime, as desigualdades e injustiças sociais;

c) Seletividade. O desvio não é uma qualidade ontológica da ação, mas o resultado de uma reação social que se dá eminentemente sobre as classes pobres;

d) Efeito estigmatizante. A reação social constitui verdadeiro bem negativo que recai sobre o apenado e o impede de reintegrar-se à sociedade;

e) Marginalização da vítima. A vítima não tem voz no processo e nenhuma de suas necessidades são atendidas;

f) Burocracia. Cada agência de controle tem ideologia própria e atua independentemente – quando não em confronto. Nessa compartimentalização dilui-se a responsabilidade sobre o destino do criminoso;

g) Inconsistência teórica. O modelo de sistema penal tradicional (iluminista) assenta-se em uma errônea concepção da sociedade, encampando uma visão maniqueísta, dicotômica e consensual;

h) Formalismo. A formalidade do sistema penal muitas vezes se opõe

à estrutura mais informal da sociedade civil, que muitas vezes facilita encontros cara a cara, os quais podem agilizar a solução dos conflitos entre as partes envolvidas. Os operadores jurídicos, especialmente o magistrado, pertencem a um mundo diferente ao do processado; condenar para ele é um ato de rotina burocrático, uma ordem escrita sobre um papel que outros funcionários executarão e que ele assinará em escassos segundos (SHECAIRA, 2008, p. 347);

i) Inexistência do direito penal. No contexto de elevada cifra negra, já se vive em uma sociedade sem pena e sem direito penal.

Hulsman (*apud* ZAFFARONI, 2006, p. 307), ao defender o abolicionismo, preconiza que a resposta punitiva é somente uma das formas de resolver conflitos sociais e que o sistema penal poderia ser vantajosamente substituído por outras formas de composição de conflitos (reparação, conciliação). Nesse sentido, uma versão *light* do abolicionismo propõe a redução do intervencionismo penal em amplos setores da criminalidade de pouca gravidade, propondo a reparação da vítima e a reabilitação do delinquente por meio de métodos não penais ou prisionais. Trata-se de uma abordagem que privilegia a terapia de grupo, o tratamento psiquiátrico, a busca de emprego, a conciliação vítima-ofensor, a reparação dos danos etc. (HASSEMER; MUNOZ CONDE, 2001, p. 365).

Contudo, também o abolicionismo enfrenta severas críticas.

Por exemplo, o sistema penal é uma das formas de controle social. Por esta razão, aboli-lo pressupõe uma mudança drástica na estrutura social de poder. Se o sistema penal deixar de exercer o controle, outro meio será eleito em seu lugar, não necessariamente melhor do que o penal. A diminuição do controle pelo sistema penal pode dar espaço a meios de controle psiquiátricos, administrativos, assistenciais etc. (ZAFFARONI, 2006, p. 307). Ou, conforme apresentam a questão Hassemer e Muñoz Conde: “quien pretenda abolir el Derecho penal, lo único que quire es ahuyentar al diablo con Belcebú” (2001, p. 390).

De outro lado, não há como dizer à mulher que acaba de ser estuprada que “o crime não existe”. Ou dizer a qualquer cidadão que o direito penal não existe, e que ele deve

resolver seu problema com a ajuda de alguns amigos ou instituições privadas (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 2001, p. 390).

Ou seja, apreender o desvio apenas como resultado de uma definição pode camuflar os sofrimentos reais experimentados por vítimas de comportamentos socialmente negativos, sendo que negar toda e qualquer intervenção penal impede que se apliquem medidas socialmente adequadas (BARATTA, 2002, p. 211).

O fato é que o conjunto de estudos e obras que desembocaram na criminologia crítica não provocaram as transformações desejadas. As mudanças mais profundas se deram no plano científico/epistemológico. Isto se percebe claramente pelo fato de que, apesar de todas as críticas, o sistema continuar operando como sempre o fez, procedendo com perfeição no seu escopo de “combate ao crime”.

Todavia, uma das principais contribuições da criminologia crítica foi ressaltar a importância das circunstâncias estruturais na determinação da criminalidade, chamando a atenção para os fatos que provocam danos aos bens jurídicos difusos. Portanto, é resultado da criminologia crítica a criminalização de condutas tais como o abuso de poder (criminalidade econômica e política), práticas ofensivas à segurança do trabalho, ao meio ambiente, à saúde pública, à economia popular, ao patrimônio coletivo estatal e ao crime organizado.

E talvez até mais importante do que o reconhecimento de bens jurídicos de natureza difusa foi a criação de instrumentos constitucionais processuais hábeis a tutelá-los em juízo. A proposta da criminologia crítica não apenas ensejou o debate acerca da criminalização de condutas que afetam bens difusos, como também proporcionou o surgimento de importantes instrumentos, tais como a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo etc. (SHECAIRA, 2008, p. 353-354).

A queda o Muro de Berlim desferiu um poderoso golpe naqueles que sonhavam em implantar um projeto socialista de transformação social. Significou, também, a inexequibilidade de uma total reformulação do sistema penal. Dessa forma, a saída passou a repousar nas mudanças pontuais, tais como os experimentos de alternativas ao cárcere (SHECAIRA, 2008, p. 355).

O controle democrático e multi-institucional do pequeno delito, bem como as penas alternativas, passaram a ser propostas bem-vindas, ainda que promovessem uma sociedade disciplinária e permitissem certa reprodução ideológica do sistema vigente. Diz Shecaira (2008, p. 355):

se não há condições políticas e culturais para a realização em curto e médio prazo de um programa abolicionista em nossas sociedades, não se pode deixar de lado a

crítica, enquanto instrumento e meio, para que se tenha uma ampla política de descriminalização, acompanhada da experimentação, com intervenções alternativas a da Justiça Criminal (diversion), para que a concretização de reformas possa diminuir a distância até a meta final.

Mais recentemente, as alternativas se direcionam para um suposto novo modelo de justiça criminal, mais interessado na conciliação do que na retribuição, no consenso do que no conflito, no perdão do que na vingança. Trata-se da Justiça Restaurativa¹⁸, a ser estudada no capítulo seguinte.

1.2 As funções latentes da pena e do sistema penal

Todo o arcabouço crítico teve papel fundamental para desvendar a real função da pena e do sistema penal na atual sociedade. Muitas e diversificadas são as respostas à pergunta “qual a função da pena?” ou “qual a função do sistema penal?”

Na doutrina penal tradicional é possível encontrar três grandes linhas teóricas que pretendem definir a função da pena. Trata-se das teorias absoluta (retributiva), relativa (preventiva) e mista.

A importância no aprofundamento do tema está em que a questão da pena nasce umbilicalmente ligada à problemática relativa à função do direito penal e, indo além, à do próprio Estado.

Não cabe aqui adentrar os pormenores jusfilosóficos de cada uma destas teorias – que encontram, desde Beccaria a Roxin, passando por Kant, Feuebach e Garofalo, ilustres representantes.

Mais importante do que tratar, por exemplo, da ideia de racionalidade presente na perspectiva retributivista ou das possíveis virtudes da ressocialização, é encarar a pena sob uma perspectiva histórico-concreta das suas utilizações nas diferentes sociedades.

De fato, é tarefa inglória discutir se a finalidade da pena é retribuir, prevenir, dissuadir, corrigir, integrar se, na realidade, nenhuma destas ações é o que resulta de sua aplicação. É preciso subverter o pensamento idealista predominante no seio da comunidade jurídica e observar a questão sob um viés econômico-político (BARATTA, 2002, p. 191), rompendo com o enfoque abstrato

no qual a pena é concebida como epifenômeno do crime (seja como retribuição proporcionada a ele ou como sua prevenção) para recolocá-la e explicá-la no marco

¹⁸ É interessante ressaltar que o importante teórico da Justiça Restaurativa, John Braithwaite, foi encarado nos anos 90 como um continuador do *labelling approach* (2009, p. 35).

da relação histórica entre os diversos sistemas punitivos e os sistemas de produção em que se efetuam, desde a escravidão, passando pelo feudalismo e, em especial, a relação entre o modo de produção capitalista e a afirmação da prisão, a partir do final do século XVIII, como método punitivo central. A pena, superestrutura punitiva, é vinculada à estrutura econômica da sociedade e a partir dela é explicada (ANDRADE, 2003, p. 192-193).

Nesse sentido, perde interesse o debate sobre os objetivos da pena tais como apontados nas legislações e tratados de direito penal, porquanto insuficiente para conduzir a um conhecimento científico desta instituição, conforme o tem demonstrado a história do sistema penitenciário (BARATTA, 2002, p. 191).

A crítica às teorias da pena não deve se situar no universo abstrato dos conceitos. Conforme aduz Juarez Cirino (1985, p. 277), fazê-lo seria proceder com idealismo e excluir a análise no nível concreto das relações históricas que enraízam a formação dos conceitos e das categorias teóricas.

Para o autor, a crítica não deve se limitar ao caráter retributivo ou preventivo da pena. Deve, por outro lado, situar a prisão no contexto histórico que a criou. Assim, a “pena de prisão” seria explicada pela “prisão” enquanto fenômeno ocorrente em determinado marco histórico, em virtude de relações sociais, políticas e econômicas determinadas.

Nilo Batista aponta, de maneira pertinente, que uma teoria geral e esquemática da pena que pretenda explicar as diversas práticas penais ao longo da história através dos mesmos meios (seja o escravismo colonial brasileiro ou o capitalismo do início do século, por exemplo) “estará pagando à abstração um preço altíssimo, cuja moeda é o conhecimento” (BATISTA, 2004, p. 113).

Para Zaffaroni:

insistir em que o poder do sistema penal não cumpre com nenhuma das funções que as chamadas “teorias da pena” tem pretendido atribuir ao mesmo seria redundante. Sabemos que a pena não cumpre nenhuma função preventiva geral nem negativa nem positiva, que tampouco cumpre função preventiva especial positiva e que a única função preventiva especial negativa (semelhantemente à geral negativa) que poderia cumprir seria através de um uso generalizado da morte (ZAFFARONI, 1991a, p. 223, tradução nossa).

Observando-se a instituição “pena” em sua existência concreta e partindo de uma análise histórica, é possível perceber que as contradições entre os fins declarados e a prática real do sistema penal não são mera obra do acaso ou o resultado natural da atuação humana – a qual teria o poder de subverter os institutos do direito penal, quando postos em prática (BARATTA, 2002, p. 213).

É na medida dessa contradição entre os fins prometidos e as funções cumpridas pelo sistema penal que devem ser abordadas as teorias tradicionais que procuram atribuir

fundamentos e finalidades à pena. Segundo Carvalho (2003, p. 144), rebater tais teorias possibilitaria eliminar do “discurso penal o viés declarado (e não cumprido) que mascara a real funcionalidade da sanção penal, retomando seu identificador essencial, que radica na esfera política”.

É que para o autor, a pena constitui, indubitavelmente, um fenômeno político desprovido de fundamento jurídico racional e, por isso, impassível de ser racionalmente justificado. Tobias Barreto já ensinava que o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas político e que as teorias sobre a punição pretendem apenas racionalizar uma manifestação primitiva de violência, sem conseguir, contudo, alterar a natureza da sanção penal (BARRETO, 1996, p. 648).

De outro lado, alguns estudiosos parecem crer que, “transformando os objetivos da pena, fazendo, em particular, da pena privativa de liberdade uma medida de re-educação em lugar de um castigo, produzir-se-ia uma metamorfose do sistema penal e penitenciário” (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, 1984, p. 83, tradução nossa).

Infelizmente, conforme expõe Zaffaroni (1991, p. 13), até mesmo aqueles que se conscientizam das contradições no discurso penal acabam por reproduzi-lo, ainda que sob uma roupagem liberal. Isso porque não há outro discurso de que se possam valer os juristas no manuseio do direito penal - desde que, é obvio, queiram permanecer fiéis ao esquema positivista de direito.

A criminologia crítica, ao constatar a funcionalidade das contradições presentes no interior do sistema penal, prega que só uma mudança vinda de fora da lógica penal é capaz de provocar alterações satisfatórias no âmbito do controle formal. “Por esta razão, não constitui uma perspectiva de racionalização, mas uma perspectiva *racional* de superação do sistema penal” (BARATTA, 2002, p. 214).

Se o sistema penal mantém-se ainda vivo, a despeito de não atender às expectativas da sociedade e de não cumprir com sua meta legalmente estabelecida, é porque há razões para isso. De fato, a doutrina enumera uma série de funções da pena consideradas “latentes”.

Em um nível eminentemente político, a pena é mecanismo legitimador do intervencionismo estatal repressivo, do controle social e, por conseguinte, da subjugação de classes subalternas.

A lei cede a interesses de classe e a pena é seu instrumento de coerção, incidindo sobre os cidadãos de forma nada igualitária. A repressão estatal, conforme o demonstrou o aporte crítico oriundo do *labelling approach*, recai mais facilmente sobre certos grupos, geralmente os marginalizados política, cultural ou socialmente.

Há, portanto, uma vinculação inexorável entre a lei que define o crime, atrelando-lhe uma pena, e o legislador que a produz. Desse modo, a definição do ilícito condiciona-se à ideia do legislador sobre a criminalidade, uma representação que nasce no seio de um grupo homogêneo, cujos membros provêm em sua maioria da elite. “As maiores *chances* de ser selecionado para fazer parte da ‘população criminosa’ aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais)” (BARATTA, 2002, p. 165).

Conforme aduz Andrade:

se as funções declaradas da pena se resumem numa dupla meta, a repressão da criminalidade e o controle (e redução do crime); as funções reais da prisão aparecem em uma dupla reprodução: reprodução da criminalidade (recortando formas de criminalidade das classes dominadas e excluindo a criminalidade das classes dominantes) e reprodução das relações sociais (ANDRADE, 2003, p. 291).

A estigmatização provocada pela aplicação seletiva das sanções penais é determinante para reproduzir a estrutura vertical da sociedade, ao passo que permite encobrir os comportamentos ilegais peculiares às camadas superiores, que permanecem imunes ao processo de criminalização (BARATTA, 2002, p. 166).

Por vincular-se à vontade desse grupo, a pena pode tornar-se um instrumento político arbitrário para finalidades nem sempre democráticas. Por esta razão, deve-se sempre questionar os valores que se pretende impor ao apenado, uma vez que as normas não refletem valores absolutos e inquestionáveis, mas, ao contrário, tomam como referência, na prática, os valores eleitos pela classe dominante (BITENCOURT, 2001, p. 137).

Segundo Laura Frade

[...] considerando-se que [...]: 1) os elaboradores da lei, objeto da amostra, possuem em sua maioria uma alta instrução; 2) que apenas dois projetos de lei sobre os “crimes do colarinho branco” foram apresentados durante a legislatura sob exame e que nesses crimes prevalece a atuação de profissionais graduados e que 3) praticamente nenhuma referência foi feita nas entrevistas sobre os crimes praticados dentro do próprio Congresso Nacional, é razoável supor que os parlamentares não vinculem a eles próprios a idéia de criminalidade. Parece haver uma correlação indireta do crime com as camadas menos favorecidas, mas não com a elite – com a qual os parlamentares parecem se identificar. Ou seja, o crime é coisa “de pobre” (FRADE, 2008, p. 66-67).

Percebe-se, pois, que dessa atitude punitivista resta isenta a elite, uma vez que a figura do delinquente a ela não se vincula.

Com a constante identificação de setores sociais com a criminalidade surge, estereotipada, a figura típica do delinquente. Investir nessa “imagem do mal” é conferir poder ao Estado, que nela encontra pretexto seguro para fortalecer sua atuação policial.

Foucault já observara que a delinquência era por demais útil para que se pudesse sonhar com algo tão tolo e perigoso como uma sociedade sem ela. Sem delinquência não há polícia. O que torna a presença policial, o controle policial tolerável pela população senão o medo do delinquente? (FOUCAULT, 1979, p. 138). Logo, investindo-se na delinquência é possível ao Estado exercer, justificadamente, um maior controle sobre a sociedade

Sob o aspecto econômico-social, a pena serve como regulador do mercado de trabalho e de proteção à propriedade e ao capital.

Originariamente, o sistema prisional objetivava manter sob controle a massa trabalhadora das fábricas. Segundo Bitencourt (2001, p. 22), a criação da prisão-pena se deveu mais a uma necessidade da sociedade capitalista do que a um ideal humanizador. E a criação das *workhouses* e outras instituições semelhantes correspondiam a esta necessidade. As prisões eram um instrumento que permitia a submissão do delinquente ao regime capitalista.

Porém, alertam Melossi e Pavarini (2006, p. 211) que a penitenciária não teve uma finalidade produtiva, já que, economicamente, o cárcere não chegou a desempenhar a função de empresa, sendo inexato, pois, referir-se a ele como unidade manufatureira. Serviu, isso sim, à produção de proletários a partir da massa criminosa (SHECAIRA, 2004, p. 354).

Loïc Wacquant (2001, p. 152), quando questionado sobre a subserviência e funcionalidade da prisão ao poderio econômico, afirma que isso era uma verdade na origem do cárcere (século XVI), mas que deixou de sê-lo já no fim do século XVIII. No século XX, por sua vez, a situação teria se alterado, sendo certo que as prisões são úteis para segregar as porções “sobrenumerárias do proletariado” (WACQUANT, 2001, p. 152).

A disciplina imposta pela pena de prisão no início de sua aplicação já não tem razão de ser, pois já não há nada a ensinar. A utilidade da pena vai na direção daquilo que se denomina *warehousing*, ou seja, o armazenamento de sujeitos que não tem utilidade para a sociedade (SHECAIRA, 2008, p. 332). Uma vez “reelaborando sua missão histórica, o encarceramento serve bem antes à regulação da miséria, quiçá à sua perpetuação, e ao armazenamento dos refugos do mercado” (WACQUANT, 2001, p. 33).

A pena tem uma função depurativa. De fato, são elementos caros à sociedade “pós-industrial” os conceitos de produtividade e eficiência. Mister que tais valores se mantenham. Para isso, a sociedade deve desvencilhar-se de tudo quanto pareça improdutivo. Uma maneira específica para isso é a internação. Velhos vão para as casas de repouso; loucos para hospital psiquiátrico; alcoólatras para clínicas; ladrões e traficantes ao cárcere. Há um abismo entre a sociedade produtiva e a improdutivo (SHECAIRA, 2004, p. 354-356).

Já em um aspecto psicossocial, a pena é um instrumento ideológico. Enfatizando a criminalidade individual, o sistema penal desvia a atenção das causas geradoras das condutas socialmente negativas, mantendo suas estruturas inabaladas.

A reação penal contra alguns infratores gera sensação de segurança, uma vez que a prisão identifica o inimigo e o incapacita à prática delituosa. Entretanto, a solução penal não ataca as raízes do problema, embora proporcione a ideia de que este tenha sido eliminado.

Sobre esse aspecto, há de se chamar a atenção para práticas de corrupção. Segundo Karam (2004, p. 90) a ênfase excessiva dada à punição de um ou outro infrator acaba por tirar de foco importantes questões como a utilização do aparelhamento estatal em benefício particular e a relação de privilégios que envolve Estado e detentores do poder econômico.

Alerta, sobre esse aspecto, Karam (2004, p. 90):

pense-se, por exemplo, no que concerne às práticas de corrupção em nossa história recente: o desvio das atenções provocado, seja pela satisfação com eventuais punições, seja pelas campanhas por que estas se efetuem, tira de cena a discussão de questões como a instrumentalização do aparelho estatal e sua colocação a serviço de interesses privados (pessoais ou de grupos), a privatização de recursos públicos, as privilegiadas relações entre os detentores do poder econômico e o Estado, que, dentre outros fatores, favorecem e determinam aquelas práticas.

A ênfase dada à prática criminosa, que remete à ideia de violência e insegurança, acaba por desviar a atenção coletiva de outros fatos que geram violência e insegurança, mas que não são criminalizados, embora mais danosos.

Assim,

[...] para a real eficácia do sistema penal é imperativa a individualização de apenas alguns deles [infratores], para que, sendo exemplarmente identificados como “criminosos”, possam emprestar sua imagem à personalização da figura do mau, do inimigo, do perigoso, e, assim, possibilitar, simultânea e convenientemente, o reconhecimento dos ‘cidadãos de bem’ e a ocultação dos perigos e dos males que sustentam a estrutura de dominação e poder (KARAM, 2004, p. 90).

Nesse sentido, não se quer conhecer e corrigir as causas do desvio, mas apenas discutir sua repressão e erradicação do contexto social, sem investir em programas efetivos de neutralização destas causas, uma vez que isso “poderia custar um alto preço, em todos os sentidos, às classes dominantes” (COSTA, 2005, p. 108).

A ilustrar esse fato, pode-se aqui mencionar a muito criticada Lei dos Crimes Hediondos que, seguindo um pensamento semelhante e cedendo a reclamos populares e midiáticos, foi finalmente implantada no ordenamento pátrio. Esta Lei, segundo ensinamento de Alberto Silva Franco (2002, p. 649):

cumpriu exatamente o papel que lhe foi reservado pelos meios de comunicação social, controlados pelos segmentos econômicos e políticos hegemônicos, ou seja, o de dar à população a falsa idéia de que, por meio de uma lei extremamente repressiva, reencontraria a almejada segurança.

Também a pena, ao se voltar para os crimes contra o patrimônio, deixa de fora crimes de grande danosidade social, como os ambientais, por exemplo.

Assim, chama a atenção para esses delitos que não atingem a sociedade como um todo (furto, receptação), cujas penas são mais elevadas do que as previstas para os crimes relevantes (ambientais, contra a economia popular etc.) (SHECAIRA, 2004, p. 354-356).

No pensamento de Thomas Mathiesen (*apud* SHECAIRA, 2008, p. 350), esta é uma função diversiva: embora existam crimes extremamente danosos à sociedade (contra meio ambiente, exploração de mão-de-obra), a pena volta-se prioritariamente aos delitos patrimoniais, nem sempre relevantes. Assim, desvia a atenção das questões realmente importantes, deixando impunes seus infratores, geralmente detentores de poder econômico. Além disso, a criação de presídios e a produção legislativa repressiva servem a propósitos políticos e eleitoreiros.

Portanto, após todas essas observações, pode-se concluir que o sistema penal não está em crise. Como visto, ele não possui eficácia quanto a seus objetivos declarados. Todavia, quanto a suas funções latentes, opera com eficácia (NEPOMOCENO, 2004, p. 49-52).

Neste contexto, a mídia exerce papel importante no modo de pensar das massas, e por vezes acaba colaborando com o sistema, distorcendo a realidade criminal e acentuando a guerra contra a “delinquência” (MATHIESEN, 1997, p. 280).

De fato, o papel desempenhado pelos meios de comunicação é fundamental, pois nas “sociedades contemporâneas, a apreensão do real se faz, cada vez mais, através destes meios, as experiências diretas da realidade cedendo espaço e se tornando experiências do espetáculo da realidade, a própria comunicação entre as pessoas” (KARAM, 1997, p. 69).

Nota-se, nesse quadro, um inflado aparelhamento ideológico responsável por sustentar um sistema punitivo ilegítimo e incompatível com os postulados democráticos e com seu próprio discurso.

Assim, enquanto na prática se desenvolve a repressão seletiva, o discurso penal preconiza a segurança jurídica, encobrindo uma realidade lancinante a determinados setores sociais. Esta ideia tem se enraizado no senso comum de tal forma que perdura no imaginário popular, influenciando as concepções acerca da criminalidade, punição, política penal etc.

Tal cobertura ideológica acaba se tornando um dos principais fatores que permite uma opressão velada, impedindo qualquer mudança efetiva.

É possível retirar da história exemplos concretos da utilização da lei para forjar concepções da realidade de modo a camuflar a própria realidade circundante, como estratégia política. Por exemplo, no final do século XIX, no Brasil, a figura do anarquista “perigoso”, “agitador”, “nocivo”, era efeito de uma invenção jurídica, mas também estratégia de construção de uma verdade. Ou seja, transformar em realidade o que havia sido criado como imagem, como representação. O estereótipo do anarquista, inventado pela lei não se encerrava no âmbito legislativo – se estendia e se difundia através da imprensa [...] do Poder Legislativo e de outras instituições civis e militares (ALVES, 1997, p. 10).

Uma lei repressiva será tão mais eficaz quanto mais adentrar e se instalar no seio social. Isso porque ela fomenta a criação de mecanismos de controle social informais, levados a cabo pelos próprios setores da sociedade civil.

Assim, atacar o senso comum dominante é desmontar, pouco a pouco, o aparelhamento de poder estruturado para a manutenção do *status* repressivo.

2 A RECONSTRUÇÃO DO DISCURSO PENAL: A JUSTIÇA RESTAURATIVA

2.1 Notas introdutórias

O direito penal brasileiro tem como marca característica o seu arraigado positivismo, de onde emana um discurso jurídico muito peculiar, que Alessandro Baratta denominou de “ideologia da defesa social”. Quando se fala em direito penal, fala-se principalmente na defesa da sociedade em face do crime, tarefa que se concretiza por meio da tutela de bens jurídico-penais e de valores ético-sociais por parte das agências de controle do Estado.

O discurso da defesa social legítima - política e juridicamente - o intervencionismo penal do Estado. Sob a justificativa de proteger a sociedade contra o Crime, o Estado lança mão de políticas repressivas, apostando na sua capacidade de controlar a criminalidade ou mesmo de eliminá-la da face da Terra. Tais políticas são, na mesma porção, ineficazes, mas simbólicas; marginalizantes, mas eleitoreiras; excludentes, mas populistas; estigmatizantes, mas garantidoras da sensação de segurança.

Amparado no mito de que “el Estado soberano es capaz de generar ‘ley y orden’ y controlar el delito dentro de los limites de su territorio” (GARLAND *apud* PALLAMOLLA, 2009, p. 133), esse discurso põe de lado, convenientemente, o caráter ubíquo e majoritário do crime; esquece que o fenômeno delitivo, para além de uma realidade externa e cientificamente cognoscível, é fruto de construção subjetiva e muitas vezes interessada do intérprete da lei (que é, também, intérprete dos fatos). É nesse ponto que o discurso penal rompe com seus limites científicos para tornar-se funcional a fins políticos outros, reduzindo o direito penal a uma dogmática simbólica capaz de satisfazer a sociedade no tópico “segurança pública”, ao passo em que oculta a real necessidade de “política pública”.

Diante da incapacidade do sistema penal em lidar com a violência e resolver os conflitos sociais, novos sistemas buscam repensar a estrutura punitiva. Alternativas capazes de reduzir a violência e minimizar os danos causados pelo sistema penal tornaram-se, modernamente, um imperativo.

Dentre os diversos modelos e teorias que surgiram nas últimas décadas, é imperioso ressaltar o desenvolvimento da Justiça Restaurativa como sendo uma alternativa à crise do sistema penal. Tal modelo traduz-se em um sistema que pretende reconstruir o aparato teórico do direito penal e, com isso, devolver-lhe a legitimidade perdida. Como ele, há outros – com

propensões garantistas e conservadoras. No entanto, o paradigma restaurativo é aquele que se mostra mais original.

É certo que, se existe um sistema penal ilegítimo e causador de danos, a construção de um novo sistema não deve apenas propor alternativas que reduzam o seu caráter excludente e opressivo, mas buscar um sistema penal que não seja excludente e opressivo. Trata-se da velha e conhecida máxima radbruchiana: não se quer um direito penal melhor, mas algo melhor do que o direito penal. Porém, consistirá a Justiça Restaurativa um algo melhor do que o direito penal?

2.2 Origens históricas da Justiça Restaurativa

A Justiça Restaurativa não é um fenômeno contemporâneo. Vestígios de práticas restaurativas remontam às sociedades pré-estatais e sugerem que tenham ocorrido em diversas partes do globo. Há autores que a relacionam a antigas tradições maoris e samoanas. Outros, por sua vez, vinculam-na às civilizações árabe antiga, grega e romanas (MORRIS, 2005, p. 461; JACCOUD, 2005, p. 164).¹⁹

De outra perspectiva, é possível ressaltar a importância da mediação em comunidades da antiga China e do Japão, as quais sempre valorizaram a harmonia das relações sociais. Também as culturas ibéricas apresentam em sua história o uso de práticas de mediação como forma de resolução de conflitos. Ferreira lembra, como exemplo, o Tribunal das Águas, na Espanha, a aldeia de Ralu'a, no México e a sociedade barrosa, em Portugal. Na África, tribunais leigos são ainda hoje importantes instrumentos de composição de conflitos entre vizinhos (2006, p. 47-48).

Embora as práticas restaurativas não estivessem diretamente vinculadas à cultura de tais povos nativos (eram, na realidade, uma decorrência de sua organização e estrutura social), a sua retomada está ligada à reivindicação destes grupos (JACCOUD, 2005, p. 164). Por exemplo, na Austrália e em partes do Canadá, o desenvolvimento da Justiça Restaurativa foi fortemente influenciado pelo ressurgimento de práticas de resolução de conflitos de natureza indígena. Na Nova Zelândia, igualmente, foram introduzidos encontros restaurativos com a intenção de “evocar e utilizar as tradições dos Maoris de resolução de problemas [...]”. Essas

¹⁹ A Lei das XII Tábuas, por exemplo, já previa a conciliação como momento prévio ao julgamento (FERREIRA, 2006, p. 46).

reuniões foram introduzidas tanto como uma alternativa aos tribunais, como na forma de um guia para as sentenças” (FROESTAD; SHEARING, 2005, p. 82).

No entanto, um episódio recente serve de marco para uma Justiça Restaurativa moderna. Trata-se de uma experiência ocorrida em Ontário, Canadá, no ano de 1974, em que um juiz determinou que dois jovens acusados de depredar vinte e duas propriedades se encontrassem com as suas vítimas, sendo que, desse encontro, sobreveio um acordo de reparação de danos (BENEDETTI, 2008, p. 277).

Mas a Justiça Restaurativa não surge por geração espontânea. Muitas das contribuições da criminologia crítica estão na base de tal modelo. No interior do abolicionismo, por exemplo, pretendeu-se superar não apenas as prisões, mas as tradicionais formas punitivas. Propôs-se que a justiça tradicional fosse substituída por um modelo informal, que remetesse ao direito civil e que pressupusesse a atuação comunitária na gerência de conflitos (PALLAMOLLA, 2009, p. 39).

Nils Christie e Louk Hulsman foram os abolicionistas que mais contribuíram para a perspectiva restaurativa, o primeiro propondo formas de justiça participativa/comunitária e o segundo a substituição do sistema penal por instâncias individualizadas de resolução de conflitos.

Hulsman observava que a vítima nem sempre procura vingança, senão obter a cessação do mal que lhe é imposto, bem como a reparação pelo dano já sofrido. Assim, propunha, já na década de 70, sanções alternativas àquilo que denominava “situações problemáticas”, tais como admoestação, reparação de danos, trabalhos comunitários etc., por meio da mediação e outros procedimentos informais (PALLAMOLLA, 2009, p. 41-42).

Também Alessandro Baratta sugeriu a despenalização, a substituição de punições estatais por outras não-estigmatizantes, bem como a adoção de meios alternativos de controle penal, até mesmo com a privatização de conflitos (BARATTA, 2002, p. 203).

John Braithwaite, importante teórico restaurativo da década de 90, era mesmo encarado como um continuador do *labelling approach*. Propunha a substituição da etiqueta de criminoso imposta ao final de cada processo por gestos que demonstrassem que o desviante era capaz de se reintegrar.²⁰

²⁰ Para ele, a Justiça Restaurativa comporta-se como um mecanismo de “vergonha reintegrativa”: todo crime gera uma reação social que lança sobre o indivíduo um acentuado grau de vergonha. No entanto, quando se fala em “vergonha reintegrativa”, o que se almeja é impor uma reprovação pela prática delituosa e, ao mesmo tempo, proporcionar meios de reintegração social e aceitação do indivíduo em sua comunidade. Aliada à noção de vergonha reintegrativa está a de “regulação responsiva”: ao questionar a existência de respostas pré-definidas aos delitos, o autor defende que o Estado deve punir de acordo com as nuances do caso concreto (PALLAMOLLA, 2009, p. 35; BENEDETTI, 2008, p. 278).

A vitimologia também exerceu seu papel na configuração de um modelo restaurativo de justiça penal. Movimentos reivindicatórios das décadas de 60 e 70, a despeito do caráter heterogêneo de suas reivindicações, fomentaram estudos vitimológicos convergentes com os interesses das vítimas, valorizando aspectos relativos à assistência, compensação pelo Estado e reparação pelo ofensor (PALLAMOLLA, 2009, p. 48-51).

Estes fatores, aliados à crise de legitimidade do sistema penal, foram responsáveis pelo relativo sucesso da Justiça Restaurativa pelo mundo. Já nos anos 70, o modelo restaurativo ensejou a criação de numerosas experiências-piloto, as quais se institucionalizaram ao longo dos anos 80. Nesta época, as práticas restaurativas consistiam basicamente em mediação entre vítima e ofensor. A partir dos anos 90, o modelo conheceu uma fase de expansão e as práticas restaurativas se aperfeiçoaram para abranger em seus programas porções mais amplas da comunidade (JACCOUD, 2005, p. 180; PALLAMOLLA, 2009, p. 55).

Atualmente, há um número incontável de práticas sendo implementadas em todos os cantos do globo, respeitando as especificidades de cada região e obedecendo a contingências históricas e culturais. Têm como denominador comum o respeito à vítima, a reintegração do infrator e a redução dos custos com a justiça.

2.3 O conceito de Justiça Restaurativa e o problema da rigidez

O primeiro obstáculo ao estudo da Justiça Restaurativa diz respeito a sua definição. Não há um conceito unívoco e cada autor trabalha com uma noção particular sobre o tema. Inexiste, sequer, um sistema de justiça restaurativa, mas “sistemas de justiça” em cujo interior ocorrem práticas restaurativas (PALLAMOLLA, 2009, p. 99).

As diversas construções doutrinárias sinalizam como objetivo restaurativo o oferecimento de um modelo mais satisfatório de resolução de conflitos, assentado em uma intervenção democrática da comunidade, com marcada ênfase na responsabilidade pessoal do infrator, na inclusão social e nas formas não-coercitivas de tomada de decisão (FROESTAD; SHEARING, 2005, p. 80).

Partindo desta configuração, alguns autores definem os elementos básicos da Justiça Restaurativa com base em três conceitos: a) responsabilidade - o infrator deve reconhecer seu ato e assumir a responsabilidade por ele; b) restauração - a vítima deve ter seu dano reparado

e; c) reintegração - a reação ao delito deve ter por finalidade o restabelecimento dos vínculos entre infrator e sociedade, de modo a permitir sua reintegração (SALIBA, 2007, p. 131).

Mais do que simplesmente punir o criminoso, a Justiça Restaurativa preocupa-se em reconciliá-lo com a vítima e com a comunidade de onde ambos provêm, fazendo-o por meio de um processo dialogal, em que as partes se tornam responsáveis pela deliberação acerca da melhor forma de enfrentar as consequências do crime (MORRIS, 2005, p. 44).

Trata-se, portanto, de um “processo colaborativo que envolve aqueles que foram afetados mais diretamente por um crime, chamados de ‘partes interessadas’, para determinar qual a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão” (WACHTEL; MCCOLD *apud* SILVA, 2009, p. 143-147).

Howard Zehr é uma das mais importantes referências sobre o assunto. Seu livro *Changing lenses* consiste em importante marco para estudo desse modelo de justiça. Nesta obra, publicada em 1990, ele propõe encarar o crime não apenas como simples infração a uma norma estatal, mas como fenômeno que interfere negativamente na comunidade, causando prejuízos materiais e psicológicos a seus membros. Desse modo, caberia à justiça restabelecer os vínculos partidos pelo crime e fomentar a reparação do dano (ZEHR, 2008).

A profusão de trabalhos nessa área tem permitido assentar, aos poucos, os elementos básicos que qualificam este novo modelo de justiça penal.

Visando englobar a miríade de definições, Gomes Pinto entende tratar-se a Justiça Restaurativa

de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, a ter lugar preferencialmente em espaços comunitários, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores, e podendo ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração social da vítima e do infrator (GOMES PINTO, 2005, p. 20).

Desse modo, é possível aduzir que a Justiça Restaurativa consiste em um conjunto de práticas que buscam tornar a reação ao crime algo mais construtivo do que as respostas tradicionais do sistema penal.

As Nações Unidas desenvolveram os Princípios Básicos de Justiça Restaurativa, por meio da Resolução 2002/12 de seu Conselho Social e Econômico. Segundo este documento, programa de Justiça Restaurativa é todo aquele que se utiliza de processos restaurativos e almeja alcançar resultados restaurativos. Por processo restaurativo compreende-se todo aquele em que a vítima, o infrator e qualquer interessado participam conjuntamente da resolução de questões derivadas do delito, tais como a mediação, a conciliação e os círculos de sentença.

Dentre os resultados restaurativos estão a reparação e a prestação de serviços à comunidade (PALLAMOLLA, 2009).

Mas é importante ressaltar que embora a Justiça Restaurativa busque a conciliação, a reconciliação, o restabelecimento dos laços sociais, a diminuição da reincidência, a responsabilização do infrator etc., nem sempre a totalidade destas metas são buscadas simultaneamente. Ao contrário, sua maleabilidade permite que se adapte a diferentes contextos. Por isso, alguns autores entendem que o significado da “restauração” deve ser buscado no caso concreto e a partir da deliberação dos próprios interessados (SILVA, 2009, p. 131).

Todavia, tal plasticidade nem sempre é vantajosa. Trabalhar com um conceito aberto apresenta suas dificuldades. De um lado, torna-se difícil avaliar os resultados de programas que, embora se autointitulem restaurativos, não possuem objetivos claros. De outro lado, as práticas que, a pretexto de realizar os objetivos da Justiça Restaurativa, desrespeitam seus princípios, contribuem para uma avaliação negativa deste modelo (PALLAMOLLA, 2009, p. 55).

Portanto, a indeterminação do conceito e dos objetivos da Justiça Restaurativa - ainda em evolução -, não deve impedir uma abordagem precisa de seu conteúdo, para que se evitem erros e simplificações (PALLAMOLLA, 2009, p. 55) e para que não se inviabilize a aplicação de seus instrumentos.

Parece certo que a satisfatória implementação dos princípios restaurativos é facilitada na presença de sólidos substratos teóricos, razão pela qual se torna necessário estabelecer regras e parâmetros que deem contornos precisos às práticas restaurativas.

Isso não significa reduzir o potencial restaurativo a um conceito formal e aprisioná-lo em um procedimento unilateral. Por exemplo, uma estrutura legal e administrativa burocrática, tal como a delineada pela legislação brasileira (processual penal, constitucional e administrativa), tende a dificultar a aplicação de práticas restaurativas (NETO, 2008). Para evitar que isso ocorra, é preciso estar atento a parâmetros prescritivos que possam inibir toda e qualquer inovação no âmbito da Justiça Restaurativa. “Nós deveríamos nos preocupar até mesmo com propostas reguladoras altamente prescritivas sobre como devemos definir um parâmetro ou um princípio restaurativo” (BRAITHWAITE, 2002, p. 565, tradução nossa).²¹

Assim, se de um lado a flexibilidade conceitual é contraproducente, de outro, conclui-se que tampouco é interessante uma definição rígida do que vem a ser a Justiça

²¹ No original: “We should even worry about regulatory proposals that are highly prescriptive about how we should define what a standard or a principle of restorative justice is”.

Restaurativa, dado que uma conceituação fechada poderia limitar o seu conteúdo e restringir seu desenvolvimento, impedindo sua ampla difusão no interior ou fora do sistema penal.

Trata-se, portanto, de uma questão complexa. Conforme salienta Braithwaite, “os critérios estatais podem possibilitar a democracia deliberativa popular ou podem inviabilizá-la. Tudo depende de quais parâmetros são implementados e como o são”.²² É preciso, pois, criar parâmetros restaurativos abertos, que confirmem espaço às diferenças culturais e à inovação ao mesmo tempo em que provejam uma linguagem que permite denunciar a má prática (BRAITHWAITE, 2002, p. 564-565, tradução nossa).

Por este motivo, há que se avançar, sempre, no desenvolvimento prático-teórico desse modelo de justiça criminal, sem nunca, porém, engessá-lo na rigidez dogmática.

2.4 Justiça Restaurativa e Justiça Retributiva

O direito penal é um conjunto de saberes e normas destinados a prover uma resposta jurídica a um delito, fornecendo os mecanismos e procedimentos necessários ao estabelecimento da sanção. Dessa noção podem ser extraídos os elementos básicos da configuração do direito penal moderno: crime, processo penal formal e sanção. Tais elementos, todavia, apresentam significado e alcance distintos quando se trata de Justiça Restaurativa.

Noção central na doutrina jurídico-penal, o delito é entendido no âmbito da Justiça Retributiva como a violação de uma regra pré-estabelecida, que define o dano abstratamente, em jargão técnico-jurídico, onde o Estado figura como principal vítima. Ao contrário, na Justiça Restaurativa, o crime é compreendido como o fenômeno causador do dano, sendo este definido concretamente, a partir de um contexto social amplo, envolvendo aspectos morais, sociais, econômicos e políticos. A vítima não é o Estado, mas pessoas e relações (ZEHR, 2008, p. 174-175).

Na Justiça Restaurativa, o crime é um fenômeno mais amplo do que uma simples ofensa ao Estado ou violação da norma. Ele ultrapassa a relação ofensor/vítima para atingir também a comunidade e seus valores, repercutindo de alguma forma na vida social (GOMES PINTO, 2005, p. 24; MORRIS, 2005, p. 441).

²² No original: “State standards can enable the deliberative democracy of the people or it can disable it. It all depends on what the standards are and how they are implemented”.

Isso faz com que a resposta penal ao delito também mude de direção. Não basta uma pena adstrita à figura do ofensor, à sua culpabilidade ou a seus antecedentes, mas uma que leve em conta as necessidades da vítima e da comunidade (SILVA, 2009, p. 139).

No direito penal moderno, as respostas ao delito encontram-se previamente catalogadas e podem variar da multa até a privação de liberdade. A Justiça Restaurativa, porém, mostra-se extremamente dessemelhante ao modelo tradicional. Nela, a resposta ao delito não está pré-fixada no elenco das medidas punitivas estatais, mas é dada com base na situação concreta: o dano causado ao bem jurídico, o trauma sofrido pela vítima etc. (SILVA, 2009, p. 148).

Visando restabelecer a relação entre as partes, as práticas restaurativas conduzem a desfechos nos quais têm lugar o pedido de desculpas, a prestação de serviços à comunidade, a reparação dos traumas emocionais e a inclusão social - procedimentos adequados a reparar tanto crimes patrimoniais quanto injúrias morais.²³

O modelo tradicional assenta-se na proporcionalidade entre punição e infração, atentando-se à gravidade do delito, sua reprovabilidade e a certas características do autor da infração.²⁴ De outro lado, o sistema restaurativo preza pelo princípio da responsabilidade, sendo as experiências vividas pelas partes e sua capacidade de negociação o que determinam o sucesso do processo conciliatório (SILVA, 2009, p. 148).

No que tange aos objetivos da pena, já não se procura excluir o infrator do convívio social, mas lhe dar acesso a esse convívio de forma mais plena, reconhecendo-se a situação de discrepância social como fator que impossibilita o desenvolvimento igualitário de todos os cidadãos. A Justiça Restaurativa, portanto, põe ênfase na inclusão social e não apenas na simples punição ou na busca pela sensação de justiça (SILVA, 2009, p. 131).

Portanto, uma das vantagens mais interessantes deste modelo é a sua sensibilidade às injustiças sociais e seu esforço no sentido de superá-las, ao invés de “simplesmente oferecer aos infratores uma justiça formal ou positivada e, às vítimas, justiça alguma”. Desta forma, age no sentido de conferir à vítima segurança e dignidade e, ao infrator, responsabilização pelo crime, proporcionando-lhe o sentimento de que pode corrigir seus atos e se redimir perante a sociedade (MORRIS, 2005, p. 441).

²³ Para Morris, porém, não se trata apenas dessas modalidades de composição. Afirma que qualquer medida aplicada pode se incluir no rol de práticas restaurativas – mesmo o encarceramento –, desde que seja resultante de um acordo entre as partes (MORRIS, 2005, p. 442).

²⁴ Artigo 59 do Código Penal: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentro dos limites previstos; II – ...”.

Acerca dos procedimentos utilizados por um e outro modelo, há que se registrar, mais uma vez, uma grande distância entre os dois paradigmas. Enquanto a Justiça Retributiva se desenvolve através de um ritual solene e público, marcado pelo rigor das formas e princípios jurídicos - tais como o da indisponibilidade da ação penal e do contraditório - a Justiça Restaurativa acontece num ambiente comunitário informal, restrito aos envolvidos, onde vigora o princípio da oportunidade no seio de um processo colaborativo. Neste, são figuras centrais a vítima, o infrator e a comunidade, que, em conjunto, constroem a decisão de modo consensual (GOMES PINTO, 2005, p. 25).

O aparato procedimental presente no direito penal tradicional tem por objetivo promover as condições necessárias ao alcance da verdade (verdade real). Por conta disso, o processo penal tem como função precípua reconstituir os acontecimentos em torno do crime, por meio de um conjunto probatório acurado. Uma vez definida a verdade dos fatos, a culpa é atribuída de maneira “absoluta” e “indelével” ao infrator e seu “débito pago pelo recebimento da punição” (MELO, 2008, p. 32-33).

Como nem sempre essa verdade é plena, é forçoso dizer que a meta do direito processual penal é determinar “se é possível que o julgador obtenha um convencimento sobre a verdade da acusação, fundamentado em provas e explicável racionalmente” (SILVA, 2009, p. 149). Uma vez atribuída a culpa, reduz-se o interesse pelo desfecho do processo, que se dá de maneira dicotomizada e reducionista: absolvição ou condenação, furtando-se à complexidade da vida real (PALLAMOLLA, 2009, p. 69).

Diferentemente, a prática restaurativa propõe a substituição da verdade real pela consensual, rejeitando-se a necessidade de comprovação de culpa. Diante disso, é necessária a participação ativa da vítima e/ou de seus familiares, de modo que a verdade conceitual alcançada ao fim do processo seja aceita por todos os envolvidos. Fala-se em “graus de responsabilidade” e de uma culpa que pode ser combatida pelo arrependimento do infrator, que “paga” seu débito por meio da ação reparadora (MELO, 2008, p. 32-33; SILVA, 2009, p. 149).

Um dos objetivos primários da Justiça Restaurativa é transportar algumas parcelas do manuseio da justiça criminal do âmbito oficial para o comunitário, o que se faz mediante a introdução de novas práticas no interior do sistema penal. Ao receber a contribuição da Justiça Restaurativa, o sistema penal torna-se um modelo mais flexível, o que lhe permite atender de forma mais ampla a reparação do dano e a solução do conflito, possibilitando a inclusão dos interessados (vítima, comunidade) e tomadas de decisão não-coercitivas (SILVA, 2009, p. 138).

Ceder parte do monopólio jurisdicional de resolução de conflitos para setores da sociedade civil tem o condão de maximizar o desenvolvimento da cidadania entre os indivíduos, ao passo que, igualmente, confere maior legitimidade social ao Estado (PALLAMOLLA, 2009, p. 138).

Desse modo, o processo restaurativo lança a Justiça Restaurativa em um patamar de democracia participativa, pois permite que vítima, infrator e comunidade, juntos, tenham voz no processo decisório e alcancem a melhor solução mediante a recontextualização do conflito (GOMES PINTO, 2005, p. 21).

Nesse sentido, é natural que a Justiça Restaurativa se desenvolva mediante um processo informal e privado, em um ambiente favorável ao diálogo e livre de pressões, onde as partes envolvidas têm amplo espaço de manobras. Isso não significa, todavia, que os envolvidos tenham total liberdade para firmar qualquer acordo. Afinal, há direitos que não podem ser flexibilizados, bem como regras inalienáveis a serem observadas pelo responsável pela condução dos trabalhos (MORRIS, 2005, p. 441).

Diante disso, a Justiça Restaurativa mostra-se um modelo superior ao tradicional, porquanto

priorizar o diálogo mediado é mais importante que a função de julgar dos juízes; cuidar dos interesses das partes envolvidas é superior ao ato de aplicação da lei; facilitar é mais útil que avaliar; encontrar uma solução conciliatória é mais produtora do que a ordem emanada do juiz; finalmente, o assentar da controvérsia gera mais efeitos positivos que a decisão do Juiz (SILVA, 2009, p. 153).

Não se pode olvidar, entretanto, que a Justiça Restaurativa também é uma forma de punição. Embora o ingresso em programas restaurativos seja voluntário, podendo o infrator optar pelo procedimento da justiça criminal, não lhe é dado decidir se responde ou não pelo crime. A Justiça Restaurativa, na medida em que constitui uma resposta ao delito, também possui caráter retributivo. Nesse sentido é que se afirma que ela não é uma alternativa à punição, mas uma punição alternativa (PALLAMOLLA, 2009, p. 75-76).

2.5 Valores e princípios restaurativos

Com base em tratados internacionais e análises empíricas, Braithwaite elabora três grupos de princípios restaurativos. No primeiro estão os valores obrigatórios (*constraining standards*): a) não-dominação (deve-se minimizar as diferenças de poder); b) empoderamento (deve-se dar voz aos envolvidos); c) obediência aos limites estabelecidos pela lei como pena,

dado que o empoderamento excessivo impede o empoderamento dos demais; d) escuta respeitosa; e) atenção a todos os participantes; f) *accountability* (responsabilização) e *appealability* (recorribilidade), devendo ser colocada à disposição das partes a possibilidade de escolha entre o procedimento restaurativo e a justiça tradicional; g) respeito a tratados internacionais de direitos humanos (BRAITHWAITE, 2002, p. 569; PALLAMOLLA, 2009, p. 62-63).

Um segundo grupo de valores pode ser utilizado a critério das partes (*maximizing standards*), embora deva ser encorajado. Refere-se a todos os mecanismos que concorram para a restauração, que podem se dar em nível patrimonial, emocional, social etc. Um terceiro grupo, por fim, trata de valores que não podem ser exigidos das partes, pois dependem da vontade de cada uma delas (*emergent standards*). Por exemplo, pedido de perdão, desculpas ou clemência. Não se pode impor o arrependimento ao infrator (BRAITHWAITE, 2002, p. 569-570; PALLAMOLLA, 2009, p. 64).

Para Braithwaite, fundamental é o princípio da não-dominação. Se um interessado quiser tomar parte em uma conferência ou círculo e, durante o procedimento, ele deseja se expressar, não deve ser impedido de fazê-lo. Isso não obsta a criação de círculos especiais de apoio apenas para vítimas ou infratores; mas obriga a um modelo institucional que dê a cada interessado uma significativa oportunidade de falar e ser ouvido. Qualquer tentativa, por parte de um participante, de silenciar ou dominar o outro, deve ser confrontada, seja pelos próprios participantes, seja pelo responsável pela condução da conferência (BRAITHWAITE, 2002, p. 565).

Parte do objetivo da justiça restaurativa é transcender a legalidade adversarial, permitindo aos interessados falar por si mesmos – em vez de fazê-lo por meio de porta-vozes jurídicos (que podem ter um interesse em polarizar o conflito). É certo que acusados e vítimas têm direito à presença de advogado durante o processo restaurativo. Todavia, conferir ao advogado o direito de falar na conferência ou círculo parece uma ameaça injustificada do discurso jurídico à integridade do processo restaurativo empoderador. Isso não significa impedir advogados de falarem em quaisquer circunstâncias; se todos os participantes concordarem em ouvir a opinião profissional de um advogado, então esta opinião deve certamente ser solicitada (BRAITHWAITE, 2002, p. 566).

Dentre os valores e princípios que servem de guia para programas restaurativos, a voluntariedade também tem grande importância. A responsabilização não deve ser imposta, pois se pressupõe que o ofensor reconheça sua culpa e opte por promover a reparação do dano. Todavia, é certo que a voluntariedade não é plena. A ameaça de um processo na justiça

criminal alia-se à pressão informal feita por familiares ou pela comunidade para que o autor tome as providências cabíveis frente ao delito e ingresse em um programa restaurativo.

É preciso, por isso, que à vítima e ao acusado sejam explicitados tanto os benefícios quanto as dificuldades de enfrentar um procedimento restaurador, salientando os diferentes meios e programas, mediante os quais se concretiza a Justiça Restaurativa, tais como a mediação indireta, em que a vítima não entra em contato pessoal direto com o infrator (PALLAMOLLA, 2009, p. 83-91).

Sobre o tema, leciona Ferreira:

a participação dos sujeitos a mediar envolve a sua cooperação, um interesse sério e uma vontade livre, esclarecida e actual acerca dos seus direitos, da natureza do processo de mediação e das consequências possíveis da sua decisão-composição, afastando-os, portanto, de uma actuação impositiva e unilateral própria do sistema judicial (FERREIRA, 2006, p. 29).

Todavia, a voluntariedade contém em si uma limitação óbvia: se não houver interesse ou predisposição das partes para dialogarem, não há processo restaurativo (FERREIRA, 2006, p. 33).

A confidencialidade é outro dos princípios nevrálgicos do modelo restaurativo. No caso de restar infrutífero o acordo, as informações compartilhadas não poderão ser encaminhadas a Juízo, porquanto esta possibilidade inibiria qualquer infrator de participar de um programa restaurador.

De outro lado, os temas tratados durante uma mediação ou círculo restaurativo envolvem muitas vezes a expressão de sentimentos íntimos por parte da vítima e demais envolvidos em um conflito. Por esta razão, as declarações ali lançadas não devem sequer ser reduzidas a termo. “É importante que se valorize a confiança e a fé negocial entre as partes, tranquilizando-as quanto à possibilidade de uma eventual utilização das suas declarações noutras sedes” (FERREIRA, 2006, p. 37).

O resgate da vítima, por sua vez, é um dos pontos que se destacam na plêiade de princípios restauradores, razão pela qual merece um tópico apartado.

2.6 A vítima

A vítima de um crime, especialmente de um crime que envolva violência, passa por momentos difíceis, tomados por sentimentos de impotência, medo, vulnerabilidade e insegurança. Tais sentimentos podem ser acompanhados de outros, tais como raiva, culpa,

depressão e arrependimento. A consequência desta gama de confusas emoções traduz-se em mudanças repentinas de humor, desconfiança para com terceiros e profunda insegurança, o que, não raro, traz malefícios para a saúde da vítima (ZEHR, 2008, p. 20).

Todavia, ela tem sido sistematicamente esquecida pelo direito penal, que cuida apenas dos “bens jurídicos”. Mesmo a criminologia não lhe conferiu tratamento adequado, porquanto se preocupou apenas com os processos de criminalização.

Um dos objetivos mais claros da Justiça Restaurativa é romper com a herança positivista que legou o esquecimento da vítima no processo penal, inserindo-a no debate punitivo e permitindo a ela expressar seus prejuízos a fim de tentar recompô-los. Tal meta consiste em enorme avanço em relação aos direitos das vítimas, dado que, no contexto da justiça criminal, a mera punição do infrator em nada corresponde aos seus anseios (SALIBA, 2007, p. 95).

O “empoderamento” (*empowerment*) tem por objetivo conferir à vítima - e aos infratores - os meios para que possam expressar suas frustrações e arrependimentos, propiciando condições propícias ao restabelecimento dos vínculos partidos e à superação do conflito subjacente ao delito, seja mediante a reparação ou qualquer outro meio considerado idôneo pelas partes envolvidas. Segundo alguns autores, o simples fato de ouvir as histórias dos interessados já significa conferir-lhes poder (BRAITHWAITE, 2002, p. 564).

A Justiça Restaurativa, portanto,

como reconstrutora de proximidade que o é, se propõe a este papel de esgazeirar os traumas e prejuízos sofridos pela vítima e torná-la, de novo, ‘*normal*’ em sua identidade e, portanto, em sua capacidade de agir não só perante o próprio autor do crime, mas de estabelecer relacionamento com os seus pares (SILVA, 2009, p. 136-137).

A aproximação entre vítima e infrator há de ser cautelosa,²⁵ principalmente nos casos em que a proximidade entre ambos pode resultar no abalo das condições psíquicas daquela. Justamente por isso, questiona-se a aplicação da Justiça Restaurativa a crimes graves ou naqueles em que há grande diferença de poder entre os envolvidos. É o caso das agressões

²⁵ Para que se tenha condições de lograr bons resultados na aproximação da vítima e ofensor, deve ser dispensada cuidadosa seleção e preparação do caso para a realização da prática restaurativa, o que inclui análise pormenorizada dos autos e outros atos investigativos voltados ao conhecimento das suas circunstâncias, o que deve ser efetuado por profissional dotado de conhecimento multidisciplinar e capacitação específica, a fim de se confirmar a possibilidade de aplicação da prática àquele caso concreto. Segue-se a tal análise a realização de contatos com as partes envolvidas, que visam a confirmação da adequação do caso à prática, bem como o esclarecimento destas em relação ao funcionamento da prática restaurativa e identificação de pessoas próximas às partes, ou representantes da comunidade afetada, bem como sua preparação para tomarem parte na prática restaurativa adotada (DE VITTO, 2005, p. 45).

sexuais e outros delitos chamados relacionais (que envolvem pessoas que se conhecem e mantêm relacionamento, tais como violência doméstica e incesto).

Não obstante, há pesquisadores que defendem a inserção do modelo restaurativo também nos crimes graves. É o que ocorre na Nova Zelândia, em encontros restaurativos de grupos familiares, bem como nos EUA, país no qual são realizados encontros entre vítimas e condenados no interior de penitenciárias. E em casos como estes, a segurança da vítima é prioridade. Por esta razão, deve-se cuidar para que ela atue voluntariamente, devendo ser monitorada e apoiada durante todo o processo (JACCOUD, 2005, p. 175).

Ainda, diante do desequilíbrio econômico e psicossocial entre as partes, o processo restaurativo deve ser conduzido de modo que a assimetria entre os envolvidos não gere acordos iníquos que aprofundem a situação de desigualdade entre vítima e infrator (GOMES PINTO, 2005, p. 33).

Um obstáculo de ordem prática decorre do custo da implantação de mecanismos eficientes para o suporte dos programas restaurativos. Afinal de contas, a Justiça Restaurativa não estará efetivamente restaurando se não puser à disposição do réu determinados programas de apoio (tratamento de drogas, por exemplo) e, no caso da vítima, suporte técnico e psicológico. Tudo isso demanda enorme investimento por parte do Estado, tão deficitário no aspecto “políticas públicas”.

A crítica que se tem dirigido à Justiça Restaurativa no que toca à participação da vítima diz respeito à eventual privatização do direito penal, sujeitando o infrator - e também a vítima - a um controle levado a cabo por pessoas não investidas de autoridade pública. A implementação do paradigma representaria um retorno ao período da “vingança privada”, um verdadeiro retrocesso histórico.

Afirma-se que a Justiça Restaurativa mitiga indevidamente as fronteiras que separam a esfera criminal da civil. O ilícito penal atinge não só bens jurídicos particulares, mas de toda a sociedade. Por isso, requer mais do que uma simples reparação. A pena, nesse sentido, é uma mensagem que comunica ao infrator o caráter criminoso de sua conduta. Se a sanção se resume à mera reparação, tendo como parâmetro o grau de ofensa à vítima – e não a culpabilidade do autor – então se acaba por privatizar o direito penal, deixando a cargo de partes privadas a decisão sobre um fato que afeta, em tese, grande coletividade (PALLAMOLLA, 2009, p. 167-168).

Todavia, há estudos que demonstram que as vítimas não são necessariamente vingativas, e que procuram contribuir com os infratores para que não voltem a delinquir. Além disso, nem todos os delitos possuem natureza pública, sendo que alguns deles estão

relacionados mais diretamente a interesses privados (PALLAMOLLA, 2009, p. 173). Mesmo assim, não se trata exatamente de exercício privado, mas comunitário – e, portanto, também público – de uma parcela da justiça penal oficial. É um processo que se desenvolve por meio de técnicas e procedimentos previstos na legislação e que podem contar com a participação do Ministério Público e do Judiciário (GOMES PINTO, 2005, p. 28).

Ademais, é incorreto pensar que antes da vingança pública só havia uma justiça privada cruel e desumana. A Justiça Restaurativa, na verdade, é um resgate de práticas há muito consolidadas em comunidades indígenas e aborígenes.

Por esta razão, tal crítica deve ser rejeitada.

2.7 Práticas restaurativas

O tema da Justiça Restaurativa se torna mais complexo na medida em que questões práticas são abordadas. Procedimentos restaurativos devem ser implantados dentro ou fora do processo? Se dentro, em que momento? Quem deve participar? Quem possui legitimidade para impugnar acordos travados no âmbito de práticas restauradoras?

A Resolução 2002/12, da ONU, prevê a possibilidade de implementar práticas restaurativas em qualquer fase do processo, desde que haja provas que justifiquem a acusação e que a participação no procedimento seja voluntária.

Em países como Austrália, Inglaterra e Estados Unidos, o encaminhamento de casos a programas restaurativos pode ser realizado já na fase pré-processual, consoante a discricionariedade da autoridade policial.

O encaminhamento também pode se dar na fase judicial, antes da prolação da sentença. Neste caso, o magistrado tem a liberdade de remeter os autos ao programa restaurativo antes mesmo do recebimento da denúncia e, uma vez concluído satisfatoriamente o acordo, pode “arquivar o processo”.

É possível, também, que a derivação a programas restaurativos seja feito na fase executória. Nesta hipótese, a restauração é uma alternativa ou um complemento à pena de prisão. Pode ser intentada por órgãos administrativos ligados à execução da pena e não necessariamente resultar na saída do condenado. Todavia, se a Justiça Restaurativa é aplicada após a decisão condenatória, será incapaz de reduzir a utilização da pena de prisão (PALLAMOLLA, 2009, p. 102 e 145).

A crítica direcionada à aplicação de procedimentos restaurativos durante o estágio judicial ou executório assenta-se na ideia de *bis in idem*, visto que, nestas hipóteses, o réu é processado, condenado e/ou punido e, além disso, acaba por se submeter ao procedimento restaurativo. Neste caso, ambos os modelos – restaurativo e retributivo – se somam para incidir sobre o réu, provocando uma incongruência sistemática injustificável.

De outro lado, o inconveniente de sua aplicação na fase policial reside no aumento do poder da polícia, que decide quais casos são remetidos à apreciação judicial. No Brasil, a polícia é conhecida por sua atitude repressiva e violenta, o que não se coaduna com os ideais de prevenção e policiamento comunitário, próprios do modelo restaurativo. Em razão disso, é possível que o encaminhamento seja feito pelo Ministério Público, antes do início do processo, pois será mais bem realizada pelo órgão incumbido de analisar os indícios de autoria e a prova da materialidade (PALLAMOLA, 2009, p. 143).

Contudo, é certo que cada Estado definirá a melhor maneira de levar a cabo os procedimentos restaurativos. Em países de *civil law*, onde o princípio da legalidade possui forte apelo, a discricionariedade dos operadores do direito é reduzida e não se lhes permite abrir mão da ação penal, do processo e do rigor formal. Este óbice não é enfrentado nesta amplitude em países de *commom law*, nos quais se delibera mais facilmente acerca do encaminhamento de um caso à Justiça Restaurativa (PALLAMOLLA, 2009, p. 103).

Na Europa, em geral, os programas restaurativos possuem base legal. Em alguns países, como Alemanha e Espanha, a Justiça Restaurativa está contemplada em legislação esparsa. Em outros, tais como Finlândia e Holanda, na própria parte geral do Código Penal (PALLAMOLLA, 2009, p. 103). Em algumas legislações, a instância restaurativa é uma opção discricionária. Em outras, é obrigatória.

Nos EUA, enquanto alguns projetos são gerados no interior do Estado, há uma grande parte com caráter comunitário, que se desenvolve de modo independente da ingerência estatal, valendo-se, para tanto, do suporte proporcionado por ONG's e membros da comunidade. São os *community boards*, “organismos constituídos por uma equipa autónoma de cidadãos empenhados activamente na regulação da vida de uma parte da cidade, em complemento da ação da polícia e dos tribunais”, tendo apresentado resultados satisfatórios no que diz respeito à prevenção de querelas de vizinhança e à redução dos conflitos sociais e raciais (FERREIRA, 2006, p. 58).

No Brasil, diante do modelo legalista e estatista de direito, o impulso inicial para a Justiça Restaurativa há de ser dado pelo direito oficial. É preciso partir do pressuposto de que a Justiça Restaurativa complementa – e não substitui – o sistema penal.

É certo que a institucionalização da Justiça Restaurativa é também fator de engessamento. Positivar um rito único provoca o efeito colateral de restringir as demais possibilidades restauradoras. No entanto, é um passo importante para sua concretização. Como afirmou Howard Zehr, “para que as idéias se tornem realidade, é preciso criar instituições”, completando, em seguida, que “a dinâmica mesma dessas instituições cria pressões deturpadoras” (ZEHR, 2008, p. 220). Trata-se, portanto, de um tema que demanda muita atenção por parte dos teóricos.

É possível vislumbrar a existência de duas correntes acerca do grau de interação entre a Justiça Restaurativa e o Estado. A corrente minimalista entende que se deve evitar ao máximo a participação estatal em programas restaurativos. Para esta vertente, a Justiça Restaurativa é uma alternativa ao sistema judiciário e, por tal razão, deve se limitar a mecanismos não-jurídicos ou civis. Seus representantes aduzem que o impacto das práticas restaurativas será reduzido se elas forem impostas no seio do processo judicial, já que nele as partes não atuam voluntariamente. Além disso, alegam que a inserção da Justiça Restaurativa no sistema retributivo de justiça criminal acabaria por ofuscar os limites e objetivos daquela (JACCOUD, 2005, p. 172-180).

Assinala Silva que

a completude do procedimento restaurativo e o grau máximo de seu potencial restaurador só ocorrem quando da ativa participação dos três grupos – vítima, transgressor e suas comunidades, em uma troca emocional e decisões significativas, e principalmente, quando distanciadas do controle, organização e administração do poder do Estado (SILVA, 2009, p. 147).

Para a corrente maximalista, a seu turno, a Justiça Restaurativa tem o papel de transformar a Justiça Retributiva. Para tanto, deve se integrar ao modelo estatal de justiça a fim de melhor atingir seu objetivo. Sob essa perspectiva, a Justiça Restaurativa deve abranger “toda e qualquer ação voltada para a realização da justiça através da restauração dos danos causados pelo crime”, considerando-se restaurativos todos os procedimentos que conduzem a resultados restaurativos (WALGRAVE *apud* BENEDETTI, 2008, p. 278, tradução nossa).²⁶

Fala-se, também, em modelos de Justiça Restaurativa centrados em “finalidades” e, diferentemente, em “processos”. Próximo à corrente maximalista está o modelo de Justiça Restaurativa centrado nas finalidades. Segundo este modelo, a principal função da Justiça Restaurativa é a reparação dos danos causados pelo delito, independentemente dos meios utilizados para obter semelhante fim. Por exemplo, a arbitragem consistiria em um

²⁶ No original: “Every action that is primarily oriented towards doing justice by restoring the harm that has been caused by a crime”.

instrumento da Justiça Restaurativa, pois visa à correção das consequências delituosas (JACCOUD, 2005, p. 171).

De outro lado, há uma Justiça Restaurativa centrada no processo. Para os que se filiam a esta concepção, as finalidades da Justiça Restaurativa são secundárias. O que define o modelo de Justiça Restaurativa são os processos restaurativos. Se estes são fundados na participação e diálogo entre os envolvidos - ainda que se tenha por meta uma finalidade retributiva - está-se diante de um modelo de Justiça Restaurativa (JACCOUD, 2005, p. 171).

Os defensores desse modelo não aceitam que o processo restaurativo ou mesmo uma sanção restaurativa sejam impostos pelo Judiciário, razão pela qual se aproximam da corrente minimalista. Também, são refratários à participação de profissionais do direito, buscando uma Justiça Restaurativa independente do Estado, que consista em alternativa eficaz ao modelo tradicional de justiça criminal – embora esta autonomia seja parcial, funcionando mais como um substitutivo de alguns procedimentos penais (PALLAMOLLA, 2009, p. 79).²⁷

Para Mylène Jaccoud, uma justiça é restaurativa apenas se objetiva resultados restaurativos. O processo dialogal, centrado na participação dos envolvidos é, por si só, incapaz de caracterizá-la como tal. Isso porque um processo participativo não conduz, necessariamente, a um resultado restaurativo. Seria o caso de determinado procedimento (círculo de sentença, por exemplo) no qual os participantes recomendassem ao magistrado uma punição de pena de prisão (JACCOUD, 2005, p. 171).

Na experiência internacional, embora a grande parte dos programas de mediação sejam conduzidos pela comunidade, todos parecem ser muito dependentes do sistema de justiça criminal para a indicação de casos. As reuniões restaurativas são procedimentos geralmente controlados pelo Estado e apenas os círculos de emissão de sentenças oferecem à comunidade um papel relevante na decisão sobre quem tomará parte no processo restaurativo (FROESTAD; SHEARING, 2005, p. 85).

Assim, quer parecer que o potencial restaurador da Justiça Restaurativa está adstrito aos poderes estatais de definição, como vem ocorrendo com a tendência de que os programas restaurativos recebam os conflitos apenas depois deles terem passado pelo crivo do Estado e sido caracterizados como “crime” (FROESTAD; SHEARING, 2005, p. 85).

Entretanto, não obstante a importância do Estado, diversos autores consideram que os projetos estatais têm menor potencial restaurativo do que programas locais comunitários. Froestad e Shearing (*apud* SILVA, 2009, p. 142) entendem que “quanto mais livre das peias

²⁷ Tem se aceitado, porém, que a participação do Estado se dê na forma de fiscalização, procurando-se evitar, com isso, abusos ou violações de direitos (PALLAMOLLA, 2009, p. 80).

estatais, mais aberto, mais sem constrangimento for a forma de atuar da comunidade no programa, maior será o seu potencial restaurativo”.

As práticas restaurativas assumem diferentes formas e metodologias na busca da realização dos valores restaurativos. Enquanto a mediação apresenta-se mais limitada quanto ao número de participantes e em relação às metas, os círculos de emissão de sentença provocam o envolvimento muito mais amplo da comunidade, oferecendo melhor oportunidade para deliberação acerca das metas a serem atingidas pelos acordos restaurativos.

Não há um rol taxativo acerca das formas contemporâneas de Justiça Restaurativa. Dentre as mais debatidas estão os programas de mediação vítima-infrator, círculos de emissão de sentenças e a reparação, conforme se verá a seguir.

2.7.1 Mediação vítima-ofensor

A mediação penal não é prática nova na sociedade. Na ausência de um ente estatal organizado, foi procedimento comum na composição de conflitos, tendo perdido seu lugar com o fortalecimento paulatino do Estado durante a Baixa Idade Média (SILVA, 2009, p. 157).

Na mediação vítima-ofensor, o diálogo se faz por meio de um facilitador capacitado, que procurará criar as condições necessárias para que as partes encontrem a melhor solução para seu conflito. As vantagens de tal prática evidenciam-se pela redução do medo da vítima e pela maior possibilidade de cumprimento, por parte do infrator, das metas estabelecidas pelos envolvidos.

Consiste, pois, em buscar, “através da intervenção de um *tertius*, a solução livremente negociada entre as partes diante de um conflito originado de uma prática delituosa, em um processo voluntário, informal e confidencial” (SILVA, 2009, p. 159).

Nesse tipo de procedimento,

as partes envolvidas no conflito são auxiliadas pelo mediador a expor seu ponto de vista sobre a questão, ouvir e entender os pontos de vista do outro, encontrar pontos de interesse comum e negociar acordos para obter resultados mutuamente aceitáveis. O mediador explora os benefícios da escuta entre os mediados, exercitando a sua própria escuta para identificar e ampliar pontos do diálogo onde haja sinais de fortalecimento individual úteis para esclarecer e tomar decisões (MELO, 2008, p. 61).

Antes do encontro, vítima e ofensor reúnem-se separadamente com o mediador, que avalia a viabilidade da medida, bem como observa se as partes estão efetivamente preparadas

para o ato. Ocorrendo o encontro, o mediador comunica ao infrator as consequências (físicas, emocionais e financeiras) do fato delitivo, abrindo oportunidade para que ele assuma a responsabilidade de seus atos. A vítima, a seu turno, ouvirá do infrator os motivos que o levaram a cometer o delito. Após essa troca de experiências, os envolvidos deliberam acerca da reparação (PALLAMOLLA, 2009, p. 109).

Para alguns autores, a mediação se mostra a prática mais adequada para a solução de conflitos jurídico-penais. Além de atender melhor o autor e a vítima, busca repensar um modelo penal já esgotado e ineficaz, que se debate com problemas de celeridade e gestão do grande volume de processos com que lida (SILVA, 2009, p. 158).

No modelo tradicional, as formalidades procedimentais impõem o enfrentamento das partes, sendo que uma delas irá sucumbir perante a decisão judicial amparada na lei e jurisprudência. Na mediação, fala-se em cooperação entre as partes, que assumem o controle do procedimento e definem o resultado (SILVA, 2009, p. 159).

Enquanto no processo penal tradicional interessam apenas os detalhes configuradores da culpa do acusado, na mediação enfatizam-se as informações que possam aproximar as partes conflitantes, numa forma holística de abordar o crime. Um dos pontos positivos desse processo é a superação do estereótipo de vítima e delinquente. Ficar frente a frente possibilita um diálogo desmistificador e facilita o processo de reparação de danos.

Com efeito, pesquisas americanas, canadenses e europeias revelaram que as vítimas que fizeram o procedimento da mediação passaram a temer menos a revitimização²⁸, enquanto os infratores que cumpriram integralmente o programa restaurativo adimpliram suas obrigações para com a vítima e tiveram um menor índice de reincidência (PALLAMOLLA, 2009, p. 109-111).

De fato, “a grande força do consenso obtido pela mediação está no fato de ser alcançada a justiça, pois esta, certamente, se faz quando aflora da livre manifestação da vontade das partes” (SILVA, 2009, p. 160).

²⁸ Quando as pessoas da convivência da vítima acorrem para socorrê-la, prestando auxílio moral, psicológico etc., acabam muitas vezes reforçando a sua condição. Apontar, por exemplo, que seu comportamento contribuiu para a ocorrência do crime ou sugerir que os fatos se deram “por vontade de Deus” ou, ainda, como punição por algo de ruim que ela fez no passado, são fatores que causam novos sofrimentos, uma vez que ela passa a se culpar pelo delito, a sentir raiva de si mesma e a questionar suas crenças (ZEHR, 2008, p. 22).

2.7.2 Círculos de sentença

O círculo de sentença é um processo no qual a comunidade, a vítima, o infrator, os advogados, os juízes, a polícia, os conselhos etc., deliberam para chegar a um consenso acerca da resposta penal mais adequada a determinado crime. Não se trata de um meio puramente alternativo, mas uma parte do processo penal formal que guiará o juiz na aplicação da sentença. O foco está na tomada de decisão consensual, que atenda aos interesses de todas as partes (FROESTAD; SHEARING, 2005, p. 84).

Os círculos de sentenças têm sua inspiração em práticas indígenas de povos norte-americanos e canadenses e são baseados em noções mais amplas de participação comunitária. Pretendem reunir não só vítimas e infratores, mas suas famílias e também quaisquer pessoas que possam desempenhar um papel importante no processo restaurativo. Destinam-se, principalmente, a crimes de maior seriedade e são facultados somente àqueles que demonstrem disposição para mudar de vida. Como não há previsão legal, a atuação dos envolvidos se assenta, por vezes, no arbítrio judiciário (FROESTAD; SHEARING, 2005, p. 84).

Na conceituação de Melo (2008, p. 136), o círculo restaurativo:

é um espaço no qual partes envolvidas em um conflito, apoiadas por alguém com conhecimento das dinâmicas próprias ao processo (um facilitador de práticas restaurativas), se encontram com a intenção de se expressarem e de se ouvirem uns aos outros, de reconhecerem suas escolhas e responsabilidades e chegarem a um acordo concreto e relevante em relação ao ato transgressor, que possa cuidar de todos os envolvidos. A dinâmica do círculo se desenvolve por meio de três etapas: compreensão mútua – as partes passam a se perceber como semelhantes; luto e transformação – as escolhas e responsabilidades envolvidas no ato da transgressão são reconhecidas; acordo – participantes desenvolvem ações que reparem, restaurem e reintegrem.

De acordo com Bazemore e Griffiths, esta prática restaurativa oferece um bom exemplo de compartilhamento de poder, “já que as comunidades podem, e de fato agem, como guardiães que determinam quais infratores podem participar de um círculo de emissão de sentenças” (*apud* FROESTAD; SHEARING, p. 85).

No Brasil, este procedimento se desenrola em três fases: o “pré-círculo”, em que o processo é solicitado e todos são ouvidos; o “círculo restaurativo”, em que os envolvidos se

reúnem e firmam um acordo; e o “pós-círculo”, em que a satisfação dos envolvidos e o cumprimento do acordo são avaliados (MELO, 2008, p. 136).

No pré-círculo o infrator é contatado e, uma vez aceitando responsabilizar-se pelo ato, é então convidado a tomar parte no procedimento. Nesta fase, vítima e infrator são entrevistados individualmente e lhes é apresentada a forma de funcionamento do círculo. Neste momento, as partes indicam os membros da comunidade que desejam ter presentes no procedimento. Igualmente, dá-se ciência à comunidade, para que outros interessados possam participar.

Com o início do círculo, estabelece-se um momento de compreensão mútua, abrindo-se a palavra para que a vítima se manifeste acerca de suas necessidades. Neste primeiro momento, é importante que a vítima se sinta ouvida e compreendida pelo infrator e é o facilitador quem deve assegurar esta compreensão. Em momento posterior, a palavra é dada ao infrator para que se manifeste, tal como o fez a vítima, acerca de suas necessidades desatendidas após o evento criminoso. O objetivo, agora, é fazer com que o infrator seja ouvido e compreendido pela vítima.

Em um terceiro momento, as atenções se voltam para a infração. A empatia criada entre as duas partes agora é aplicada retroativamente, de modo que vítima e infrator se reconheçam como seres humanos quando tratarem do evento criminoso. Este momento é propício para que membros da comunidade também se expressem (MELO, 2008, p. 138-142).

O próximo passo envolve a propositura, pela vítima e infrator, de um conjunto de ações a serem realizadas principalmente por este último, a fim de que o dano seja reparado e a relação entre ambos restaurada. Segundo Melo, as ações propostas devem ser concretas e exequíveis, bem como apresentar relevância com relação aos danos causados. Além disso, devem ser implementadas em prazo pré-fixado. Esse conjunto de ações é formalizado em um documento, assinado por todos (MELO, 2008, p. 142).²⁹

Os membros da comunidade, independentemente do grau de relacionamento com as partes, devem apoiar suas decisões, de modo a fortalecer os laços comunitários e a capacidade dos cidadãos de solucionar seus próprios problemas. Um relatório, sem dados pessoais dos envolvidos, é então encaminhado à coordenação do projeto para efeitos estatísticos e de avaliação (MELO, 2008, p. 142-143).

²⁹ “Acordos podem reparar danos materiais, mas devem conter também um forte elemento restaurativo. A diferença entre “reparar” e “restaurar” é que “reparação” diz respeito a coisas, enquanto “restauração” se relaciona ao significado que as coisas têm para as pessoas. Ofertas de acordo com baixo valor material e alto valor simbólico são, em geral, consideradas mais satisfatórias pelos participantes, a médio e longo prazo” (MELO, 2008, p. 142).

Todavia, o processo não se encerra aqui. Findo o círculo, é necessário acompanhar o efetivo cumprimento do acordo, bem como avaliar o grau de satisfação dos participantes.

2.7.3 Reparação do dano

A Justiça Restaurativa não se contenta com a mera indenização à vítima ou à comunidade. Ao ressarcimento aliam-se a necessidade de conciliação e, também, a pacificação, nela se enquadrando uma ampla gama de prestações que concorrem para o restabelecimento da integridade física, psíquica e financeira da vítima. A compensação dos danos não representa apenas um ressarcimento financeiro. É também uma reparação simbólica. Por isso, compreende um amplo espectro de ações, que varia desde o pedido de desculpas até a adoção de medidas reabilitadoras pelo infrator. Com ela, a sensação de prejuízo experimentada pela vítima é diminuída, mesmo que no aspecto material não tenha havido integral reparação dos danos (ZEHR, 2008, p. 25). Desse modo, é incorreto reduzir a Justiça Restaurativa à responsabilidade civil, conexa com a criminal, ou ao simples ressarcimento econômico (SILVA, 2009, p. 160-162; PALLAMOLLA, 2009, p. 89).

Os defensores da reparação entendem que ela, por si só, garante a aplicação da justiça, sendo desnecessária a imposição de um castigo doloroso. Nela, a lógica da punição desloca-se para a necessidade de “consertar” o que foi abalado pelo delito. Se o delito é um ato lesivo do bem jurídico, a primeira resposta a ele deveria ser a reparação deste bem (PALLAMOLLA, 2009, p. 57).

Em crítica, afirma-se que a inserção da reparação no sistema de penas minaria o princípio da proporcionalidade que dirige a reprimenda penal. Nesse sentido, Juliana Benedetti aduz que,

no âmbito civil, busca-se o ressarcimento integral do dano enquanto, no âmbito penal, quer-se tão-somente manifestar desaprovação em relação a um dado comportamento e, aceitando-se a reparação como fim da pena, seu montante, sendo calculado em vista somente da extensão do dano, poderia representar uma lesão ao princípio da culpabilidade, caso a superasse (2008, p. 280).

Por esta razão, Hassemer e Muñoz Conde entendem que a reparação, quando substituir as penas tradicionais e, principalmente, a de prisão, deve estar legalmente prevista. Nos demais casos, deve ser aplicada apenas como atenuante penal. Assim, evitar-se ia a privatização do direito penal, que se traduz, muitas vezes, na mercantilização da pena (“pagamento”

tanto a você para que não me denuncie”, ou “quanto você me paga para que eu não o denuncie?”) (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 2001, p. 385).

Conferir importância desmedida à reparação pode desvirtuar as finalidades da Justiça Restaurativa. No Canadá e nos Estados Unidos, por exemplo, a compensação às vítimas parece ter prevalecido em relação a outras medidas, abandonando-se a (difícil) meta de reconciliar vítima e ofensor para ficar apenas com a restituição. Isto se evidencia até mesmo pela alteração no nome dos “Programas de Reconciliação Vítima-Infrator” para “Programas de Mediação Vítima-Infrator”. A desvirtuação foi tamanha que os programas chegaram a ser referidos como “agências de cobrança” (FROESTAD; SHEARING, 2005, p. 87).

Além destes três exemplos, inúmeros outros podem ser aventados dado que a Justiça Restaurativa é um modelo em evolução e em franca expansão pelo mundo, inclusive no Brasil, como se verá adiante.

2.8 Justiça Restaurativa no Brasil

O modelo restaurativo iniciou-se no Brasil já em 1998, no formato de programa de pesquisa sobre prevenção de desordem e violência em escolas públicas. Não se tratava, ainda, de um projeto com elementos próprios de uma Justiça Restaurativa, o qual só veio a ser implementado no país com o Projeto Jundiaí, no mesmo ano (NETO, 2008).

Em 2005, a Secretaria de Reforma do Judiciário, em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, financiou (com verbas de uma companhia petrolífera norueguesa) três projetos-piloto de programas restaurativos no país, nas cidades de Brasília, Porto Alegre e São Caetano do Sul.

Em Brasília, o programa de Justiça Restaurativa foi implantado no Juizado Especial Criminal, lidando, portanto, com crimes de menor potencial ofensivo e visando à solução dos conflitos por meio da mediação vítima-ofensor.

Em São Caetano do Sul, o programa se desenvolveu na Vara de Infância e Juventude e teve como escopo inicial promover a resolução de conflitos nas escolas, de modo a evitar o contato de adolescentes com o sistema de justiça (tendo em vista que muitos boletins de ocorrência têm origem na escola), por meio da cooperação entre os sistemas judiciário e educacional.

Envolveram-se no projeto a Diretoria de Ensino de São Bernardo do Campo (responsável pelas escolas de São Caetano), o Conselho Municipal de Direitos da Criança e

do Adolescente, o Conselho Tutelar, o Conselho Municipal de Segurança, as polícias Civil e Militar, assistentes sociais, dentre outras entidades (MELO, 2008, p. 13).

No âmbito jurisdicional, é o próprio Juízo quem define os casos que serão remetidos ao programa de Justiça Restaurativa, escolhendo-os dentre os muitos atos infracionais praticados. Sob o comando da Vara e com o acompanhamento da Promotoria da Infância e Juventude, os casos são encaminhados à equipe técnica do Juízo, que promovem os círculos restaurativos, firmam acordos e fiscalizam o seu cumprimento (BENEDETTI, 2008, p. 286).

Um dos critérios para derivação do caso ao programa restaurativo é a aceitação pelo infrator de sua responsabilidade, bem como a intenção de se reconciliar com a vítima. Tal encaminhamento se dá, via de regra, na audiência de apresentação, podendo partir da iniciativa do magistrado, do representante do Ministério Público, de assistentes sociais ou do conselho tutelar (BENEDETTI, 2008, p. 287).

As práticas restaurativas escolares, a seu turno, contam com a supervisão de professores e diretores. Os círculos restaurativos ocorrem no interior das escolas e têm como público-alvo os próprios alunos. Os acordos obtidos são encaminhados à Vara da Infância e Juventude, mesmo que se trate de simples infrações disciplinares.

De maio de 2005 a dezembro de 2007 foram realizados 260 círculos restaurativos, com 231 acordos (88,84%), dentre os quais 223 foram efetivamente cumpridos (96,54%), num processo que envolveu 1.022 pessoas, além dos facilitadores. Os casos mais numerosos abrangem ameaças e agressões físicas (MELO, 2008, p. 21-22).

Todavia, conclusão importante a que chegaram os responsáveis pela condução do projeto foi que o fortalecimento das redes de atendimento aos adolescentes (instituições educacionais, assistenciais, de segurança) não produz efeitos satisfatórios se não houver intervenção mais direta nas próprias comunidades e famílias dos adolescentes – locais muitas vezes responsáveis pela própria eclosão de conflitos (MELO, 2008, p. 16).

Em Porto Alegre, o programa de Justiça Restaurativa nasceu na 3ª. Vara Regional da Infância e Juventude, local onde se dá cumprimento às medidas sócio-educativas impostas aos jovens infratores. É neste momento que têm lugar práticas restaurativas (círculos restaurativos), quando órgãos não-judiciais, tais como a Fundação de Atendimento Sócio-Educativo - FASE, elaboram planos de atendimento aos adolescentes que se encontram cumprindo as medidas (PALLAMOLLA, 2009, p. 123).

O reconhecimento da autoria do ato infracional pelo adolescente, bem como a presença da vítima são critérios para a aceitação de um caso no programa. Casos de homicídio, estupro e conflitos familiares estão automaticamente excluídos.

É possível ressaltar que os acordos firmados traduzem mais uma reparação simbólica do que material, no bojo do qual importam mais a autorresponsabilização e o fortalecimento dos vínculos familiares e sociais dos adolescentes (PALLAMOLLA, 2009, p. 126).

De acordo com pesquisas realizadas, 95% (noventa e cinco por cento) das vítimas e 90% (noventa por cento) dos adolescentes ficaram satisfeitos com os resultados das práticas restaurativas. Estes, por sua vez, alegaram ter sido tratados com mais respeito e passaram a ser vistos como “pessoas” por parte das vítimas. O índice de reincidência entre os que cumpriram todas as etapas do círculo restaurativo (preparação, encontro e acompanhamento do acordo) foi cerca de 12% menor em relação aos adolescentes que participaram apenas da primeira fase.

Acerca de tais projetos restaurativos, há que se chamar a atenção, como o faz Benedetti, para o seu papel institucional, uma vez que os três modelos se voltam à melhoria do Poder Judiciário. Conforme ressalta a autora, o aprimoramento do sistema de justiça penal como fim precípua da Justiça Restaurativa conduz apenas à melhoria do sistema de controle do crime, frustrando os propósitos transformadores da realidade. Na perspectiva da autora, as finalidades político-criminais da justiça reparadora estão aquém do necessário nos projetos instalados nas três cidades (BENEDETTI, 2008, p. 290).

Além destes três exemplos, não se pode deixar de mencionar, aqui, a experiência dos Juizados Especiais Criminais. Embora não se encaixem exatamente no conceito de Justiça Restaurativa, é certo que os Juizados fazem parte de uma mesma onda de informalização e de busca por acesso à justiça que estão na base dos programas restaurativos.

Nos Juizados Especiais Criminais, o juiz tem um novo papel, muito mais ativo e de conciliação. Torna-se verdadeiro agente de pacificação social, uma vez que a lei dos Juizados Especiais Criminais busca precisamente restabelecer a harmonia nas relações sociais. A função do juiz se volta para “a recomposição dos laços de sociabilidade [...] ao invés de uma simples decisão punitiva ou absolutória de uma figura neutra e alheia ao ambiente social” (AZEVEDO, 2000, p. 176).

Estudos acerca da informalização da justiça penal por meio da criação dos Juizados Especiais Criminais foram realizados em Porto Alegre. Com a implantação do JECrim na cidade, em 1996, houve previsão de redução do fluxo processual nas demais varas criminais da comarca. Todavia, a análise do movimento observado nos dois anos anteriores e posteriores à sua implantação não correspondeu a tal expectativa (AZEVEDO, 2000, p. 134).

No primeiro ano, o número de processos distribuídos cresceu exponencialmente, por conta do aumento de processos encaminhados aos Juizados, que passaram a responder por

80% do movimento processual de Porto Alegre. Por outro lado, não houve alteração no volume de processos distribuídos para as varas comuns.

Conforme aponta o autor da pesquisa,

a conclusão é que, ao invés de assumir uma parcela dos processos criminais das Varas Comuns, os Juizados Especiais Criminais passaram a dar conta de um tipo de delituosidade que não chegava até as Varas Judiciais, sendo resolvido através de processos informais de ‘mediação’ (ou ‘intimação’) nas Delegacias de Polícia (AZEVEDO, 2000, p. 136).

Entre 1996 e 1997 observou-se que, dentre as mais de cem espécies de delitos classificados como sendo de menor potencial ofensivo, os crimes de ameaça e lesões corporais leves somaram 76% do total. A maioria dos delitos se originou de conflitos entre vizinhos (41%). Os conflitos envolvendo cônjuges e parentes perfizeram o montante de 17% e 10%, respectivamente (AZEVEDO, 2000, p. 156).

O estudo permite constatar que a seletividade do sistema penal é mitigada na medida em que se implantam os Juizados Especiais Criminais. A explicação, em larga medida, encontra-se no fato de que a atuação discriminatória, antes realizada pela polícia, desloca-se para a vítima, que agora detém a faculdade de decidir pela instauração do procedimento criminal, podendo oferecer representação em face do autor ou dela declinar (AZEVEDO, 2000).

De outro lado, a valorização da vítima proporcionada pela reparação de danos no bojo dos Juizados Especiais Criminais garante-lhe acesso à justiça e aproxima definitivamente os Juizados Especiais Criminais dos programas restaurativos. Em verdade, a importância dos Juizados é dobrada quando se observa que a maior parte das vítimas (62%) é composta por mulheres - como o demonstrou o estudo feito em Porto Alegre. Assim, há um duplo empoderamento: da vítima e da mulher (AZEVEDO, 2000, p. 164).

Apesar de tudo, a implantação dos Juizados não é suficiente para alterar as estruturas do Judiciário e dos cartórios. Prova disso é o grande número de processos arquivados sem que a vítima tenha sido informada da necessidade de oferecer representação em face do acusado. Isso demonstra que “ainda há uma dinâmica de funcionamento que privilegia a resolução formal e burocrática em relação ao atendimento de uma demanda de um cidadão que se considera agredido” (AZEVEDO, 2000, p. 187-188).

Igualmente, a preocupação com a celeridade processual e a busca de produtividade solapam a possibilidade de restauração das relações sociais:

nas audiências observadas, houve casos de juízes que atuavam no sentido de induzir a renúncia da vítima, quando a situação já se encontra resolvida pelo afastamento

entre as partes ou a reconciliação prévia, ou no sentido de deixar de lado a tentativa de conciliação e partir diretamente para a transação penal, na qual a vítima é completamente afastada da solução do litígio (AZEVEDO, 2000, p. 193).

Todavia, à semelhança do que ocorre com os programas restaurativos, um dos efeitos mais pronunciados é o aparente aprimoramento do controle judicial provocado pela implantação dos Juizados. Se com eles não houve redução do número de ações nas varas criminais, tendo, ao contrário, crescido o fluxo de processos em trâmite no Fórum, é evidente que uma enorme gama de infrações que antes se perdiam em cifras ocultas agora é processada pelo Judiciário.

2.9 Justiça Restaurativa e criminologia crítica

Como visto, a Justiça Restaurativa é um modelo ainda em discussão e, por isso, muito controvertido. Não se pretende aqui esgotar a crítica dirigida a tal paradigma, mas apresentar alguns pontos sensíveis no que se refere a este novo modelo. Para tanto, será necessário levar em consideração os principais elementos críticos que serviram, no primeiro capítulo, para revelar a famigerada crise do sistema penal.

De fato, salientou-se que a ideologia da defesa social é sustentada pelos princípios da igualdade, delito natural e interesse social, legitimidade, culpabilidade, maniqueísmo e prevenção.

Por sua vez, a lógica do sistema penal é baseada num movimento de dupla seletividade – quantitativa e qualitativa -, afastando qualquer pretensão de igualitarismo no interior do direito penal. A ocorrência explícita da seletividade quantitativa, no âmbito do Poder Legislativo, faz desvanecer a ideia de um “delito natural”, a ser descoberto pelo legislador em benefício do “interesse social”. Quando se constata esse grande abismo entre teoria e prática, discurso e ação, já não é mais possível apoiar o direito penal sobre o pilar da “legalidade”. Ao contrário do que diz o discurso oficial – e para lembrar Zaffaroni - o *status* criminal é desigualmente distribuído entre os cidadãos e o grau de tutela penal independe da danosidade do fato.

Isso porque as agências de controle atuam principalmente sobre determinadas camadas, como se houvesse uma classe naturalmente criminosa. Pois bem, a existência da cifra negra torna qualquer estatística sobre criminalidade inidônea a embasar uma análise sobre a distribuição classista do crime. De outro lado, a estigmatização provocada pelo processo e pela pena, pelo tratamento violento e desrespeitoso, bem como em virtude das

banalizadas prisões cautelares, deita por terra a já enfraquecida noção de ressocialização e, na medida em que o sistema penal concorre para a reincidência delitual, desmitifica-se a ideia de “prevenção”.

Um a um, os elementos contidos no conceito de defesa social foram sendo combatidos pela crítica da nova criminologia. Portanto, submeter o paradigma restaurativo ao crivo das mesmas críticas criminológicas é uma maneira de se avaliar o seu potencial, pois é visando superar estas críticas que referido modelo vem a lume.

Obviamente, não se pretende, aqui, mais do que apontar como a crítica criminológica poderia dialogar com a Justiça Restaurativa. O cotejamento minucioso entre os dois modelos trata-se, na verdade, de uma tarefa ainda por cumprir. É possível antever, por exemplo, que, sob alguns aspectos, o modelo restaurativo mostra-se superior ao paradigma tradicional. Sob outros, no entanto, não demonstra ser capaz de melhorias significativas.

a) Delito natural e interesse social

Segundo a ideia do “delito natural”, o crime é uma realidade objetiva, que independe da vontade dos sujeitos. A tarefa do legislador seria identificar as condutas criminosas a fim de tutelar os bens atingidos por ela, em benefício de toda a sociedade (interesse social).

Sabe-se, porém, que “crime” enquanto “norma” é construção social. Mesmo quando entendido como “fato” ou “fenômeno”, a parcela de seu conteúdo dada pela interação social é muito significativa. Por esta razão, critica-se a perspectiva que define como tarefa do legislador a de identificar a conduta criminosa objetivamente existente.

Ao alocar as partes envolvidas no centro da resolução do conflito, a Justiça Restaurativa confere uma vantajosa maleabilidade à noção de crime, que passa a ser interpretado segundo os interesses das pessoas por ele afetadas. Dispensa-se a interpretação profissional, deixando a cargo das partes a definição da natureza do delito e qual é a melhor resposta a ele. Virtualmente, pois, é capaz de afastar a seletividade presente no momento da criminalização primária, em que os parlamentares elegem quais condutas serão tidas por crime. Porém, não é possível aos programas restaurativos preterirem a legislação criminal vigente em nome de uma “norma comunitária”. O paradigma restaurativo precisa levar em consideração a noção de crime estabelecida pela legislação.

Entretanto, se a Justiça Restaurativa parte dos tipos penais definidos em lei, é certo que não se encerra neles. Embora não seja lícito, por exemplo, pôr em xeque a definição de “lesão corporal”, é possível compreendê-la à luz dos eventos que cercam determinado caso

concreto. Assim, a Justiça Restaurativa tem a vantagem de não sucumbir por completo à noção ontológica de crime, porquanto é flexível na maneira de apreender o fenômeno criminal. Nela, o consenso social responsável pela “criação” do delito – no sentido interacionista - será também o consenso social incumbido de discutir e implementar a reação ao delito. Nesse ponto, refuta-se a ilusão da existência objetiva do crime e se incorpora a ideia da construção social do delito até as últimas consequências. O delito deixará de ser natural para ser social, ocupando seu verdadeiro *locus*.

Com relação ao “interesse social”, que nasce junto com a criação da norma, a Justiça Restaurativa, dependente da legislação formal, parece não ter soluções a oferecer. Uma vez restrita ao direito positivo, destina-se a lidar apenas com a criminalidade individual, ficando alheia a questões sociais mais amplas, tais como crimes ambientais e de colarinho branco.

É certo que o crime de improbidade administrativa, quando causa dano ao Erário público, é de extrema danosidade social. Todavia, quem possuirá legitimidade para transacionar acerca de tal desvio? Quem o identificará, em primeiro lugar? Ainda, populações ribeirinhas poderão acordar com empresas transnacionais exploradoras de minérios acerca da ofensa ao meio ambiente (um patrimônio de todos)?

Todavia, a experiência pode demonstrar o contrário. O fortalecimento dos laços sociais, o aprimoramento da cidadania e a aproximação da sociedade a redes de apoio (governamentais e não-governamentais) podem ser capazes de gerar nos indivíduos a consciência de que somente na presença de políticas públicas eficientes e sob a eficaz proteção jurídica de bens verdadeiramente sociais é que se pode promover um desenvolvimento social adequado e respeitoso da dignidade da pessoa humana.

b) Igualdade

No que se refere ao princípio da igualdade, desnecessário repisar aqui o discurso trágico do sistema penal. O censo penitenciário deixa claro o estereótipo do preso. A questão agora é saber como lida a Justiça Restaurativa com tal fenômeno.

O paradigma restaurativo é demasiado recente e ainda está em construção, conforme já mencionado, o que o condena fatalmente a depender do aparelho penal pré-estabelecido. De fato, os modelos restaurativos, até agora implantados, estão de alguma maneira atrelados ao aparato estatal pré-existente e, não raro, funcionam como extensão deles. Nesse caso, é certo que a Justiça Restaurativa pode permitir uma atuação seletiva por parte dos seus mediadores e facilitadores.

Não se trata, aqui, de questionar o fato de que cada procedimento restaurativo leva a resultados distintos e de que soluções diferentes são dadas a casos semelhantes. A Justiça Restaurativa, longe de pretender realizar indiscriminadamente uma abordagem igualitária sobre todos os infratores e todas as infrações, postula justamente o contrário, ou seja, uma atuação caso a caso, que leva em conta as vicissitudes das situações concreta, conforme as características do delito, do infrator e da comunidade. A desigualdade resultante da Justiça Restaurativa “não se funda em discriminações, mas sim em diferenças”, razão pela qual não deixa de ser legítima (PALLAMOLLA, 2009, 156).

O modelo penal atualmente praticado afronta a igualdade principalmente no momento da criminalização secundária, quando opera de maneira qualitativamente seletiva. Logo, uma Justiça Restaurativa mais ou menos institucionalizada não teria o condão de evitar que os operadores do direito atuem desigualmente na seleção de casos aptos a ingressar em um projeto restaurativo.

É o que se observa em alguns programas que “categorizam os clientes de acordo com sua ‘adequação’ para a justiça restaurativa, canalizando alguns para processos mais punitivos de incapacitação” (FROESTAD; SHEARING, 2005, p. 88).

A mesma tendência ocorre, por exemplo, no Canadá, onde infratores reincidentes parecem ser excluídos sistematicamente da participação em processos restaurativos. Segundo Froestad e Shearing (2005, p. 88-89), tais constatações “testemunham o perigo real de que a justiça restaurativa possa se tornar precisamente aquilo a que se opõe: uma prática que fecha, limita e exclui alguns indivíduos e grupos para a vantagem de outros”.

É necessário reconhecer que, quanto maior for a dependência e a inter-relação do modelo restaurativo para com o sistema penal tradicional, mais a Justiça Restaurativa estará submetida à seletividade presente na atuação das agências de controle. No caso dos Juizados Especiais Criminais, por exemplo, são os próprios juízes que atuam nos processos, carregando consigo a superioridade hierárquica em detrimento de relações de confiança mútua e vínculo comunitário. Além disso, como os mediadores trabalham com casos externos a sua comunidade, dificulta-se a aplicação de normas comunitárias homogêneas, reforçando-se valores dominantes (AZEVEDO, 2000, p. 196). Com a postura seletiva, manter-se-ia, portanto, a lógica excludente do sistema penal.

Em todo caso, o controle social formal (restaurativo ou tradicional) é apenas e tão-somente uma extensão do controle social informal realizado pela própria sociedade. Essa constatação reconduz a problemática da seletividade penal ao campo da estrutura social e política do Estado, em que a classe dirigente “controla” os grupos subordinados e reproduz a

topologia das classes sociais. Nesse sentido, nem Justiça Restaurativa nem justiça tradicional seriam capazes de eliminar desigualdade e a melhor utilização do direito penal seria aquela que proporcionasse o aumento da igualdade.

c) Prevenção

No que se refere ao princípio da prevenção, o sistema penal, longe de prevenir a prática de infrações penais, acaba por produzir e reproduzir o fenômeno criminal. O caráter estigmatizante do processo, da pena e do cárcere contribui para a assunção da identidade desviada e conduz fatalmente à carreira criminosa.

Quando se fala em Justiça Restaurativa, no entanto, pesquisas apontam para menores índices de reincidência. O encontro com a vítima, a eventual reconciliação, bem como a participação no processo decisório são elementos que contribuem para o reconhecimento da culpa e intervêm no comportamento do infrator, ainda que de maneira temporária, ensejando a redução da reincidência (MORRIS, 2005, p. 450-451).

A voz dada ao acusado e o diálogo produzido com a comunidade ajudam a afastar o rótulo fácil de “criminoso” e a enxergar, por debaixo dele, o cidadão por vezes fragilizado e vulnerável. A responsabilização realizada no âmbito da Justiça Restaurativa não é um fator que impõe humilhação, mas uma atitude que reconhece no réu um cidadão consciente e intelectualmente capaz de tomar decisões. Não o diminui enquanto pessoa, senão que afirma sua autonomia. O foco na responsabilização e na reintegração são fatores determinantes para que o infrator seja reconduzido ao meio social sem danos nas suas relações interpessoais.

Aqui, a Justiça Restaurativa parece apta à transformação social, na medida em que interrompe o ciclo de reprodução da criminalidade. O modelo restaurativo trata o criminoso como cidadão e oferece todo o suporte necessário para sua reintegração à sociedade.

d) Maniqueísmo, culpabilidade e legitimidade

No que tange aos princípios do maniqueísmo, culpabilidade e legitimidade, todos presentes no discurso da defesa social, há razões para se crer que a Justiça Restaurativa seja capaz de contorná-los na medida em que promove a resolução comunitária dos conflitos. A proximidade proporcionada pelas medidas restaurativas contribui para desmistificar a ideia de que os criminosos padecem de uma natureza intrinsecamente desviada e de que a sociedade é composta por uma minoria deles. Com efeito, a Justiça Restaurativa preza por um tratamento

digno e busca reconhecer, nos envolvidos, características como compreensão, empatia, tolerância e solidariedade.

Quando a vítima dialoga com o infrator, é capaz de reconhecer nele um semelhante, com necessidades e fraquezas, e não apenas um “monstro” ou um “inimigo”. Percebe que “pessoas de bem” também cometem deslizes e que, diante disso, não é possível qualificar o infrator como naturalmente desviado.

De igual forma, a realização de processos restaurativos fora do âmbito estatal demonstra que já não se credita ao Estado toda a legitimidade para a lida com conflitos sócio-penais. É certo que o direito oficial é predominante, mas a abertura de espaços em seu interior assinala para um meio alternativo de se realizar a justiça.

Portanto, o saldo da disputa entre os dois modelos é favorável à Justiça Restaurativa, que, se não consegue superar todos os aspectos da crítica ao direito penal, constitui avanço na maioria deles.

2.10 Críticas à Justiça Restaurativa

2.10.1 Da seletividade oficial à discriminação informal

A Justiça Restaurativa preza pela participação da comunidade na resolução dos conflitos como forma de inclusão social. Todavia, isso não a abona das críticas. As próprias comunidades são muitas vezes marcadas por processos de exclusão social e, nesse sentido, a rejeição ao modelo positivista poderia significar o abandono de garantias penais e processuais conquistadas ao longo de muitos anos.

Uma vez implantada uma instância social de controle, a discriminação por ela praticada poderia ser mais gravosa do que a própria discriminação estatal (ROXIN, 2006, p. 5). No mesmo sentido pensam Hassemer e Muñoz Conde (2001, p. 366), para quem “un grupo que pretenda curar a uno de sus miembros puede intervenir en su vida social y psíquica con mayor fuerza que la pena estatal”.

Os processos de definição não se limitam àqueles praticados pelas instâncias oficiais, estendendo-se aos processos de definição do senso comum, que se produzem antes mesmo da intervenção estatal. Por esta razão, delegar parcela da justiça penal à comunidade não significa, em absoluto, eliminar do mecanismo de controle social a seletividade presente nos processos definitórios da criminalidade (BARATTA, 2002, p. 94).

Logo, substituir os mecanismos penais por outros não oficiais não significa maior sucesso no que diz respeito à prevenção de delitos ou a uma resposta penal de melhor qualidade.

Morris (2005, p. 451), advogando a favor do modelo restaurativo, aduz que um programa que atue de maneira seletiva e discriminatória não reflete os princípios que regem o paradigma restaurativo e, dessa forma, não pode representá-lo. Destarte, as críticas não devem ser estendidas genericamente a todo e qualquer programa restaurativo, nem à Justiça Restaurativa enquanto modelo teórico.

Infelizmente, apegar-se a um modelo ideal de Justiça Restaurativa e fazer vista grossa às falhas do paradigma é incorrer no erro já cometido por criminalistas ao longo da história, quando tentaram, por exemplo, definir as funções da pena a partir de suas metas abstratas e ideais, equívoco este denunciado por Nilo Batista, Alessandro Baratta, entre outros.³⁰

Na Nova Zelândia, existe regulamentação legal para as práticas restaurativas, razão pela qual elas são disseminadas por todo o país, sendo que, em alguns casos, o encontro restaurativo com grupos familiares é obrigatório. Algo semelhante ocorre em alguns estados da Austrália. Todavia, neste país o encaminhamento de jovens infratores às reuniões restaurativas, via de regra, é opcional. Diante desse fato, alguns pesquisadores têm sugerido que grupos sociais (os aborígenes) estariam sub-representados nos processos restaurativos, havendo uma tendência a encaminhá-los às cortes de justiça formal (MORRIS, 2005, p. 451).

Em relação aos maoris (população indígena da Nova Zelândia), é certo que a sua participação nos programas restaurativos se dá em proporção superior em relação a outros grupos (MORRIS, 2005, p. 452). Isso não significa, no entanto, que o modelo neozelandês esteja atuando de maneira não seletiva. O fato é que essa categoria social está mais bem representada, também, nos juizados de menores e na justiça criminal. Desse modo, o ingresso dos maoris no sistema de justiça criminal como um todo é superior ao dos demais grupos, o que faz com que haja maoris em maior quantidade em todos os níveis de justiça, inclusive em programas restaurativos.

Os maoris são somente 15% da população neozelandesa, mas constituem 40% dos infratores conhecidos e mais de 50% dos prisioneiros (MORRIS, 2005, p. 464). O fato de

³⁰ Com efeito, segundo Baratta (2002, p. 191), para o estudo do cárcere, por exemplo, há que se levar em conta a função que tal instituto exerce, de fato, sobre a realidade. É imprescindível romper com o enfoque abstrato das tradicionais teorias da pena, já que, conforme salienta Nilo Batista (2004, p. 113), o caráter idealista de tais teorias impede que se alcance o conhecimento das funções que a pena desempenha concretamente em uma dada sociedade.

estarem super-representados nos processos restaurativos pode contribuir para uma resolução mais prática e efetiva dos delitos. Porém, pode significar, também, que a rede de controle social formal tem se utilizado de seu braço informal e comunitário (a Justiça Restaurativa) como forma de estender seu cerco ao marginalizado.

Mutatis mutandis, o mesmo raciocínio se aplica à Austrália. A mencionada sub-representação dos aborígenes nos processos restaurativos australianos não significa, necessariamente, ausência de discriminação aos grupos minoritários ou menor controle social. Ao contrário, é possível que haja uma atuação seletiva do sistema de justiça convencional, que optaria por um tratamento mais severo e formal a tal grupo, restringindo sua participação nas práticas restaurativas.

É o que afirmam Froestad e Shearing, ao aduzir que as reformas criminais na Austrália dos anos noventa, apesar de encamparem valores restaurativos, não beneficiaram os jovens indígenas na mesma proporção em que beneficiaram a juventude não indígena. “Com isso, apesar de suas intenções e princípios progressivos, os programas de justiça restaurativa podem ter preconceitos de classe e raciais que prejudicam as comunidades pobres” (FROESTAD; SHEARING, 2005, p. 88).

Em qualquer caso, é preciso estar atento às consequências da Justiça Restaurativa em relação aos grupos minoritários e analisar as práticas restaurativas à luz dos movimentos penais seletivos e discriminatórios, uma vez que, ao ser equiparada a uma justiça comunitária e popular, ganha ares de vigilantismo. Morris, por exemplo, reconhece que algumas formas de justiça comunitária “podem ser repressivas, retributivas, hierarquizadas e patriarcais” (2005, p. 453).

Para evitar que a Justiça Restaurativa se torne, de fato, um sistema privado de controle moral dos indivíduos, faz-se necessário definir exatamente o que se entende por “comunidade”, seu papel e limites, bem como regular a atuação dos interessados, definir os crimes passíveis de restauração etc.

Morris sugere, por exemplo, a criação de um mecanismo de supervisão por parte das cortes judiciais sobre os processos restaurativos realizados comunitariamente, de modo que se avalie a consonância dos acordos com os valores básicos da Justiça Restaurativa, evitando-se, assim, seu emprego para finalidades não restauradoras (2005, p. 453).

No entanto, nesses casos, cair-se-á, cada vez mais, no formalismo positivista que se está criticando.

2.10.2 Justiça e conflito: a função psicossocial do “foco na vítima”

Uma das funções latentes do discurso penal (bem como do sistema penal e da pena) é camuflar as relações de dominação que existem na sociedade, permitindo a manutenção da ordem e a reprodução destas relações. Dentre os meios encontrados para tanto, há que se mencionar a ênfase dada pelo sistema penal tradicional à chamada criminalidade individual, de maneira a ofuscar a violência estrutural e as ilegalidades praticadas por agentes da classe dirigente.

Assim, o direito penal, no seu aspecto psicossocial, exerce uma função tipicamente ideológica. Ao incidir majoritariamente sobre a criminalidade individual, desloca a atenção das causas estruturais que estão na base dos conflitos, deixando-as indenens.

Infelizmente, a Justiça Restaurativa acaba por reavivar essa mesma postura ao conferir excepcional atenção à vítima. Ao fazê-lo, retira o foco da criminalidade e violência estruturais para depositar suas preocupações em torno da vítima, do infrator e de suas respectivas comunidades.

Em delitos contra as relações de consumo, relações de trabalho e nos crimes de colarinho branco não há, grande parte das vezes, vítimas diretas e plenamente identificáveis, o que impossibilita, na prática, um procedimento restaurativo em relação a estas infrações e vítimas.

A princípio, parece imperioso aceitar que um delito contra a Administração Pública não permitiria a utilização do instituto da *reparação* com intuito de compensar os danos sofridos pela(s) vítima(s). Algo diferente ocorreria, por exemplo, nos crimes contra o patrimônio, no qual a vítima prejudicada, titular da propriedade da *res furtiva*, poderia abrir mão de seu bem.

Assim, replica-se em teoria o que já ocorre na prática, ou seja, a convivência de dois direitos penais, com atuações diferentes na proporção da diferença dos seus investigados, sendo que a justiça restaurativa incidiria nas pequenas infrações e delitos contra o patrimônio.

Isso mostra, de um lado, que o modelo de Justiça Restaurativa é um tanto quanto restrito, já que se circunscreve às infrações com vítimas. De outro lado, aprofunda as diferenças do tratamento dirigido às diferentes criminalidades, esquecendo e fazendo esquecer que o aumento da rede de controle social é incapaz de solver os problemas de segurança pública, que vão muito além da simples resposta penal.

Como reconhecem alguns autores, o resgate da figura da vítima, na verdade, fica aquém da questão da ordem pública. O que nele prepondera são “as conseqüências do ato delituoso, a constatação da realidade que é a dor sofrida pela vítima” (SILVA, 2009, p. 134).

Focando-se ora no autor, ora na vítima, a questão social permanece intocada. Assim, as práticas restaurativas parecem lidar apenas com certos tipos de delitos (furtos, roubos, homicídios, lesões corporais, danos, posse de drogas etc.), o que revela a insuficiência do modelo sob o ponto de vista social e político-criminal.

Não há dúvidas de que as vítimas que tomam parte no procedimento restaurativo mostram-se satisfeitas ao final do processo e adquirem maior grau de segurança para continuar suas vidas. Mas o fato de se contentar apenas com o índice de satisfação da vítima denuncia o caráter simbólico deste modelo de justiça criminal.

Por este motivo, é imprescindível revisitar as críticas lançadas ao direito penal retributivista/positivista quanto ao seu caráter ideológico, porquanto tais críticas são igualmente válidas quando se trata de Justiça Restaurativa.

O que se pode observar sobre esta abordagem é que ela incorre nos mesmos erros do direito penal tradicional. Além de despender grande atenção à individualidade e às microinterações sociais, a Justiça Restaurativa aborda o problema da criminalidade pela superfície.

O modelo restaurativo assenta-se na ideia de que a igualdade entre infrator e vítima no processo é fator concretizador da dignidade desta última. É um modelo no qual a vítima possui tanta relevância quanto o réu. É certo que a importância da vítima e a necessidade de concretização de seus direitos são inquestionáveis. Porém, a igualação entre vítima e ofensor no curso do processo parece evitar uma questão mais complexa: a desigualdade entre ofensor e vítima no nível pré-delituoso.

Froestad e Shearing (*apud* SILVA, 2009, p. 142) falam em “conflito gerado pelo crime”. Porém, solucionar o conflito gerado pelo crime não é o mesmo que solucionar o conflito que gerou o crime. Ao se observar apenas uma parte do problema se esquece que antes do crime já havia um conflito, o qual nunca é atacado pelos mecanismos restauradores.

A vantagem aparente da Justiça Restaurativa é que ela parece ser capaz de ir além do simples fenômeno criminal e investigar suas causas mediatas. É o caso, por exemplo, do processo de conciliação em que são discutidos os desentendimentos pretéritos e frustrações mútuas envolvendo vítima e infrator, muitas vezes antigos companheiros. Porém, não se trata disso. Aqui, faz-se explícita referência a outro tipo de conflito subjacente: aquele oriundo da

estrutura social peculiar ao modo de produção capitalista. As contradições sociais que repousam em um patamar mais elementar das relações humanas permanecem as mesmas.

Por certo, não é tarefa típica do direito penal cuidar de problemas sociais, tais como a desigualdade e a exclusão. Todavia, entender como iguais vítima e infrator é um artifício que camufla as tensões sociais e impede o real conhecimento das causas conflituais.

Obviamente, este raciocínio não tem aplicabilidade a todos os tipos delitos. Dele excluem-se, por exemplo, os delitos sexuais, onde o réu é geralmente superior na correlação de forças com a vítima.

Com efeito, diversas são as naturezas dos conflitos que geram fatos desviados³¹ – psicológicos, passionais, culturais, políticos e socioeconômicos. No entanto, estudar estes conflitos e pretender desvendar as causas do crime é aproximar-se do método próprio da criminologia positivista que, desde Lombroso, tem se dedicado a apreender a etiologia do delito.

A criminologia crítica, ao contrário, possui método próprio para a abordagem da problemática criminal. Ela não trata de apurar as causas do delito, mas desnudar os mecanismos jurídicos por meio dos quais o Estado impõe a determinadas pessoas o rótulo de criminoso.

Uma vez que a atuação do sistema penal é seletiva e a punição recai preferencialmente sobre os cidadãos desprovidos de poder econômico ou cultural, fica evidente que o fator político-social é decisivo para uma análise global do fenômeno da criminalidade (ou melhor, do fenômeno da distribuição do rótulo de criminoso).

Destarte, os elementos biopsíquicos que possam influenciar a prática delituosa são postos de lado na presente análise, a fim de que restem apenas os fatores com repercussão político-social.

Não se duvida da existência de crimes cuja prática não encontra adequada explicação no terreno do conflito social.³² Não obstante, é preciso evitar a análise meramente individualista – e, portanto, limitada – da criminalidade se se quiser construir uma teoria idônea sobre a criminalidade e a criminalização, que repouse sobre uma perspectiva “macro” das relações sociais.

Portanto, é preciso um recorte temático adequado, segundo o qual a Justiça Restaurativa deve ser pensada sob a óptica da teoria sociológica do conflito.

³¹ Conforme aponta Shecaira (2008, p. 303), a “desviação primária é poligenética e se deve a uma variedade de fatores culturais, sociais, psicológicos e sociológicos”.

³² Veja-se o caso Nardoni, por exemplo.

Defensores da Justiça Restaurativa afirmam que “o desequilíbrio de poder pode ser corrigido por meio de processos justos, suportando a parte em desvantagem e desafiando os mais poderosos” (MORRIS, 2005, p. 453). Todavia, certos conflitos simplesmente não podem ser conciliados na maneira costumeiramente utilizada pela Justiça Restaurativa. Conforme aduzem Hassemer e Muñoz Conde (2001, p. 363), “poner la otra mejilla no es, desde luego, la forma em que se solucionan los conflictos más graves em nuestras actuales sociedades”.

A conciliação entre Pinochet e suas vítimas, ou entre Videla e as ‘Mães da Praça de Maio’, não parece desde logo a melhor maneira de solucionar tais conflitos (HASSEMER e MUÑOZ CONDE 2001, p. 363).

Mas não é necessário ir tão longe. No caso de violência doméstica, a persecução penal (que no âmbito dos juizados se condicionava à representação da vítima, mas que hoje independe dela) não é capaz de compor satisfatoriamente o conflito. Via de regra, não há medidas administrativas capazes de ajudar vítima e infrator a superar a crise. Não há sessões com psicólogos, reuniões com assistentes sociais, tratamento para alcoólatras. A falta de estrutura é patente e remete à necessidade de investimentos sociais. Ainda que houvesse uma tal infraestrutura, ela não seria capaz de atuar sobre o agente agressor (muitas vezes o marido), cujo estado de permanente e violenta embriaguez é epifenômeno de um desemprego crônico.

Portanto, o fato da vítima se contentar, principalmente nos delitos de lesões corporais e ameaça, com o chamado “compromisso de respeito mútuo”, mediante o qual o autor do fato mostra seu arrependimento e se compromete a não repeti-lo, não significa que as causas primeiras do conflito estarão pacificadas.

Deve-se reconhecer, pois, que nenhum processo restaurativo, não importa o quão inclusivo e reparador, poderá desfazer a situação de exclusão social experimentada por muitos infratores (MORRIS, 2005, P. 449).

Portanto, a Justiça Restaurativa parece ser incapaz de lidar com a desigualdade estrutural presente na sociedade capitalista. Ela é uma justiça vocacionada principalmente para cuidar dos delitos individuais, restando alheia às disputas entre grupos sociais. Daí sua insuficiência e seu caráter ideológico.

2.10.3 Justiça Restaurativa e garantias processuais

Legalidade e proporcionalidade são construções que servem a noções abstratas de justiça, sendo que o que se deve buscar com mais afinco são as “necessidades e desejos daqueles mais diretamente afetados pelo crime: vítimas, infratores e suas comunidades de apoio” (MORRIS, 2005, p. 455).

A Justiça Restaurativa, ao deixar de lado princípios tais como o da legalidade e da proporcionalidade, a fim de promover a responsabilidade pessoal do agente, permite que as subjetividades dos envolvidos aflorem para ditar as medidas cabíveis no caso concreto com o objetivo de melhor solucionar o conflito, mesmo que isso implique alcançar diferentes resultados em cada processo, ainda que as características do caso concreto sejam objetivamente equivalentes ou próximas (JACCOUD, 2005, p. 177).

Com isso, uma das críticas lançadas à Justiça Restaurativa aduz que ela acaba por se tornar um fator de relativização de garantias e direitos fundamentais. Afinal de contas, o princípio da legalidade está ligado a lutas históricas por liberdades individuais e se constitui em importante instrumento de proteção do cidadão em face do poder do Estado.

A crítica procede. Se o paradigma restaurativo opta por uma verdade consensual em detrimento da chamada verdade real, é provável que certos procedimentos e direitos de defesa sejam parcialmente postos de lado com a finalidade de alcançar mais facilmente um acordo entre as partes, permitindo que se exerça pressão sobre o réu para que ele reconheça sua responsabilidade pelo delito praticado, a fim de que o conflito seja rápida e satisfatoriamente resolvido.

O fato de haver manuais de atuação e regulamentos a serem seguidos pelos participantes do processo restaurativo não impede que haja violações a garantias fundamentais e pressões indevidas, embora possa minimizar seus efeitos. Nos Juizados Especiais Criminais, a simples ameaça de processo impõe ao réu – quiçá inocente - a aceitação de uma transação penal proposta pelo Ministério Público. Na Austrália, especificamente, constatou-se que, pelo menos em crimes patrimoniais, os infratores aceitavam sanções mais severas do que as que teriam recebido na justiça tradicional (FROESTAD; SHEARING, 2005, p. 86).

É certo que a Justiça Restaurativa pressupõe o reconhecimento da culpa pelo réu, o que evitaria que acusados inocentes recebessem uma sanção indevida. Todavia, não se deve

descartar a possibilidade de indivíduos inocentes assumirem a responsabilidade pelo delito apenas para se beneficiar do processo restaurativo, virtualmente mais benéfico do que o tradicional processo penal. Ainda, é preciso estar atento ao fato de que nem sempre os procedimentos restaurativos conduzem a resultados menos punitivos do que os tradicionais (FROESTAD; SHEARING, 2005, p. 86).

De fato, o procedimento restaurativo é mais complexo do que pode parecer. As reuniões, o diálogo, a reparação, a responsabilização são medidas que impõem certo gravame ao ofensor. Imaginar que as práticas restaurativas são desprovidas de qualquer aspecto punitivo possibilita que estes aspectos, de fato existentes, sejam praticados livremente pelas partes (PALLAMOLLA, 2009, p. 154).

De outro lado, a imparcialidade também fica prejudicada no sistema de Justiça Restaurativa, porquanto são as próprias partes envolvidas no delito que definem os rumos da decisão. Não há um julgamento isento, nem produção de provas consistentes contra o acusado, mitigando-se o direito de defesa. Para superar esses impasses seria necessário, como defendem Ashworth e von Hirsch, definir a culpa no âmbito dos tribunais e, a partir de então, encaminhar o caso para a conferência restaurativa, mediada por um facilitador isento (*apud* PALLAMOLLA, 2009, p. 163).

Dizer que a imparcialidade não é um problema sério e justificá-lo com base no fato de que o infrator pode retirar-se da conferência, a qualquer momento, é algo incorreto. Isso porque a capacidade de fazer contra-propostas ou se retirar do processo está ligada à existência de alternativas ao processo restaurativo e ao conhecimento destas alternativas por parte do infrator. Ou seja, temendo solução mais gravosa, o infrator poderia se sentir pressionado a aceitar um acordo desfavorável.

Deve haver esforço no sentido de prover assistência jurídica ao acusado, bem como informá-lo de todas as suas possibilidades e do funcionamento da Justiça Restaurativa, como meio de limitar as consequências desta imparcialidade (PALLAMOLLA, 2009, p. 165).

Programas restaurativos realizados na Austrália abrem aos acusados a possibilidade de consulta a advogados mesmo antes da admissão da autoria do crime ou aceitação do acordo final. Nos EUA, os advogados que acompanham reuniões restaurativas podem interromper a qualquer tempo o andamento dos trabalhos a fim de ver preservadas as garantias dos jovens acusados (MORRIS, 2005, p. 445).

Ademais, o acordo restaurativo poderá estar vinculado à prévia aprovação do Ministério Público, bem como à homologação do Juiz. Além disso, nada obsta o

questionamento do acordo em juízo, o que deixa indene o princípio da inafastabilidade da jurisdição (GOMES PINTO, 2005, p. 28).

Desse modo, embora a decisão consensual seja uma premissa da Justiça Restaurativa, é certo que o Estado continua a intervir no processo decisório, seja por meio da polícia ou do Judiciário. A diferença, no entanto, é que este já não mais é o principal condutor e artífice do processo, sendo tal papel delegado às partes envolvidas com o delito.

De qualquer maneira, o próprio sistema penal como praticado hoje é inidôneo à proteção dos direitos subjetivos do réu. Nos EUA, por exemplo, grande parte dos casos criminais são resolvidos por meio de acordos – *plea bargaining*. No Brasil, algo semelhante acontece com relação aos Juizados Especiais. Nos dois casos, é possível aduzir que garantias processuais são mitigadas. Ora, se no seio do próprio direito penal já existe a flexibilização de garantias, essa flexibilização pode aprofundar-se no cerne do modelo restaurativo.

Todavia, o argumento daqueles que defendem a Justiça Restaurativa nesse ponto parece ser justamente esse: se o sistema penal tradicional já desrespeita garantias individuais, o modelo restaurativo em nada inovará ao propor acordos mediados por terceiros, participação direta dos envolvidos nos processos decisórios, desnecessidade de advogados aos encontros restaurativos, busca de uma verdade meramente “consensual” etc. Entretanto, não se deve dar margem à violação dos direitos dos acusados. É preciso caminhar no sentido de promover garantias individuais – e não flexibilizá-las.

Visando evitar problemas que adviriam da possibilidade de penas severas ou brandas demais, os adeptos da Justiça Restaurativa propõem medidas como a imposição de um limite para o acordo restaurativo. Por exemplo, a sanção decorrente da restauração não pode ser mais severa do que a pena prevista pela lei. Caso contrário, não valeria a pena suplantando as garantias formais conferidas aos acusados se a pena a eles imposta fosse mais severa do que aquela proveniente do processo formal (JACCOUD, 2005, p. 178; BENEDETTI, 2008, p. 285).

Sobre a questão, assim se manifesta John Braithwaite:

o modo mais importante pelo qual o sistema de justiça criminal deve ser contido, a fim de que não seja fonte de dominação sobre as vidas dos cidadãos, é impedir toda e qualquer punição além do máximo permitido pela lei para aquele tipo de crime. Portanto, é crucial que à justiça restaurativa nunca seja permitido mitigar esta restrição. Processos restaurativos devem ser proibidos de toda punição que exceda a

pena máxima que seria imposta pelos tribunais para determinada ofensa (BRAITHWAITE, 2002, p. 567, tradução nossa).³³

Igualmente, seria necessário o estabelecimento de patamares sancionadores mínimos no bojo das práticas restaurativas. O piso serve para evitar que condutas tidas por antissociais deixem de receber censura ou resposta. Trata-se, na verdade, de um resquício retributivo no interior do processo restaurativo, dado que a vontade da vítima é ignorada, assim como o que ela entende por reparação adequada (PALLAMOLLA, 2009, p. 161).

É preciso ter em mente que grande parte dos países ocidentais apresentam em suas legislações dispositivos garantistas, normas limitadoras do poder estatal e asseguradoras de direitos. Embora a prática do sistema penal esteja pautada em uma atuação seletiva e discriminadora, é necessário reconhecer que alguns passos foram dados no sentido de tutela dos direitos de liberdade do cidadão. Abrir mão das conquistas liberais – ainda que a pretexto da aplicação de práticas alternativas restaurativas – pode ser uma decisão temerária. Assim, o que fica notório é o ambiente de tensão constante que permeia a noção de garantismo penal e Justiça Restaurativa.

A conclusão é que se a Justiça Restaurativa privilegia a informalidade, flexibiliza as garantias. Se acaso ela se vincula, ainda que minimamente, a procedimentos legais, acaba reaproximando-se do modelo que pretende superar. Quer parecer, desse modo, que a mitigação de garantias é um preço a se pagar pelo procedimento restaurativo.

³³ No original: “The most important way that the criminal justice system must be constrained against being a source of domination over the lives of citizens is that it must be constrained against ever imposing a punishment beyond the maximum allowed by law for that kind of offence. It is therefore critical that restorative justice never be allowed to undermine this constraint. Restorative justice processes must be prohibited from ever imposing punishments that exceed the maximum punishment the courts would impose for that offence”.

3 PARA UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A problemática central do presente trabalho gira em torno da capacidade da Justiça Restaurativa em superar o modelo de direito penal vigente, cujo discurso teórico tem sido intensamente questionado desde a década de 60 do século passado.

No entanto, não basta saber se a Justiça Restaurativa pode fundar um novo paradigma de justiça, apto a solver os problemas mais intrincados do sistema penal. Trata-se, na verdade, de descobrir se o modelo restaurativo, enquanto fenômeno jurídico-penal, pode consistir em instrumento de emancipação social e política. Ou se, sendo instrumento de dominação, só resta aceitá-lo como fatalidade inevitável.

Tal é um problema que se insere em um espectro mais amplo de questionamentos, atrelados a saberes filosóficos, políticos, históricos, sociológicos etc. e, certamente, não se pretende enfrentá-los aqui. Todavia, uma abordagem totalizante é fundamental para compreender o exato papel que o modelo restaurativo exerce na sociedade. Afinal, restringir-se à superfície do fenômeno jurídico é incorrer no mesmo erro metodológico criticado pelos teóricos da criminologia radical.

Assim, com o propósito de avançar na investigação, é importante tratar do tema à vista do desenvolvimento histórico do próprio sistema penal, inserindo-o no *continuum* das relações sociais, jurídicas e econômicas.

3.1 Sociedade, Estado e Direito

Toda formação social é resultado de um modo de produção dominante. Para que dado grupo social possa existir, é preciso que produza as condições necessárias a sua existência, confeccionando os bens que são imprescindíveis para suprir suas necessidades. Para tanto, os homens devem manter profundo intercâmbio com a natureza, a fim de que possam transformá-la nos bens dos quais precisam. O trabalho é o elemento decisivo para que isso aconteça. É por meio dele que o ser humano pode interferir no mundo natural e desenvolver suas forças produtivas, expandindo as possibilidades de sua existência (LESSA; TONET, 2008).

O termo “forças produtivas” refere-se tanto aos meios de produção quanto à força de trabalho. “Meios de produção” são os instrumentos que permitem retirar da natureza o

sustento humano, enquanto “força de trabalho” é o esforço despendido pelo homem para transformá-la. Para que a sociedade se desenvolva, é preciso que o homem reproduza tais meios de produção. Por exemplo, o empresário que atua na área têxtil, fabricando tecidos de lã, precisa, constantemente, renovar seu estoque de matéria-prima. Ou seja, a fim de reproduzir o produto que comercializa (tecidos de lã), está obrigado a reproduzir, também, a respectiva matéria-prima. Tal matéria-prima é comprada de um segundo sujeito, produtor de lã que, a seu turno, deve reproduzir as condições materiais que lhe permitam obter a lã, tais como criar ovelhas e confeccionar instrumentos para tosa (ALTHUSSER, 1985, p. 55).

De igual forma, é preciso que se reproduza a força de trabalho necessária à realização destas tarefas. Por isso, proporcionam-se ao trabalhador todas as condições materiais para que renove suas energias, a fim de que possa comparecer ao trabalho dia após dia. Isso se faz por meio do salário, com o qual o trabalhador sustenta a si e a sua família, zelando pela sua saúde, alimentação, vestimenta, habitação etc. (ALTHUSSER, 1985, p. 56).

Logo, para que haja a reprodução das forças produtivas, é preciso que haja a reprodução dos meios de produção e da força de trabalho. Porém, apenas isso não basta. É necessário que se reproduzam, igualmente, as relações sociais de produção. Para entender como isso se dá, é preciso compreender que as forças produtivas e as relações de produção são elementos que operam conjuntamente ao nível da assim chamada infraestrutura ou base econômica.

Explica-se. A sociedade capitalista é composta por duas diferentes instâncias, articuladas entre si. A primeira delas, a infraestrutura, comporta os dois elementos supracitados (forças produtivas e relações de produção). A segunda, a superestrutura, é composta por elementos jurídicos, políticos e ideológicos. O Estado é o local onde repousam estes elementos. Na definição clássica, trata-se do “aparelho do Estado”, que abrange duas espécies de elementos superestruturais: os aparelhos repressivos (direito, exército, prisões), bem como os aparelhos ideológicos (religião, escola e família), cuja função é precisamente assegurar a reprodução das relações de produção (ALTHUSSER, 1985, p. 62-73).

Tal configuração social é própria das sociedades de classe. Enquanto as sociedades primitivas uniam os indivíduos sob um interesse comum inexorável, a saber, a garantia da sobrevivência do bando, as sociedades de classe comportam interesses antagônicos, pois um grupo passa a se apropriar do excedente produzido pelo outro e a sobreviver com base na exploração do homem (LESSA; TONET, 2008).

Para viabilizar esta exploração, criam-se complexos sociais, tais como o Estado e o direito. O Estado, portanto, é a classe dominante na forma de poder político, o qual apenas

pode existir apoiando-se em um conjunto de instrumentos repressivos, tais como a polícia, o sistema penitenciário, as leis etc.

Para Marx, independentemente da forma que este Estado assume, ele é essencialmente um instrumento de dominação de classe. Segundo ele:

a um determinado estágio de desenvolvimento das faculdades produtivas dos homens corresponde determinada forma de comércio e de consumo. A determinadas fases de desenvolvimento da produção, do comércio e do consumo correspondem determinadas formas de constituição social, determinada organização da família, das ordens ou das classes; numa palavra, uma determinada sociedade civil. A uma determinada sociedade civil corresponde um determinado estado político, que não é mais que a expressão oficial da sociedade civil. [...] É supérfluo acrescentar que os homens não são livres para escolher as suas *forças produtivas* – base de toda a sua história -, pois toda força produtiva é uma força adquirida, produto de uma atividade anterior. Portanto, as forças produtivas são o resultado da energia prática dos homens, mas essa mesma energia é circunscrita pelas condições em que os homens se acham colocados, pelas forças produtivas já adquiridas, pela forma social anterior, que não foi criada por eles e é produto da geração precedente (*apud* PAULO NETTO, 2011, p. 33-34).

E continua:

as relações sociais estão intimamente ligadas às forças produtivas. Adquirindo novas forças produtivas, os homens transformam o seu modo de produção e, ao transformá-lo, alterando a maneira de ganhar a sua vida, eles transformam todas as suas relações sociais. O moinho movido pelo braço humano nos dá a sociedade com o suserano; o moinho a vapor dá-nos a sociedade com o capitalista industrial. Os mesmos homens que estabeleceram as relações sociais de acordo com a sua produtividade material produzem, também, os princípios, as ideias, as categorias de acordo com as suas relações sociais. Assim, essas ideias, essas categorias são tão pouco eternas quanto as relações que exprimem (*apud*, PAULO NETTO, 2011, p. 34-35).

Os aparelhos repressivos garantem a ação dos aparelhos ideológicos, e ambos asseguram a reprodução das relações de produção. Transportando esta ideia para o vernáculo criminológico, é possível dizer que os meios de controle social formal asseguram, em última análise, a efetivação do controle social informal, os quais garantem a reprodução das relações de produção. Por isso, o direito penal é subsidiário, atuando apenas com *ultima ratio*, uma vez que só deve interferir nas relações sociais quando os meios informais não obtiverem sucesso.

Para visualizar o que foi dito, tome-se o exemplo da educação. No curso da história, exigiu-se da força de trabalho que fosse cada vez mais competente e qualificada, a fim de que seus detentores pudessem ocupar cargos e empregos cada vez mais especializados, segundo uma divisão social e técnica do trabalho. Desse modo, a reprodução da força de trabalho começou a acontecer, cada vez mais, fora do espaço da fábrica e dentro de um sistema específico: o escolar. É na escola que se aprendem as técnicas (ler, escrever, calcular etc.) utilizáveis nos diferentes processos de produção. Na medida em que se ensina o *know-how*,

inculcam-se nas crianças as regras comportamentais, morais, cívicas e profissionais emanadas da classe dominante, de modo que “a reprodução da qualificação da força de trabalho se assegura em e sob as formas de submissão ideológica” (ALTHUSSER, 1985, p. 57-59).

Antonio Gramsci, assim como Louis Althusser, contribuiu para a elaboração de concepções originais acerca de elementos já antes explorados, tais como “Estado”, “ideologia” e “sociedade civil”. Ao lapidar a teoria marxista, aprofundou-se na relação havida entre estrutura e superestrutura, de onde retirou seu conceito de bloco histórico. Há um bloco histórico sempre que se cria um sistema social integrado, assentado em um aparelho hegemônico, dirigido por uma classe fundamental (PORTELLI, 1977, p. 15).

A formação de um bloco histórico depende de um vínculo orgânico entre estrutura e superestrutura, o qual ocorre quando esta evolui nos limites daquela. Este vínculo está a cargo de um grupo determinado: os intelectuais orgânicos. Para Gramsci, o primeiro elemento que integra a superestrutura é a sociedade civil³⁴: uma ideologia da classe dirigente; uma concepção de mundo disseminada por toda a sociedade de modo a vincular os grupos sociais à visão da classe fundamental. Para ele, a sociedade civil é o “conjunto dos organismos, vulgarmente ditos privados, que correspondem à função de hegemonia que o grupo dominante exerce em toda a sociedade” (*apud* PORTELLI, 1977, p. 21).

A par da sociedade civil – e funcionando como um prolongamento desta - está a sociedade política, adstrita às funções de coerção presentes na superestrutura. Trata-se de um momento político-militar que convalida a direção econômica e ideológica que uma classe exerce sobre a sociedade (PORTELLI, 1977, p. 78).

Conforme aponta Gramsci, a sociedade política está amparada pela força legal: “o direito é o aspecto repressivo e negativo de qualquer atividade positiva de civilização realizada pelo Estado” (*apud* PORTELLI, 1977, p. 33). A sociedade política possui, assim, um uso habitual consistente no controle dos grupos que resistem ou se desviam da direção estabelecida pela classe dirigente, onde a coerção presta-se a manter a dominação da classe fundamental. Por extensão, esta é também a tarefa do direito.

A hegemonia da burguesia nos Estados ocidentais assenta-se precisamente na direção intelectual e moral da sociedade, na qual o Estado é somente uma “trincheira avançada, atrás

³⁴ Na concepção marxista, a sociedade civil é entendida como sendo a união entre as estruturas econômica e social, que abrange “o conjunto das relações materiais entre os indivíduos no interior de um estágio de desenvolvimento determinado das forças produtivas” (PORTELLI, 1977, p. 18). Assim, em Marx, estrutura e sociedade civil se equivalem.

da qual se encontra uma robusta cadeia de fortalezas e casamatas” (PORTELLI, 1977, p. 42-43).³⁵

O aspecto essencial da hegemonia da classe dirigente está no monopólio intelectual que ela detém (capacidade de atração que seus representantes exercem nas demais camadas intelectuais). O grupo intelectual vincula os vários intelectuais de outras camadas à classe dirigente. Tal vínculo é fundamental para a hegemonia da classe, e a mera primazia econômica é insuficiente para garanti-la (PORTELLI, 1977, p. 80).

É de se dizer, portanto, que os aparelhos ideológicos do Estado (em Althusser) correspondem à sociedade civil (em Gramsci) e ambos têm a função de disseminar a ideologia da classe dominante a fim de permitir a reprodução das relações de produção. De igual maneira, o aparelho de Estado (em Althusser) remete à sociedade política (em Gramsci), sendo que os dois se referem aos instrumentos repressivos utilizados pelo Estado a fim de garantir a hegemonia da classe dominante.

A despeito da peculiaridade de cada construção teórica, deve-se reconhecer que ambos se aproximam em seus desenvolvimentos do pensamento marxista, razão pela qual a sua abordagem, aqui, é feita meramente com o fim de mútua complementação.

Assim como se acusou Althusser de ter esvaziado o conteúdo das lutas de classe ao “submeter” a sociedade ao controle ideológico das instituições, também se afirmou que Gramsci conferiu primazia à superestrutura do bloco histórico em detrimento da base econômica.

Todavia, Althusser deixara claro que a submissão dos indivíduos aos aparelhos ideológicos do Estado era uma construção abstrata condicionada à luta de classes. Também Gramsci delegou importância equivalente à estrutura econômica e à superestrutura, enfatizando, isto sim, o vínculo orgânico que as une. Ambos os entendimentos estão alinhados à concepção marxista segundo a qual “a existência determina a consciência”.

A disseminação das concepções da classe dirigente pela sociedade a partir do bloco ideológico funciona como um amálgama que une ambas - estrutura e superestrutura -, produzindo, então, a classe hegemônica. Assim:

a classe fundamental no nível estrutural dirige a sociedade pelo consenso, que ela obtém graças ao controle da sociedade civil; esse controle caracteriza-se, particularmente, pela difusão de sua concepção de mundo junto aos grupos sociais,

³⁵ Nos Estados absolutistas a situação era diferente. De fato, a hegemonia dependia tão somente da tomada dos aparelhos coercitivos do Estado, uma vez que não havia, ainda, uma sociedade civil bem estabelecida. Nas sociedades atuais, ao contrário, a derrubada do grupo hegemônico e o estabelecimento de um novo bloco histórico dependem muito mais do combate à sociedade civil do que ao Estado. É o que ocorreu, por exemplo, na Revolução Francesa (PORTELLI, 1977, p. 43).

tornando-se assim, ‘senso comum’, e pela constituição de um bloco histórico homogêneo, ao qual cabe a gestão da sociedade civil (PORTELLI, 1977, p. 81/82).

É possível observar que o direito, entendido como ciência ou técnica, está vinculado à produção intelectual hegemônica e repercute diretamente na realidade social, principalmente porque encontra suporte no aparelho político-repressivo do Estado. Na esfera ideológica, reproduz a ideologia dominante e impede, por meio da coerção, a “contaminação” desta ideologia por concepções que não lhe são favoráveis.

A ordem jurídica é a expressão de uma ordem social a cuja proteção ela se destina. O direito visa assegurar a proteção dessa ordem e de tudo que ela contém, suas relações de poder, dominação, bem como as concepções dominantes (MIRANDA ROSA, 1981, p. 72).

O grupo social dominante, ao assumir o controle político do Estado, utiliza-se do mecanismo jurídico para impor sua dominação ideológica, razão pela qual o direito – notadamente o penal – adquire um papel importante no controle social.

Tendo em vista que dada formação social resulta de um modo de produção dominante, apenas um tipo de Estado corresponde às relações de produção capitalistas: o Estado burguês. É a estrutura jurídico-política do Estado burguês que torna factível a reprodução das relações capitalistas (PINHEIRO, 2010, p. 102).

O sistema capitalista pressupõe um trabalhador sujeito de direitos que, por gozar de plena liberdade, pode vender sua força de trabalho. Além disso, a estrutura econômica do capitalismo, composta pelas esferas de produção e circulação, pressupõe um direito igualitário. Por esta razão, o único direito que deve emanar das relações capitalistas é o que esteja assentado na igualdade e liberdade, cuja principal meta é sustentar a circulação da força de trabalho como mercadoria (PINHEIRO, 2010, p. 106-108).

Assim, no âmbito da “consciência”, a teorização jurídica do contrato e dos “sujeitos livres”, produzida no seio do Estado burguês liberal, permite a exploração da mão-de-obra de maneira “legítima”. A forma jurídica, pois, torna “natural” práticas sociais de dominação (SERRA, 2009, p. 86).³⁶

Todavia, nem sempre vigorou este modelo de Estado e seu correspondente arcabouço jurídico.

³⁶ Mencione-se o exemplo a seguir: o direito dos contratos é um instrumento a serviço de determinadas relações de produção. Não é a liberdade contratual que fundamenta a livre-troca, mas a livre-troca que deve ser otimizada pelo princípio jurídico da liberdade contratual (SUPIOT, 2007, p. 106). Isso se dá de maneira indireta e serve para reforçar a divisão de classes. Em alguns momentos, porém, esse efeito é explícito, como é o caso das relações jurídicas formais de propriedade e das que estabelecem as condições de compra e venda da força de trabalho (PINHEIRO, 2010, p. 106).

3.2 Economia política do sistema penal

Para se compreender a função do direito na sociedade capitalista e, notadamente, o lugar de uma Justiça Restaurativa na sociedade dita pós-capitalista, é preciso desvendar o trajeto histórico que envolveu direito e sociedade ao longo dos séculos. É preciso, pois, esboçar uma “economia política do sistema penal”, segundo um viés materialista.

Tese epistemológica presente em Rusche e Kirchheimer – e que aparece também em Foucault – o enfoque materialista ou político-econômico assinala que: a) para o estudo do cárcere é preciso estar atento à função efetiva cumprida por ele na sociedade; b) para individualizar a função do cárcere é necessário considerar os tipos de sociedade em que ele se desenvolveu (BARATTA, 2002, p. 191).

Portanto, há que se concordar com Souza Serra quando diz, retomando Kirchheimer e Rusche, que realizar uma historiografia da punição é algo impossível, dado que a “punição”, como tal, não existe, senão na forma de práticas punitivas específicas e historicamente determinadas (SERRA, 2009, p. 70-71).

As formas de punição em cada momento histórico são o resultado de uma série de fatores (culturais, políticos e sociais), ligados às relações de produção, embora não sejam seu reflexo direto (DI GIORGI, 2006, p. 37-40).

Nesse sentido, aponta Andrade que

a emergência da pena de prisão e do moderno sistema penal somente pode ser compreendida no marco das transformações sociais, econômicas e políticas concretas que presidem à consolidação da sociedade capitalista, pois expressa suas exigências de dominação classista antes que a exigência de humanização da pena. O processo de industrialização e o impacto racionalizador do mercado, a necessidade de regular a força de trabalho, o medo do proletariado nascente, a necessidade de substituir a autoridade tradicional e os conceitos pré-modernos; todos estes fatores, em diversificadas combinações, faziam da violência física aberta um castigo penal anacrônico e ineficaz (ANDRADE, 2003, p. 191).

O que se pretende, neste momento, é perquirir como o direito penal respondeu, nos diversos períodos históricos, às mudanças no modo de produção da vida material. Com isso, pretende-se lançar as bases teórico-metodológicas para compreender, ao final, como se dá a relação entre capitalismo neoliberal e Justiça Restaurativa – se é que tal relação existe.

3.2.1 Feudalismo e transição capitalista: o modelo contratual

O feudalismo compreende o período histórico que vai do século V ao XIV. Nele, as relações de produção eram marcadas pela subordinação do servo ao senhor feudal, o qual ocupava o centro do cenário político. Como não havia um Estado forte, pequenas querelas podiam resultar em graves conflitos, razão pela qual se conferia primazia a um controle social comunitário e inclusivo. A lei se aplicava a sujeitos iguais em *status* e bens (ANDRADE, 2003, p. 172; RUSCHE, 2004, p. 24).

Em caso de ofensa criminal, um grupo de homens livres se reunia a fim de realizar o julgamento do ofensor, obrigando-o, na maior parte das vezes, a pagar uma fiança. O dano provocado a uma pessoa ensejava a composição negociada do conflito, em que o foco recaía sobre a reparação da vítima. Desse modo, os principais métodos punitivos utilizados no período foram a indenização e a fiança (MELO, 2008, p. 53).

Porém, entre surgimento e apogeu do feudalismo, as relações de produção capitalistas ganharam cada vez mais primazia. Como consequência do paulatino enfraquecimento do modo de produção feudal, houve o respectivo desenvolvimento das cidades e o aumento da população urbana. Grandes contingentes populacionais abriam mão da “proteção” do senhor feudal e se dirigiam para as cidades, a fim de trabalhar junto aos proprietários de manufaturas. Houve o renascimento do comércio, impulsionado, em larga medida, pelas Cruzadas. Como a oferta de mão-de-obra era muito superior à demanda, os salários eram baixos e, as condições de trabalho, as piores possíveis.

O fortalecimento da classe dos comerciantes e dos manufatureiros permitiu-lhes confrontar a dominação aristocrática e alterar a configuração social feudal, desfavorável ao livre comércio e contrária às necessidades dessa classe social incipiente, que tinha que lidar com as vicissitudes dos feudos, cujas moedas, pesos, medidas, tributos e leis eram diferentes.

Por esta razão, interessava o estabelecimento de um poder centralizado, donde resultou uma aliança entre reis e burguesia. Por conta desse acordo, as cidades - que cresciam à sombra dos castelos medievais e mosteiros - iniciavam um processo de independência, e a realeza centralizou o poder político. Com a primazia aos poucos alcançada pela classe de comerciantes, instalou-se uma lógica de Estado assentada na racionalização e na centralização das atividades burocráticas.

Todo esse processo culminou, por volta do século XIV, na formação dos Estados Nacionais característicos da Idade Moderna. Neste momento, a figura do monarca tornou-se central, sendo prerrogativa real a criação de leis, a regulação da economia, a administração dos assuntos relativos ao Estado, a religião e a justiça.

Durante este processo, a pobreza e a exclusão impeliram uma grande massa de trabalhadores à marginalidade, contribuindo para o aumento da criminalidade e da insegurança dos detentores de capital. Na Inglaterra, particularmente, o processo de cercamento levado a cabo no século XV agravou essa situação, pois provocou um incremento no êxodo rural.

Assim, ao final do século XIV, a estrutura sociopolítica é marcada por um poder centralizado e pelo excedente de mão-de-obra. A concepção punitiva, acompanhando esse desenrolar, passa a encampar a ideia de suplício, conforme ilustrado por Foucault logo nas primeiras linhas de “Vigiar e punir”. O castigo volta-se ao corpo do condenado, de modo a lhe infligir dor, sofrimento e humilhação. A prisão (como pena autônoma) é desconhecida, servindo tão-somente para preservar o corpo do condenado até a aplicação do castigo. Como o período experimentou vasta quantia de desempregados, permitiu-se a desvalorização da força de trabalho e, conseqüentemente, do seu detentor, o ser-humano. Assim, eliminar o criminoso não constituía nenhum empecilho ao poder político, além de ser uma forma de controle populacional (SERRA, 2009, p. 73).

Todavia, a situação econômica tornou-se desfavorável a partir do século XIV, marcado por guerras, epidemias e fome, cuja consequência foi a drástica redução da mão-de-obra disponível. De outro lado, o advento do colonialismo, já no século XV, aliado ao crescente desenvolvimento das forças produtivas, foram fatores responsáveis pelo aumento da demanda por mão-de-obra (SERRA, 2009, p. 76).

A partir de meados do século XVI, o crescimento demográfico em diversos países ficou aquém da demanda por mão-de-obra. França, Inglaterra e Alemanha tiveram suas populações reduzidas em virtude de conflitos religiosos e guerras. O trabalho tornou-se uma mercadoria escassa e valiosa e os salários aumentaram. A falta de mão-de-obra era tamanha que na França do século XVII se passou a punir com pena de morte a emigração de trabalhadores (RUSCHE, 2004, p. 44-54).

A procura por força de trabalho intensificou-se de tal maneira que, nessa conjuntura, já não fazia mais sentido um modelo de pena que aniquilasse o condenado ou mesmo que mutilasse seu corpo. A massa de trabalhadores seria mais bem utilizada se direcionada à produção capitalista.

Porém, o poder político capaz de implantar medidas de controle e contenção encontrava-se nas mãos da realeza (fortalecida), que exercia uma repressão violenta e desmedida, assentada na onipotência do poder real que, propriamente, concretizava a ideia de Estado, nos temos da conhecida frase “*L’État c’est moi*” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 248-249).

Destarte, apoiar o fortalecimento do poder aristocrático era armar um inimigo. A classe de proprietários necessitava, pois, de um instrumento capaz de lhe garantir segurança contra as ameaças populares e que, simultaneamente, proporcionasse o desenvolvimento desembaraçado do capitalismo, longe da ingerência do poder real. Tal necessidade encontrou sua fundamentação filosófica na ideologia do contrato social (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 249).

Diversos são os matizes relacionados ao contratualismo. De forma geral, é possível dizer que, segundo tal pensamento, cada membro da sociedade teria conferido idealmente uma parcela mínima da sua liberdade ao soberano para que este, imbuído de poder sobre cada indivíduo, pudesse fazer prevalecer a paz entre os homens. Em caso de violação das regras, o infrator estaria desrespeitando o pacto, razão pela qual se lhe aplicaria uma sanção.

O pensamento contratualista, que primeiro se pronuncia com Hobbes, Bossuet e Maquiavel, reporta-se a um contratualismo absolutista, que visava legitimar o poder real e, ao mesmo tempo, limitá-lo. Assim, Thomas Hobbes (1588-1679) já em 1651, com seu *Leviatã*, preconiza a necessidade de um Estado absoluto, fruto de um contrato social, cuja tarefa se exauriria na manutenção da paz entre os homens.

O Estado, então, teve papel fundamental para o desenvolvimento do modo de produção capitalista. O castelo de Bridewell é paradigmático nesse sentido. Construído no século XVI por determinação real, tinha por objetivo a reforma dos internos por meio do trabalho (disciplinado e obrigatório). Essa era uma maneira de superar a mão-de-obra “indisciplinada”, bem como sua eventual escassez, decorrente, dentre outros fatores, das guerras religiosas travadas no século XVI (SERRA, 2009, p. 77).³⁷

³⁷ Todavia, é preciso assinalar que a “dificuldade de introdução das inovações tecnológicas no interior da penitenciária, os protestos humanitários contra a desmedida exploração da força de trabalho de quem sequer de tempo próprio dispõe para colocar no mercado, mas principalmente a concorrência desleal que o trabalho carcerário efetivamente representa, quer para os trabalhadores livres, quer para os produtos das indústrias, tornaram impossível a conversão definitiva das penitenciárias em empresas produtivas” (SERRA, 2009, p. 127).

Este exemplo fora apenas o primeiro de uma série de *poorhouses*. É na Holanda³⁸ – modelo de nação capitalista no século XVII – que, coincidentemente, disseminar-se-ão estes estabelecimentos, chamados, agora sem eufemismos, de *workhouses*. Tais casas impunham trabalhos pesados, tais como a raspagem de pau-brasil. Não obstante a inferioridade do trabalho nelas produzido, sua relevância estava principalmente no papel de formação de uma classe de trabalhadores adaptados à disciplina fabril. Com efeito, os trabalhadores não estavam adaptados às relações de produção mercantis e se mostravam refratários a este regime de trabalho, preferindo, muitas vezes, a mendicância ao trabalho manufatureiro (SERRA, 2009, p. 76-79).

Conforme aponta Rusche,

a essência da casa de correção era uma combinação de princípios das casas de assistência aos pobres (*poorhouse*), oficinas de trabalho (*workhouse*) e instituições penais. Seu objetivo principal era transformar a força de trabalho dos indesejáveis, tornando-a socialmente útil (RUSCHE, 2004, p. 69).

Assim, “o pobre se torna criminoso, o criminoso se torna prisioneiro e, enfim, o prisioneiro se transforma em proletário” (MELOSSI; PAVARINI *apud* DI GIORGI, 2006, p. 45).

Desse modo, entre os séculos XVII e XVIII, a estratégia de poder altera-se lentamente, passando da repressão negativa, que elimina fisicamente o crime, a uma técnica positiva de disciplina. Ingressa-se na época do grande internamento, em que pobres, prostitutas e criminosos não mais são “aniquilados simbolicamente através da destruição teatral dos seus corpos”, mas encerrados. O poder da morte transforma-se em poder sobre a vida e passa da neutralização para a regulação produtiva (DI GIORGI, 2006, p. 26-27).

Penas como escravidão nas galés, deportação e trabalhos forçados tornaram-se medidas cada vez mais utilizadas e passaram a ser combinadas com as penas capitais e o sistema de fianças.

Entretanto, durante os séculos XVII e XVIII, com o desenvolvimento crescente das forças produtivas, o poder do homem sobre a natureza alcançou patamares surpreendentes, permitindo a ele um nível de compreensão inédito, pelo qual pode perceber que a história não

³⁸ “Os idealizadores e promotores da casa de correção inaugurada em Amsterdã no começo do século XVII visavam produzir homens ‘saudáveis, moderados no comer, acostumados ao trabalho, com vontade de ter um bom emprego, capazes do próprio sustendo e tementes a Deus. E fizeram uma longa lista de ocupações manuais para os possíveis internos desenvolverem essas qualidades – como as de sapateiro, fabricantes de carteiras de dinheiro, luvas e bolsas etc.” (BAUMAN, 1999, p. 118). Todavia, em pouco tempo a atividade na casa se limitou a raspagem de pau-brasil – um trabalho exaustivo e que dificilmente encontraria mão de obra interessada em realizá-lo, mas que pôde ser feito graças ao regime coercitivo da casa de correção.

é conformada por uma ordem “natural” ou “divina”. Ficou evidente, ao contrário, a sua capacidade em intervir na natureza e no curso da história.

Como fruto deste desenvolvimento, tem lugar um intenso movimento de racionalização, responsável pela eclosão do iluminismo. Os iluministas passaram a ter no Homem o centro das atenções, valendo-se do jusnaturalismo para pregar direitos pré-existentes e superiores ao Estado, reconhecidos a todos os homens por serem válidos universalmente. Nele, nascem ideais humanizantes acerca das punições e se abandona a fundamentação teológica da pena. Admitir a existência de tais direitos implicava limitar o poder estatal que, frente aos direitos naturais, perdera seu caráter absoluto (CARDOSO, 2004, p. 36).

Todavia, não se trata de um movimento puramente humanitário e caridoso. A racionalização do poder de punir, em realidade, respondeu

a uma nova estratégia de dominação que requer[ia] um controle penal política e economicamente mais eficaz, fundado num princípio estrutural de cálculo, certeza e previsibilidade, cujas exigências de segurança jurídica (da propriedade) estão [estavam] ao serviço do poder (burguês) que pune (ANDRADE, 2003, p. 246).

A ideia do contrato social, que outrora legitimou o Estado absolutista, permite à burguesia, agora, reduzir cada vez mais o poder do monarca, bem como direcionar o aparelho burocrático estatal às demandas por segurança jurídica e mercado de trabalho.

É nesse sentido que os jusfilósofos do período empenharam-se em desenvolver parâmetros para a aplicação de castigos, estabelecendo, para tanto, princípios como legalidade e proporcionalidade, visando conferir racionalidade à punição e controle ao poder estatal, dado que a reação punitiva era utilizada pela nobreza com a finalidade de impor sua dominação (SERRA, 2009, p. 83).

Kant (1724-1804) tratou de conferir à pena, em termos talionais, a função moral de retribuir o mal praticado pelos homens (BITENCOURT, 2001, p. 110). Em Feuerbach (1775-1833), a pena encontrou a função de prevenção-geral negativa. Segundo o autor, a ameaça da imposição de castigo àqueles que violam a lei penal confere um caráter intimidatório à pena. Nasce, pois, a “teoria da coação psicológica”, segundo a qual a ameaça da sanção penal reduziria a criminalidade (AZEVEDO, 2005, p. 92).

Enquanto em Kant há um sistema embrionário de proporcionalidade, importante para limitação do poder real e para a segurança jurídica, em Feuerbach desenvolve-se um esquema de controle dos indivíduos pelo medo, necessário à manutenção da ordem das classes despossuídas, sendo ambos os pensamentos germinados no contratualismo.

O pensamento ilustrado, no entanto, alcançou o campo penal com vigor em 1764, com Beccaria (1738-1794) que, em seu opúsculo “Dos delitos e das penas”, contrapõe-se à justiça penal do Antigo Regime e, ao mesmo tempo, busca uma justiça penal liberal, contratualmente modelada, repudiando a legislação penal vigente, “dominada por uma heterogênea e caótica profusão de leis obscuras” (ANDRADE, 2003, p. 49).

O princípio taliônico, por exemplo, é observável no modelo de penas proposto pelos jusfilósofos da Ilustração, conforme se depreende do texto do marquês acerca do furto:

a pena mais oportuna será aquela única espécie de escravidão que se possa considerar justa, isto é, a escravidão, por algum tempo, das obras e das pessoas à sociedade comum, para ressarcir-la com a própria e perfeita dependência do injusto despotismo exercido indevidamente sobre a convenção social (BECCARIA, 2002, p. 84).

A ideia de prevenção também está presente na obra do autor, quando trata da função da pena:

o fim, pois, não é outro senão impedir o réu de causar novos danos a seus concidadãos e de demovê-los de praticar outros iguais. As penas, portanto, e o método de infligi-las devem ser escolhidos de modo que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e mais duradoura nos homens, e a menos penosa no corpo de réu (BECCARIA, 2002, p. 72).

Postula o autor que “somente as leis podem decretar as penas relativas aos delitos; e esta autoridade não pode residir senão no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social” (BECCARIA, 2002, p. 40). Uma das principais reformulações teóricas produzidas foi a distinção entre crime e infração moral. Com ela, permitiu-se retirar do âmbito de intervenção do Estado absolutista um grande número de condutas que eram punidas tão-somente por constituírem faltas morais (FOUCAULT, 2002, p. 80).

É possível dizer, assim, que a reforma do saber penal iluminista nasceu da conciliação entre resistência ao poder soberano e contra o “infrapoder” das ilegalidades toleradas (ANDRADE, 2003, p. 239).

No momento em que se disseminam tais concepções iluministas, a Europa conhece a Revolução Industrial. É uma fase de desenvolvimento extremo das forças produtivas que possibilita aos proprietários alcançarem um nível elevado de autonomia e poder. A concepção político-jurídica dessa classe se expressa no aparato doutrinário-legislativo montado em torno da teoria do crime, pronto a nortear os rumos do exercício punitivo no sentido de racionalizar os poderes soberanos.

3.2.2 Consolidação do capital: o positivismo

A rápida implementação do capital durante o século XVIII cria uma riqueza palpável, exposta às vistas dos trabalhadores, composta de bens de produção, estoques, matérias-primas etc. O cenário é o de aumento de produção e incremento na variedade de produtos. Neste momento, a Europa sofre uma explosão demográfica que, aliada à introdução de máquinas a vapor na produção e à mecanização do campo, ocasiona o surgimento de um enorme contingente de desempregados, cujo resultado mais imediato é a redução dos salários e o aumento da miséria (SERRA, 2009, p. 83).

Há uma mudança geral nas relações sociais, cuja razão de fundo remete ao amadurecimento das relações de produção capitalistas. Com efeito, a hegemonia do capital é cada vez mais explícita. Isso significa, de um lado: massa de trabalhadores explorados; concentração de população nos centros urbanos; contingentes de miseráveis; alto índice de crimes contra o patrimônio. De outro lado: uma classe detentora dos meios de produção, cada vez mais enriquecida, pretendendo aumentar a produtividade industrial e proteger seu patrimônio frente aos marginalizados.

Na Inglaterra, particularmente, a pilhagem dos estoques contidos nos armazéns e navios tornou-se frequente no fim do século XVIII.³⁹ Tornara-se imperioso o controle dos indivíduos, uma vez que estes estavam agora diretamente ligados às riquezas das classes dominantes. Isto posto, não bastava que a pena reparasse o dano (já que as classes desfavorecidas não eram capazes de restituir à nobreza ou ao burguês qualquer valor econômico). Era necessária uma constante e efetiva vigilância dos potenciais criminosos, a fim de prevenir atos atentatórios ao capital.

Uma das maneiras de efetivar o controle destes indivíduos era diminuir o número de miseráveis, o que se fazia mediante a emigração para as Américas. Outra maneira era adaptá-los, mediante rígida disciplina, ao novo modo de vida da cidade. Através dos “asilos” albergavam-se os pobres que não apresentavam riscos à população e através do cárcere foi possível conter aqueles tidos por perigosos (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 264).

³⁹ Com o fim de garantirem a ordem nos bairros e cidades, grupos sociais abastados de origem burguesa/aristocrática formaram, espontaneamente, associações de natureza paramilitar, tais como a Infantaria Militar de Londres e a Companhia de Artilharia. Movimento semelhante foi perpetrado por grupos econômicos por meio de uma polícia privada, com o objetivo de proteger seu “patrimônio, seu estoque, suas mercadorias, os barcos ancorados no porto de Londres, contra os amotinadores, o banditismo, a pilhagem cotidiana, os pequenos ladrões”. O próprio criador da polícia na Inglaterra, Colquhoun, era alguém que, a princípio, fora comerciante, sendo depois encarregado por uma companhia de navegação de organizar um sistema para vigiar as mercadorias armazenadas nas docas de Londres (FOUCAULT, 2002, p. 91-101).

Desse modo, a pena de prisão – que não tinha importância no projeto original desenvolvido pelos jusfilósofos do século XVIII - passa a ter lugar certo na prática penal em meados do século XIX.

Com efeito, em que pese a criação de um aparato racional de direito penal⁴⁰, fundado no marco teórico contratualista, o sistema de penalidades que se seguiu foi outro. Desgarrando-se da tendência racional iluminista, a prisão transformou-se, pouco a pouco, no principal instrumento punitivo do Estado.

É preciso tomar certo cuidado com teses que apontam para o caráter humanista da pena de prisão. Apesar de ser menos cruel, não é correto deduzir que a prisão surgiu para “humanizar” as penas corporais do século XVII. Tampouco é possível dizer que o cárcere serviu de modelo para as demais instituições. Diferentemente, é possível inferir que tanto a prisão quanto as demais instituições que surgiam à época são reflexo das novas necessidades advindas com o século XIX e de sua sociedade disciplinar. Vê-se, nesse sentido, que não somente a prisão, mas a fábrica e demais instituições (escola, quartéis militares, hospitais) seguiam o modelo de disciplina⁴¹, exercido tanto em âmbito moral como pedagógico, psiquiátrico etc. A prisão nada mais era do que a metáfora ideal para esse novo modelo - o suprasumo da ideia do *panoptikon*⁴².

Jeremy Bentham (1748-1832) teve grande importância nesse processo, provendo argumentos justificantes do controle institucionalizado das massas. Rejeitando a Declaração francesa de 1789, bem como a existência de direitos subjetivos naturais, proclamava que o critério para a definição do delito fosse a utilidade de declará-lo como tal (utilitarismo). A

⁴⁰ A racionalização do direito penal encontrou eco nos legisladores franceses do final do século dezoito (pós-revolução francesa), os quais foram responsáveis por posicionar tais ideais nos primeiros códigos penais da época. Lepeletier de Saint-Fargeau e Brissot apresentaram projetos legislativos norteados por princípios semelhantes aos iluministas, que foram utilizados na confecção do I Código Penal Revolucionário (FOUCAULT, 2002, p. 83). As idéias racionalistas do século dezoito foram adotadas também por monarcas, tais como o Grão Duque da Toscana, Pedro Leopoldo, bem como a Imperatriz Catarina II, da Rússia, no que constituiu o despotismo ilustrado. Várias foram as tentativas de mudanças, embora algumas não tenham conseguido nenhum efeito prático (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 201).

⁴¹ A necessidade de disciplina se vê no exemplo do capitalista Josiah Wedgwood, que construiu, em meados do século XVIII, uma grande fábrica no Midlandes para a produção de cerâmica, convencido da necessidade de divisão de trabalho e das etapas produtivas. Para impor sua disciplina, desenvolveu um sistema de fichas, bem como apresentou detalhadamente uma série de instruções acerca do comportamento do trabalhador dentro da fábrica, inclusive com a nomeação de capatazes responsáveis por vigiar o processo de trabalho. Acostumados à independência, os ceramistas não aceitaram amavelmente as regras estabelecidas por Wedgwood, tais como pontualidade, presença constante, horas prefixadas, normas de cuidado e limpeza, redução de desperdício e proibição de bebidas alcoólicas (DECCA, 2004, p. 26-28).

⁴² “A sua arquitetura funde, plasticamente, saber e poder, e constitui uma metáfora histórica eficaz do processo de formação das estratégias de organização dos corpos no espaço. Nele se concretiza a utopia moderna e capitalista de uma observabilidade ininterrupta e, principalmente, de uma transparência absoluta dos subordinados aos olhos do poder: um poder que vigia os muitos porque sabe exatamente onde e quando observar; os muitos se atêm minuciosamente à norma porque não sabem exatamente de onde e quanto serão observados” (DI GIORGI, 2006, p. 92-93).

pena, embora fosse um mal, era útil na medida em que prevenia delitos, contribuindo para a “supremacia das felicidades individuais”. Segundo ele, a legislação e a moral tinham por objetivo produzir a maior quantidade de felicidade possível. Elas não se distinguiam pelo seu objeto (produzir felicidade), mas por sua extensão: por questões práticas, o direito devia ser mais restrito do que a moral (BITENCOURT, 2001, p. 47).

Como a finalidade do direito se identificava com a da moral, abriu-se a possibilidade de nele se embutirem elementos de ordem moralista, provocando, destarte, a adequação da moral individual do apenado ao modelo social dominante (ZAFFARONI, 2004, p. 266).

Desse modo, ingressa-se no século XIX com uma nova perspectiva de justiça criminal, voltada cada vez mais ao controle moral do indivíduo, desvirtuando-se a tentativa iluminista de limitar o poder estatal e conferir racionalidade à punição. Para justificar o rumo seguido pelas instituições, novas concepções filosóficas foram encampadas. O pensamento contratualista, segundo a qual a sociedade é um produto artificial, feito pelo homem para o homem, já não interessa ao capital, porquanto lhe impõe limites. Uma vez consolidado do poder do capital, é interessante que se dissemine a ideia de que a sociedade é “natural” e que a hegemonia social é alcançada pelos “naturalmente” bons (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 270).

Destarte, na medida em que a burguesia alcança a hegemonia política, ela volta-se gradualmente contra alguns dos ideais iluministas, porquanto impunham barreiras ao livre desenvolvimento do capitalismo, à expansão das indústrias e do comércio. Há, portanto, no movimento de consolidação do capitalismo industrial como modo de produção hegemônico, um correspondente giro teórico do contratualismo retributivista para o organicismo social. Neste, a sociedade é concebida segundo um modelo orgânico, comandado pelas “células” mais aptas (SERRA, 2009, p. 83).

Corporificando este conjunto de mudanças, nasce, no período, a Escola Positiva de Augusto Comte (1789-1857). O positivismo, diferentemente do organicismo, é tributário do empirismo e toma emprestado das ciências naturais muitos de seus métodos. Nega importância aos problemas metafísicos e, uma vez que reduz o conhecimento à experiência (“apenas se conhece aquilo que é”), impede qualquer abordagem criativa e, com isso, qualquer tentativa de mudança social (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 282).

Assim, no bojo daquilo que Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 282) chamam de positivismo organicista, o poder social é resultado de uma evolução orgânica da sociedade, em que a seleção natural é responsável por determinar os ocupantes da posição de poder.

Consoante tal linha de pensamento

o homem era uma coisa entre outras coisas, e existiam os de melhor e de pior qualidade. Os de pior qualidade, os “degenerados” e biologicamente deficientes, caíam na escala social, por um processo de decantação “natural”, e deviam ser controlados pelos que se mantinham no poder, pois se convertiam em uma “classe social perigosa” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 283).

A partir da divisão maniqueísta dos homens, o positivista Lombroso empenhou-se em estabelecer critérios científicos, no campo da antropologia criminal, para descobrir o “criminoso nato”. Seguiu uma direção bioantropológica de investigação, conferindo grande importância ao fator individual-biológico para o crime. Enrico Ferri, na sociologia criminal, trabalhou com as categorias de “periculosidade” e “defesa social”, direcionando sua perspectiva para o fator social. Rafael Garofalo, no direito, esforçou-se, em vão, em desvendar o conceito de “delito natural”⁴³, fazendo-o a partir de um viés individual-psicológico (AZEVEDO, 2000, p. 63). Constituíam o chamado “trio de ferro”.

Por ser o crime um fato real e histórico, e não mera abstração jurídica, sua danosidade não decorria da simples violação da lei, mas do dano à sociedade que tal violação representava. O estudo do crime devia ser feito juntamente com o estudo do criminoso, bem como de sua realidade social. Buscava-se a etiologia do crime, ou seja, suas causas. A função da lei penal era combater o crime enquanto fenômeno social pernicioso (AZEVEDO, 2000, p. 62).

A mudança do modelo contratualista para o paradigma positivista causou transformações nas teorias justificadoras da pena, que passaram a ter como objeto o indivíduo - e não o crime objetivamente considerado. De fato, com a Escola Positiva, o poder punitivo é redefinido. Nela, a atenção desloca-se do delito para o seu autor e a pena passa a ter seu fundamento na finalidade preventivo-especial (ANDRADE, 2003, p. 72).

Sob a óptica da teoria da prevenção especial, a pena servia como controle de criminosos tidos por perigosos, de modo a proteger a sociedade, atuando sobre o próprio indivíduo e adequando suas condições pessoais ao convívio entre pessoas.⁴⁴

⁴³ Todavia, uma vez não o encontrando pela via empírica, apelou para o irracionalismo. Para ele, delito era, então, a conduta que lesava os sentimentos de piedade e justiça, presentes em todas as pessoas e em todas as épocas. Para ele, os homens desprovidos deste sentimento deveriam ser apartados da sociedade. Seguindo esta linha de raciocínio, chegou mesmo a afirmar a necessidade da pena capital, meio pelo qual a sociedade se defenderia de seus inimigos internos (ZAFFARONI, 2004, p. 289; TASSE, 2006, p. 47).

⁴⁴ Os partidários da prevenção especial negativa, de modo geral, defendem que para certos tipos de criminosos, a pena de prisão detém uma função puramente de custódia, retirando da convivência social os criminosos perigosos e conferindo segurança à população (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 2001, p. 287). Para aqueles que se filiam à prevenção especial positiva, a pena assenta-se no trinômio ressocialização, corresponsabilidade social e execução penal como forma de tratamento (AZEVEDO, 2005, p. 99).

Segundo Enrico Ferri, a pena teria por finalidade

a prevenção ao cometimento de novos delitos, sendo, a priori, indeterminada e ajustada à natureza do delinquente a fim de prepará-lo para o retorno à convivência social. Elege-se, portanto, a função de prevenção especial como a primordial quando da aplicação de qualquer sanção penal (*apud* CARDOSO, 2004, p. 46).

A conclusão a que se chega é que “o capitalismo incipiente inclinou-se a argumentos idealistas (contratualismo retributivo), ao enfrentar o poder da nobreza [...]; no entanto, o fez com argumentos práticos e positivistas quando reagiu à ameaça das massas despossuídas” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 266).

A passagem de um modelo teórico construído sobre fatos para uma prática disciplinar, bem como a adoção da prisão como meio de punição por excelência não são apenas especulações teóricas, mas realidades historicamente verificáveis.

Para que isso ocorresse, precisou haver, por parte do Estado, o que se pode chamar de uma tendência à apropriação dos mecanismos sociais de controle e disciplina. De certa maneira, é por meio desta apropriação que o Estado passou a exercer sobre o indivíduo um controle de suas ações, empenhando-se na sua correção.

É Michel Foucault quem apresenta dois exemplos concretos que demonstram esta mudança.

O primeiro situa-se na Inglaterra do início do século XVIII, repleta de diversos grupos sociais originados da pequena burguesia. Na tentativa de escapar à sanha punitiva do Estado que, à época, contava com mais de 300 casos (infrações) punidas com pena de morte, tais grupos buscavam manter a ordem em seu interior, por meio da supressão dos hábitos contrários à moral. De fato, “era muito fácil para o poder, para a aristocracia, para os que detinham o controle sobre o aparelho judiciário exercer pressões terríveis sobre as camadas populares”. Para escapar desse poder, os indivíduos se organizavam em grupos de “reforma moral”, proibindo a embriaguez, a prostituição, o roubo e qualquer comportamento que desse margem à atuação violenta do Estado (FOUCAULT, 2002, p. 93).

Exercia-se, pois, um forte controle difuso dos indivíduos, no seu aspecto moral, nas esferas populares da sociedade, mais como forma de autodefesa contra o direito do que de vigilância efetiva. Ocorre que, no decorrer do século XVIII, esse controle difuso e popularesco passou a ser suscitado, cada vez mais, pelas classes mais ricas da sociedade inglesa – aristocracia, clero, nobreza – e o que era um instrumento para a autodefesa contra o controle penal do Estado passou a ser um aliado do poder político para o controle social.

Não é difícil imaginar o interesse que teriam os detentores do poder no controle moral dos membros da sociedade. Exercendo este tipo de controle, naturalmente preventivo, evitar-se-ia a ocorrência de delitos, o que era mais vantajoso do que simplesmente remediá-los, sancionando o autor de um dano já consumado e, certamente, irreparável.

O passo seguinte a esse deslocamento vertical do controle foi conferir a ele - ao controle moral - o *status* de controle penal, por meio da criação de uma legislação específica⁴⁵, permitindo, assim, a expansão da repressão penal do Estado em ambientes de cunho moral.

Observa-se, desse modo, que o controle exercido por intermédio de grupos e comunidades, marcadamente religiosas, desloca-se através das classes sociais, hierárquica e verticalmente estabelecidas, de modo a chegar ao ápice do Poder Político.

O segundo exemplo ocorreu na França, e se deu por um processo diferente, haja vista o aparelhamento estatal mais robusto imposto pela monarquia absoluta francesa. O país já possuía, pelo século XVIII, um aparato policial, bem como grandes prisões, das quais o exemplo clássico é a Bastilha.

Não obstante, havia também uma forma de controle espontâneo exercido horizontalmente pelos súditos mediante o uso de um instrumento monárquico. Tal era a *lettre-de-cachet*⁴⁶, utilizada pelo poder real como um temível instrumento de punição. Contudo, permitia-se também ao indivíduo comum solicitá-la, fazendo valer, em um fato cotidiano, uma punição real⁴⁷:

a *lettre-de-cachet* consistia, portanto, em uma forma de regulamentar a moralidade cotidiana da vida social, uma maneira do grupo ou dos grupos – familiares, religiosos, paroquiais, regionais, locais, etc. – assegurarem seu próprio policiamento e sua própria ordem (FOUCAULT, 2002, p. 97).

Porém, durante uma greve de relojoeiros, ocorrida em 1724, foram patrões que solicitaram uma *lettre-de-cachet*, o que redundou na prisão dos trabalhadores revoltosos. O ministro do rei, porém, recuando de sua decisão, pretendeu cancelar a ordem expedida. A corporação dos relojoeiros, então, tomou a frente na querela trabalhista e solicitou ao rei a manutenção da ordem, no que se configurou um eloquente exemplo de como um instrumento

⁴⁵ Texto de 1804 escrito pelo Bispo Watson: “As leis são boas, mas infelizmente, são burladas pelas classes mais baixas. As classes mais altas, certamente, não as levam muito em consideração. Mas esse fato não teria importância se as classes mais altas não servissem de exemplo para as mais baixas”. “Peço-lhes que sigam essas leis que não são feitas para vocês, pois assim ao menos haverá a possibilidade de controle e de vigilância das classes mais pobres” (FOUCAULT, 1999, p. 94).

⁴⁶ Ordem do rei dirigida diretamente a uma pessoa, obrigando-a a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

⁴⁷ Por exemplo: “maridos ultrajados por suas esposas, pais de família descontentes com seus filhos, famílias que queriam se livrar de um indivíduo, comunidades religiosas perturbadas por alguém, uma comuna descontente com seu cura” (FOUCAULT, 1999, p. 96).

de controle moral passou a ser utilizado para fins econômicos sobre a população operária incipiente.

Foucault observa que a prisão, enquanto instrumento de punição, surgiu exatamente das *lettres-de-cachet*. Isso porque quando uma *lettre-de-cachet* era enviada contra alguém, “esse alguém não era enforcado, nem marcado, nem tinha de pagar uma multa. Era colocado na prisão e nela devia permanecer por um tempo não fixado previamente”. Interessante notar que a prisão se estendia até que o solicitante da *lettre-de-cachet* afirmasse que o preso tinha se corrigido, estando, aí, a ideia de aprisionar para corrigir (FOUCAULT, 2002 p. 98).

Observa-se que, por uma via distinta, a França chegou a um modelo de controle semelhante ao inglês, no qual a resposta punitiva do Estado está mais relacionada ao indivíduo do que ao fato por ele praticado. Em ambos os casos, esta forma de sanção não é fruto do projeto jurídico elaborado pelos primeiros jusfilósofos, mas se torna o modelo contemporâneo hegemônico de punição a partir de então.

3.2.3 Estado de Bem-estar e reestruturação capitalista: o pós-modernismo

A lógica do capitalismo, assentada na competição, exigia constante investimento em tecnologias que auxiliassem a produção a se tornar mais célere, barata e diversificada. O aumento de produção daí advindo gerava abundância cada vez maior, ocasionando, sempre, superprodução. Após uma fase de absoluta expansão econômica, sobrevinha uma profunda depressão, superada mediante árduas reestruturações, que ensejavam nova fase de expansão - e assim sucessivamente. A cada crise, havia a incorporação dos pequenos proprietários pelos grandes, resultando em um processo de concentração de riqueza que permitiu, a partir de 1870, que o capital fosse dominado por grandes monopólios e cartéis (SERRA, 2009, p. 92).

Assim, ao aproximar-se o século XX, o capitalismo começou a sofrer mutações. A crença no desenvolvimento econômico linear, regulado pela mão invisível do mercado, e a fé no progresso científico sofreram um primeiro impacto com a crise de 1890-1896. Houve aumento do desemprego e quebra de instituições financeiras, fatores que, aliados às péssimas colheitas do período, provocaram uma grande crise nos países centrais. Neste período, encerra-se o chamado capitalismo concorrencial que, a partir do final do século XIX, ingressa em uma fase monopolista (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 296).

O cenário social, por sua vez, há tempos era conturbado: a França enfrentara os movimentos de 1848 e a Comuna de Paris, a Rússia conhecera a Revolução de Outubro. Os

trabalhadores se organizavam e lutavam por direitos. Na Alemanha, a República de Weimar era implantada em 1919 com a finalidade de conter os movimentos populares, mediante a concessão de direitos sociais, construindo um verdadeiro laboratório do *Welfare State* (SERRA, 2009, p. 91).

O ritmo acelerado, fruto do aprimoramento das forças produtivas, da concentração do capital e da implantação do sistema fordista de indústria, levou a uma superprodução que, ao final, conduziu à crise de 1929, que abalou as estruturas do capitalismo e tornou ainda mais aguda a situação dos países ocidentais.

Como perspectiva de superação da crise, propunha-se o abandono do liberalismo clássico em favor de uma postura estatal intervencionista. A base política dessa mudança encontrada pelos EUA foi o *New Deal*, plano responsável pela ampliação do papel do Estado na vida econômica e social do país, nos termos propostos por Keynes. Parte das medidas encontradas para contornar a crise envolvia a implementação de políticas sociais para os desempregados e outras porções carentes da sociedade.

A matriz fordista-keynesiana deu origem ao *Welfare state*, modelo no qual o Estado exerce a função de regulação econômica e gestão da força de trabalho. A importância do Estado é tamanha que não só o setor econômico, mas toda a vida social passa a ser regulada. Apesar da inclusão social, do fortalecimento da classe operária e dos sindicatos, o controle social também aumenta.

Portanto, é licito dizer que o Estado de Bem-estar surge nos EUA menos como conquista do trabalhador do que como estratégia de reprodução do capital, permitindo uma fase áurea de crescimento da economia capitalista que se estendeu até a década de 60.

A esta altura, a Europa já vivia um modelo de Estado que procurava incorporar a todos no sistema de produção industrial e proporcionar aos cidadãos um mínimo de previdência social, em um modelo que se baseava no equilíbrio entre a produção e o consumo: para que a produção aumentasse, eram necessários índices crescentes nos padrões de consumo, uma vez que “não pode haver ‘Estado do bem-estar’ sem ‘sociedade de consumo’” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 300).

Nesse contexto, os mecanismos de controle social dirigiram-se àqueles que fugiam ao padrão de produção e consumo. É o caso de diversos movimentos contestatórios, *hippies* e outros tantos dissidentes. Tais movimentos passaram a ser encarados como fruto de patologias individuais, uma vez que, no bojo do Estado-providência, não haveria motivos para a existência de conflitos. Por esta razão, desenvolve-se na Europa uma criminologia clínica, assentada em considerações psicanalíticas e psiquiátricas acerca do fenômeno criminal.

Estabelece-se uma noção de pena como tratamento, que encontrou seu auge na legislação sueca de 1965, que previa penas indeterminadas e toda sorte de medidas – entendidas, aqui, no sentido de “medidas de segurança” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 300).

Dando uma solução mais acabada à ideologia do tratamento estão os defensores da “nova defesa social”, entre eles Marc Ancel e Felippo Gramatica. O primeiro sustentava a finalidade ressocializadora da pena. O segundo defendia a superação da pena em favor de “providências de defesa social”, adaptadas à subjetividade e idiossincrasias do indivíduo anti-social (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 301-308).

Portanto, o que se tem neste breve período histórico é uma extensão e aprimoramento do controle social desenvolvido no século XIX. Prova disso é que a prisão continua a ser o mecanismo punitivo central e a ela se aliam os reclamos jurídicos por medidas de segurança, ressocialização e tratamento.

No entanto, os primeiros questionamentos dirigidos ao *Welfare State* se deram já no ano de 1944 e partiram da pena de Friedrich Hayek, autor de “O caminho da servidão”. Hayek acreditava que o igualitarismo presente no Estado de Bem-estar social minava a liberdade dos indivíduos e enfraquecia a concorrência, sem a qual não podia haver prosperidade. Portanto, na sua teoria, a desigualdade era um elemento imprescindível para as sociedades ocidentais. O Estado deveria se limitar a garantir a ordem, de maneira que os indivíduos pudessem se dedicar ao acúmulo econômico e social (ANDERSON, 2008, p. 10). Todavia, o crescimento sem precedentes do capitalismo durante os anos 50 e 60 obnubilou a crítica dirigida por Hayek ao *Welfare State* e aos “perigos” da regulação do mercado, e suas ideias ficaram em segundo plano.

Entretanto, na década de 70, quando o Estado social já não dá conta de assegurar o consumo do excedente, a crise do modo de produção capitalista entra em um patamar estrutural. Não se trata mais de crises cíclicas. O que se tem é a crise como única forma de o modo de produção capitalista se reproduzir (LESSA, 2009).

A crise do padrão monetário no período - com o fim da paridade dólar-ouro e a consequente flutuação cambial - afetou o sistema regulatório firmado mediante o acordo de *Bretton Woods* e permitiu a entrada de produtos industrializados oriundos de países de “terceiro mundo” na economia dos países desenvolvidos. Além disso, a grave crise do petróleo, na mesma década, afetou a lucratividade e provocou forte redução nos níveis de acumulação do capital. Houve aumento de inflação nos países desenvolvidos, descontrole nos balanços de pagamento, agravamento da dívida externa de países em desenvolvimento e

estagnação do crescimento. Enfim, os mercados foram temporariamente paralisados (FARIA, 2002, p. 63-64).

Como herança do *Welfare State*, os salários estavam valorizados e os sindicatos fortalecidos, pressionando a acumulação do capital. Desse modo, diante da necessidade de reduzir a influência sindical e os altos salários e estabelecer estratégias para o enfrentamento da crise de 1973⁴⁸, a “ideologia neoliberal” inaugurada por Hayek foi ganhando espaço e, em 1979, ela finalmente ultrapassou o campo teórico e adentrou o espaço político por intermédio dos governos de Margareth Thatcher, na Inglaterra, Ronald Reagan, nos EUA e Helmut Kohl, na Alemanha.

A raiz do problema, afirmava-se então, estaria no modelo intervencionista de Estado, cujas políticas sociais de cunho assistencialista significavam um pesado fardo fiscal. A saída para a crise repousava na estabilidade monetária que, por sua vez, exigia a contenção dos gastos com bem-estar, uma férrea disciplina orçamentária e a restauração da taxa “natural” de desemprego (ANDERSON, 2008, p. 11; SERRA, 2009, p. 104).⁴⁹

A fim de recuperar os índices de acumulação e fazer frente às greves e lutas sociais que eclodiram na década de 60, o capital implementou um processo de reestruturação global, abandonando antigos modelos a fim de criar outros novos, tais como o da “empresa enxuta”, desenvolvendo, igualmente, novas formas de trabalho - agora precarizado (ANTUNES, 2009, p. 233).

Isso implicou a assunção de uma política de desregulamentação, privatização e abertura comercial - medidas que, aos poucos, passaram a fazer parte do ideário político-econômico de organismos multilaterais, tais como o FMI e o BIRD (CARCANHOLO; BARUCO, 2009, p. 139).

Na prática, a maior prioridade do neoliberalismo e do grande capital era conter a elevada inflação dos anos 70, o que se alcançou com grande êxito. A deflação era o caminho para recuperar os lucros, o que também se logrou obter. Na década de 80, a Europa ocidental viu um crescimento da taxa de lucro das indústrias de 5,3 pontos, enquanto na década de 70 esse número era negativo (ANDERSON, 2008, p. 15).

⁴⁸ Para Hayek, a culpa recaía nos operários, cujos movimentos por direitos sociais e melhores salários teriam corroído as bases de acumulação do capital (ANDERSON, 2008, p. 10).

⁴⁹ Em 1983, até mesmo a Dinamarca aderiu ao programa neoliberal, o mesmo tendo ocorrido com todos os países da Europa ocidental, com exceção da Suécia e da Áustria. Nos EUA, houve aumento de juros, cerceamento de greve e redução de impostos em benefício dos mais ricos. Mesmo os governos de *nuance* socialista do sul da Europa, tais como o do francês Mitterrand e o do grego Papandreou, os quais ensaiavam uma política social, logo se viram obrigados a seguir a cartilha neoliberal (ANDERSON, 2008, p. 12-13).

Em virtude destes êxitos parciais, o neoliberalismo pareceu representar uma política vitoriosa. A razão para tanto sucesso, todavia, estava no corte salarial e no ataque aos sindicatos. Não é por menos que estes últimos tiveram uma atuação pífia neste período da história. O seu enfraquecimento se deveu, em grande parte, ao desemprego maciço – outra meta neoliberal –, que teve como consequência o “necessário” aumento dos índices de desigualdade.

Mas o programa neoliberal tinha por objetivo último dar novo impulso ao capitalismo e fazê-lo retomar o crescimento em padrões semelhantes aos que precederam a crise da década de 70. Contudo, nesse tópico, o neoliberalismo falhou. Não há alteração significativa na taxa de crescimento no período, que se manteve baixa ao longo dos anos 70 e 80. Apesar da implementação de políticas institucionais favoráveis ao capital, a taxa de acumulação não experimentou crescimento durante os anos 80, tendo mesmo caído em comparação aos anos 70 (ANDERSON, 2008, p. 15-16).

Isso não significa que não tenha havido lucro no período.⁵⁰ O que ocorreu foi que o lucro obtido não foi revertido na forma de investimentos, uma vez que a desregulamentação financeira tornara mais atraente o retorno proporcionado pelo capital especulativo do que pelo produtivo.

Com efeito, a progressiva desregulamentação dos mercados financeiros e a abertura no comércio mundial de serviços e informação deflagrou um processo de flexibilização jurídica e desburocratização que

levou economias de crédito a se transformarem em economias de títulos negociáveis; tornou possível o acesso dos capitais privados a importantes espaços de acumulação real; ensejou o desenvolvimento de mecanismos destinados a assegurar maior proteção, flexibilidade e liquidez dos ativos financeiros; elevou a qualidade dos fluxos de informação e aumentou a eficiência na gestão de portfólios; multiplicou as alternativas de novos serviços e de novos negócios ao ampliar o leque de ofertas em matéria de prazos, moedas, taxas de remuneração e taxas de juros; liberalizou e/ou revogou as regras que até então disciplinavam rigidamente os fluxos financeiros entre residentes e não-residentes; possibilitou a ampliação das carteiras dos investidores institucionais e não-institucionais; abriu caminho para operações que não aparecem nos balanços das instituições e são difíceis de ser detectadas por controles oficiais (*off-balance sheet operations*); desenvolveu engenharias inéditas de capitalização, poupança e financiamento; e, finalmente, conduziu a uma acentuada interpenetração patrimonial entre empresas, por um lado, e bancos e agentes não-bancários, por outro (FARIA, 2002, p. 66).

⁵⁰ O pífio crescimento econômico do período é parcialmente explicado pelas altas taxas de desemprego, as quais exigiram do Estado pesados investimentos na área social, fazendo com que a dívida pública crescesse - a despeito do apequenamento do Estado de bem-estar. Com a recessão de 1991, a dívida pública dos países ocidentais assumiu proporções alarmantes (ANDERSON, 2008, p. 16).

O salto tecnológico e o aprimoramento da informática, ao passo em que permitiram uma grande redução da mão-de-obra necessária à reprodução do capital, viabilizaram esse novo tipo de acumulação capitalista, alicerçada no capital financeiro e especulativo, sendo responsáveis por uma vasta reorganização do sistema financeiro internacional.

O desenvolvimento tecnológico permitiu a informatização dos bancos comerciais e financeiros, o que fez aumentar a velocidade dos fluxos de recursos e circulação de capitais, facilitou o acesso ao mercado do Sudeste Asiático e a compensação cambial entre diversos países. Isso proporcionou ganhos crescentes aos investidores a cada flutuação nos valores das ações, taxas de câmbio e de juros. Assim, na década de 80 houve uma verdadeira explosão dos mercados de câmbio internacionais, cujas transações eram puramente monetárias (ANDERSON, 2008, p. 16; FARIA, 2002, p. 66-67).

A estrutura do sistema financeiro e a articulação entre as bolsas de valores, juntamente com as sofisticadas redes de comunicação, passaram a permitir a transferência imediata de recursos para qualquer parte do mundo, principalmente para os “paraísos fiscais”. O resultado disso foi “a crescente mobilidade e ‘desmaterialização’ da moeda, convertida em informação eletrônica. Graças a essas mudanças, os fluxos de capitais passaram a cruzar fronteiras com independência quase absoluta da base econômica real” (FARIA, 2002, p. 68-69).

Igualmente, o aumento no fluxo internacional de bens e serviços, a expansão das empresas transnacionais e a chamada terceira revolução tecnológica permitiram a maior interpenetração de mercados financeiros, incrementando o famigerado fenômeno da globalização (CARCANHOLO; BARUCO, 2009, p. 140).

Assim, a sociedade distanciava-se cada vez mais do modelo de produção fordista, pendendo para o setor de serviços em detrimento do industrial, em um cenário em que as linhas de montagem davam lugar a processos comandados pela tecnociência (CARCANHOLO; BARUCO, 2009, p. 133).

Como o mundo está “globalizado”, a única forma de nele entrar é através do neoliberalismo. Portanto, na conformação de todo este processo está a globalização: uma integração sistêmica da economia em nível supranacional, concretizada pela expansão de redes comerciais e financeiras cada vez mais independentes do controle político dos Estados-nação (FARIA, 2002, p. 52).

Desde os anos 80, o termo “globalização” tem sido empregado em referência a um conjunto de processos interligados. Por exemplo, a crescente autonomia da economia em face da política; o aparecimento de novas estruturas decisórias que trabalham em tempo real e

possuem alcance mundial; a desnacionalização dos direitos; a padronização de práticas comerciais no âmbito internacional, juntamente com a desregulamentação do mercado de capitais e a volatilidade dos investimentos do capital especulativo; as mudanças na divisão internacional do trabalho etc. (FARIA, 2002, p. 59).⁵¹

Todavia, para Bauman (1999, p. 67), o significado mais relevante do conceito de globalização é o do “caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo”.

Longe de acarretar a homogeneização, o processo de integração que resulta da globalização provoca a concentração de poder. A unificação econômica privilegia os dominantes, na medida em que coloca todos os agentes sociais em um mesmo jogo, para o qual não estão igualmente preparados (BOURDIEU, 2001, p. 99).

Não se trata de um efeito secundário das leis da economia, mas o resultado pensado de certas políticas governamentais direcionadas à liberalização do comércio.

A transnacionalização dos mercados de insumos, produção, capitais, finanças e consumo, na medida em que se concretiza, passa a exigir mudanças jurídicas e institucionais para o efetivo funcionamento da economia globalizada. As normas jurídicas, de caráter abstrato, genérico e impessoal, encontram - cada vez mais - dificuldades em regular uma realidade sócio-econômica multifacetada, que vê em tempo real o aparecimento constante de regras espontaneamente criadas no seio de setores da economia (FARIA, 2002, p. 14-15).

Por sua vez, os setores vinculados ao sistema capitalista transnacional dispõem de mecanismos de pressão, barganha e veto que atuam sobre o Estado no sentido de lhe ditar metas, exigindo-lhe o aprimoramento e a ampliação de condições de “competitividade

⁵¹ Os preços dos bens e serviços comercializados no mercado internacional são estabelecidos de modo desvinculado e independente da alçada regulatória dos Estados, mitigando-se a ligação entre produção/circulação da riqueza e território, de modo que a economia cada vez mais se impõe sobre a agenda dos governos. Uma das consequências do abalo da soberania do Estado-nação pela globalização é a fragilização de sua autoridade e o enfraquecimento de seu aparato burocrático (FARIA, 2002, p. 23-25).

sistêmica”, tais como a abertura comercial, a desregulamentação dos mercados, a desestatização, a flexibilização dos direitos trabalhistas etc.⁵²

As grandes organizações internacionais valem-se da ação de *lobbies* para defenderem seus interesses junto aos Estados-nação, seguindo-se uma estratégia bifronte de maximização de direitos do capital externo e a desvalorização do direito interno, como o que protege os consumidores, por exemplo (BOURDIEU, 2002, p. 108).

Isso cria uma enorme tensão entre defasados setores internos e o capital internacional, a qual se resolve, quase sempre, no Executivo. É importante ressaltar que, na arena político-administrativa, esse conflito passa a ser resolvido por meio de processos informais de negociação:

por operar sob a forma de redes formais e informais de interesses envolvendo um número variável de atores empresariais com distintos graus de influência e poder, e preocupados apenas em negociar acordos específicos sobre matérias determinadas, esta ordem tende a transcender os limites e controles impostos pelo Estado, a substituir a política pelo mercado como instância máxima de regulação social, a adotar as regras flexíveis da *Lex mercatoria* no lugar das normas do direito positivo, a condicionar cada vez mais o princípio do *pacta sunt servanda* à cláusula *rebus sic stantibus*, a trocar a adjudicação pela mediação e pela arbitragem na resolução dos conflitos e a pôr em xeque a distinção clássica entre o público e o privado (FARIA, 2002, p. 35).

O tempo do capital já não é mais o tempo da democracia, pois nenhuma empresa pode esperar uma decisão judicial por muito tempo sem, com isso, sofrer as punições do mercado (RAMOS FILHO, 1996, p. 90).⁵³

A flexibilização do direito não tem apelo apenas junto a setores do capitalismo avançado, mas também perante setores da sociedade civil. Os movimentos sociais, à semelhança de corporações transnacionais, já não devem aguardar demorados debates (no Legislativo e no Judiciário) acerca de temas cruciais para a sociedade. O movimento sindical,

⁵² “A pressão, hoje, é para *romper* os hábitos do trabalho regular, permanente, cronometrado, fixo – o que mais significaria o lema do ‘trabalho flexível’? A estratégia recomendada é fazer os trabalhadores *esquecerem*, não *aprenderem*, o que quer que pretendia ensinar-lhes a ética do trabalho nos dias dourados da indústria moderna. A mão-de-obra só pode tornar-se realmente ‘flexível’ se os empregados, efetivos ou em perspectiva, perderem os hábitos adquiridos do trabalho cotidiano, dos turnos diários, de um local permanente de trabalho e de uma empresa com colegas fixos; só se não se habituarem a qualquer tipo de emprego e, sobretudo, se evitarem (ou forem impedidos de) desenvolver atitudes vocacionais em relação a qualquer trabalho realizado no momento e abandonarem a tendência mórbida de fantasiar direitos à manutenção do emprego e as responsabilidades inerentes” (BAUMAN, 1999, p. 120, grifo do autor). Na prática, a flexibilização implica liberdade para a empresa desempregar trabalhadores, sem sofrer penalidades, quando as vendas diminuem; para reduzir ou aumentar unilateralmente as horas de trabalho; alterar as características do trabalho conforme seus interesses (por turno, por escala, horário flexível etc.) (ANTUNES, 2009, p. 234).

⁵³ A discussão democrática é incompatível com o tempo dos negócios. Blocos econômicos gigantescos, tais como a NAFTA, a União Europeia e os Tigres Asiáticos não podem ficar condicionados a procedimentos estatais burocráticos. Assim, criam-se leis, normas e mecanismos próprios de resolução de conflitos, tais como os órgãos de mediação e arbitragem (RAMOS FILHO, 1996, p. 91).

por exemplo, tem consciência de que é mais fácil aprovar direitos mediante confrontação com o patronato do que por meio do parlamento (RAMOS FILHO, 1996, p. 90).

Assim, as estruturas administrativas, políticas e jurídicas do Estado - agora redimensionado e subjugado pela lógica do capital - deixam de ser o *locus* natural das deliberações que conduzirão o país e passam a atuar como meros instrumentos ou mecanismos de adequação de interesses (FARIA, 2002, p. 37).

Com a desregulamentação, o Estado não só é capaz de responder à crise fiscal, mas também de estender seu controle a reações sociais dificilmente reguláveis por meio de uma justiça formal, uma vez que “o controle social pode ser executado na forma de participação social, a violência na forma de consenso, a dominação de classe na forma de ação comunitária” (AZEVEDO, 2000, p. 194).

3.2.3.1 Pós-modernismo

Permeando todo o conjunto de transformações estruturais por que passaram os países centrais desde a década de 70, e como expressão dessas mudanças, surge o movimento filosófico do “pós-modernismo”. Apesar de marcada por uma grande complexidade, a filosofia pós-moderna pretende ser a expressão dos valores e conceitos oriundos de uma nova realidade social, em que se ressalta a heterogeneidade de estilos, bem como o aspecto fragmentário e plural da sociedade (CARCANHOLO; BARUCO, 2009, p. 133), invocando-se um certo relativismo cognitivo para justificar essa posição (SOKAL; BRICMONT, 2006, p. 59).

Para Wood (1996, p. 123), são características do pensamento pós-modernista:

ênfase na linguagem, na cultura e no ‘discurso’ (com o argumento de que a linguagem é tudo o que podemos conhecer sobre o mundo e de que não temos acesso a nenhuma outra realidade), em detrimento das preocupações ‘economicistas’ tradicionais da esquerda e das velhas preocupações da economia política; rejeição do conhecimento ‘totalizante’ e dos valores ‘universalistas’ (incluindo as concepções ocidentais de ‘racionalidade’, as idéias gerais de igualdade, liberais ou socialistas, e a concepção marxista da emancipação humana geral), em benefício da ênfase na ‘diferença’, em identidades particulares diversas como gênero, raça, etnicidade, sexualidade e em várias opressões e lutas particulares e separadas; insistência na natureza fluida e fragmentada do eu humano (o ‘sujeito descentrado’), que torna nossas identidades de tal modo variáveis, incertas e frágeis, que é difícil ver como podemos desenvolver o tipo de consciência capaz de formar a base para a solidariedade e a ação coletivas fundadas numa identidade social comum (como classe), numa experiência e em interesses comuns – uma exaltação do ‘marginal’ - ; e repúdio das ‘grandes narrativas’, tais como as idéias ocidentais de progresso, incluindo as teorias marxistas da história

Não se fala mais em classes sociais, mas em espaços fragmentados, ocupados por grupos que trabalham cooperativamente. Na sociedade pós-industrial, o poder reside nos sistemas de informação e tecnológicos, assim como nos sujeitos que os controlam (PETRAS, 1996), de maneira que a característica essencial do homem passa a ser a sua capacidade de comunicação. A linguagem - representação simbólica do objeto -, torna-se mais importante do que o próprio objeto por ela representado, de modo que “todo jogo de linguagem, toda narrativa, seria assim equivalente às outras, não sendo aceitável, portanto, nenhuma meta-narrativa totalizante” (CARCANHOLO; BARUCO, 2009, p. 134).

Com efeito, “tudo parece negociável e transformável ao nível da empresa ou da família, do partido ou do sindicato, mas ao mesmo tempo nada de novo parece possível ao nível da sociedade no seu todo ou da nossa vida pessoal enquanto membros da sociedade” (SANTOS, 2010, p. 89).

Para os pós-modernistas, não se pode proceder a uma representação unificada do mundo, já que este nada mais é do que uma plêiade de fragmentos em constante mudança. O método científico, por sua vez, é incapaz de suprir as aporias epistemológicas, condenando o sujeito a um conhecimento eternamente imperfeito.

Alguns representantes dessa corrente buscam justificar seus posicionamentos amparando-se em conhecimentos científicos pretensamente adquiridos de uma “ciência pós-moderna”. Rejeitando a tradição racionalista do Iluminismo, advogam uma perspectiva subjetiva da realidade e arrogam para o pós-modernismo o *status* de pensamento “não-linear”.⁵⁴

Consectário lógico dessa recusa a uma abordagem totalizante é que não valem mais “as teorizações que construíam seus argumentos sobre o capital, capitalismo, valor, trabalho produtivo, sujeito revolucionário, etc.” (CARCANHOLO; BARUCO, 2009, p. 134).

Com efeito:

não existe uma coisa chamada sistema social (por exemplo, o sistema capitalista) com sua própria unidade sistêmica e suas ‘leis de movimento’. Há somente muitos tipos diferentes de poder, opressão, identidade e ‘discurso’. Não apenas temos que rejeitar as antigas ‘grandes narrativas’, como os conceitos iluministas de progresso, mas devemos renunciar a qualquer idéia de processo e causalidade histórica

⁵⁴ Um pensador pós-moderno aduz que a física quântica, os números complexos e a teoria do caos, dentre outras, “compartilham a hipótese de base segundo a qual a realidade não pode ser descrita em termos lineares e as equações não-lineares – e insolúveis – constituem o único meio possível para descrever uma realidade complexa, caótica e não-determinista”. Todavia, segundo Alan Sokal e Jean Bricmont, os pós-modernos abusam de uma linguagem científica que não dominam e utilizam o jargão próprio das ciências exatas para introduzirem conceitos vazios, confundindo, eles mesmos, o significado técnico de alguns conceitos. Acerca da frase acima citada, comentam os físicos: “esta sentença merece algum tipo de prêmio por enfiar o maior número de confusões no menor número de palavras” (SOKAL, BRICMONT, 2006, p. 144).

inteligível e, com isso, evidentemente, a toda idéia de ‘fazer história’. Só existem *diferenças* anárquicas, desconectadas e inexplicáveis. Pela primeira vez, estamos diante de uma contradição em termos: uma teoria de mudança de época histórica, baseada na negação da história (WOOD, 1996, p. 122).

Como não há sistemas que permitam análises causais, é impossível conhecer a origem da opressão e, com isso, almejar a emancipação humana ou mesmo a contestação do capitalismo. Portanto, “entre los motivos más insólitos de esta ideología, está el de haber decretado el fin de las ideologías” (CORREAS, 1996, p. 03).

Tomando como referência o conteúdo linguístico do trabalho – assentado agora na necessidade de comunicação e no entrelaçamento social -, pretende-se anular a distinção entre estrutura e superestrutura. A estrutura passa a ser entendida como o espaço em que as subjetividades, valorizadas pelo capital, interagem na forma de relações produtivas. A superestrutura, por sua vez, seria o espaço em que as subjetividades são produzidas (DI GIORGI, 2006, p. 73).

Desse modo, a subjetividade é o valor que prevalece no Estado neoliberal, seja a do indivíduo para com o Estado, ou a do indivíduo em relação a outros indivíduos – e de grupos particulares em relação a outros grupos (RAMOS FILHO, 1996, p. 94).

Nesse sentido, muitos autores apontam que a informática - e o salto que ela proporcionou para o setor de comunicação - teria permitido a identificação entre saber e produção material, o que conduziria à igualação entre as esferas do consumo, circulação e produção. Não haveria mais distinção entre trabalho produtivo e trabalho improdutivo. Agora, todas as relações sociais seriam potencialmente produtivas, o que cancelaria as diferenças de classes sociais, anularia a relação antagônica entre capital e trabalho e disseminaria a lógica da produção por toda a sociedade. Nesse sentido, a fábrica fordista é substituída pela “fábrica social”, em que todas as relações sociais são igualmente produtivas (LESSA, 2005).

Maurizio Lazzarato é um dos autores que encampam a ideia de uma sociedade produtiva. Segundo o autor, o mundo não é feito de objetos ou sujeitos, mas da combinação de relações físicas e sociais, resultantes da interação (hierárquica) entre uma infinidade de indivíduos (singularidades ou subjetividades). Há uma “multiplicidade de relações que não dependem nem do sujeito nem do objeto, mas que os constituem, que os geram, que os fazem emergir” (LAZZARATTO, 2006, p. 29-30).

O universo contemporâneo apresenta-se como virtualidade, uma vez que comporta uma multiplicidade indiscriminável de relações e acontecimentos, emanados do que Deleuze chama “agenciamentos de enunciação” (alma), os quais permitem a criação do “possível”.

Este “possível”, por sua vez, deve ser “efetuado” nos corpos ou “agenciamentos maquínicos” (*apud* LAZZARATTO, 2006, p. 17).⁵⁵

A interação entre os sujeitos se dá na forma da cooperação intersubjetiva, envolvendo subjetividades quaisquer, sendo que tal cooperação precede as formas de produção e são anteriores ao funcionamento da economia. Desse modo, o todo social é construído mediante a atuação de uma multiplicidade de singularidades, as quais se influenciam mutuamente, propagando e compartilhando hábitos corporais ou mentais (LAZZARATO, 2006, p. 43).

A invenção – o novo – é resultado da cooperação desta multiplicidade de singularidades e responsável pela criação de um mundo com infindáveis possibilidades. Cada nova invenção recai sobre uma rede de relações pré-existente e dá ensejo a um novo processo de criação, que se estende mediante a repetição, de modo que não se pode comandar o processo de invenção e difusão (LAZZARATO, 2006, p. 45-46).

Nesse contexto, a formação do valor depende tanto da invenção como da difusão ou, em outras palavras, da expressão de uma virtualidade e de sua efetuação social, de maneira que o processo constituinte deve se fazer por meio da diferença e repetição (LAZZARATO, 2006, p. 46).⁵⁶

Dessa maneira, analisar os complexos processos produtivos contemporâneos seria como “dar *zoom* num fractal, uma descida em círculos cada vez menores dentro de outros círculos semelhantes, com a aparente inventividade interminável do capital, em que cada área da atividade humana se torna a base para novas mercadorias capazes de produzir lucro” (HUWS, 2009, p. 46).⁵⁷

Consoante a concepção teórica esposada por Lazzarato, há que se abandonar a análise meramente dialética da sociedade para empregar uma que respeite a multiplicidade:

⁵⁵ Os dualismos metafísicos – indivíduo/sociedade, sujeito/objeto, capital/trabalho – apenas ceifariam a potência do virtual (LAZZARATTO, 2006, p. 30).

⁵⁶ “A maneira mais fácil de compreender tal processo de constituição é através do exemplo da internet. A internet é uma malha de fluxos e de redes, sejam atuais ou virtuais. A atualização de uma rede depende da potência do agenciamento, da conexão que se faz aos poucos. Navegar na internet significa conexão operar continuamente conjunções e disjunções de fluxos. Ao navegar, entramos em uma rede que terá sua configuração imediatamente alterada, uma vez que trazemos nossa própria singularidade, nossa própria mônada, com suas diferenças atuais e virtuais” (LAZZARATO, 2006, p. 49).

⁵⁷ Há complexas relações entre os atores corporativos - com a compra de ações de uma empresa por outra, considerada concorrente (e vice-versa) e com fusões e separações contínuas – bem como reestruturações internas, em que certas funções desenvolvem-se livremente, como se fossem empresas autônomas dentro da empresa, fenômeno que se soma à terceirização. Assim, as empresas “devem ser vistas como entidades mutuamente inter-penetrantes num constante fluxo levado adiante por uma elaborada teia de contratos em contínuo processo de renegociação” (HUWS, 2009, p. 47).

a relação capital/trabalho não constitui a relação social fundamental sobre a qual se alinham o conjunto das outras relações sociais. A escola, a prisão, o hospital (e ainda o direito, a ciência, o saber: tudo o que Foucault definia como ‘enunciados’) não mantêm com a produção uma relação do tipo estrutura/superestrutura” (LAZZARATO, 2006, p. 62).

A base econômica, a estrutura, a fábrica, todos estes elementos pressupõem mecanismos de poder que moldam o sujeito e permitem que as coisas sejam como são. Não há, pois, que se imaginar o contrário, ou seja, que a base econômica determina a existência de mecanismos disciplinares que agem sobre o indivíduo (LAZZARATO, 2006, p. 62-63).

A crítica que se dirige a Marx, neste tópico, é que o autor, ao eleger o elemento “trabalho” como categoria social fundante, teria negligenciado as relações de poder que ocorrem em outros espaços, entre homens e mulheres ou professores e alunos. A dialética capital/trabalho teria um poder totalizante a ser despolarizado por meio da noção de multiplicidade (LAZZARATO, 2006, p. 63).

No capitalismo contemporâneo, a empresa não se confunde com a fábrica. É possível que aquela esteja desvinculada desta e desempenhe apenas determinadas funções, tais como pesquisa, desenvolvimento, *marketing*, criação e comunicação. No “mundo da empresa” estão plasmadas as relações que a empresa, os trabalhadores e os consumidores mantêm entre si. Consumir não é apenas comprar determinado produto, mas fazer parte de determinado mundo, quase sempre veiculado pelos meios de comunicação. A televisão, neste passo, nada mais é do que um fluxo de publicidades permeado por filmes e telejornais, valendo-se mais do exemplo do que da disciplina, mais da imitação do que da restrição como estratégia de poder (LAZZARATO, 2006, p. 99-107).

Para ser literal: “o consumo não é destrutivo ou predatório, mas criador de outros conhecimentos, de outras obras. E a circulação torna-se o momento fundamental do processo de produção e consumo” (LAZZARATO, 2006, p. 137).

A saída, portanto, é investir na publicidade. É por meio do *marketing* que se cria uma clientela:

as empresas investem até 40% de seu capital de giro em marketing, publicidade, modelagem, design (na indústria do audiovisual americano, 50% do orçamento de um filme vai para a promoção e lançamento). Hoje em dia, os investimentos na máquina de expressão podem ultrapassar amplamente os investimentos nas rubricas ‘trabalho’ ou meios de produção” (LAZZARATO, 2006, p. 102).

Portanto, na contemporaneidade, a noção de trabalho fica esvaziada. Com efeito, “a invenção, enquanto criação de possíveis e atualização destes possíveis nas almas (dos consumidores e dos trabalhadores), é a verdadeira produção, ao passo que aquilo que Marx e

os economistas chamam de produção é, na verdade, reprodução” (LAZZARATO, 2006, p. 108).

A noção de mercado, também, altera-se em grande parte. Ele se resume, na atualidade, à formatação e à captação de uma clientela, mediante estratégias de fidelização e inovação de produtos, de modo que a produção se identifica com os serviços voltados aos estilos de vida. “O serviço não satisfaz uma demanda prévia, mas deve antecipá-la, ou melhor, fazê-la acontecer” (LAZZARATO, 2006, p. 111).

O mundo criado pela empresa para o consumidor destina-se, igualmente, ao trabalhador. Trabalhar na empresa é pertencer ao mundo da empresa, partilhando seus desejos, crenças e objetivos. A empresa adiciona estratégias de controle àquelas disciplinares herdadas da fábrica. Diante dela, desenvolve-se um formato majoritário de comportamentos e estilos de vida que envolve o público (LAZZARATO, 2006, p. 111-115).

Todavia, é preciso olhar com cuidado para as teses aqui assinaladas. É certo que o mundo do trabalho passa por uma reestruturação e encontra uma nova morfologia - na expressão cunhada por Ricardo Antunes.⁵⁸ É fato que há uma gama incontável de trabalhadores cujo ofício não é concretizado nas linhas de produção fabris, mas que, ao contrário, vale-se de um tipo de produção essencialmente intelectual e imaterial.

Contudo, não são poucos os autores a aduzir que o trabalho e a luta de classes, enquanto fenômenos ontológicos que sustentam a reprodução social, ainda persistem em sua essência. Nesse sentido, a assim chamada “sociedade do conhecimento” nada mais seria do que um “falso socialmente necessário” à reprodução capitalista (LESSA, 2008).⁵⁹

A pretensa divisão entre o trabalho manual e o trabalho intelectual é a expressão mesma da divisão de classes. Nessa cisão, cabe à classe dominante organizar a exploração do trabalho e, aos trabalhadores manuais, executar as diretrizes estabelecidas pela classe dirigente a fim de transformar a natureza nos meios de subsistência de todos (LESSA, 2008).

A ideia de que o intelecto, na sua atividade de planejar, conceber e preparar o trabalho, é o responsável pela produção dessa riqueza material é uma concepção ideológica que tem por fim justificar a exploração sobre o trabalho. A importância do trabalho intelectual

⁵⁸ A nova morfologia do trabalho aponta para a diminuição do proletariado industrial estável e o aumento dos trabalhadores precarizados no setor de serviços, tais como as atendentes de telemarketing e *call center*, os motoboys, os funcionários do *fast-food* etc. Em sua nova configuração, a classe trabalhadora é heterogênea e cindida em trabalhadores estáveis e precários, jovens e idosos, homens e mulheres, nacionais e imigrantes (ANTUNES, 2009, p. 237).

⁵⁹ Na lição de Lessa (2008), o falso socialmente necessário ocorre quando ideias rigorosamente falsas são utilizadas para justificar uma dada formação social. Tais ideias referem-se a fatos da vida cotidiana e, muitas vezes, adquirem indevidamente o *status* de verdade.

na organização do trabalho não significa que este se fundiu com o trabalho manual (LESSA, 2008).

Para autores como Lazzarato, teria havido a anulação da diferença entre a atividade do cérebro e a atividade das mãos. Obviamente, o capital possui a capacidade de extrair mais-valia não apenas do intercâmbio orgânico com a natureza, mas também de muitas outras atividades humanas. Mas isso não autoriza igualar elementos distintos como consumo, produção e circulação sob o signo do trabalho imaterial, como pretendem alguns autores (LESSA, 2005).

A automação, a informatização e a robotização da linha de montagem trazidas pelo toyotismo no final dos anos 80 não foram suficiente para acabar com o trabalho manual, assim como não o foi a automatização da fábrica fordista, e pensar diferentemente significa dar vazão a uma espécie de idealismo pós-moderno (LESSA, 2005; LESSA, 2008). Ademais, conforme aponta Dario Melossi, os funcionários responsáveis pelo desenvolvimento de novos algoritmos para *softwares* “continuam a ter necessidade de quem cozinhe seus hambúrgueres, lave suas camisas e lhes garanta um certo relaxamento à noite, diante de um aparelho de televisão ou em qualquer outro local” (MELOSSI, 2006, p. 20).

Quer parecer, portanto, que o pensamento pós-modernista não é outra coisa senão a expressão filosófico-ideológica do estágio atual do desenvolvimento das forças produtivas. Conforme afirmam Carcanholo e Baruco, “a forma histórica, sobre a qual o pós-modernismo constrói as suas fundamentações, é produto do próprio capitalismo, em determinadas conjunturas histórico-sociais”. Dessa forma, pretender conferir um caráter de validade universal ao momento neoliberal é outorgar um *status* de “ontológico” àquilo que não passa de fase histórica. Por esta razão, é possível inserir na noção de pós-modernismo a compreensão de que essa nova filosofia é o reflexo de mudanças estruturais que resultaram em uma sociedade dita pós-industrial (CARCANHOLO; BARUCO, 2009, p. 133-138).

Os pensadores pós-modernos assumem uma retórica de “menos Estado” a partir do topo e a estendem também para baixo, provocando a cisão entre sociedade e Estado, sendo que, na medida em que criticam o estatismo, reforçam a necessidade de autonomia e auto-organização social (PETRAS, 1996).⁶⁰

No entanto, o fortalecimento das redes locais nada mais é do que consectário da exclusão da rede global e das liberdades que ela enseja. “A fragmentação e o isolamento ‘na

⁶⁰ Note-se, por exemplo, que os grupos sociais que exercem pressão política estão compartimentalizados: consumidores, sem-terra, ambientalistas e ONG's de toda sorte. Os novos movimentos sociais, diferentemente dos tradicionais, são heterogêneos, com campos de atuação diversificados e específicos, localizados geograficamente e conceitualmente (RAMOS FILHO, 1996, p. 98).

base' continuam sendo os irmãos gêmeos da globalização 'no topo'." (BAUMAN, 1999, p. 136).

A resistência, na presente conjuntura, não mais deve ser feita pelo operariado. Este tampouco deve ser substituído por um novo sujeito histórico. Em verdade, é a multiplicidade de sujeitos, composta de trabalhadores, consumidores, pesquisadores, ativistas, jovens, adultos etc. que deve assumir uma postura ativa de resistência. Estabelecer as lutas contemporâneas nos termos da disputa capital/trabalho, empregado/empregador, acaba por reduzir a capacidade de se propor novos problemas e de se aventarem novas soluções. Reduzir todo o campo de possibilidades que pode surgir da cooperação entre cérebros ao binômio empresa/empregado é reforçar o poder daquela sobre este (LAZZARATO, 2006, p. 130-143).

O pensamento pós-moderno, na medida em que se serve de uma filosofia que preza pela fragmentariedade, permite ao neoliberalismo alicerçar-se em uma lógica macro e totalizante. Desse modo, uma das principais tensões políticas que tomam corpo no neoliberalismo se dá entre “globalização” e “hiper-localização”. Se de um lado há um “mercado global”, nutrido por grandes conglomerados transnacionais, as demandas dos movimentos populares são localizadas, específicas, compartimentalizadas e estanques (RAMOS FILHO, 1996, p. 92).

3.2.3.2 O controle social pós-fordista⁶¹

A globalização significou um pesado golpe à soberania do Estado, que se viu incapaz de proteger eficazmente o trabalhador diante da automação da produção e da precarização das relações de trabalho. A economia passou a focar os grandes investidores, em um modelo caracterizado pela desterritorialização da produção e desmaterialização do processo produtivo – reduzido, basicamente, a um ato criativo (SERRA, 2009, p. 110-114).

A força de trabalho que exsurge da reestruturação capitalista é flexível e móvel. É uma verdadeira “multidão”, cuja potencialidade produtiva excede as necessidades do capital.

⁶¹ O “pós” do pós-fordismo indica um processo de transição de algo que “não é mais aquilo que era” para algo que “ainda não é”. Portanto, é um conceito que se refere a uma tendência e a um momento de transição. Diz respeito às transformações do trabalho e da produção ocorridas a partir dos anos 90, no qual se observa o esgotamento do modelo industrial fordista e o surgimento concomitante de um novo paradigma de produção. O sistema taylorista das grandes fábricas tende a ser suplantado paulatinamente e, junto com ele, o modelo fordista de regulação salarial, no qual se aliavam rendimento operário, produtividade social e consumo em massa. Em complemento, vê-se o desmantelamento das políticas keynesianas do Estado-providência (DI GIORGI, 2006, p. 63-64).

A comunicação transforma-se na principal mercadoria (informação) e, o intelecto, na nova ferramenta de produção.⁶²

A produtividade passa a residir em atributos comuns a todos seres humanos, tais como a capacidade de linguagem e invenção, propensão à comunicação e afetividade. Assim, o capitalismo começa a buscar tais qualidades, requerendo-as não apenas no espaço-tempo do trabalho, mas no amplo espaço das relações entre os sujeitos. E, “se a linguagem, a comunicação e a relacionalidade se tornaram elementos constitutivos da produtividade, a cooperação social representa certamente a sua forma de realização”. A cooperação segue uma lógica refratária ao disciplinamento, que pretende impor esquemas rígidos e repetitivos de trabalho. O principal instrumento produtivo – o intelecto – não revela de plano os recursos necessários a sua reprodução, de modo que o domínio do capital sobre o processo de produção não se dá tanto por um controle econômico, mas político e externo (DI GIORGI, 2006, p. 74- 76).

Assim como a polícia foi necessária para conter a pilhagem crescente nos portos ingleses do século XVIII, agora também é preciso desenvolver uma nova forma de controle sobre as novas riquezas. A força produtiva responsável pela criação desta riqueza não está mais concentrada no mesmo ambiente, sob a supervisão do capital. É antes uma “multidão” indistinta, esparsa, que não se reduz e que não pode ser reduzida às categorias até então criadas (DI GIORGI, 2006, p. 109). Como a potencialidade das singularidades rompe a lógica do encerramento, já não podem ser disciplinadas em um espaço fechado, senão moduladas ou gerenciadas em um espaço aberto (LAZZARATO, 2006, p. 72).

A alteração das relações de produção e o modelo de compra e venda da força de trabalho, ensejou mudanças nas estratégias de controle social. Para dar conta do tipo de trabalhador que nasceu com a nova configuração do capitalismo, a técnica empregada é a de um controle externo e difuso, capaz de subjugar multidões e não apenas indivíduos, recorrendo-se mais ao controle e à vigilância do que à disciplina.⁶³ Tal é a característica mais marcante do controle social pós-fordista.

A complexidade, a multiplicidade e a heterogeneidade da força de trabalho contemporânea são redefinidas pelas estratégias de controle como fontes de incerteza e

⁶² A organização taylorista, assentada na hierarquia, repetitividade e sincronismo perde muito de seu valor diante da flexibilidade do novo modelo. Exemplo eloquente é o do “logo”. O logo não é apenas uma marca que permite distinguir um produto de outro. Ao contrário, “ele encerra o valor lingüístico ou imaterial do próprio produto, torna-o parte de um estilo de vida e faz dele um medium da comunicação social” (DI GIORGI, 2006, p. 72-73).

⁶³ As técnicas disciplinares têm por objetivo impor determinado padrão de comportamento, mas só podem agir de maneira eficaz em um ambiente em que a multiplicidade é reduzida e espacialmente limitada, como ocorre na fábrica e nas escolas (LAZZARATO, 2006, p. 65).

imprevisibilidade. Diante disso, o regime disciplinar começa a se esfacelar, dando lugar a um modelo atuarial de gestão do risco:

as novas estratégias penais se caracterizam cada vez mais como dispositivos de gestão de risco e de repressão preventiva das populações consideradas portadoras desse risco. Não se trata de aprisionar criminosos perigosos individuais, isto é, de neutralizar fatores de risco individual, mas sim de gerir, ao nível de populações inteiras, uma carga de risco que não se pode (e, de resto, não se está interessado em) reduzir (DI GIORGI, 2006, p. 97).

Trata-se de deslocar a atenção das características individuais dos infratores para uma classe social composta por pessoas que ostentam características comuns. Há “uma tentativa de definir um espaço de contenção, de traçar um perímetro material ou imaterial em torno das populações que são ‘excedentes’, seja a nível global, seja a nível metropolitano, em relação ao sistema de produção vigente” (DI GIORGI, 2006, p. 28).

E como já não há diferença entre espaço de trabalho e espaço de lazer, tempo de trabalho e tempo de lazer, nem uma disciplina que imponha tais espaços e tempos, há uma tendência exagerada ao controle total, de gestão do risco e prevenção do imprevisível, com o objetivo de impedir que os grupos específicos se reconheçam como parte da “multidão” e, com isso, construam laços de cooperação social e política que viabilizem a rebelião. Já não subsiste uma mobilização intersubjetiva, organizada em forma de resistência, principalmente porque os espaços físicos da fábrica e as interações sociais que neles ocorriam foram desmanteladas pela nova forma de produção (DI GIORGI, 2006, p. 111-114).

Assim é que se afirmava, já na década de 80, uma tendência a que as classes oprimidas – desorganizadas individualmente – passariam a ser desorganizadas a nível comunitário. De cidadãos e eleitores marginalizados passariam a integrar o grupo de moradores de um bairro, trabalhadores de uma fábrica e consumidores de um produto. Levantou-se a hipótese de que o Estado iria tutelar a organização comunitária que correspondesse à desorganização das classes trabalhadoras no capitalismo (AZEVEDO, 2000, p. 194).

A incapacidade do Estado em promover eficazmente a disciplina é evidente no contexto inglês, que provê um exemplo paradigmático deste movimento global. Conforme assinala David Garland, a Inglaterra tem assistido ultimamente a uma mudança no discurso sobre a criminalidade. A atitude otimista por parte do Estado perdeu força e já não se fala em “guerra contra o crime”. Ao contrário, é praxe que o governo, em seus relatórios oficiais e policiais, reconheça a incapacidade dos órgãos do Estado em controlar, por si sós, a criminalidade. Com efeito, os objetivos do Estado mudaram: agora, “propõe-se uma melhor

gestão dos riscos e dos recursos, uma redução do medo e dos custos da criminalidade e da justiça criminal e um apoio maior às vítimas” (GARLAND, 2002, p. 70-74).

Alinhado a este discurso político, emerge um discurso criminal alimentado por uma nova concepção de delito, que passa a ser apreendido como um fato comum na vida cotidiana da sociedade moderna, que não exige maiores explicações. Para a vítima e para o público, o crime é um risco a ser levado em consideração, um “acidente” a ser evitado, e os criminosos não passam de oportunistas que calculam racionalmente as vantagens da prática do crime (GARLAND, 2002, p. 75).

Dessa forma, a linguagem do risco e da probabilidade ganha importância crescente e adentra o terreno da criminologia, nela inserindo elementos econômicos de raciocínio, que conferem grande importância a objetivos como compensação e redução de danos (GARLAND, 2002, p. 76).

Na base deste movimento está a passagem de um modelo formalista e universal a um paradigma flexível e fragmentado, o qual corresponde à delegação paulatina, pelo Estado, de determinados ônus historicamente assumidos, deixados, agora, a cargo de organismos particulares conduzidos eminentemente pela lógica de mercado.

E isto é exatamente o que se dá com a Justiça Restaurativa. Esta não nasce alheia ao Estado, mas procura, passo a passo, tornar-se independente e seguir uma lógica própria.

Portanto, a análise feita por Garland poderia muito bem ser estendida à Justiça Restaurativa, uma vez que tal modelo pretende precisamente deslocar parcelas do controle social para setores privados da comunidade, de maneira que os próprios cidadãos gerenciem universos sociais particulares, sendo que, na maioria das vezes, o que se busca não é muito mais do que soluções financeiras para restauração do conflito.

Desse modo, a outra característica marcante da sociedade “pós-industrial”, e que está intimamente ligada à primeira, refere-se ao apequenamento do Estado enquanto instância reguladora e promotora de bem estar social. Diante da debilidade do ente estatal, estratégias são criadas para substituí-lo em funções clássicas. No caso específico do combate à criminalidade, tem-se delegado a grupos e indivíduos a responsabilidade de seu enfrentamento:

a estratégia de responsabilização impulsiona o Estado a tentar delegar a responsabilidade pela repressão criminal às organizações particulares e aos indivíduos, incitando-os a seguir caminhos que reduzam as infrações. Fala-se em ‘mobilizar as comunidades’, em estabelecer uma ‘cooperação inter-organismos’ e criar uma nova geração de ‘cidadãos’ ativos. A primeira etapa é ‘identificar as pessoas e os organismos que têm competência para reduzir eficazmente as oportunidades de crime e avaliar se estes têm delegação para fazê-lo e se isso pode

se tornar obrigatório'. Em outros termos, identificar quem está em posição de controlar verdadeiramente o crime, e inventar maneiras de serem obrigados a fazê-lo (GARLAND, 2002, p. 78).

Esta estratégia interessa aos quadros do Estado, uma vez que diminui suas atribuições e concorre para eliminar o viés assistencialista, que permite reduzir a implementação de direitos sociais e políticas públicas – medidas importantes na agenda de organismos tais como o FMI.

De outro lado, responsabilizar o indivíduo permite reduzir sua dependência para com o Estado, ao passo que aumenta sua dependência em relação ao mercado e ao capital privado (GARLAND, 2002, p. 78).

A flexibilização jurídica, incessantemente pleiteada, produz o enfraquecimento da lei e ocasiona a imposição desmedida da lógica do capital sobre todos os setores da vida social, em que a única regra é “não haver regras”. Todavia, como reconhece Supiot (2007), a desregulamentação, embora reduza a heteronomia da norma, nem sempre redunde em autonomia individual.

Coincidentemente, um dos principais lemas neoliberais se traduz na fórmula “menos Estado e mais sociedade civil”. Menos Estado para controlar o capital – e não para conferir mais liberdade ao cidadão; mais sociedade civil para as empresas privadas – e não para abrir espaço à participação cidadã. De fato, o imaginário jurídico foi invadido pela noção de que o neoliberalismo tem provocado desregulamentação. Todavia, é preciso que se diga que tal desregulamentação incide apenas no setor econômico. A retirada do Estado não ocorre, por exemplo, no campo da produção de ideologia (CORREAS, 1996, p. 04-06).⁶⁴

A compreensão do controle social pós-fordista deve ser buscada a partir de duas premissas: a premissa econômica do neoliberalismo e a filosófica do pós-modernismo. Ambas estão funcionalmente vinculadas e sustentam as seguintes verdades: a) que o mundo está globalizado, o Estado enfraquecido e que a produção da riqueza se sustenta no trabalho imaterial; b) que um discurso totalizante da realidade é inviável, devendo prevalecer uma ética discursiva, consensual e fragmentada.

Diante desta configuração da economia e filosofia contemporâneas, o controle social só pode se estabelecer: a) como controle difuso, fragmentado e comunitário, abandonando-se a disciplina em favor do controle; b) informalmente, no espaço local, longe da ineficiente

⁶⁴ De fato, os liberais nunca propuseram encolher o Estado comandado pelo capital, o qual proporciona bons negócios. Tampouco pretenderam dismantlar o Estado que adquire armamento, usado para reprimir os próprios cidadãos – embora “valorize” a participação popular. Tampouco o Estado que reprime os invasores de terra e os ambulantes. Este Estado não se quer reduzir (CORREAS, 1996, p. 05).

tutela do Estado, servindo às necessidades do caso concreto, da comunidade e da ética individual dos interessados no conflito.

O modelo contemporâneo de justiça (neoliberal e pós-modernista) não propõe a manutenção rígida da estrutura social ou sua mudança. Ao contrário, pleiteia uma mudança autocontrolada, que responda a demandas sociais fragmentadas. Para isso, fomenta a busca de soluções diretas do conflito pela própria sociedade civil, à margem do Estado. Privilegia-se a solução consensual entre as partes, o que se justifica pela necessidade de haver uma continuidade nas relações internas da classe dominante e pelo fato de que uma decisão judicial é sempre do tipo “ganha-perde” (RAMOS FILHO, 1996, p. 105-106).

Busca-se convencer a classe dos explorados de que vale mais a pena atuar com parcimônia a fim de obter seus objetivos - seja do governo, seja dos particulares - do que arriscar o aprofundamento dos conflitos sociais ao judicializá-los (AZEVEDO, 2000, p. 190). É por esta razão que se afirma que “el mayor éxito del liberalismo contemporáneo, del llamado *neoliberalismo*, consiste en haber ganado adeptos entre sus víctimas” (CORREAS, 1996, p. 03, grifo do autor).

Com efeito, a ineficiência do Estado é um poderoso instrumento de pressão que remete as classes sociais a um universo privado de solução de conflitos. Isso se observa no fato de que as demandas sociais mais complexas são tratadas pelo Estado como uma questão jurídica. Assim, o conflito social se transforma em um conflito entre partes (formalmente iguais perante a lei) e, no decorrer do processo judicial, transforma-se em conflito entre advogados e, após uma decisão “imparcial”, transforma-se em uma querela entre juízo *a quo* e juízo *ad quem*, diluindo-se o conflito no tempo (RAMOS FILHO, 1996, p. 100). Desse modo, a luta por direitos se desloca do âmbito político para o jurídico, fazendo com que o debate teórico seja travado no jargão próprio das autoridades políticas, jurídicas e pela mídia, cujo discurso está afinado com os interesses do capital (PINHEIRO, 2009, p. 113-114).⁶⁵

Em nível intelectual e ideológico, os argumentos para a informalização da justiça não residem tanto nas necessidades do novo capital quanto na desilusão para com o sistema prisional, que não cumpre a meta da ressocialização. O patente inadimplemento das promessas da modernidade seria a razão para a busca de alternativas (ABEL *apud* AZEVEDO, 2000, p. 109-111). E a Justiça Restaurativa é um dos modelos escolhidos para dar conta da nova configuração dos mecanismos de controle social. Portanto, chega-se à tese

⁶⁵ “Para que qualquer demanda dirigida ao Estado se torne um programa de ação estatal é preciso que ela sofra uma ‘tradução’ para as categorias jurídico-administrativas próprias da gestão burocrática, exigência técnico-administrativa que opera como filtro político porque tem consequências diversas conforme a origem de classe da demanda” (PINHEIRO, 2009, p. 115).

central do presente trabalho: a de que a Justiça Restaurativa nada mais é do que a expressão jurídica do peculiar momento histórico do capitalismo neoliberal.

3.2.4 A Justiça Restaurativa no interior do capitalismo neoliberal

Encontra-se em Ramos Filho (1996, p. 96-97) a seguinte descrição de determinado fenômeno jurídico: possui caráter referencial, estabelecendo um conjunto de princípios – e não regras. Não é formal ou material, mas reflexivo, assentado na ética particular dos incluídos no sistema. Não se legitima pela racionalidade, nem pelo resultado: ao contrário, funda-se no consenso e na negociação – que prevalece tanto no âmbito privado quanto em face do Estado. Não é repressivo ou provedor, mas possui um viés responsivo.

Ao contrário do que se poderia pensar, o autor não está tratando da Justiça Restaurativa, mas daquilo que entende ser o direito no contexto neoliberal, cuja característica central está na sua aversão ao modelo de justiça formal e positivista.

Porém, tal descrição coaduna-se perfeitamente com o ideal de Justiça Restaurativa. A Justiça Restaurativa corresponde exatamente àquilo que se espera de um modelo neoliberal de justiça, porquanto, como se evidenciou no segundo capítulo, trata-se de modelo essencialmente comunitário, difuso e informal, sendo, além de tudo – conforme aduz Scuro Neto (2008) - um dos frutos do processo de desregulamentação que se tem implementado nas últimas décadas.

Com efeito, a justiça estatal não é a melhor opção à transformação sofrida pelo capitalismo – que de competitivo passou a monopolista. Não se almeja mais a previsibilidade e segurança jurídico-sociais, as quais eram encontradas nas instituições formais. Diferentemente, no capitalismo monopolista é possível e até desejável rejeitar a legislação

formal, considerada um entrave ao desenvolvimento econômico (AZEVEDO, 2000, p. 109-111).⁶⁶

Quando setores do capitalismo neoliberal perceberam a insatisfação social provocada por suas medidas, muitos políticos financiaram estratégias paralelas de atuação a partir da base. A proliferação da ONG's, a partir dos anos 80, é paradigmática e representa uma estratégia de organização social fora do Estado. Tais entidades são, em verdade, financiadas por governos estrangeiros e nacionais, e funcionam como intermediários entre o capital global e as organizações locais. Ao se disseminarem, fragmentam as comunidades em pequenos grupos, impedindo-os de verem a conjuntura mais ampla em que se situam (PETRAS, 1996).

A ênfase na atuação local serve a interesses neoliberais na medida em que permite o domínio na esfera macro. Isso se vê em países como Peru e Chile, em que a disseminação de ONG's em determinados locais redundou na retração dos movimentos sociais radicais nestes mesmos lugares. A estratégia é neutralizar a oposição política na base para promover o neoliberalismo pelo alto, o que se faz, dentre outras maneiras, mediante o financiamento de projetos comunitários que absorvem provisoriamente pequenos grupos de trabalhadores pauperizados e que servem para cooptar líderes locais e enfraquecer o movimento de lutas sociais (PETRAS, 1996).

Como efeito colateral, a delegação (terceirização) para ONG's de funções tipicamente estatais acarreta graves distorções na aplicação das finalidades do Estado, notadamente em virtude da adoção de uma lógica de empresa (SALIBA, 2008, p. 241).⁶⁷

⁶⁶ Observe-se, por exemplo, o que ocorreu na França. Após 1968, o país assistiu ao fortalecimento dos sindicatos e da classe operária. Os empregados ganharam o direito de participar da negociação coletiva para decidir as condições de trabalho, fazendo surgir o fenômeno da lei negociada. A negociação passou a produzir a lei, bem como a impor-se no momento da execução de leis previamente estabelecidas. A lei, então, já não se mostrava capaz de estabelecer rigidamente parâmetros mínimos fora do alcance da negociação. Tornava-se, isso sim, uma norma meramente subsidiária, aplicada apenas na ausência da negociação. Não demorou a aparecer outra dimensão da negociação coletiva: a imposição da obrigação de negociar. Embora a regra seja a liberdade contratual – ninguém é obrigado a contratar –, começa a haver no Direito do Trabalho francês, a partir de 1971, a mitigação desse princípio, com o reconhecimento aos trabalhadores do seu direito de negociar e, mais ainda, em 1981, a instituição das primeiras obrigações de negociar. Porém, o que parecia um direito novo do trabalhador não o era necessariamente, já que a lei não se restringia a impor a negociação, mas fixava os objetivos do acordo a ser travado, sendo que, cada vez mais, a lista dos objetos negociáveis era aumentada (SUPLOT, 2007, p. 200-203 e 226-227).

⁶⁷ Após pesquisa acerca de parceria realizada entre a Fundação Casa e uma ONG para aplicação de medidas socioeducativas para adolescentes infratores, aponta o autor que “a terceirização da aplicação das medidas socioeducativas pela ONG analisada transformam os adolescentes em números e cifras e, quando considerados os dados estatísticos, das aplicações das medidas, antes e depois da terceirização um [houve] aumento brutal da aplicação da medida de *Liberdade Assistida*, ou seja, da diminuição da tolerância dos pequenos desvios, exclusivamente para a manutenção do projeto. A consequência nefasta é o aumento da exclusão dos adolescentes infratores em razão do estigma de ‘marginal’ (SALIBA, 2008, p. 241).

A Justiça Restaurativa é expressão do contexto neoliberal e pós-modernista porque: a) é informal e flexível; b) instrumentaliza e estende difusamente a rede de controle social, que se realiza comunitariamente.

A Justiça Restaurativa segue o exato figurino da estrutura socioeconômica neoliberal e expressa o respectivo discurso pós-moderno, porquanto é o modelo de justiça que privilegia e fomenta a compartimentalização social em grupos heterogêneos, ao passo em que estende o controle penal por todos os poros da sociedade, promovendo a pacificação dos conflitos sem problematizar suas causas mediatas.

Conforme aponta Melo (2008, p. 67-69), o fortalecimento da cooperação comunitária proporcionada pela Justiça Restaurativa permite a substituição da relação de dependência dos indivíduos para com o Estado para uma postura de autonomia e liberdade. Segundo o autor:

ganha-se, assim, uma dimensão de governança pela própria comunidade, vale dizer, de gestão do rumo dos eventos de um sistema social, envolvendo as tradições e instituições pelas quais a autoridade é exercida, fazendo com que a justiça e segurança possam ser objeto de deliberações locais, através da cooperação de redes comunitárias com instâncias governamentais e não-governamentais (MELO, 2008, p. 67-69).

Todavia, o projeto restaurativo é extremamente dependente do aparelho do Estado e a sua institucionalização, ainda que mínima, parece ser requisito essencial para o sucesso de tal paradigma.

Conectando-se às instituições estatais, a Justiça Restaurativa se torna um braço informal do Estado e provoca um risco real de extensão da rede de controle social. Isso porque, a pretexto de informalizar a reação punitiva, certos tipos de comportamentos que, via de regra, não ingressariam no sistema de justiça criminal, passam a ser absorvidos pelo aparelho do Estado.

A capilaridade própria da Justiça Restaurativa teria o condão de “atrair” pequenos delitos ao processo formal de justiça criminal em casos, por exemplo, em que uma mera advertência policial seria o bastante para lidar com uma situação-problema (PALLAMOLA, 2009, p. 139). Nesse mesmo sentido, ressalta Jaccoud (2005, p. 178) que

as práticas que visam à redução do recurso ao sistema penal podem conter um efeito perverso: aplicado às clientelas e às situações que não teriam sido jamais tratadas pelo sistema penal, estas práticas podem, ao contrário, contribuir para aumentar o controle no que diz respeito a essas ‘novas clientelas’.

Uma crítica semelhante já fora feita em relação às penas alternativas. Estas, a despeito de reduzirem a utilização da pena de prisão, acabaram por se somar a ela, punindo

situações que antes não caíam nas engrenagens do sistema penal, aumentando, assim, a rede de controle social (PALLAMOLA, 2009, p. 139).

No programa de Porto Alegre, por exemplo, constata-se uma nítida instrumentalização da Justiça Restaurativa para com o aprimoramento da execução de medidas socioeducativas. Lá, a prática restaurativa “não persegue qualquer fim autônomo, mas é utilizada para a consecução de fins, já previamente dados, de execução de medidas socioeducativas” (BENEDETTI, 2008, p. 290).

Em casos como esse, a Justiça Restaurativa deixa de ser um fim em si mesmo para se tornar um meio para finalidades outras que não necessariamente restauradoras. Destarte, não contribui para a desinstitucionalização, figurando apenas como mais elemento extra da execução da medida socioeducativa. À medida que isso ocorre, a Justiça Restaurativa perde suas referências político-criminais e passa a ser guiada pelos mesmos objetivos do modelo tradicional.

Não é diferente em São Caetano do Sul, em que o modelo restaurativo abrange tanto o âmbito judicial quanto o escolar. Quando se alia à rede educacional – um eficiente sistema de controle social informal –, o Poder Judiciário estende consideravelmente sua capacidade de controle. Por isso, pontua Benedetti:

uma vez que os resultados de todos os casos resolvidos nas escolas são encaminhados ao Poder Judiciário, para que se proceda ao arquivamento formal em caso de êxito, conflitos que, antes, não chegavam às instâncias judiciais [...] passaram a integrar sua rotina de trabalho. Mesmo que o Poder Judiciário não intervenha diretamente sobre esses casos, limitando-se homologar os acordos encaminhados, eles devem, para que possam passar pelo crivo do promotor de justiça e do juiz, ser registrados formalmente como qualquer outro feito (BENEDETTI, 2008, p. 291).

É o que ocorre no programa de Brasília, onde a solução restaurativa parece alinhar-se com uma finalidade institucional de aprimoramento dos Juizados Especiais Criminais, provocando, de plano, um paradoxo: a celeridade almejada pelos Juizados Especiais é de todo incompatível com o objetivo restaurativo proposto pelos gestores do programa, a saber, um objetivo de “pacificação social a partir da resolução das causas subjacentes dos conflitos”. A contradição reside na impossibilidade de resolver celeremente um caso que requer tempo e muito trabalho (BENEDETTI, 2008, p. 292). Em verdade, a preponderância do eficientismo em relação ao valor “justiça”, no bojo da Lei 9.099/95, é atitude própria da sociedade pós-industrial.

Porém, não só no Brasil ou em países periféricos tal fenômeno ocorre. Na Europa, por exemplo, os programas de Justiça Restaurativa são fortemente institucionalizados e há,

como na Alemanha, a imposição aos jovens de determinadas soluções educativas a fim de “fechar um caso com sucesso” (FROESTAD; SHEARING, 2005, p. 88).

Em contrapartida, os defensores da Justiça Restaurativa alegam que a difusão do controle penal pode ser enfrentada com a ajuda de critérios objetivos que condicionem a sua aplicação. O princípio da ofensividade⁶⁸, por exemplo, seria uma ferramenta importante para aferir a oportunidade de se remeter (derivar) casos concretos a programas restaurativos.

Outro critério limitativo seria a não utilização da Justiça Restaurativa a todo e qualquer tipo de delito. Tendo em vista a já mencionada parcimônia em empregar as medidas restaurativas a crimes de maior gravidade, o perfil dos delitos cuja tutela pela Justiça Restaurativa se mostraria conveniente seriam os de menor potencial ofensivo. Aplicando-se medidas restaurativas a tal grupo de delitos, aprimorar-se-ia a resposta penal com relação a eles sem que isso significasse uma intromissão indevida em condutas insignificantes ou muito graves.

Utilizar a Justiça Restaurativa nestes moldes é algo contraditório, pois limita o seu potencial restaurador. Ao restringir sua aplicação a determinado grupo de delitos, outros delitos são excluídos *a priori* da participação em programas restaurativos, o que impede uma solução mais benéfica a uma gama maior de casos.

Um paradoxo fica evidente. O reclamo por um modelo de justiça criminal apto a superar a crise de legitimidade do sistema penal cede lugar a outra necessidade, a saber, a de restringir ou delimitar o uso desse novo modelo. Ou seja, o caminho traçado para construir uma Justiça Restaurativa sólida - presumivelmente pensada para ser flexível - é, muitas vezes, o do dogmatismo.

Não obstante, muitos dos defensores da Justiça Restaurativa não concordam com a exclusão de crimes de maior gravidade, visto que o processo restaurativo depende mais das qualidades subjetivas das partes do que das circunstâncias objetivas do delito, sendo que, negar a derivação de casos graves a programas restaurativos significa deixar de lado, mais uma vez, a vítima (PALLAMOLA, 2009, p. 142).⁶⁹

Todavia, nem sempre é evidente a extensão do controle penal. Se, de um lado, é possível concordar com Shecaira (2008, p. 317) quando pontua que os Juizados Criminais

⁶⁸ Consoante tal princípio, apenas as condutas que efetivamente violem um bem jurídico é que devem receber uma sanção. Aqui, a dogmática jurídico-penal tradicional serviria de baliza ao modelo restaurativo, retirando do espectro das condutas passíveis de sanção restaurativa aquelas que não afrontam minimamente bens jurídicos relevantes.

⁶⁹ Na Nova Zelândia, por exemplo, processos restaurativos são aplicados a infratores reincidentes ou que cometeram infrações graves, tais como estupro, roubo e lesões corporais graves. Na justiça para adultos, há práticas restaurativas para crimes como roubo e homicídio culposos (MORRIS, 2005, para 446).

“fortalecem sobremaneira os poderes das autoridades públicas, dispondo de instrumentos simplificados e discricionários de repressão criminal, ao mesmo tempo em que são flexibilizados os princípios e garantias do processo”, de outro, é possível recorrer à experiência de Porto Alegre para observar que a criação dos Juizados não produziu a ampliação da rede de controle social formal. Isso porque as condutas que passaram a ser objeto de judicialização já recebiam o devido controle por parte da polícia. Com a informalização e com os Juizados Especiais Criminais, a figura do delegado é substituída pela do magistrado, proporcionando um controle mais democrático, principalmente em razão da polícia truculenta que se tem no Brasil (AZEVEDO, 2000, p. 198).

Outra das formas pelas quais a informalização da justiça amplia o controle social é pela descaracterização do conceito formal de “desvio”. Assim, ingressam no conceito não apenas os “crimes”, mas também comportamentos “problemáticos” e outros não tipificados em lei (AZEVEDO, 2000, p. 197).

A Justiça Restaurativa, ao se desvincular do aparato institucionalizado (portanto, da sociedade política), tem por efeito retirar da classe dirigente (e da sociedade civil que a representa) um potente instrumento de coerção que é o direito penal. Ao gerenciar seus próprios conflitos, a comunidade vê-se livre da imposição vertical das concepções dominantes, permitindo um aperfeiçoamento democrático na medida em que grupos comunitários passam a tomar parte da resolução dos conflitos.

Todavia, ao afastar-se da sociedade política, a lógica restaurativa é imediatamente subsumida pela sociedade civil. Portanto, não se pode dizer que a criação de uma Justiça Restaurativa seja capaz de reduzir o poder da repressão penal e, com isso, tornar menos hegemônica a classe dirigente. Ao contrário, dá-se o inverso: a força ideológica da sociedade civil torna-se tão hegemônica que prescinde do controle penal formal para efetivar-se.

Conforme ponderam Zaffaroni e Pierangeli:

o sistema penal é somente uma forma de controle social institucionalizado e, como é lógico, o controle social não desaparecerá porque não desaparecerá a estrutura de poder dentro da sociedade. Assim, o lógico será que, se o sistema penal cede muita margem de controle social, este será igualmente exercido com outras formas que nem sempre serão melhores quanto ao respeito à dignidade humana (2004, p. 340).

A extensão da rede de controle permite que este se desenrole de maneira difusa por locais onde o controle penal seria incapaz de alcançar. Assim, o controle é fomentado e produzido no bairro, na escola, na comunidade, surgindo na forma de autocontrole. A Justiça Restaurativa, realizada comunitariamente, absorve os valores dominantes da sociedade e

acaba por impô-los a todos os indivíduos, difusamente, sem recorrer ao Estado para isso. Ao buscar a conciliação, a reinserção social, a não-estigmatização, bem como uma tomada de consciência por parte do infrator, pacifica as relações sociais sem nunca tocar nas raízes do problema:

a realidade do país é a concentração de riqueza e a ordem jurídica, por mais que incorpore um discurso no sentido de transformar essa realidade, não é capaz de alterar as relações desiguais que são estabelecidas em níveis muito mais profundos e complexos da vida social (MELO, 2009, p. 20).

Com o paradigma restaurativo, réu, sociedade e vítima ficam “satisfeitos” (em maior ou menor grau) com os resultados do processo restaurador, passando a depositar maior confiança nas instituições promotoras da restauração e a gozar de maior sensação de coesão social. Todavia, questões sociais que estão na base do conflito (desemprego, falta de acesso à educação, perda de vínculos familiares, exploração econômica, consumismo etc.) continuam intangíveis. Logo, embora os delitos sejam resolvidos, os conflitos não o são.

Nesse passo, fica evidente a funcionalidade da Justiça Restaurativa, pois a solução restauradora do conflito tem a “vantagem” de silenciar possíveis insurgentes, gerando uma aparência de harmonia e segurança que, de fato, inexistem.

3.2.4.1 Controle social pós-fordista II: a política penal repressiva

Seria ingenuidade crer que o controle social se realiza apenas com a Justiça Restaurativa, ou de maneira difusa, atuarial etc.

O conjunto de mudanças político-econômicas da década de 70, bem como o aprimoramento tecnológico na área de comunicação, permitiram que se efetivasse uma “reestruturação produtiva” no âmbito do capital. Este fenômeno provocou, de plano, o aumento de desemprego, uma vez que a automação e a informatização engendraram a substituição do trabalho humano. O excesso de mão-de-obra que daí surgiu era composto de trabalhadores desqualificados, mas que constituíam uma importante reserva de força de trabalho.

Nesta década, nos EUA, os índices de encarceramento começaram a crescer.⁷⁰ Em 1975 havia 400.000 presos. Em 1985, esse número era de 750.000. Em 1998, a cifra ultrapassava os dois milhões, superando índices históricos - mesmo os da África do Sul do *apartheid* e os da Rússia “pós-comunista” (DI GIORGI, 2006, p. 94).⁷¹

Outras estatísticas apontam que o índice de encarceramento nos EUA é crescente desde os anos 50 e esse crescimento se acelerou no período dos anos 70 aos anos 90. Em 1970, havia 96 detentos para 100 mil habitantes. Nos anos 80, este número saltou para 138, alcançando a cifra de 329 em 1991. É de se ressaltar que o número de pessoas em liberdade condicional ou liberdade vigiada também aumentou neste período (WESTERN; BECKETT; HARDING, 2002, p. 43).

Esse fenômeno é algo que começa a ocorrer também na Europa. Nas décadas de 80 e 90 o encarceramento cresce em todos os países europeus, recaindo, principalmente, sobre desempregados, imigrantes e usuários de entorpecentes (DI GIORGI, 2006, p. 53).

Na Noruega, por exemplo, a proporção de prisioneiros cresceu de menos de 40 por 100.000 habitantes, no começo dos anos 60, para 64 por 100.000 no final da década de 90. Na Holanda, esse aumento foi de 30 para 86, no mesmo período (BAUMAN, 1999, p. 123).

Todavia, bem adverte Di Giorgi:

o sistema punitivo não guarda autonomia das dinâmicas ideológicas da sociedade: as instituições do “Estado penal” co-dividem representações e estereótipos dominantes, que, por sua vez, são afetados pelas condições da economia. Agindo de modo particularmente punitivo para com as classes subordinadas, os operadores do sistema penal não respondem a necessidades abstratas do capital, das quais, aliás, é improvável que eles tenham consciência; eles se limitam, isso sim, a tomar decisões de acordo com suas próprias convicções sobre a questão criminal e sobre as estratégias para enfrentá-la, entre elas a ideia de que quem vive em condições de pobreza e precariedade está mais inclinado a cometer crimes (DI GIORGI, 2006, p. 55).

Desse modo, é preciso evitar hipóteses “conspiracionistas” que enxergam o sistema punitivo como um sistema perfeitamente integrado a serviço do capital. Não obstante, observa-se uma tendência mundial ao crescimento das taxas de aprisionamento. É certo, portanto, que não se trata de fato decorrente de políticas estatais. Para Bauman, este é um fenômeno que está intimamente relacionado à globalização (BAUMAN, 1999, p. 124).

⁷⁰ Essa sanha punitiva tem sua clientela específica. Apesar de constituírem 12% da população, os afro-americanos constituem maioria absoluta da população carcerária. Enquanto a proporção de brancos detidos é de 900 em 100.000, ela é de aproximadamente 7.000 para 100.000 quando se trata de afro-americanos. Um em cada três negros, na faixa de 18 a 35 anos, está preso ou cumprindo alguma medida alternativa (DI GIORGI, 2006, p. 95).

⁷¹ A tendência ao encarceramento explicita-se no discurso político propalado repetidamente, a começar por Nixon, que pleiteava o tratamento penal rígido a “certos” estratos sociais, visando conter os ares revolucionários típicos dos anos 60 (MELOSSI, 2006, p. 18).

A tendência ao aprisionamento que se estende à Europa também “privilegia” certos clientes à ocupação do cárcere. Com efeito, os migrantes estão super-representados nas prisões europeias.⁷² é o cárcere dos três terços - um terço de imigrantes, um terço de dependentes químicos e um terço de desempregados (DI GIORGI, 2006, p. 97).

Diante disso, pode-se dizer que a tese segundo a qual o controle social não encontra mais correspondência com o modelo de fábrica não é convincente (MELOSSI, 2006, p. 17-21).

A prisão, que funcionou muito bem no período de acumulação primitiva do capital, continua a prevalecer no cenário jurídico contemporâneo. Com efeito, “é como se, nas ‘margens’ do desenvolvimento, o processo de ‘acumulação primitiva’ continuasse incessantemente no seu percurso de ‘colonização’ de ‘mundos’ ‘outros’.” Essas formas de “acumulação primitiva contemporânea” do capital estariam configuradas, por exemplo, com a imigração africana, asiática ou latino-americana em direção à América do Norte e União Europeia (MELOSSI, 2006, p. 21).

É possível aduzir, ainda, a outros elementos que concorrem para manutenção do punitivismo na atual sociedade. Por exemplo, um efeito direto do encarceramento é a criação de empregos, dado que muitos presídios são privatizados. Nos EUA este é, segundo Loïc Wacquant, um dos mais rentáveis filões (WACQUANT, 2001). Ademais, o encarceramento em massa ocorrido nos EUA desde os anos 70 ocultou grande número de desempregados das estatísticas do país, o que explicaria as baixas taxas de desemprego neste período (DI GIORGI, 2006, p. 53).

Jankovic, ao avaliar a correlação entre sistema penal e mercado de trabalho, lança duas hipóteses. A primeira delas é a de que a crise econômica é acompanhada de um agravamento na rigidez da sanção penal, segundo o princípio da *less eligibility*: “as penas se tornam tão pesadas que, por piores que sejam as condições oferecidas ao trabalhador ‘livre’, elas ainda são preferíveis ao *status* de criminoso” (*apud* DI GIORGI, 2006, p. 49). A relação entre estrutura econômica e penalidade é dinâmica e complexa, fugindo de representações fechadas, definitivas e irreversíveis. Todavia, consoante a hipótese lançada, é possível afirmar que a situação material da porção proletária mais carente funciona como limite à reforma do regime penal, pois as condições punitivas devem ser sempre mais gravosas do que o modo de vida mais precário proporcionado pelo capitalismo (DI GIORGI, 2006, p.57).

⁷² “Na Itália, por exemplo, de 1990 até hoje o percentual de migrantes no total da população carcerária passou de 15% para 30%.”, sendo que os migrantes são apenas 2% da população (DI GIORGI, 2006, p. 97).

A segunda é a de que a pena é capaz de regular o excesso de força de trabalho, ao mesmo tempo em que “reduz” o índice de desemprego (DI GIORGI, 2006, p. 49).

No entanto, os resultados da pesquisa - que abrangeu o período entre 1924 e 1974, nos EUA - são ambíguos. Confirmou-se a primeira hipótese: encarceramento e desemprego seguem um mesmo padrão, sendo que esta tendência não é influenciada pela taxa real da criminalidade. O aumento da população carcerária poderia fazer crer que ele é resultado do aumento da criminalidade. Contudo, estatísticas demonstram que a criminalidade reduziu-se em 3,5% na década de 80, segundo dados colhidos pelo FBI. Dados do *National Crime Victimization Survey*, por sua vez, demonstram queda nos períodos de 1980 a 1992 (WESTERN; BECKETT; HARDING, 2002, p. 43; DI GIORGI, 2006, p. 95).

Para Di Giorgi, a taxa de encarceramento não parece produzir efeito aparente no mercado de trabalho. O número de desempregados presos não seria grande o suficiente para repercutir no exército industrial de reserva (DI GIORGI, 2006, p. 50). Porém, quando se incluem os detentos no cálculo do desemprego, observa-se um acréscimo de 2% nas estatísticas oficiais. Quando se toma por base a população afro-americana, então é possível afirmar que o encarceramento reduz em 33% o índice de desemprego desse grupo étnico (DI GIORGI, 2006, p. 53).

Em verdade, o encarceramento em massa oculta os altos índices de desemprego, pois retira das estatísticas um grande número de pessoas em idade de trabalhar. Em 1990, o índice oficial de desemprego nos EUA era de 5,6%. Todavia, quando se inseria na estatística a população encarcerada, este número subia para 7%. Em 1994, a contabilização da população encarcerada no índice de desemprego da população masculina fazia com que ele aumentasse quase dois pontos percentuais (WESTERN; BECKETT; HARDING, 2002, p. 45-46).

Desse modo, a taxa de desemprego relativamente baixa dos EUA nos anos 90 se deve, em parte, ao grande encarceramento (WESTERN; BECKETT; HARDING, 2002, p. 41). Assim,

longe de ser ‘desregulado’, o mercado de trabalho americano é, na verdade, ‘super-regulado’ e sua regulação pelo sistema penal contribui, não somente para dissimular uma larga margem de desemprego, mas ainda gera ineficiência econômica e aumenta as desigualdades diante do emprego (WESTERN; BECKETT; HARDING, 2002, p. 51).

Destarte, é correto dizer que o encarceramento é antes “*uma alternativa ao emprego*, uma maneira de utilizar ou neutralizar uma parcela considerável da população que não é necessária à produção e para a qual não há trabalho [...]” (BAUMAN, 1999, p. 120).

Dessa maneira, o *surplus* da força de trabalho, emanada da reestruturação capitalista pós-fordista passa cada vez mais a ser tratada com políticas criminais e menos com políticas sociais. No mundo globalizado, o trabalhador que antes era explorado pelo capitalismo industrial passa a ser apreendido como excluído e possui uma categoria penal própria, a saber, a de inimigo (PREUSSLER, 2009, p. 19), donde surge uma “nova direita penal”, assentada na “necessidade” de manutenção da ordem. Essa é a segunda das vertentes do controle social pós-fordista.

Acerca do fenômeno, Mylène Jaccoud aponta para uma tendência de bifurcação da resposta penal, na qual o Estado adota posturas austeras no combate dos delitos de maior gravidade ao mesmo tempo em que delega a administração dos delitos menos graves à comunidade (JACCOUD, 2005, p. 166).

Portanto, controle difuso/comunitário e encarceramento em massa serão as duas linhas político-criminais adotadas a partir do modelo pós-fordista de produção capitalista, as quais assinalam a substituição do Estado Social pelo Estado Penal⁷³, mais pronunciada nos países que adotaram a cartilha neoliberal. Neste aspecto, duas verdades se sobressaem: a primeira é que “quanto menor a presença social do Estado, maior o número de pessoas no interior de suas prisões” (SERRA, 2009, p. 120); a segunda é que, não obstante a tendência encarceradora, o controle exercido por mecanismos tais como a *probation* faz com que o número de pessoas “vigiadas” seja superior ao de pessoas encarceradas (MELOSSI, 2006, p. 15).⁷⁴

3.3 O direito e o caminho da emancipação

É possível, porém, vislumbrar algum potencial emancipador no direito? Em sua acepção positivista (lei formal emanada do Estado), é um elemento importante da sociedade política, pois torna factível o exercício da força pelo Estado.

⁷³ O crescimento do controle penal correspondeu ao minguamento do Estado social. De 1993 a 1998, 44% das famílias deixaram de receber apoio do Estado para filhos dependentes. A “coincidência” vai mais além: o recrudescimento das penas principiou pelos estados que primeiro abandonaram o *Welfare State*, tais como Texas e Califórnia (DI GIORGI, 2006, p. 96).

⁷⁴ Poder-se-ia que pensar que a política de encarceramento que surge nesta época se justifica pelo aumento da criminalidade, em virtude da grande massa de desempregados que exsurgiu do novo modelo de produção. Todavia, as pesquisas não têm constatado um aumento da criminalidade que justifique o aumento das penas de prisão. Um dos fatores que ajudam a explicar esse fenômeno é a administração do sistema carcerário por capital privado, que tem na “prisionização” um aumento de seus ganhos (SERRA, 2009, p. 123).

Como conceito equívoco que é, o direito não se resume a esta visão. Reconhecidos marxistas, tais como Plekhanov e Kausky, acabaram por impor uma interpretação positivista (e distorcida) do marxismo (PAULO NETTO, 2011, p. 12), o que repercutiu, também, na área jurídica, onde passou a vigorar um entendimento hermético sobre o tema, segundo uma noção marxista-positivista de direito.

Tal interpretação, contudo, despreza as dimensões sociais criadoras do Direito. Ele é o portador natural da ideia de justiça, possuindo forte conteúdo principiológico, que proporciona uma abertura a concepções supraleais na lida cotidiana dos conflitos. Nesta hipótese, abre espaço a questões relativas aos direitos sociais, direitos humanos e direitos de terceira dimensão.

É certo que a relação entre direito e estrutura econômica é de determinação. Todavia, tal determinação não decorre de uma relação de causa e efeito, mas de ação e reação. Os diversos fatores da superestrutura que se erguem sobre a base econômica têm também influência sobre o curso da história (ANTUNES, 1999, p. 34-36; PAULO NETTO, 2011, p. 14).

Ao contrário do que se pontua alhures, Marx reconhecia que dada forma produtiva seria capaz de forjar suas próprias relações jurídicas, mas advertia que relacionar casualmente aquilo que está vincula de maneira orgânica, reduzindo esta vinculação a mero reflexo, é causa de desentendimento e insipiência (MARX, 2011, p. 43).

O direito, enquanto sistema lógico de regras, deve permanecer coerente em si mesmo. “Para conseguir isto, a fidelidade no reflexo das condições econômicas tem que sofrer cada vez mais quebras” (ENGELS *apud* ANTUNES, 1999, p. 38).

A tentativa de harmonização interna no direito é vista, por exemplo, no artigo 170 da Constituição Federal, que trata da “propriedade privada” e da “função social da propriedade”. A propriedade privada dos meios de produção (sistema capitalista) não se coaduna com o caráter social da produção. Assim, elabora-se o princípio da função social da propriedade com o fim de harmonizar a contradição (ANTUNES, 1999, p. 39).

Para não perder seu potencial legitimador e ideológico, o direito precisa fazer concessões, rever entendimentos. As “quebras” que visam impedir contradições internas no discurso jurídico podem muito bem expor os conflitos que regem a sociedade e abrir brechas para uma atuação emancipadora do direito. Todavia, a tensão existente entre os diferentes interesses sociais acaba por ser suavizada no terreno da ideologia.

É preciso, portanto, valorizar as múltiplas interpretações e as práticas plurais do direito, de modo que ele deixe de ser um hospedeiro natural da ideologia dominante e se torne

frente de batalha dos diversos grupos. Uma das maneiras de pensar o problema é a partir do fenômeno do pluralismo. Trata-se de descentralizar o espaço de produção do direito, privilegiando entendimentos que não aqueles vinculados à classe dominante. A ideia de pluralismo jurídico permite pensar o direito fora do Estado, como uma realidade independente da lei, desvinculada do formalismo e diretamente conectado aos os movimentos e lutas sociais.

É evidente que isso não gerará uma “revolução” na base econômica. Todavia, tem uma dupla consequência: a de blindar, de certa maneira, o discurso ideológico colonizador do Estado; e a de impedir a coerção que vem no bojo deste discurso.

Por este motivo, torna-se possível vislumbrar uma via de mão dupla na lida do direito. De um lado, o direito que reproduz as relações sociais de exclusão social e mantém a situação de desigualdade sócio-econômica no interior da sociedade. De outro, o direito que se torna campo de enfrentamento das contradições existentes na sociedade e age no sentido de alcançar emancipação. É esta concepção que deve ser buscada a fim de superar o modelo tradicional de direito penal.

É claro que em seu nível intelectual, o direito “emancipador” continuará a ser fomentado na superestrutura. Mas, agora, não sem apoio material no nível estrutural, assentado nas próprias minorias e nas suas constantes lutas por emancipação. Essa nova concepção de “direito” passa a significar não mais o ordenamento jurídico, mas o conjunto de relações sociais que buscam emancipação (movimentos sociais, populares etc.).

Nesse sentido, razão assiste a Fábio Ulhôa Coelho:

o Direito é visto como mera expressão dos interesses da classe dominante. Ignora-se, nessa perspectiva, o papel que as classes dominadas desempenham na história e a própria dinâmica da luta de classes. O Direito acompanha, com maior ou menor proximidade, os movimentos dessa luta. As concessões localizadas da burguesia e os avanços e as conquistas do proletariado estão presentes no condicionamento da produção normativa. Além disso, a classe dominante possui suas segmentações, seus projetos diferenciados, que compõem uma complexa rede de interesses, impossível de ser sintetizada na idéia de um Direito que atenda exclusivamente aos de uma classe social apenas (*apud* SILVA, 2010).

De fato, “o movimento da história depende da consciência que tal ou qual grupo social tem da possibilidade de ação e luta que lhe são consentidas por determinadas condições objetivas”. Tomando conhecimento da possibilidade material de ação, os grupos sociais tornar-se-iam instrumentos de liberdade, fazendo destas condições materiais, meios para uma nova forma ético-política (BOBBIO *apud* PORTELLI, 1977, p. 61).

Segundo Bobbio (*apud* PORTELLI, 1977, p. 63):

o momento ético-político domina o momento econômico através do reconhecimento de que o sujeito ativo da história faz da objetividade reconhecimento que permite transformar as condições materiais em instrumento de ação e assim atingir o objetivo almejado.

Bobbio privilegia o elemento superestrutural do bloco histórico. Marx, não obstante tenha aduzido que a ideologia vem sempre depois das instituições, numa clara alusão à prevalência da estrutura, ressaltou que é no plano ideológico que os homens tomam consciência das relações de produção (*apud* PORTELLI, 1977, p. 64).

A estrutura condiciona a superestrutura. No entanto, no momento “ético-político” cria-se a consciência. A partir daí, a estrutura torna-se objeto da atividade intelectual. É possível concluir, portanto, que a estrutura socioeconômica é o elemento decisivo do bloco histórico. Porém, em qualquer movimento histórico, é na superestrutura que se resolvem as contradições surgidas na base.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A hipótese levantada no início deste trabalho via na Justiça Restaurativa um modelo incapaz de superar o paradigma punitivo do sistema penal, tendo em vista uma limitação inerente e inexorável: seu pertencimento ao universo das ideias – especificamente das ideias jurídicas –, o que a condenava ao *status* de mero expediente ideológico, responsável pela reprodução da estrutura material da sociedade.

Para avaliar esta hipótese, procedeu-se, inicialmente, à apresentação do pensamento criminológico que buscou questionar a legitimidade do sistema penal, tratando-se da criminologia crítica e de seus elementos teóricos constituintes, a saber, o *labelling approach* e as teorias do conflito – uma tríade de fundamental importância para a abordagem crítica do sistema penal. Nesta oportunidade, revelou-se que o sistema penal possui funções latentes, que visam à manutenção do *status quo*.

Trata-se, em realidade, de constatações bem sedimentadas no interior do pensamento crítico e que serviram, aqui, mais como premissa à discussão do que verdadeiramente como um nó teórico a ser desenrolado e debatido. Os limites do *labelling approach*, todavia, foram devidamente consignados, não se olvidando de ressaltar, na oportunidade, a importância de tal vertente sociológica para a crítica do direito penal. Com efeito, apesar de suas imperfeições teóricas, o *labelling* consistiu em fonte de um saber demolidor do discurso jurídico, e serviu para abalar os alicerces da ideologia da defesa social.

Logo em seguida, tratou-se da Justiça Restaurativa – um novo modelo de justiça criminal que tem ganhado espaço pelo mundo e que chegou ao Brasil já há alguns anos. Foram apresentados seus principais elementos, tais como conceito, princípios e valores, apontando, igualmente, experiências práticas de programas restaurativos e algumas de suas mais evidentes limitações.

Ficaram evidentes as dificuldades e paradoxos que cercam o desenvolvimento de tal modelo, sendo que uma das contradições mais pronunciadas diz respeito à necessidade de regras mais definidas acerca dos programas restaurativos, para seu melhor funcionamento, ao passo em que, contraditoriamente, mostra-se conveniente um conceito flexível dessa justiça, que lhe permita adaptar-se aos mais diversos contextos.

Ausência de previsão legal, possibilidade de violação de garantias, custos altos de implementação, tudo isso são complicadores para o sucesso do paradigma restaurativo. Não obstante, os teóricos restaurativos apresentam um sem-número de argumentos para a defesa

do modelo e superação das críticas, de modo que, paulatinamente, a Justiça Restaurativa vai se construindo aos poucos no país e no mundo.

Depois, almejando determinar se a implementação da Justiça Restaurativa corresponde a um avanço no que diz respeito ao modelo de controle social penal, buscou-se inseri-la no *continuum* histórico das formas de punição, relacionando-a ao respectivo modo de produção material e econômico, objetivando-se, dessa forma, desenvolver uma “economia política da punição”.

Nesse sentido, a sociedade medieval, fragmentada em feudos e caracterizada pela descentralização do poder, produziu um sistema de controle social baseado na arbitragem privada e na fiança. De outro lado, a escassez de mão-de-obra que perturbou o início da Era Moderna, provocou um giro no formato punitivo, que aos poucos abandonou os suplícios do fim da Idade Média e começou a privilegiar esquemas mais racionais e disciplinares de punição. A prisão, por sua vez, foi corolário do lento processo de desenvolvimento das forças produtivas e racionalização do pensamento humano, que culminou na Revolução Industrial e no Iluminismo. Nesta conjuntura, fazia-se necessário, cada vez mais, um modelo de pena capaz de conter as classes pauperizadas e formar um proletariado fabril. Por fim, após este longo trajeto, a Justiça Restaurativa foi apresentada como epifenômeno de uma sociedade neoliberal, globalizada, informatizada e pós-moderna.

Trata-se, pois, de um modelo que reflete, de maneira mais ou menos contraditória, as transformações sofridas pela sociedade capitalista desde a chamada reestruturação produtiva, que permitiu a intensa expansão do capital, ao mesmo tempo em que enfraqueceu a soberania dos Estados-nacionais. É um modelo funcional ao capitalismo globalizado, financeiro e monopolista, cujos valores utilizam-se da noção de participação comunitária, restauração e flexibilização para impor, cada vez mais, a lógica do mercado ao convívio social.

Portanto, não é o caso de afirmar ou não a superioridade do paradigma restaurativo em relação ao sistema penal tradicional ou a capacidade do primeiro em superar o segundo. De fato, a Justiça Restaurativa é, já, a superação do modelo penal positivista na exata proporção em que se revela orgânica com relação ao capitalismo neoliberal. O modelo restaurativo é tão superior ao modelo tradicional assim como o projeto racionalizante iluminista o foi em relação aos suplícios medievais: sendo mais humano e mais funcional ao capital.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de estado*: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado (tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro: introdução crítica de José Augusto Guilhaon Albuquerque. – Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

ALVES, Paulo. *A verdade da repressão*: práticas penais e outras estratégias na ordem republicana: 1890-1921. São Paulo: Editora Arte & Ciência/UNIP, 1997.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*: do controle da violência a violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

_____. *Sistema penal máximo x cidadania mínima*: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003a

ANTUNES, Marcus Vinicius Martins. In: *Fios de Ariadne*: ensaios de interpretação marxistas. Centro de Estudos Marxistas. – Passo Fundo: UPF EDITORA, 1999.

ANTUNES, Ricardo. *Século XXI*: nova era da precarização estrutural do trabalho? In: Infoproletários: degradação real do trabalho virtual. Organizadores – Ricardo Antunes e Ruy Braga. São Paulo: Boitempo, 2009.

ARANÃO, Adriano. *Do direito do cidadão à educação jurídica*: o desconhecimento da lei como obstáculo à construção da cidadania. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, *campus* de Jacarezinho, 2010.

AZEVEDO, Mônica Louise de. *Penas alternativas à prisão*: os substitutivos penais no sistema penal brasileiro. Curitiba: Juruá, 2005

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da justiça e controle social*: estudo sociológico da implantação dos juizados especiais criminais em Porto Alegre. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: uma introdução à sociologia do direito penal; trad. Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

_____. *Resocialización o control social*: por un concepto crítico de reintegración social Del condenado. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio*: atos do Colóquio Marc Ancel. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

BARRETO, Tobias. Fundamentos do direito de punir, in RT ano 85, v. 727, maio de 1996, Ed. Revista dos Tribunais.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BECCARIA, Cesare, *marchese di. Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Rio Estácio de Sá, 2002.

BECKER, Howard S. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: The free press, 1963.

BENEDETTI, Juliana Cardoso. *Justiça Restaurativa: contribuições para seu aprimoramento teórico e prático*. In *Criminologia e os problemas da atualidade*. (Org.) Alvino Augusto de Sá, Sérgio Salomão Shecaira. São Paulo: Atlas, 2008.

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

BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos 2: por um movimento social europeu*. Trad. André Telles. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BRAITHWAITE, John. *Setting standards for restorative justice*. British Journal of Criminology, nº 42, 2002, 563-577.

CARDOSO, Franciele Silva. *Penas e medidas alternativas: análise da efetividade de sua aplicação*. São Paulo: Método, 2004.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003.

CERVINI, Raúl. Os processos de descriminalização; trad. Eliana Granjo *et al.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CHRISTIE, Nils. *Civilidade e estado*. In: PASSETI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (Org.). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, 1997

COLLINS, Randall. *Quatro tradições sociológicas*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

COSTA, Yasmin Maria Rodrigues Madeira da. *O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

DE VITTO, Renato Campos Pinto. *Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos*. In Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), pp. 41-51.

DECCA, Edgar Salvadori de. *O nascimento das fábricas*. São Paulo: Brasiliense, 2004

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – DEPEN. Ministério da Justiça, 2010.

DI GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.

DOMINGUES, José Maurício. *Teorias sociológicas no século XX*. 3ª. ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 23. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

_____. *Microfísica do poder*. Org. e trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.

FRADE, Laura. *Quem mandamos para a prisão?: visões do Parlamento brasileiro sobre a criminalidade* – Brasília: Líber Livro Editora, 2008.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 4. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GARLAND, David. *As contradições da “sociedade punitiva”*: o caso britânico. In *Discursos sediciosos – criminologia, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Editora Revan, ano 7, nº 11, 1º semestre de 2002.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988.

GOMES PINTO, Renato Sócrates. *Justiça Restaurativa é possível no Brasil?* In Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), pp. 19-39.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.

HULSMAN, Louk. Art. *Alternativas à justiça criminal*. In PASSETTI, Edson (Org.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

_____; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1984.

HUWS, Úrsula. *A construção de um cibertariado?* Trabalho virtual num mundo real. In: *Infoproletários: degradação real do trabalho virtual*. Organizadores – Ricardo Antunes e Ruy Braga. São Paulo: Boitempo, 2009.

JACCOUD, Mylène. *Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*. In Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD).

KARAM, Maria Lúcia. Art. *Pela abolição do sistema penal*. In PASSETTI, Edson (Org.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

_____. *Utopia transformadora e abolição do sistema penal*. In: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (Org.). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, 1997

LAGO, Benjamim Marcos. *Curso de sociologia e política*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1996.

LAZZARATO, Maurizio. *As revoluções do capitalismo*. Trad. Leonora Corsini. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LESSA, Sérgio; TONET, Ivo. *Introdução à filosofia de Marx*. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

LESSA, Sérgio. “*Trabalho imaterial*”: Negri, Lazzarato e Hardt. In: *Para além de Marx: crítica da teoria do trabalho imaterial*. São Paulo: Xamã Editora, 2005.

_____. *Trabalho e luta de classes na “sociedade do conhecimento”*. In: JIMENEZ, S.; OLIVEIRA, J. L.; SANTOS, D. (orgs) *Marxismo, educação e luta de classes*. UECE/IMO/SINTSEF, Fortaleza, 2008.

_____. *O referencial teórico para compreender a crise*. In *A crise do capitalismo*. Escola Nacional Florestan Fernandes – ENFF, 2009 (Palestra).

MARX, Karl. *Grundrisse: manuscritos econômicos de 1857-1858*. São Paulo: Boitempo; Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2011.

MATHIESEN, Thomas. *A caminho do século XXI – Abolição, um sonho impossível?* In: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (Org.). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, 1997.

MELOSSI, Dario. *Cárcere, pós-fordismo e ciclo de produção da “canalha”*. Discussão à guisa de prefácio. In *A miséria governada através do sistema penal*. Alessandro de Giorgi. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006 (Pensamento Criminológico, v. 11).

MELO, Eduardo Rezente; et al. *Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul*, São Paulo: CECIP, 2008

MIRANDA ROSA, F. A. de. *Sociologia do direito: o fenômeno jurídico como fato social*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

MORRIS, Alisson. *Criticando os Críticos*. Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa. In Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD).

NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da lei: a face obscura da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

NETO, Pedro Scuro. *O enigma da esfinge*. Uma década de Justiça Restaurativa no Brasil. In: Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal. Porto Alegre, vol. 8, nº 48, 2008, p. 163-184.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PASQUALINI, Renata. *O devido processo legal e a liberdade de imprensa*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

PAULO NETTO, José. *Introdução ao estudo do método de Marx*. 1 ed. – São Paulo: Expressão Popular, 2011.

PETRAS, James. *Intelectuais: uma crítica marxista aos pós-marxistas*. In Lutas Sociais, nº 1 – 2º Semestre. São Paulo: Xamã, 1996.

PINHEIRO, Jair. *Direito e Política: uma relação mal-resolvida*. In Lutas Sociais nº 21/22 - 2º sem. 2008 e 1º sem. 2009. São Paulo: Núcleo de Estudos de ideologias e Lutas Sociais – NEILS, 2009.

_____. *Revolução bolivariana: uma revolução política dos de baixo?* In Lutas Sociais nº 24 - 1º sem. 2010. São Paulo: Núcleo de Estudos de ideologias e Lutas Sociais – NEILS, 2010.

PREUSSLER, Gustavo de Souza. *Punitivismo de Exceção como Regra: Paradigmas do Direito Penal do Inimigo e sua Desconstrução através do Neoconstitucionalismo*. 2009. 179 f. Dissertação (Mestrado Em Ciência Jurídica) – Faculdade Estadual De Direito Do Norte Pioneiro, Jacarezinho.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Profº L. Cabral de Moncada. 4 ed. rev. e ampl. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1961.

RAMOS FILHO, Wilson. *Direito pós-moderno: caos criativo e neoliberalismo*. In: *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. – Curitiba: EDIBEJ, 1996.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. *A Justiça Restaurativa como perspectiva para a superação do paradigma punitivo*. 2007. Dissertação (Mestrado Em Ciência Jurídica) – Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Jacarezinho.

SALIBA, Maurício Gonçalves. *O olho do poder*. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

_____. *Pós-modernidade e direito: a aplicação da justiça na lógica do mercado e suas consequências sociais*. In: Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI - Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 13. ed. – São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.

_____. *Direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985.

SERRA, Marco Alexandre de Souza. *Economia política da pena*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Criminologia*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Prisões do futuro? Prisões no futuro?* In: PASSETI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (Org.). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, 1997.

SILVA, Leandro Alves. *Direito e marxismo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2537, 12 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/15023>>. Acesso em: 18 nov. 2010.

SILVA, Maria Coeli Nobre da. *Justiça de proximidade (restorative justice): instrumento de proteção dos direitos humanos para a vítima*. Curitiba: Juruá, 2009.

SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean. *Imposturas intelectuais*. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Record, 2006.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

WESTERN, Bruce; BECKETT, Katherine; HARDING, David. *Sistema penal e mercado de trabalho nos Estados Unidos*. In: Discursos sediciosos – criminologia, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Editora Revan, ano 7, nº 11, 1º semestre de 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

WOOD, Ellen Meiksins. *Em defesa da história: o marxismo e a agenda pós-moderna*. In: Crítica Marxista – São Paulo: Brasiliense, 1996.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Vozes, 1991.

_____. *El sistema penal em los países de América latina*. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. Rio de Janeiro: Revan, 1991a.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal vol.1: parte geral*. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. Tônia Van Acker. – São Paulo: Palas Athena, 2008.